

НАСТІЛЬНА КНИГА СУДДІ: МАТЕРІАЛИ ДЛЯ РОЗГЛЯДУ СПРАВ ПРО МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ



Верховний
Суд



Global
Rights
Compliance

ЗМІСТ

■ СПІВАВТОРИ	1
■ ПЕРЕДМОВА.....	2
■ ВСТУП	5
МЕТА НАСТІЛЬНОЇ КНИГИ	6
МЕТОДОЛОГІЯ	7
ОГЛЯД ЗМІСТУ	8
ДЖЕРЕЛА ПРАВА: МІЖНАРОДНЕ ГУМАНІТАРНЕ ПРАВО, МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ ТА МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО.....	11
I. Міжнародне гуманітарне право	11
A. Структура Міжнародного гуманітарного права.....	11
B. Класифікація збройних конфліктів	12
1. Неміжнародний збройний конфлікт.....	12
2. Міжнародний збройний конфлікт.....	13
a) Інтернаціоналізація НЗК	15
b) Окупація	16
c) Окупація через проксі (опосередкована)	17
C. Основоволожні принципи МГП.....	18
1. Комбатанти та цивільні; Військові цілі та цивільні об'єкти	18

a) Комбатанти та цивільні	19
b) Військові цілі та цивільні об'єкти.	21
2. Принципи розрізнення, пропорційності та обережності	22
D. Порушення МГП	23
II. Міжнародне право в галузі прав людини.	24
A. Структура МППЛ	24
1. Основні міжнародні договори з прав людини.	24
2. Основні регіональні договори з прав людини	25
B. Коли виникають зобов'язання за МППЛ?	26
1. Юрисдикція і застосування МППЛ під час збройного конфлікту	26
2. Відступ від зобов'язань та їх обмежень.	27
3. Обов'язки недержавних суб'єктів.	28
C. Основні захищені права відповідно до МППЛ	29
D. Різниця між МППЛ та МКП	30
III. Міжнародне кримінальне право	30
A. Яка різниця між загальнокримінальними та міжнародними злочинами?	31
1. Контекстуальні елементи міжнародних злочинів.	31
2. Незастосовність деяких процесуальних обмежень при судовому переслідуванні міжнародних злочинів.	32
B. Розслідування та судове переслідування міжнародних злочинів	33
1. МКС та Україна	33
2. Комплементарність	33
C. Розслідування та кримінальне переслідування: елементи міжнародних злочинів	34
ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ	36
I. Визначення військовополонених	36
II. Правила щодо кримінального переслідування військовополонених	38
A. Кримінальне переслідування за участь у конфлікті.	39
B. Принцип законності має дотримуватись завжди (Женевська конвенція III, стаття 99(1))	40
C. Не можна застосовувати будь-якого морального чи фізичного тиску на військовополоненого з метою змусити його визнати провину. (Женевська Конвенція III, Стаття 99(2)).	41

D. Військовополоненим повинно бути гарантовано право на справедливий суд (Женевська конвенція III, стаття 84; звичаєве МГП, норма 100)	42
E. Військовополоненим має бути гарантовано право на захист (Женевська Конвенція III, стаття 99(3))	44
F. Військовополонені не можуть бути ув'язнені до судового процесу, за винятком випадків, коли військовослужбовець збройних сил держави, що тримає в полоні, був би ув'язнений за те ж саме правопорушення (Женевська Конвенція III, стаття 103)	46
G. Вироки мають виноситися компетентним судом за тієї самої процедури, яка застосовується до військовослужбовців збройних сил держави, що тримає в полоні (ЖК III, стаття 102)	47
H. Військовополоненим має бути гарантовано право на апеляційну скаргу (ЖК III, стаття 106)	48
III. Воєнний злочин умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд	49

ГЛАВА 1. МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. МАТЕРІАЛЬНА ЧАСТИНА 51

ЧАСТИНА I: МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ ЗА УКРАЇНСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ	52
I. Воєнні злочини	52
A. Українське законодавство: стаття 438 КК України	54
B. Актуальність принципів міжнародного права в контексті судового розгляду в Україні воєнних злочинів за статтею 438 КК України	57
1. Поняття та структура воєнних злочинів за міжнародним правом	57
a) Зв'язок між міжнародним гуманітарним правом і воєнними злочинами	57
b) Визначення та класифікація воєнних злочинів у міжнародному праві	60
2. Зв'язок статті 438 КК України з міжнародними актами про воєнні злочини	64
a) Статтю 438 можна тлумачити як таку, що передбачає кримінальну відповідальність лише за дії, які за міжнародним правом є воєнними злочинами	65

b) Застосовність міжнародних кримінально-правових актів: чи можна розглядати статтю 438 КК України у поєднанні зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС?	68
C. Визначення воєнних злочинів за міжнародним правом та можливість кримінальної відповідальності за них за статтею 438 КК України.	72
1. Вступ	72
2. Контекстуальні елементи воєнних злочинів.	73
a) Вступ	73
b) Визначення контекстуальних елементів воєнних злочинів	74
і. Діяння особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті збройного конфлікту та були пов'язані з ним.	74
ii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що були підставою існування збройного конфлікту.	79
3. Діяння, що лежать в основі воєнних злочинів, передбачених статтею 438 КК України	80
a) Вступ	80
b) Воєнні злочини проти людей	85
і. Умисне вбивство (Статут МКТЮ, стаття 2 (а); Статут МКС, стаття 8(2)(а)(і))	85
ii. Злочини неналежного поведіння: катування або нелюдське поведіння, у тому числі експерименти та заподіяння каліцтва, а також умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень (Статут МКТЮ, стаття 2(б)-(с); Статут МКС, статті 8(2)(а)(ii)-(iii), 8(2)(б)(х))	92
iii. Посягання на людську гідність, зокрема образливе і таке, що принижує людську гідність поведіння (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(б)(xxi))	128
iv. Зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства порівнянної тяжкості (Статут МКС, стаття 8(2)(xxii)).	135
v. Примушення до служби у збройних силах ворожої держави/ примушення до участі у воєнних діях (Статут МКТЮ, стаття 2(е); Статут МКС, статті 8(2)(а)(v), 8(2)(б)(xv))	174
vi. Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях (Статут МКС, стаття (8)(2)(б)(xxvi))	183
vii. Умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд (Статут МКТЮ, стаття 2(f); Статут МКС, стаття 8(2)(а)(vi))	194
viii. Оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони (Статут МКС, стаття 8(2)(б)(xiv))	205

ix. Незаконна депортація або переміщення (Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vii); Статут МКТЮ, стаття 2(g))	210
c) Воєнні злочини проти власності	249
i. Широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (Статут МКТЮ, стаття 2(d); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(iv))	249
ii. Розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом (Статут МКТЮ, стаття 3(d), Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xvi))	260
iii. Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю (стаття 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС)	269
d) Воєнні злочини нападів на заборонені цілі	281
i. Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(i); Статут МКТЮ, стаття 3)	281
ii. Умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ii); Статут МКТЮ, стаття 3)	295
II. Злочин агресії	408
A. Актуальність принципів міжнародного права для винесення судових рішень за злочин агресії в Україні відповідно до статті 437 кримінального кодексу України	408
1. Агресія за міжнародним правом	408
a) Поняття злочину агресії за міжнародним правом	408
i. Статут ООН: заборона застосування сили	409
ii. Статути та практика Нюрнберзького та Токійського трибуналів	410
iii. Резолюція 3314 ГА ООН "Визначення агресії"	411
iv. Статут МКС	413
v. Звичаєве міжнародне право	415
b) Взаємозв'язок між статтею 437 ККУ та міжнародними інструментами, що стосуються злочину агресії	416
i. Застосовність інструментів та практики МКП: чи можна розглядати статтю 437 разом зі Статутом МКС чи Елементами злочинів	417
ii. Стаття 437 криміналізує діяння, які за міжнародним правом становлять агресію	418
B. Визначення злочину агресії за міжнародним правом та їх застосовність до статті 437 кримінального кодексу України	424
1. Вступ	424
2. Елементи злочину агресії	425
a) Визначення злочину агресії (об'єктивні елементи)	425

i.	Вторгнення або напад збройних сил держави (стаття 8-біс(2)(a))	434
ii.	Бомбардування або застосування будь-якої зброї (стаття 8-біс(2)(b))	435
iii.	Блокада портів або узбережжя (стаття 8-біс(2)(c))	435
iv.	Напад збройних сил держави на сухопутні, морські чи повітряні сили або на морські та повітряні флоти іншої держави (стаття 8-біс(2)(d))	435
v.	Порушення умов перебування на території (стаття 8-біс(2)(e))	436
vi.	Дозвіл використовувати територію для акту агресії (стаття 8-біс(2)(f))	436
vii.	Засилання озброєних банд, груп, нерегулярних формувань або найманців (стаття 8-біс(2)(g))	436
b)	Визначення злочину агресії (суб'єктивні елементи)	438
III.	Геноцид	440
A.	Важливість принципів міжнародного права для кваліфікації геноциду в Україні за статтею 442 Кримінального кодексу України	440
1.	Геноцид за міжнародним правом	440
a)	Поняття та складова геноциду	440
i.	Ідентифікація та класифікація геноциду в міжнародному праві	440
b)	Співвідношення статті 442 Кримінального кодексу України з міжнародними договорами щодо геноциду	442
i.	Застосування інструментів міжнародного кримінального права: чи можна розглядати статтю 442 КК України у сукупності зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС	443
B.	Визначення злочину геноциду за міжнародним правом та застосування статті 442 ККУ	443
1.	Контекстуальні елементи злочину геноциду	444
a)	Вступ	444
b)	Визначення контекстуальних елементів геноциду	445
i.	Потерпіла особа (потерпілі) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи	445
ii.	Виконавець мав умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку	447
iii.	Діяння було скоєно в контексті явної лінії схожої поведінки, спрямованої проти цієї групи, або діяння як таке могло призвести до такого знищення	449
2.	Основоположні акти геноциду	451
a)	Вбивство членів групи (Конвенція про геноцид, стаття 2(a); Статут МКС, стаття 6(a); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(a); Статут МКТР (стаття 2(2)(a))	451
i.	Сфера застосування за статтею 442	451
ii.	Визначення вбивства членів групи (об'єктивні елементи)	452
iii.	Визначення вбивства членів групи (суб'єктивні елементи)	453

b)	Заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (Конвенція про геноцид, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 6(b); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(b); Статут МКТР (стаття 2(2)(b))	455
i.	Сфера застосування за статтею 442	455
ii.	Визначення тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (об'єктивні елементи)	456
iii.	Визначення заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (суб'єктивні елементи)	458
c)	Створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення (Конвенція про геноцид, стаття 2(c); Статут МКС, стаття 6(c); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(c); Статут МКТР (стаття 2(2)(c))	460
i.	Сфера застосування за статтею 442	460
ii.	Визначення створення умов життя (об'єктивні елементи)	460
iii.	Визначення певних умов життя (суб'єктивні елементи)	463
d)	Геноцид шляхом вжиття заходів, спрямованих на запобігання народжуваності (Конвенція про геноцид, Стаття 2(d); Статут МКС, Стаття 6(d); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(d); Статут МКТР (Стаття 2(2)(d))	465
i.	Сфера застосування за статтею 442	465
ii.	Визначення застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей (об'єктивний елемент)	466
iii.	Визначення застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей (суб'єктивний елемент)	467
e)	Геноцид шляхом примусового переміщення дітей (Конвенція про геноцид, Стаття 2(e); Статут МКС, Стаття 6(e); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(e); Статут МКТР (Стаття 2(2)(e))	468
i.	Сфера застосування за статтею 442	468
ii.	Визначення примусового переміщення дітей (об'єктивний елемент)	469
iii.	Визначення примусового переміщення дітей (суб'єктивний елемент)	470
IV.	Злочини проти людяності	472
A.	Актуальність принципів міжнародного права для судового розгляду злочинів проти людяності в Україні	472
1.	Злочини проти людяності за міжнародним правом	472
a)	Поняття та структура злочинів проти людяності	472
i.	Ідентифікація та класифікація злочинів проти людяності в міжнародному праві	472
b)	Застосовність міжнародного кримінального права щодо злочинів проти людяності у правовій системі України	476
B.	Склад злочинів проти людяності за міжнародним правом	477
1.	Вступ	477
2.	Контекстуальні елементи злочинів проти людяності	478
a)	Вступ	478
b)	Діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення	479

i.	Відбувся напад, спрямований проти цивільного населення.	479
ii.	Напад був широкомасштабним або систематичним	480
iii.	Напад було здійснено в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики	482
iv.	Окреме діяння було частиною нападу.	484
c)	Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.	484
3.	Основні діяння злочинів проти людяності	485
a)	Вступ	485
b)	Умисне вбивство як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(а); Статут МКТЮ, стаття 5(а); Статут МКТР (стаття 3(а); Статут СССЛ (стаття 2(а))	486
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	486
ii.	Склад умисного вбивства (об'єктивний елемент)	487
iii.	Склад умисного вбивства (суб'єктивний елемент)	489
c)	Винищення як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(b); Статут МКТЮ, стаття 5(b); Статут МКТР (стаття 3(b); Статут СССЛ (стаття 2(b))	490
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	490
ii.	Склад винищення (об'єктивний елемент).	491
iii.	Склад винищення (Суб'єктивний елемент).	494
d)	Обернення в рабство як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(c); Статут МКТЮ, стаття 5(c); Статут МКТР (стаття 3(c); Статут СССЛ (стаття 2(c))	496
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	496
ii.	Склад обернення в рабство (об'єктивний елемент)	497
iii.	Склад обернення в рабство (суб'єктивний елемент).	499
e)	Депортація та насильницьке переміщення як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(d); Статут МКТЮ, стаття 5(d); Статут МКТР (стаття 3(d); Статут СССЛ (стаття 2(d))	500
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	500
ii.	Склад депортації або примусового переміщення (об'єктивні елементи)	501
iii.	Склад депортації та примусового переміщення (суб'єктивні елементи)	504
f)	Ув'язнення як злочин проти людяності (Статут МКС, Стаття 7(1)(e); Статут МКТЮ, Стаття 5(e); Статут МКТР (Стаття 3(e); Статут СССЛ (Стаття 2(e))	506
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	506
ii.	Склад ув'язнення (об'єктивні елементи).	506
iii.	Склад ув'язнення (суб'єктивні елементи)	509
g)	Катування як злочин проти людяності (Конвенція проти катування, Статті 1 та 2; Статут МКС, Стаття 7(1)(f); Статут МКТЮ, Стаття 5(f); Статут МКТР (Стаття 3(f); Статут СССЛ (Стаття 2(f))	510
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	510

ii.	Склад катування (Об'єктивний елемент)	513
iii.	Склад катування (Суб'єктивні елементи)	515
h)	Зґвалтування як злочин проти людяності (Статут МКС, Стаття 7(1)(g)-1; Статут МКТЮ, Стаття 5(g); Статут МКТР (Стаття 3(g); Статут СССЛ (Стаття 2(g))	517
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	517
ii.	Склад зґвалтування (Об'єктивні елементи)	518
iii.	Склад зґвалтування (Суб'єктивні елементи)	522
i)	Сексуальне рабство як злочин проти людяності (Статут МКС, Стаття 7(1)(g)-2; Статут СССЛ (Стаття 2(g))	524
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	524
ii.	Склад сексуального рабства (Об'єктивні елементи)	525
iii.	Склад сексуального рабства (Суб'єктивні елементи)	526
j)	Примушування до зайняття проституцією як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(g)-3; СССЛ (стаття 2(g))	528
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	528
ii.	Склад примушування до зайняття проституцією (Об'єктивні елементи)	529
iii.	Склад примушування до зайняття проституцією (Суб'єктивні елементи)	530
k)	Примусова вагітність як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(g)-4; Статут СССЛ (стаття 2(g))	531
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	531
ii.	Склад примусової вагітності (Об'єктивний елемент)	532
iii.	Склад примусової вагітності (Суб'єктивні елементи)	534
l)	Примусова стерилізація як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(g)-5)	536
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	536
ii.	Склад примусової стерилізації (об'єктивні елементи)	537
iii.	Склад примусової стерилізації (Суб'єктивні елементи)	537
m)	Сексуальне насильство як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(g)-6; Статут СССЛ (стаття 2(g))	538
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	539
ii.	Склад сексуального насильства (Об'єктивний елемент)	539
iii.	Визначення сексуального насильства (Суб'єктивні елементи)	543
n)	Переслідування як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(h); Статут МКТЮ, стаття 5(h); Статут МКТР (стаття 3(h); Статут СССЛ (стаття 2(h))	544
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	544
ii.	Склад переслідування (Об'єктивні елементи)	545
iii.	Склад переслідування (Суб'єктивні елементи)	552
o)	Насильницьке зникнення як злочин проти людяності (Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень; Статут МКС, стаття 7(1)(i))	554
i.	Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	556
ii.	Склад насильницького зникнення (Об'єктивні елементи)	557
iii.	Склад насильницького зникнення (Суб'єктивні елементи)	561

р) Апартеїд як злочин проти людяності (Міжнародна конвенція про припинення злочину апартеїду і покарання за нього, стаття І; Статут МКС, стаття 7(1)(j))	564
і. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	564
іі. Склад апартеїду (Об'єктивні елементи)	566
ііі. Склад апартеїду (Суб'єктивні елементи)	568
q) Інші нелюдські діяння як злочини проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(k); Статут МКТЮ, (стаття 5(i); Статут МКТР (стаття 3(i); Статут СССЛ (стаття 2(i))	570
і. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом	570
іі. Склад інших нелюдських діянь (Об'єктивні елементи)	571
ііі. Склад інших нелюдських діянь (Суб'єктивні елементи)	574

ЧАСТИНА 2: ІНШІ АСПЕКТИ МАТЕРІАЛЬНОГО МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ В КОНТЕКСТІ НАЦІОНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА 575

I. Види співучасті	575
A. Важливість принципів міжнародного права для визначення видів співучасті за Кримінальним кодексом України	575
B. Види співучасті за ККУ	576
C. Види співучасті за міжнародним кримінальним правом.	578
1. Поняття та структура видів співучасті за міжнародним кримінальним правом	578
a) Ідентифікація та класифікація видів співучасті за міжнародним правом.	578
2. Застосування принципів міжнародного права щодо форм відповідальності у судових справах щодо міжнародних злочинів за українським законодавством	581
D. Визначення форм відповідальності за ККУ та МКП.	583
1. Відповідальність безпосереднього виконавця та співвиконавця	584
a) Застосовність за ККУ	584
b) Основна відповідальність за міжнародним правом	585
і. Безпосереднє вчинення злочину (самостійно або спільно з іншими особами)	585
іі. Вчинення злочину через інших осіб, які не несуть кримінальної відповідальності	586
2. Відповідальність для груп осіб, організованих груп та злочинних організацій.	587
a) Застосовність за ККУ	587
b) Відповідальність осіб, які діють у групах або через організації в міжнародному кримінальному праві	588
і. МКТЮ/МКТР: Спільна злочинна діяльність	589
іі. МКС: Теорія контролю/управління.	593
3. Відповідальність за співучасть	598
a) Застосування відповідно до ККУ	598

i.	Організація	599
ii.	Підбурювання (ККУ, стаття 27(4))	603
iii.	Виконання ролі пособника (ККУ, ч. 5 ст. 27)	604
b)	Відповідальність за пособництво у міжнародному праві	605
i.	Планування	605
ii.	Підбурювання, схилення, спонукання	607
iii.	Надання допомоги та підбурювання	610
iv.	Інша участь у злочинах	613
4.	Віддання наказу про вчинення воєнного злочину як форма вчинення злочину, передбаченого статтею 438 ККУ	616
a)	Застосування відповідно до ККУ	616
b)	Наказування за міжнародним правом	617
5.	Відповідальність командування	620
a)	Застосування відповідно до ККУ	622
b)	Відповідальність командування за міжнародним правом	626
6.	Підбурювання до геноциду	631
a)	Застосування відповідно до ККУ	631
b)	Підбурювання до вчинення геноциду за міжнародним правом	632
II.	Обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання	633
A.	Обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання, згідно з ККУ	633
1.	Повідомлення про намір будувати захист на основі підстав для звільнення від кримінальної відповідальності	636
2.	Самооборона	637
3.	Крайня необхідність та примус	641
a)	Крайня необхідність	643
b)	Примус	643
4.	Накази начальника	647
a)	Походження та правова природа наказу/розпорядження	649
b)	«Явна» протиправність	651
c)	Обізнаність обвинуваченого про незаконність наказу	652
d)	Помилка як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, та накази начальника	653
5.	Принцип законності	654
B.	Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння за МКП, які прямо не включено до ККУ	657
1.	Помилка в факті та помилка в праві	657
a)	Помилка в факті	658
b)	Помилка в праві	661

2. Включені до елементів міжнародних злочинів обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння	664
3. Згода	670
а) Згода та справи про сексуальне насильство	671
і. Згода за ККУ	672
ii. Згода за МКП	672
4. Зв'язок з обвинуваченим	675

ГЛАВА 2. ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ677



ВСТУП	678
--------------------	------------

ЧАСТИНА 1: ЗАОЧНИЙ РОЗГЛЯД СПРАВ У СУДІ. СТАНДАРТИ СПРАВЕДЛИВОГО СУДОЧИНСТВА.....	679
--	------------

I. Національне законодавство України щодо заочного розгляду справ у суді	679
A. Підстави здійснення спеціального досудового розслідування	679
B. Повідомлення особи про підозру та про здійснення щодо неї кримінального провадження	680
C. Підстави та особливості здійснення спеціального судового провадження	683
D. Призначення захисника обвинуваченому в рамках заочного провадження	685
E. Дії суду в разі, якщо обвинувачений, який був відсутній, з'явився або був доставлений до суду, право на оскарження	685
II. Міжнародно-правові норми щодо заочного судочинства.....	687
A. Вступ	687
B. Заочне судочинство згідно з міжнародним правом про права людини, застосовним в Україні	688
1. Кожен має право бути присутнім на суді над ним.....	688
2. Відмова від права бути присутнім та повідомлення	688
3. Під час заочного розгляду справи гарантується право мати адвоката	690
4. Право на новий розгляд юридичної та фактичної сторони обвинувачення.	691
C. Заочний розгляд справ у Спеціальному трибуналі для Лівану	693
D. Висновок	695

ЧАСТИНА 2. ОЦІНЮВАННЯ ЦИФРОВИХ ДОКАЗІВ	696
I. Національне законодавство України щодо прийнятності та оцінювання цифрових доказів	696
A. Допустимість доказів	696
B. Оцінка доказів	697
C. Походження/джерела доказів	699
D. Експертні висновки	704
II. Міжнародні правові стандарти прийнятності та оцінювання цифрових доказів	705
A. Вступ	705
B. Що таке цифрові докази?	706
C. Міжнародні стандарти щодо цифрових доказів	708
1. Обов'язкових для України норм міжнародного права щодо прийнятності та оцінювання цифрових доказів не існує.	708
2. Міжнародні кримінальні трибунали оцінюють цифрові докази відповідно до тієї ж практики, яка стосується всіх невербальних доказів.	708
a) Відповідні правила доказування в міжнародних трибуналах.	709
b) Судові рішення за міжнародним кримінальним правом, що оцінюють невербальні докази, зокрема цифрові докази	711
i. Перехоплення.	711
ii. Відеозаписи	714
iii. Аерофотозйомка	716
iv. Записи телефонних переговорів та інформація про розташування стільникових веж	717
v. Документи WikiLeaks.	719
c) Додаткові чинники оцінювання доказів з відкритих інтернет-джерел	720
i. Оригінальність/походження	721
ii. Аналіз джерел	721
iii. Аналіз контенту	722
iv. Технічний аналіз	723
v. Ланцюг доступу до доказів	724
D. Висновок.	727
ЧАСТИНА 3. ЗАПОБІГАННЯ ПОВТОРНІЙ ВІКТИМІЗАЦІЇ В КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ	729
I. Стандарти українського законодавства, що стосуються запобігання повторній віктимізації в кримінальних провадженнях	729
A. Допустимість та прийнятність допиту свідка на стадії досудового провадження у кримінальних провадженнях	729

1. Коротке обговорення відповідних законодавчих положень КПК України	729
2. В. Коротке обговорення відповідних судових рішень	734
a) Підхід Верховного Суду у застосуванні ч.2 ст.97 КПК.	734
b) Підхід Верховного Суду у застосуванні статті 225 КПК.	735
c) Підхід Верховного Суду у застосуванні частини одинадцятої статті 615 КПК.	736
V. Можливість дачі показань по відеозв'язку.	737
1. Коротке обговорення відповідних законодавчих положень КПК України	737
2. Коротке обговорення відповідних судових рішень	738
C. Інші заходи захисту свідків.	739
1. Коротке обговорення відповідних законодавчих положень КПК України	739
2. Коротке обговорення відповідних судових рішень	743
D. Судовий контроль за допитом свідка	744
1. Коротке обговорення відповідних законодавчих положень КПК України	744
II. Міжнародне право та стандарти, що стосуються запобігання повторній віктимізації в кримінальних провадженнях	747
A. Вступ	747
B. Що таке повторна віктимізація?	747
C. Міжнародні правові стандарти, що стосуються запобігання повторній віктимізації.	748
1. Відповідна практика Європейського суду з прав людини.	748
2. Інші міжнародні керівні принципи	754
3. Міжнародні кримінальні трибунали та повторна віктимізація	756
a) Свідки та потерпілі в МКТЮ	756
b) Свідки та потерпілі в МКС.	758
D. Висновок.	762

	ГЛАВА 3. ЗМІСТ ПИСЬМОВИХ ВИРОКІВ У СПРАВАХ ПРО МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ, РОЗГЛЯНУТИХ СУДАМИ УКРАЇНИ	764
	ЧАСТИНА 1. ПРИРОДА ТА ЗМІСТ СУДОВИХ РІШЕНЬ	765
	ЧАСТИНА 2. ВСТУПНА ЧАСТИНА ВИРОКУ (ЧАСТИНА ДРУГА СТАТТІ 374 КПК).....	767
	ЧАСТИНА 3. МОТИВУВАЛЬНА ЧАСТИНА ВИРОКУ	768
	I. Вимоги частини третьої статті 374 КПК	768
	II. Окремі аспекти, що стосуються оцінювання доказів.....	770
	III. Окремі аспекти аргументації, що мають значення для судового розгляду воєнних злочинів	770
	A. Воєнні злочини, передбачені статтею 438 КК України.....	771
	B. Правові елементи складу воєнних злочинів.....	773
	ЧАСТИНА 4. РЕЗОЛЮТИВНА ЧАСТИНА ВИРОКУ (ЧАСТИНА ЧЕТВЕРТА СТАТТІ 374 КПК)	776
	ЧАСТИНА 5. ЗАОЧНИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД (ЧАСТИНА 5 СТАТТІ 374 КПК)	778
	ЧАСТИНА 6. ОКРЕМА ДУМКА СУДДІ (СТАТТЯ 375 КПК)	779
	ДОДАТКИ	780
	ДОДАТОК 1: ГЛОСАРІЙ	781
	ДОДАТОК 2: ГЛОСАРІЙ БАЗ ДАНИХ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА ТА ІНШИХ ОНЛАЙН-РЕСУРСІВ	790
	I. Практика міжнародних кримінальних трибуналів та інших судів	790
	II. Інші онлайн ресурси, що стосуються міжнародного кримінального права та міжнародного гуманітарного права	791

ДОДАТОК 3. ТАБЛИЦЯ ДЖЕРЕЛ	793
I. Конвенції та документи (у хронологічному порядку)	793
II. Судова практика (за алфавітом: назва суду, назва справи)	796
A. Міжнародний кримінальний суд	796
B. Інші міжнародні кримінальні трибунали	803
C. Інші міжнародні та регіональні юрисдикції	814
D. Справи, що розглядалися національними судами, включно зі справами стосовно Другої світової війни	820
III. Інші ключові джерела та публікації (за алфавітом)	822

СПІВАВТОРИ

Настільну книгу судді з матеріалами для розгляду справ про міжнародні злочини було створено у співпраці українських суддів з міжнародними й українськими експертами. Методологію та зміст цієї Настільної книги було розроблено в партнерстві з Національною школою суддів України та Верховним судом. Судді як Верховного суду, так і апеляційних судів і судів першої інстанції взяли участь в обговоренні пропозицій щодо методології та змісту Настільної книги. Підготовку Настільної книги здійснювали українські судді та міжнародні експерти з UpRights, Global Rights Compliance (GRC) (за підтримки проекту МАТРА-Україна) під загальним керівництвом та за підтримки Програми USAID «Справедливість для всіх».

Ця публікація стала можливою завдяки підтримці американського народу, наданій через Агентство США з міжнародного розвитку (USAID) в рамках Програми «Справедливість для всіх». Погляди авторів, висловлені в цьому виданні, не обов'язково відображають погляди Агентства США з міжнародного розвитку (USAID) чи Уряду США.

Цей документ підготовлено в рамках проекту МАТРА-Україна «Зміцнення спроможності України розслідувати та переслідувати міжнародні злочини», який фінансує Міністерство закордонних справ Нідерландів. Цей Проект є спільною ініціативою Т.М.С. Asser Institute та Global Rights Compliance. Погляди, висловлені в його контексті, належать виключно автору(ам).

© Програма USAID «Справедливість для всіх»

© Global Rights Compliance

ПЕРЕДМОВА

ШАНОВНІ СУДДІ!

У руках ви тримаєте настільну книгу судді з матеріалами для розгляду справ про міжнародні злочини — найсерйозніші та найжахливіші діяння, скоєння яких на території України ще кілька років тому ніхто не міг уявити.

Неспровокована збройна агресія проти України стала справжнім викликом для усієї держави та вітчизняної системи правосуддя. У ці складні часи Національна школа суддів виступила платформою для широкого міжсуддівського діалогу, як із питань організації роботи суду у воєнний час, так і розгляду нових категорій справ, зумовлених широкомасштабною війною. У цьому контексті нами були переглянуті пріоритети суддівської освіти на користь уваги до міжнародних злочинів, зокрема воєнних, а також кримінальних правопорушень проти основ національної безпеки.

З метою посилення спроможності суддів розглядати справи про воєнні злочини Національною школою суддів України у співпраці з міжнародними партнерами було започатковано комплексний план суддівської освіти, у складі якого не тільки численні вебінари, семінари-практикуми, тренінги та інші заходи, налагоджено систему індивідуального консультування суддів, до яких надійшли відповідні провадження, а також започатковано підготовку допоміжних матеріалів для суддів — методичних рекомендацій, пам'яток, збірок документів, довідників для суддів з актуальних питань розгляду кримінальних проваджень щодо воєнних злочинів.

Одним із помітних зусиль стало це видання, покликане допомогти суддям належно здійснювати правосуддя у справах про воєнні злочини. Адже Україна, її національна судова система вперше зіштовхнулася з проблемою притягнення до відповідальності винних за вчинення воєнних злочинів. Кількість зареєстрованих кримінальних проваджень обчислюється десятками тисяч, і кожне з них потребує як правильної кваліфікації діяння, належного збору та фіксації доказів, так і справедливого судового розгляду та обґрунтування судового рішення.

Висловлюючи щире подяку представникам Програми USAID «Справедливість для всіх» та авторам цього видання, впевнений, що воно надасть відповіді на багато питань, що виникатимуть під час відправлення правосуддя та сприятиме у виконанні завдань кримінального судочинства щодо розгляду цієї надзвичайно важливої категорії справ.

Ректор Національної школи суддів України

Микола ОНІЩУК

ШАНОВНІ ПАНОВЕ СУДДІ!

Зміст цієї Настільної книги було сформовано з урахуванням висновків та рекомендацій за результатом проведеної Програмою USAID «Справедливість для всіх» у співпраці з Національною школою суддів України в липні 2022 року оцінки потреб суддів у підвищенні кваліфікації для розгляду справ про воєнні злочини в національних судах з метою сприяти у належному відправленні справедливого і безстороннього правосуддя.

Відповідно Настільна книга є збірником тематично-узагальненої інформації з включенням релевантного матеріалу й рекомендацій, що ґрунтуються на найактуальнішій практиці міжнародних судів і трибуналів з паралельним аналізом українського законодавства та відповідної судової практики.

Це справді унікальне видання розроблено за участі досвідчених українських суддів, національних та міжнародних експертів з міжнародного кримінального і гуманітарного права у тісній співпраці з Верховним Судом і Національною школою суддів України, щоб допомогти вам в процесі ухвалення рішень під час розгляду справ, пов'язаних із міжнародними злочинами.

Оскільки міжнародне право передбачає, що більшість воєнних злочинів має розглядатися на національному рівні відповідно до критеріїв, встановлених міжнародним гуманітарним правом, міжнародним кримінальним правом і міжнародним правом у галузі прав людини, вкрай важливо підтримати процес розгляду справ про міжнародні злочини на національному рівні, включно із вдосконаленням правової бази, підвищенням кваліфікації суддів та посиленням адміністрування і управління такими справами в судах. Саме тому ця Настільна книга є елементом цілісного підходу на втілення міжнародних та європейських стандартів, покликаних забезпечити відповідальність за міжнародні злочини.

Ухвалення судових рішень у справах про міжнародні злочини потребує спеціальних знань, тому користування суддями матеріалами цієї книги слід сприймати як частину комплексної навчальної програми, орієнтованої на потреби у розвитку та поглибленні знань й збагаченні досвідом для розгляду цієї категорії справ.

Крім того, книга слугує джерелом знань по застосуванню норм матеріального міжнародного права в українському контексті, що поза сумнівом має сприяти формуванню високоякісних, добре вмотивованих судових рішень у справах про міжнародні злочини.

Висловлюю глибоку вдячність авторам за їхній внесок, а також Верховному Суду та Національній школі суддів України за партнерство у підготовці цього першого у своєму роді видання.

Керівник Програми USAID «Справедливість для всіх»

Девід ВОН

ВСТУП

МЕТА НАСТІЛЬНОЇ КНИГИ

1. Ця Настільна книга призначена допомогти українським суддям справедливо та ефективно розглядати справи щодо міжнародних злочинів за законодавством України відповідно до міжнародних норм. У Настільній книзі, зокрема, зібрано та проаналізовано матеріали, призначені для допомоги суддям у справах, пов'язаних із воєнними злочинами, геноцидом і злочином агресії.
2. Хоча судовий розгляд справ, пов'язаних з триваючим збройним конфліктом, регулюється національним законодавством України, він вимагає від суддів тлумачення злочинів, передбачених Кримінальним кодексом України (КК України), які, по суті, є міжнародними злочинами, що криміналізовані міжнародним правом. Зокрема, «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни» за статтею 437 КК України відповідає злочину агресії, а «Порушення законів та звичаїв війни» за статтею 438 КК України та «Геноцид» за статтею 442 КК України відображають відповідно воєнні злочини та геноцид.
3. У Настільній книзі детально розглянуто національне законодавство України про міжнародні злочини. У ній зокрема запропоновано огляд відповідних міжнародно-правових джерел, зокрема міжнародних договорів, судових рішень та наукових коментарів, щодо злочину агресії, воєнних злочинів і геноциду.
4. Окрім того, хоча чинне українське законодавство не передбачає кримінальної відповідальності за злочини проти людяності, Настільна книга на перспективу пропонує до ознайомлення розділ, що містить рекомендації з тлумачення злочинів проти людяності.
5. У Настільній книзі також розглянуто практику міжнародних кримінальних судів і трибуналів та відповідних конвенційних органів з прав людини, яка стосується додаткових ключових тем, як-от види відповідальності, обставини, що звільняють від відповідальності в кримінальному праві та деякі окремі процесуальні питання. Хоча підходи до розгляду цих тем у міжнародному праві не обов'язково можуть бути безпосередньо застосовними до національного судочинства, втім, метою цих розділів є надати суддям корисні рекомендації щодо тлумачення відповідних положень національного законодавства.
6. Методологію та зміст цієї Настільної книги було розроблено в партнерстві з Національною школою суддів України та Верховним Судом. Судді як Верховного Суду, так і апеляційних судів і судів першої інстанції взяли участь в обговоренні пропозицій щодо методології та змісту Настільної книги й схвалили їх. Підготовку Настільної книги здійснювали українські судді та міжнародні експерти з UpRights, Global Rights Compliance (GRC) (за підтримки проекту МАТРА-Україна) під загальним керівництвом та за підтримки Програми USAID «Справедливість для всіх».

МЕТОДОЛОГІЯ

7. В основу Настільної книги покладено аналіз релевантних міжнародних договорів, а також рішень міжнародних кримінальних трибуналів і судів. Особливу увагу приділено поясненню того, як відповідні міжнародні інструменти можуть бути застосовані на національному рівні або використані для тлумачення національних положень у контексті справ щодо міжнародних злочинів.
8. На міжнародному рівні міжнародні злочини були в центрі уваги міжнародних кримінальних судів і трибуналів, зокрема Нюрнберзького трибуналу, Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МТКЮ), Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди (МТР), Спеціального суду щодо Сьєрра-Леоне (СССЛ), Надзвичайних палат судів Камбоджі (НПСК) і Міжнародного кримінального суду (МКС). За останні 70 років завдяки практиці цих міжнародних кримінальних судів і трибуналів було уточнено класифікацію, об'єкти та відповідні правові елементи складу міжнародних злочинів, інкорпорованих до національного законодавства України. Для забезпечення актуальності поданого аналізу в контексті розгляду справ щодо міжнародних злочинів на національному рівні в усьому тексті **Настільної книги** містяться вставки **сірого кольору** з витягами з відповідних джерел прецедентного права. Окрім того, виноски містять посилання на повний текст відповідних правових положень та рішень відповідних судів і трибуналів. Будучи практичним інструментом, Настільна книга містить також вставки **жовтого кольору** з узагальненням складних правових питань, та вставки **синього кольору**, що містять практичні приклади.
9. У Настільній книзі також наводяться, там, де це вбачається доцільним, коментарі провідних науковців та експертів, які деталізують та роз'яснюють питання сутності міжнародних злочинів та застосовності відповідних положень щодо них. Цей матеріал включено для заповнення прогалин у практиці міжнародних кримінальних трибуналів або міжнародних судів з прав людини щодо міжнародних злочинів.
10. Крім того, Настільна книга висвітлює всі питання, з яких міжнародна судова практика містить розбіжності або є фрагментарною. Це робиться, наприклад, там, де існує помітна різниця між міжнародним звичаєвим правом і правом Міжнародного кримінального суду.

ОГЛЯД ЗМІСТУ

11. Настільна книга складається з чотирьох основних розділів: (1) [Вступ](#); (2) [Міжнародне матеріальне кримінальне право \(Глава 1\)](#); (3) [Процесульні аспекти \(Глава 2\)](#); (4) [Зміст письмових вироків у справах про міжнародні злочини, розглянутих судами України \(Глава 3\)](#).
12. **Вступ.** У цьому розділі подано огляд **джерел права**, застосованих до збройного конфлікту в Україні. Зокрема, в ньому розглядаються загальні рамки та аспекти застосовності таких видів права: **I. Міжнародне гуманітарне право**; **II. Міжнародне право в галузі прав людини**; **III. Міжнародне кримінальне право**. Окрім того, у вступі представлено розділ [ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ](#) відповідно до міжнародного гуманітарного права.
13. [Глава 1. Міжнародне матеріальне кримінальне право. Частина 1. Міжнародні злочини за українським правом.](#) Глава містить аналіз чотирьох видів міжнародних злочинів: **I. Воєнні злочини**; **II. Злочин агресії**; **III. Геноцид** та **IV. Злочини проти людяності** відповідно до практики міжнародних судів і трибуналів у контексті відповідних положень КК України. При цьому в ній окреслено конкретну методологію тлумачення відповідних положень кримінального законодавства України та питань застосовності міжнародного права.
14. Настільна книга має певну структуру, яка має допомогти суддям проаналізувати кожен із зазначених міжнародних злочинів, зокрема:
 - жовті вставки, що містять пояснення або алгоритм, який узагальнює основні елементи складу кожного злочину та/або дій, що лежать в його основі;
 - застосовність відповідного джерела міжнародного права відповідно до внутрішнього законодавства України;
 - огляд об'єктивних елементів складу злочину;
 - огляд суб'єктивних елементів складу злочину;
 - огляд загальних або контекстуальних елементів складу злочину (за необхідності).
15. [Глава 1. Міжнародне матеріальне кримінальне право. Частина 2. Інші аспекти матеріального міжнародного кримінального права, що застосовуються в контексті національного судочинства.](#) Наводиться порівняльний аналіз національного законодавства України та міжнародного кримінального права щодо: **I. Видів співучасті** та **II. Обставин, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання**, у справах, пов'язаних із міжнародними злочинами. Підрозділи, що стосуються КК України та національного законодавства України, були підготовлені українськими правниками у консультації із суддями. Підрозділи, що стосуються міжнародного кримінального права та міжнародної судової практики, були підготовлені міжнародними експертами. У них робиться наголос на тих аспектах, які необхідно враховувати як рекомендації з тлумачення та застосування відповідного національного законодавства.

16. **Глава 2. Процесуальні аспекти.** Цей розділ містить порівняльний аналіз українського національного законодавства та міжнародного кримінального права з трьох окремих процесуальних питань, а саме: [Частина 1: заочний розгляд справ у суді. Стандарти справедливого судочинства](#); [Частина 2. Оцінювання цифрових доказів](#); [Частина 3. Запобігання повторній віктимізації в кримінальних провадженнях](#). Процесуальні аспекти судового розгляду міжнародних злочинів здебільшого ґрунтуються на положеннях національного законодавства. З огляду на наявність численних українських досліджень на тему кримінального процесу, у цій Настільній книзі описано лише деякі окремі процесуальні аспекти судових проваджень щодо міжнародних злочинів за національним законодавством. Ці три конкретні питання обрали судді Верховного Суду та судді апеляційних судів і судів першої інстанції як найактуальніші, оскільки вони ілюструють особливості судового розгляду міжнародних злочинів за національним законодавством України порівняно з іншими злочинами, передбаченими Кримінальним кодексом України. Авторами розділів, що стосуються національного законодавства України, є українські судді, тоді як міжнародні експерти підготували відповідні розділи, що стосуються міжнародного права. Важливо нагадати, що міжнародна практика щодо цих питань не є безпосередньо застосовною в Україні, але нею слід користуватися як рекомендаціями для тлумачення та застосування відповідного національного законодавства. Окрім того, розділи, присвячені міжнародному праву, включають також відповідне прецедентне право Європейського суду з прав людини — з огляду на пряме застосування Європейської конвенції з прав людини в українській правовій системі.
17. **Глава 3. Зміст письмових вироків у справах про міжнародні злочини, розглянутих судами України.** Цей розділ містить огляд відповідних положень Кримінального процесуального кодексу України, застосовних у вироках суду, в контексті судового розгляду справ про міжнародні злочини, зокрема справ про воєнні злочини, передбачені статтею 438 КК України. У цьому розділі також пояснюється зв'язок між відповідними розділами Настільної книги та різними частинами вироку.
18. Окрім того, Настільна книга містить три додатки:
- [Додаток 1. Глосарій термінів та визначень, що застосовуються у провадженнях щодо воєнних злочинів.](#) Він надає перелік термінів та їх визначення, щоб допомогти суддям зорієнтуватися в деяких поняттях, що використовуються в Настільній книзі.
 - [Додаток 2. Глосарій баз даних прецедентного права та інших онлайн ресурсів.](#) Містить перелік і короткий опис наявних ресурсів, де можна знайти практику міжнародних кримінальних трибуналів, а також інших важливих у контексті Настільної книги онлайн ресурсів, що стосуються міжнародного кримінального права, міжнародного гуманітарного права та міжнародного права прав людини.
 - [Додаток 3. Таблиця джерел.](#) Містить повний перелік міжнародних документів та джерел прецедентного права, що цитуються в Настільній книзі.

ПРИКЛАД. ЯК КОРИСТУВАТИСЯ НАСТІЛЬНОЮ КНИГОЮ?

Як знайти в Настільній книзі розділи, потрібні для здійснення провадження щодо воєнних злочинів?

Під час розгляду кримінальної справи щодо воєнного злочину судді можуть скористатися численними матеріалами, що містяться в [Розділі I «Воєнні злочини» Частини 1 Глави 1](#).

Прокурор, очевидно, висуне обвинувачення в конкретному воєнному злочині, визначеному національним законодавством та міжнародним правом, з посиланням на Статут Міжнародного кримінального суду на статтю 438 КК України. Незалежно від того, яким буде посилання, судді зможуть визначити відповідне злочинне діяння, що кваліфікується як воєнний злочин, на основі [Розділу I.C.3. Глави 1 Частини 1 «Дії, що лежать в основі воєнних злочинів, передбачених статтею 438 КК України»](#). У цьому розділі представлено найновіший перелік загальноновизнаних воєнних злочинів згідно з міжнародним кримінальним правом, який ґрунтується насамперед на статті 8 Статуту МКС. За цим переліком судді можуть знайти відповідні розділи книги, що стосуються воєнних злочинів, які вони розглядають.

- Кожний розділ, присвячений конкретному воєнному злочину, є автономним за своїм змістом і містить інформацію, необхідну судді для винесення рішення щодо конкретного злочину. Кожен розділ має такі елементи:

- **Жовта вставка**, що містить алгоритм, який підсумовує питання застосовності права та основні елементи складу кожного злочину та/або дій, що лежать в його основі.
- **Застосовність джерел міжнародного права за статтею 438 КК України**. У цьому розділі пояснюється, як за певний воєнний злочин настає кримінальна відповідальність за статтею 438. Зокрема, в ньому йдеться про те, як конкретне злочинне діяння може становити: (1) порушення правил та звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, ратифікованими Україною; та (2) воєнний злочин, визнаний міжнародним правом.

У Настільній книзі також більш детально розглянуто такі питання: (1) Чому воєнні злочини, визнані міжнародним правом, можуть вважатися такими, за які передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України? (2) Чому судді можуть використовувати право і судову практику міжнародних кримінальних трибуналів, зокрема, МКС? Ці питання розглядаються в [Розділі I.B. Частини 1 Глави 1 «Актуальність принципів міжнародного права в контексті судового розгляду в Україні воєнних злочинів за статтею 438 КК України»](#).

- **Визначення об'єктивних елементів складу воєнного злочину**. У цьому розділі судді можуть ознайомитися з оглядом *actus reus* конкретного воєнного злочину згідно з правом та практикою відповідних міжнародних кримінальних трибуналів, зокрема МТКЮ та МКС.
- **Визначення суб'єктивних елементів складу воєнного злочину**. У цьому розділі розглядається *mens rea* конкретного воєнного злочину згідно з правом та практикою відповідного міжнародного кримінального трибуналу, зокрема МТКЮ та МКС. Разом з тим, у загальній частині КК України визначено суб'єктивні елементи, що застосовуються до злочинів (статті 23, 24 і 25 КК України). Під час розгляду елементів складу воєнного злочину суддям буде необхідно враховувати значущість суб'єктивних елементів, визначених у загальній частині КК України.
- **Визначення контекстуальних елементів складу воєнних злочинів**. Цей елемент є загальним і обов'язковим для всіх воєнних злочинів. У цьому підрозділі наведено контекстуальні елементи, які необхідно встановити для доведення воєнного злочину. Подальший аналіз кожного з них можна знайти в [Розділі I.C.2. Частини 1 Глави 1 «Контекстуальні елементи складу воєнних злочинів»](#).

ДЖЕРЕЛА ПРАВА: МІЖНАРОДНЕ ГУМАНІТАРНЕ ПРАВО, МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ ТА МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

19. Цей розділ містить огляд різних міжнародно-правових режимів, що застосовуються до конфлікту в Україні. Зокрема, тут йтиме мова про застосовність міжнародного гуманітарного права (МГП), міжнародного права прав людини (МППЛ) та міжнародного кримінального права (МКП), а також про їхню нормативну базу.

I. Міжнародне гуманітарне право

20. МГП, також відоме як право війни, спрямоване на обмеження наслідків збройного конфлікту в гуманітарних цілях.¹ Воно застосовується тільки під час збройних конфліктів, зокрема, під час окупації.²

A. Структура Міжнародного гуманітарного права

21. МГП складається з двох гілок: (i) **право Гааги**, яке регулює порядок поранення або заподіяння шкоди противнику, тобто ведення бойових дій,³ наприклад, забороняючи цілу низку негуманних методів нейтралізації ворога;⁴ і (ii) **право Женев**, яке захищає цивільних осіб і тих, хто більше не бере участі в конфлікті,⁵ квінтесенцією якого є заборона навмисного нападу на

¹ МКЧХ, "[Що таке міжнародне гуманітарне право?](#)", липень 2004 р., с. 1.

² Застосовність обумовлена наявністю фактичних обставин, незалежно від будь-яких формальностей, як-от оголошення війни. Критерії визначення існування збройного конфлікту див. М. Сассолі, Міжнародне гуманітарне право: правила, протиріччя і вирішення проблем, що виникають в ході війни (Edward Elgar 2019) ("Сассолі МГП"), с.с. 169, 176, 180, 183.

³ У 1899 і 1907 роках у Гаазі були проведені дві конференції, на яких було прийнято низку конвенцій, зокрема: [Гаазькі положення 1899 та 1907 років](#); [Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту](#) (1954); [Конвенція про заборону біологічної зброї](#) (1972); [Конвенція про заборону конкретних видів звичайної зброї](#) (1980); [Конвенція про заборону хімічної зброї](#) (1993); [Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення](#) (1997). Для більш детальної інформації, див. Н. Мельцер, Міжнародне гуманітарне право: загальне введення (МКЧХ, 2016) ("МГП Мельцера"), с.с. 79-80.

⁴ Див. наприклад, [Додатковий протокол I](#), стаття 35(2); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, [Норма 70](#).

⁵ Чотири Женевські конвенції (ЖК) були прийняті в 1949 році. Конвенції I-III в основному стосуються поводження з загиблими солдатами в різних сценаріях: конфлікт на полі бою (ЖК I), конфлікт на морі (ЖК II) і військовополонені (ЖК III). Правила, що містяться в них, відображають коріння МГП, а саме захист солдатів. [ЖК IV](#) стосується захисту цивільного населення під час війни. Під час Другої світової війни захист, передбачений Гаазьким положенням, був визнаний недостатнім для захисту цивільного населення, що призвело до прийняття в 1949 році [IV Женевської конвенції](#). Усі чотири Женевські конвенції ратифіковані всіма країнами світу і не викликають заперечень. Показово, що третя стаття в усіх чотирьох конвенціях ідентична. У той час як Женевські конвенції майже виключно стосуються війни між державами, загальна стаття 3 є єдиним положенням, що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів, захищаючи осіб, які не беруть активної участі у бойових діях, від будь-якого насильства над життям або особистістю, захоплення заручників, посягань на гідність, свавільного винесення смертного вироку і відмови в догляді. Женевські конвенції доповнюються трьома додатковими протоколами, що стосуються захисту потерпілих від міжнародних збройних конфліктів ([1977 ДП I](#)) і неміжнародних збройних конфліктів ([1977 ДП II](#)), а також прийняттям додаткової емблеми МКЧХ — червоного кристала, вільного від будь-якого релігійного і культурного підтексту в порівнянні з червоним хрестом і червоним півмісяцем ([2005 ДП III](#)). Див. також:

цивільних осіб.⁶ Ці дві гілки МГП, що містяться в міжнародних договорах перетинаються з і доповнюються великим масивом звичаєвого МГП,⁷ що є обов'язковим для всіх держав незалежно від того, чи мають такі держави відповідні зобов'язання за міжнародними договорами.⁸ Україна та Російська Федерація є державами-учасницями договорів, що закріплюють як право Гааги, так і право Женеви.⁹

В. Класифікація збройних конфліктів

22. В контексті МГП розрізняють міжнародні та неміжнародні збройні конфлікти. Ця класифікація використовується для встановлення об'єктивної сторони воєнних злочинів та впливає на те, які положення застосовуються до певної ситуації.

1. Неміжнародний збройний конфлікт

23. Неміжнародний збройний конфлікт ("НЗК") стосується "тривалого збройного насильства між урядовою владою і організованими збройними групами або між такими групами всередині держави".¹⁰ Відповідні норми МГП містяться в Загальній статті 3 Женевських конвенцій, Додатковому протоколі II та у всіх відповідних звичаєвих нормах МГП. Існування НЗК є предметом доказування в контексті воєнних злочинів, зазначених у статтях 8(2)(с) та 8(2)(е) Римського статуту.
24. НЗК характеризується двома ознаками: (і) недержавні збройні групи, залучені в конфлікті, повинні бути достатньо **організовані**;¹¹ та (ii) бойові дії повинні

Мельцер МГП, с. 17.

⁶ [Додатковий протокол I](#), статті 48, 51(2); [Додатковий протокол II](#), стаття 13; МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, [Норма 1](#).

⁷ В межах своєї місії з розвитку МГП, МКЧХ створив добірку норм звичаєвого МГП на основі усталеної практики із супроводжуваними коментарями, а також із добіркою відповідної практики. Цей ресурс використовується як основне джерело звичаєвих норм в МГП. Див., МКЧХ, [База даних за звичаєвим МГП](#) (2009).

⁸ Звичаєве право — це набір правил, що походять з послідовної поведінки держав ("практика держав"), які діють з щирого переконання, що право — на відміну, *наприклад*, від ввічливості або політичних переваг — вимагає такої поведінки ('*opinio juris*'). Континентальний шельф Північного моря, [рішення](#), Звіти МСС 1969, с. 3 ('[Рішення](#) по континентальному шельфу Північного моря'), пп. 71-74, 77. Див. також, Сассолі МГП, с. 46.

⁹ МКЧХ, "[Договори, держави-учасниці та коментарі України](#)".

¹⁰ Прокурор проти *Тадіча*, IT-94-1, [Рішення по проміжній апеляції](#), 2 жовтня 1995 року ("inter"), п. 70; Прокурор проти *Тадіча*, IT-94-1-T, [Думка і Рішення](#), 7 травня 1997 року ("[Рішення по проміжній апеляції](#)" у справі *Тадіча*"), п. 562; Прокурор проти *Харадінай та ін.*, IT-04-84-T, [Судове рішення](#), 3 квітня 2008 року ("[Рішення суду](#)" у справі *Харадінай та ін.*"), п. 37. Див. також Інструкцію МОУ, яка визначає НЗК як "тривалі та інтенсивні збройні сутички на території держави між урядовими збройними силами та організованими збройними формуваннями або між організованими збройними формуваннями": "[Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних силах України](#)", 2018 рік, Розділ 2, п. 40.

¹¹ Прокурор проти *Онґвен*, ICC-02/04-01/15, [Судове рішення](#), 4 лютого 2021 року ("[Судове рішення](#)" у справі *Онґвен*"), п. 2685; Прокурор проти *Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, [Судове рішення](#), 8 липня 2019 року ("[Судове рішення](#)" у справі *Нтаганди*"), пп. 704-705; Прокурор проти *Лубанґи*, ICC-01/04-01/06, [Судове рішення](#), 14 березня 2012 року ("[Судове рішення](#)" у справі *Лубанґи*"), п. 537; Обвинувач проти *Катанґи*, ICC-01/04-01/07, [Судове рішення](#), 7 березня 2014 року ("[Судове рішення](#)" у справі *Катанґи*"), п. 1186; Обвинувач проти *Бемби*, ICC-01/05-01/08, [Судове рішення](#) від 21 березня 2016 року ("[Судове рішення](#)" у справі *Бемби*"), пп. 134-136; *Харадінай та ін.*, [Судове рішення](#), пп. 60. Див. також: Обвинувач проти *Бошкоскі та Тарчуловські*, ICTY-04-82-A, Апеляційне рі-

досягти певного рівня **інтенсивності**,¹² яку можна встановити за допомогою оцінки, серед іншого, таких показників: серйозність і частота нападів; вид і чисельність залучених збройних сил; здатність групи контролювати територію протягом певного періоду часу; наслідки насильства для цивільного населення.¹³

25. НЗК відрізняються від ситуацій внутрішніх заворушень і напруженості, як-от масових заворушень або ізольованих та поодиноких актів насильства, які не підпадають в сферу регулювання МГП.¹⁴ Важливо зазначити, що в ситуаціях, коли декілька недержавних збройних формувань воюють проти урядових збройних сил, діяння цих збройних формувань можуть розглядатися сукупно для цілей оцінки інтенсивності.¹⁵

2. Міжнародний збройний конфлікт

26. Міжнародний збройний конфлікт ("МЗК") характеризується застосуванням збройної сили однією або декількома державами проти іншої держави, незалежно від причини або інтенсивності.¹⁶ Застосовне до цього виду конфліктів

шення, 19 травня 2010 року ("[Апеляційне рішення](#) у справі Бошкоскі та Тарчуловські"), пп. 19-24; Обвинувач проти Бошкоскі та Тарчуловські, ІСТУ-04-82-Т, Судове [рішення](#), 10 липня 2008 року ("Судове [рішення](#) у справі Бошкоскі та Тарчуловські"), пп. 199-203; Обвинувач проти *Лімая та ін.*, ІТ-03-66-Т, [Судове рішення](#), 30 листопада 2005 року ("*Лімай та інші*"), пп. 94-134.

¹² Коментар Міжнародного Комітету Червоного Хреста від 2020 року до Женевської конвенції III Про поводження з військовополоненими (12 серпня 1949 року) ("[Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#)"), ст. 3, п.п. 421, 455; Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 ("Римський статут"), ст. 8(2)(f); Прокурор проти *Нтаганди*, ІСС-01/04-02/06, [Рішення суду](#), 8 липня 2019 року, п. 703; [Рішення суду](#) у справі *Тадіча*, п. 562; Прокурор проти *Акайесу*, ІСТР-96-4-А, [апеляційне рішення](#) від 1 червня 2001 року, п. 620; Прокурор проти *Кордіча і Черкеза*, ІСТУ-95-14/2А, [апеляційне рішення](#) від 17 грудня 2004 року ("[Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*"), пункт. 341; Прокурор проти *Лімая та ін.*, ІТ-03-66-Т, [Рішення суду](#), 30 листопада 2005 року, п. 84; Прокурор проти Бошкоскі і Тарчуловські, [Рішення суду](#) від 10 липня 2008 року ("[Рішення суду](#) у справі Бошкоскі і Тарчуловські"), п. 175. Див. також, Прокурор проти *Бемби*, [Рішення суду](#), 21 березня 2016 року, п. 137.; Прокурор проти *Катанги*, [Рішення суду](#), 7 березня 2014 року, п. 1187; Прокурор проти *Лубанги*, [Рішення суду](#), 14 березня 2012 року, п.п. 534-536, 538.

¹³ [Апеляційне рішення](#) у справі Бошкоскі і Тарчуловські, п.п. 19-24; [Рішення суду](#) у справі *Нтаганди*, п.716; [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2684; [Рішення суду](#) у справі *Лубанги*, п. 538; [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 1187; [Рішення суду](#) у справі *Бемби*, п. 137; Прокурор проти *Мркішича та ін.*, ІТ-95-13/1-Т, [Рішення суду](#), 27 вересня 2007 ("[Рішення суду](#) у справі *Мркішича та ін.*"), п. 407; [Рішення суду](#) у справі *Харадінай та ін.*, п. 49; Женевська академія RULAC, "[Неміжнародні збройні конфлікти](#)" (останнє оновлення 11 вересня 2017 року).

¹⁴ *Харадінай та ін.* [Судове рішення](#), п. 38; Прокурор проти *Бемби*, МКС-01/05-01/08, [Рішення](#) про підтвердження обвинувачень, 15 червня 2009 року ("[Рішення](#) про підтвердження обвинувачень у справі *Бемби*"), п. 231; Прокурор проти *Лубанги*, МКС-01/04-01/06, [Рішення](#) про підтвердження обвинувачень, 29 січня 2007 року ("[Рішення](#) про підтвердження обвинувачень у справі *Лубанги*"), п. 173; Обвинувач проти *Дордевіча*, МТБЮ-05-87/1-Т, [рішення](#) від 23 лютого 2011 року ("[Рішення](#) у справі *Дордевіча*"), п. 1522; [Рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 562; [рішення](#) у справі "*Харадінай та ін.*" (*Naradinaj et al.*), п. 38; [Рішення](#) у справі "*Лубанга*" (*Lubanga*), п. 538; [Рішення](#) у справі Бошкоскі та Тарчуловські, п. 185.

¹⁵ У справі *Катанги*, пп. 1212-1217; [Рішення](#) у справі *Бемби*, пп. 661-662; МКЧХ, "[Сирія: МКЧХ і Сирійський Арабський Червоний Півмісяць продовжують зусилля з надання допомоги на тлі посилення бойових дій](#)" (17 липня 2012 р.). Однак, див., contra: [Судове рішення](#) у справі *Лубанги*, п. 543: "В Ітурі та прилеглих районах ДРК [Демократична Республіка Конго] одночасно відбувалася низка збройних конфліктів за участю різних груп, в яких брали участь різні угруповання. Деякі з цих збройних конфліктів, в яких брала участь і СКП [Союз конголезьких патріотів], супроводжувалися тривалим насильством".

¹⁶ Коментар Міжнародного Комітету Червоного Хреста від 2020 року до Женевської конвенції (I) Про поліпшення долі поранених і хворих у регулярних арміях (укр/рос) (12 серпня 1949 року) ("[Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I \(2016\)](#)"), ст. 2 218. Див. також [Рішення по проміжній апеляції](#) у справі *Тадіча*, п. 70:

МГП охоплює всі чотири Женевські конвенції, Додатковий протокол I до Женевських конвенцій, а також всі відповідні норми звичаєвого МГП. Існування МЗК входить до предмету доказування воєнних злочинів, викладених у статтях 8(2)(a) і 8(2)(b) Римського статуту.

27. Застосування збройної сили полягає в односторонньому застосуванні сили однією державою проти іншої, навіть якщо та не відповідає або не може відповісти військовими засобами.¹⁷ Це охоплює ситуацію, коли збройні сили однієї держави порушують умови договору про перебування на території іншої держави.¹⁸ Застосування державою збройної сили проти збройних сил, території, цивільного населення/об'єктів або інфраструктури іншої держави буде становити МЗК.¹⁹
28. МЗК не характеризується досягненням певного рівня інтенсивності або тривалості,²⁰ також цей вид конфлікту не передбачає певного порогу втрат або кількості військовослужбовців, які повинні брати участь у бойових діях.²¹ Так, ізольоване застосування збройної сили однією державою проти іншої або одностороннє застосування збройної сили, що не зустріло опору, все ще може прирівнюватися до МЗК.²²
29. МЗК може також виникнути, коли в збройному протистоянні беруть участь не суто військові агенти держави (тобто, *де-юре* або *де-факто* державні органи, а не приватні особи),²³ як-от напіввійськові формування, прикордонники або берегова охорона, якщо їх участі у збройному протистоянні має характер схожий до

“збройний конфлікт виникає щоразу, коли держави вдаються до збройної сили” (підкреслено); Судове рішення у справі *Онгена*, п. 2683; Рішення суду у справі *Катанги*, п.1173; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 128. Див. також, Інструкцію МОУ, в якій МЗК визначається як “будь-який конфлікт між двома або більше державами з використанням збройних сил”: “Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України”, 2018 рік, Розділ 2, п. 33.

¹⁷ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п.п. 269, 276; Коментар Міжнародного Комітету Червоного Хреста від 2017 року до Женевської конвенції (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, що потерпіли корабельну аварію, зі складу збройних сил на морі (12 серпня 1949 року) (“МКЧХ коментар до Женевської конвенції II (2017)”), Загальна стаття 2, п. 245; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I (2016), Загальна стаття 2, п. 223.

¹⁸ Резолюція 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН (14 грудня 1974 року), ст. 3. Див. також, *Res RC/Res.6*, Поправки до Римського статуту Міжнародного кримінального суду про злочин агресії (11 червня 2010 року).

¹⁹ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 257.

²⁰ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, пп. 269-277. Див. також: Рішення про проміжну апеляцію у справі *Тадіча*, п. 70; Прокурор проти *Делаліча та ін.*, IT-96-21-T, рішення від 16 листопада 1998 року (Рішення у справі *Делаліча*), п. 184 (див. також п. 208); Судове рішення у справі *Катанги*, п. 1173; Судове рішення у справі *Бемба*, п. 128. Д. Аканде, *Класифікація збройних конфліктів: Відповідні правові концепції*, в Е. Вілмшурст (ред.), Міжнародне право та класифікація конфліктів (OUP, 2012), с. 13; Sassòli IHL, с. 170. Протилежну точку зору, згідно з якою МЗК має відповідати певному пороговому рівню інтенсивності, див.: “Асоціація міжнародного права, “Фінальний звіт щодо значення збройного конфлікту в міжнародному праві” (2010).

²¹ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, пп. 269-277; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I (2016), Загальна стаття 2, пп. 236-244 з посиланням на с. 70 — Збірник практики США в міжнародному праві (1981-1988), том III, 1993, с. 3456 (“Деякі держави, *наприклад*, вважали, що міжнародний збройний конфлікт, який вимагає застосування Женевських конвенцій, виник після захоплення в полон лише одного військовослужбовця їхніх збройних сил”); МКЧХ 1958 р. Коментар до Женевської конвенції IV, Загальна стаття 2, с. 20-21.

²² Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п.п. 275-277.

²³ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 262; Рішення про підтвердження обвинувачень у справі *Бемби*, п. 223; Рішення суду у справі *Бемби*, п.п. 654-656.

участі державних збройних сил.²⁴ Ситуації, які є результатом помилки або дій особи *ultra vires* (тобто дій, вчинених з перевищенням влади та повноважень, не схвалених державою), не вважатимуться МЗК.²⁵

30. З рештою, діяння, з якого починається МЗК, повинно мати ворожий характер, “щоб здолати ворога або змусити його підкоритися, усунути загрозу, яку він становить, або змусити його змінити свій план дій”.²⁶ Якщо держава дає згоду або прямо просить про застосування сили на своїй території іншою державою, МЗК не виникатиме за умови, що інтервенція відбувається в межах, погоджених приймаючою державою, і якщо така згода не була відкликана.²⁷ МГП і відповідні права і обов’язки відповідно до нього починають застосовуватися на всій території держав-учасниць конфлікту після початку МЗК.²⁸

а) Інтернаціоналізація НЗК

31. На додаток до описаної вище ситуації, коли МЗК виникає між двома або більше державами, НЗК може стати міжнародним, якщо:²⁹

- Держава *прямо* втручається, використовуючи свої збройні сили на території іншої держави для підтримки однієї або декількох недержавних збройних груп у їх протистоянні з місцевою владою, характер збройного протистояння між державою, що втручається, і державою, де триває НЗК, є міжнародним (незважаючи на той факт, що паралельно продовжує існувати НЗК між місцевим урядом і збройною групою (групами));³⁰ або
- Держава *опосередковано* втручається, здійснюючи “загальний контроль” над недержавною збройною групою або групами, які беруть участь у НЗК (тобто, збройна група або групи діють від імені держави, що здійснює інтервенцію). У такій ситуації не буде паралельних неміжнародних і міжнародних збройних конфліктів, а тільки МЗК між державами, попри те, що одна з них діє через недержавну збройну групу.³¹ Критерій “загального контролю” вимагає,

²⁴ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, пп. 259, 261.

²⁵ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 274. Цей аналіз, який стосується сфери застосування МГП, слід відрізнити від ситуації присвоєння в контексті відповідальності держави, коли держава несе відповідальність за діяння *ultra vires* своїх органів. [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 274.

²⁶ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 258. Див. також, Дж. Гриньон, “Початок застосування міжнародного гуманітарного права: обговорення кількох проблем” (2014) 96 Міжнародний огляд Червоного Хреста 139, с.с. 146-147.

²⁷ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 292 (див. також, п.п. 290-291, 293).

²⁸ [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 321; [Рішення по проміжній апеляції](#) у справі *Тадіча*, п. 70.

²⁹ Прокурор проти *Тадіча*, IT-94-1-A, [Апеляційне рішення](#), 15 липня 1999 (“[Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*”), п. 84; [Рішення суду](#) у справі *Нтаганди*, п. 726; [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2686; [Рішення суду](#) у справі *Лубанги*, п. 541; [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 1177; [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Лубанги*, п. 209

³⁰ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції 1 \(2016\)](#), п. 264; [Рішення суду](#) у справі *Нтаганди*, п. 726; [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2686; [Рішення суду](#) у справі *Лубанги*, п. 541; [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 1177; [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Лубанги*, п. 209; [Апеляційне рішення у справі Тадіча](#), п. 84; Прокурор проти *Прліча та ін.*, IT-04-74-T, [Рішення суду](#), 29 травня 2013, вид. 3 (“[Рішення суду у справі Прліча та ін.](#)”), п. 525.

³¹ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Стаття 3, п. 440. Див. напр., [Апеляційне рішення у справі](#)

щоб відповідна держава відіграла “певну роль в організації, координації або плануванні бойових дій збройної групи, на додаток до фінансування, навчання та оснащення або надання оперативної підтримки цій групі”.³²

b) Окупація

32. МЗК також охоплює ситуації окупації,³³ коли територія перебуває під “ефективним контролем” армії іноземної держави в межах, де такий контроль встановлений і може здійснюватися.³⁴ Це відбувається навіть тоді, коли окупація не зустрічає збройного опору і не ведуться бойові дії.³⁵ Здійснення іноземною державою ефективного контролю над територією характеризується трьома кумулятивними вимогами:³⁶ (i) збройні сили іноземної держави фізично присутні на іноземній території без згоди; (ii) чинна на момент вторгнення місцева влада була або може бути суттєво чи повністю нездатна здійснювати свої повноваження; та (iii) іноземні сили в змозі здійснювати владу над відповідною територією (або її частинами) замість місцевої влади. Коли виконуються *всі три* умови, тоді окупація поширюється і застосовується на всій території, де держава-окупант здійснює “ефективний контроль”.³⁷
33. Будь-які виправдання окупації державою-окупантом — наприклад, те, що вона “звільняє” жителів окупованої території, — не змінює юридичної класифікації

[Тадіча](#), п. 84; Прокурор проти *Кордіча і Черкеза*, IT-95-14/2-T, Рішення суду, 26 лютого 2001 (“Рішення суду у справі *Кордіча і Черкеза*”), п. 79.

³² [Апеляційне рішення у справі Тадіча](#), п. 137. Див. також, [Рішення суду](#) у справі *Лубанги*, п. 541; [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 1178; [Рішення суду](#) у справі *Бемби*, п. 130; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2687.

³³ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 (зі змінами)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), виноска 34; Прокурор проти *Гбагбо*, ICC-02/11/01/11, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#), 12 червня 2014 (“[Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Гбагбо](#)”), п. 542; [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Лубанги*, п. 212; [Рішення по проміжній апеляції](#) у справі *Тадіча*, п. 70.

³⁴ Гаазьке положення 1907 р., Стаття 42; Правові наслідки будівництва стіни на окупованій палестинській території, Консультативний висновок, Звіти МСС 2004, п. 136 (“[Консультативний висновок щодо будівництва стіни](#)”), п.п. 78-79; [Бойові дії на території Конго \(Демократична республіка Конго проти Уганди\)](#), Рішення, Звіти МСС 2005, с. 168 (“[Рішення щодо збройної діяльності](#)”), п. 172; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 336.

³⁵ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, пп. 318-324, особливо пп. 318-322. Див. також: МКЧХ, [Окупація та міжнародне гуманітарне право: Питання та відповіді](#) (МКЧХ, 2004).

³⁶ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 338. Див. також, Ю. Дінштейн, Міжнародне право воєнної окупації (2-е видання, СУР 2019) (“Ю. Дінштейн, Право воєнної окупації”), ст.ст. 35-54; Е. Бенвеністі, Міжнародне право окупації (2-е вид., ОУР 2012) (“Бенвеністі, Міжнародне право окупації”), ст.ст. 43-51; МКЧХ, [‘Окупація та інші форми управління іноземною територією’](#), Доповідь наради експертів (2012), ст.ст. 16-35; [Рішення щодо збройної діяльності](#), п. 173: “У цій справі Суду необхідно буде переконатися в тому, що Збройні сили Уганди в ДРК були не тільки розміщені в певних місцях, але і що вони замінили Конголезький уряд своєю власною владою”. У справі Прокурор проти Налетіліча та Мартіновіча, IT-98-34-T, Рішення суду, 31 березня 2003 (“Рішення суду у справі Налетіліча та Мартіновіча”), МТКЮ також встановив такі корисні керівні принципи для визначення факту окупації: держава, що окупує, повинна бути в змозі замінити місцеву владу (яка стала нездатною функціонувати належним чином) своєю власною владою; сили противника здалися, зазнали поразки або були виведені. З цієї точки зору райони бойових дій не можуть розглядатися як окупована територія. Однак поодинокий місцевий опір, навіть успішний, не впливає на реальність окупації; держава, що окупує, має в своєму розпорядженні достатні сили або здатна направити війська в розумні терміни, щоб її влада стала відчутною; на території встановлена тимчасова адміністрація; держава, що окупує, видала і домагається виконання вказівок цивільним населенням.

³⁷ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п.п. 341-343, 348-351.

такої ситуації як окупації.³⁸ Важливо, що класифікація території як “окупованої” не наділяє окупанта суверенітетом.³⁹ Дійсно, “беззаперечним принципом міжнародного права є те, що одностороння анексія окупованої території державою-окупантом не має юридичного значення і вважається такою, що не має юридичної сили.⁴⁰

с) Окупація через проксі (опосередкована)

34. Окрім “класичної” воєнної окупації, держава також може вважатися окупантом, коли територія контролюється недержавними збройними силами, які діють від імені цієї держави і контролюються нею (тобто “окупація через проксі”).⁴¹ Окупація через проксі характеризується тим, що іноземна держава здійснює опосередкований “ефективний контроль” над оспорюваною територією на підставі ефективного контролю, який здійснюється непрямо через збройні сили-проксі.⁴² Таким чином, іноземна держава буде вважатися державою-окупантом за умови, що вона здійснює “загальний контроль”⁴³ над цими проксі-збройними силами.⁴⁴

³⁸ Див., Дінштейн, *Право воєнної окупації*, п. 105; [Рішення щодо збройної діяльності](#), п. 173.

³⁹ Див. Я. Арай-Такахасі, *Право окупації: Безперервність і зміна міжнародного гуманітарного права та його взаємодія з міжнародним правом прав людини* (Brill | Nijhoff 2009) (Арай-Такахасі, *Право Окупації*), с. 42; Дінштейн, *Право воєнної окупації*, п. 161 (з посиланням на Л. Опенгейм, “Правові відносини між державою-окупантом і населенням” (1917) 33 LQR 363, 364; Д. Флек (ред.), *Довідник з міжнародного гуманітарного права* (2nd edn, OUP 2008) (Флек, *Довідник з МГП*), с. 273); Сільська рада Бейт-Сурік проти Уряду Ізраїлю, НСЖ 2056/04, рішення, 30 травня 2004 року (“[Рішення сільської ради Бейт-Сурік](#)”), п. 27.

⁴⁰ Див. [ЖК IV](#), ст. 47; [Додатковий протокол I](#), ст. 4, п. 172; Сандоз та ін. (ред.), *Коментар до Додаткових протоколів від 8 червня 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року* (МКЧХ 1987) (“[Коментар до Додаткових протоколів](#)”), п. 172. Див. також: Дінштейн, *Право воєнної окупації*, пара. 164-165; Арай-Такахасі, *Закон окупації*, с. 44; Флек, *Довідник з МГП*, с. 273; UN Doc S/RES/662 (1990); Резолюція РБ ООН 662 (9 серпня 1990 р.). *Наприклад*, і РБ ООН, і Міжнародний Суд ООН визнали, що одностороння анексія Ізраїлем Східного Єрусалиму (окупована територія) не має жодних юридичних наслідків. Резолюція РБ ООН 252 (21 травня 1968 р.) UN Doc S/RES/252; Резолюція РБ ООН 478 UN Doc S/RES/478 (1980) (20 серпня 1980 р.); [Консультативний висновок щодо будівництва стіни](#), пп. 78; Дінштейн, *Право воєнної окупації*, п. 63. Див. також [рішення сільської ради Бейт-Сурік](#), п. 27.

⁴¹ Див напр., [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 363; [Лоїзиду проти Туреччини](#), заява №. 15318/89, Рішення, 18 грудня 1996, Велика палата, Європейський суд з прав людини (“[Рішення у справі Лоїзиду проти Туреччини](#)”), п. 52; [Кіпр проти Туреччини](#), заява № 25781/94, Рішення, 10 травня 2001, Велика палата, Європейський суд з прав людини (“[Рішення Кіпр проти Туреччини](#)”), п. 77; Прокурор проти Прліча та ін., IT-04-74-A, [Апеляційне рішення](#), 29 листопада 2017 (“[Апеляційне рішення у справі Прліча та ін.](#)”), п. 322; Рішення суду у справі Налетіліча та Мартіновича, п.п. 213-214; Рішення суду у справі Блашкіча, п.п. 149-150.

⁴² [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I \(2016\)](#), Загальна стаття 2, п. 329; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 363 (див. загалом, [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, Окупація через проксі, п.п. 362-366).

⁴³ МКЧХ, “Окупація та інші форми управління іноземною територією”, [Звіт про зустріч експертів](#) (2012); Центр МГП “Діаконія”, “[Окупація](#)”; А. Гілдер, “Введення [окупації в 21 століття: Ефективна реалізація окупації за проксі](#)” (2017) 13 *Utrecht Law Review* 1, р. 60-81; Т. Гал, “[Недосліджені наслідки Тадича: Застосування закону про окупацію до війни за дорученням](#)” (2014) 12 *Журнал міжнародного кримінального правосуддя* 1, с. 59-80; Р. Бартелс, “[Класифікація збройних конфліктів міжнародними кримінальними судами та трибуналами](#)” (2020) 20 *International Criminal Law Review* 595, с. 608-609.

⁴⁴ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I \(2016\)](#), Загальна стаття 2, пп. 329; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), Загальна стаття 2, п. 36.

а) Комбатанти та цивільні

38. У класичному міжнародному збройному конфлікті **комбатантами** є члени збройних сил держав, які воюють⁴⁸ або особи, які не належать до збройних сил, але перебувають у формуваннях самооборони проти загарбників.⁴⁹ Термін “комбатанти” також застосовується до членів ополчень або добровольчих корпусів, що входять до складу збройних сил держави,⁵⁰ *наприклад*, Національна гвардія Росії. До ‘комбатантів’ не належать представники медичного і релігійного персоналу,⁵¹ проте ‘комбатантами’ вважаються особи, які працюють на збройні сили, навіть якщо їх завдання безпосередньо не пов’язані з бойовими діями, *наприклад*, ті, хто займається виробництвом і постачанням зброї, будівництвом інфраструктури тощо.⁵² Якщо “комбатанти” потрапляють до рук протилежної сторони конфлікту, то вони мають право на статус військовополонених і мають імунітет від переслідування за правомірну участь у бойових діях.⁵³
39. Технічно статус “комбатанта” існує тільки в контексті міжнародних збройних конфліктів. У неміжнародних збройних конфліктах члени недержавних збройних груп, що беруть участь у бойових діях (*наприклад*, членів Л/ДНР), і яких іноді називають “бойовиками”,⁵⁴ не мають права на статус військовополонених і можуть бути притягнуті до відповідальності за участь у бойових діях.⁵⁵ Однак “бойовики” в будь-якому разі мають право на гуманне ставлення після затримання.⁵⁶

венція IV, статті 79-135); іноземці, біженці та особи без громадянства (Женевська конвенція IV, статті 35-46); жінки та діти (Додатковий протокол I, статті 76-78); поранені і хворі (Женевська конвенція IV, статті 13-26; Додатковий протокол I, статті 8-31); медичний персонал, об’єкти і транспортні засоби, а також персонал з надання надзвичайної допомоги та гуманітарний персонал (Женевська конвенція IV, статті 20-23, 59-63; Додатковий протокол I, статті 12, 15, 71).

⁴⁸ Женевська конвенція III, стаття 4A(1), (2), (3); Додатковий протокол I, стаття 44 (3). Докладний аналіз кожного підпункту див. Сассолі МГП, с. 252; Ю. Дінштейн, Ведення бойових дій за правом міжнародних збройних конфліктів (3-є видання, СУР 2016) (“Дінштейн (2016)”), с. 52-54; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), п. 1042, що стосується ст. 4 Женевська конвенція III.

⁴⁹ Женевська конвенція III, стаття 4(A)(6). Для детального аналізу, див., С. Воттс, ‘Хто є військовополоненим’ в А. Клепхем та ін. (ред.), Женевські конвенції 1949 року: коментар (Oxford University Press [‘OUP’] 2015), с. 907.

⁵⁰ Женевська конвенція III, стаття 4A(2). Для того, щоб ополченці або добровольчі корпуси підпадали під дію цього положення (тобто вважалися ‘членами збройних сил сторони в конфлікті’), вони повинні бути офіційно включені до складу збройних сил, що визначається внутрішнім законодавством відповідної держави. Див., [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020\)](#), п. 979.

⁵¹ Додатковий протокол I, стаття 43(2).

⁵² ‘Пряма участь у бойових діях: питання і відповіді’ (МКЧХ, 2009).

⁵³ Див., Додатковий протокол I, стаття 44; Е. Кровфорд, Поводження з комбатантами і повстанцями відповідно до права збройного конфлікту (OUP 2010), с. 52.

⁵⁴ Див., Дж.К. Клефнер, ‘Від “сторін, що воюють” до “бойовиків” і цивільних осіб, які безпосередньо беруть участь у бойових діях: про принцип розрізнення в неміжнародних збройних конфліктах за сто років після Другої Гаазької мирної конференції’ (2007) 54 *Netherlands International Law Review* 315, с. 322. Див. також, Дж. Педжіч, ‘Незаконні / ворожі комбатанти: інтерпретації та наслідки’ у М. Шмідт і Дж. Педжіч (ред.), Міжнародне право та збройні конфлікти: вивчення ліній розлому (Nijhoff 2007), с.с. 335-336.

⁵⁵ Сассолі МГП, с. 277; Дінштейн (2016), с.с. 45-46.

⁵⁶ Загальна стаття 3 до Женевських конвенцій; [Додатковий протокол II](#), статті 4 і 5. Див., Дж. Педжіч, ‘Процесуальні принципи та гарантії інтернування / адміністративного затримання в умовах збройного конфлікту та інших ситуацій насильства’ (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 375, с. 389; Л. Хілл-Коуторн, Тримання під вартою в ході неміжнародного збройного конфлікту (OUP 2016), с. 82.

40. Усі інші особи є **цивільними**.⁵⁷ Іншими словами, “цивільна особа” — це будь-яка особа, яка не є членом однієї з таких груп: (i) регулярні збройні сили; (ii) ополченці або добровольчі корпуси; або (iii) організоване формування, що перебуває під командуванням, яке несе відповідальність за поведінку своїх підлеглих, включно з організованими рухами опору та іншими невеликими збройними формуваннями.⁵⁸ Цивільне населення користується загальним захистом від небезпеки, пов’язаної з бойовими діями, тобто воно не може бути об’єктом нападу.⁵⁹
41. Цивільна особа, яка **безпосередньо бере участь у бойових діях**, тимчасово втрачає свій захист відповідно до МГП і стає правомірною ціллю для нападу⁶⁰ (тобто, така цивільна особа може піддаватися прямому нападу так само, якби вона була учасником бойових дій).⁶¹ Пряма участь у бойових діях характеризується такими ознаками: (i) діяння можуть негативно вплинути на військові операції або військовий потенціал сторони збройного конфлікту або ж, альтернативно, призвести до загибелі чи поранення захищених осіб або руйнування захищених об’єктів); (ii) повинен існувати прямий причинно-наслідковий зв’язок між діянням і шкодою, яка може бути завдана; та (iii) діяння повинне бути спеціально сплановане таким чином, щоб безпосередньо завдати необхідний мінімальний рівень шкоди на підтримку однієї зі сторін конфлікту і на шкоду іншій.⁶²

	Комбатанти	Бойовики	Цивільні	Цивільні, що беруть пряму участь у бойових діях
У бойових діях		беруть участь ⁶³	не мають права брати участь, але якби вони це зробили, вони все одно зберегли б свій цивільний статус ⁶⁴	
		можуть бути законною ціллю ⁶⁵	не повинні бути умисною ціллю ⁶⁶	тимчасово втрачають свій захист і стають законною ціллю ⁶⁷

⁵⁷ Додатковий протокол I, стаття 50(1).

⁵⁸ Женевська конвенція III, статті 4A(1)-(3), 4A(6);, статті 43, 50.

⁵⁹ ДПІ, стаття 50(1).

⁶⁰ Додатковий протокол I, стаття 51(3); Н. Мецлер, ‘[Керівництво з тлумачення поняття прямої участі у військових діях відповідно до Міжнародного гуманітарного права](#)’ (МКЧХ, травень 2009) (‘Мецлер, ‘[Керівництво по тлумаченню](#)’), с. 70.

⁶¹ Мецлер, ‘[Керівництво по тлумаченню](#)’, с. 20; МКЧХ, ‘[Як право захищає на війні](#)’.

⁶² Мецлер, ‘[Керівництво по тлумаченню](#)’, с. 20; МКЧХ, ‘[Як право захищає на війні](#)’.

⁶³ Додатковий протокол I, статті 43(2) і 48; Мецлер, ‘[Керівництво по тлумаченню](#)’, с. 27.

⁶⁴ Додатковий протокол I, стаття 51(3). Виходячи з цієї відсутності права брати участь у бойових діях, Сполучені Штати використовують спірний, якщо не проблематичний, термін ‘незаконні комбатанти’ для опису членів збройних груп, які кваліфікувалися б як цивільні особи в очах МГП, і для виправдання переслідування цих осіб, як якщо б вони мали статус комбатантів. Див., М. Сассолі, “Питання: чи існує статус “незаконного комбатанта?”” (2006) 80 International Law Studies 57.

⁶⁵ Додатковий протокол I, стаття 43(2); Мецлер, ‘[Керівництво по тлумаченню](#)’, с. 36

⁶⁶ Додатковий протокол I, стаття 48 і 51(2).

⁶⁷ Додатковий протокол I, стаття 51(3); Мецлер, ‘[Керівництво по тлумаченню](#)’, с. 70.

	Комбатанти	Бойовики	Цивільні	Цивільні, що беруть пряму участь у бойових діях
У полоні	мають статус військовополонених ⁶⁸	мають право на гуманне ставлення ⁶⁹	не повинні бути затриманими і відразу мають бути відпущені ⁷⁰	можуть бути затримані при дотриманні певних умов ⁷¹
Переслідування за участь у конфлікті	Імунітет від переслідування (за умови, що вони дотримуються правил МГП) ⁷²	можуть переслідуватися ⁷³		можуть переслідуватися ⁷⁴

Таблиця 1: Учасники збройного конфлікту

b) Військові цілі та цивільні об'єкти

42. **До військових цілей** належать лише “ті об'єкти, які за своєю природою, місцем розташування, призначенням або використанням роблять ефективний внесок у бойові дії і чиє повне або часткове знищення, захоплення або нейтралізація, за наявних на той час обставин, дають певну військову перевагу”.⁷⁵ Ці критерії є кон'юнктивними.⁷⁶ Тобто, якщо об'єкт *не* задовольняє будь-який із цих критеріїв, то він є цивільним.
43. **Цивільний об'єкт** — це об'єкт, який не є військовим об'єктом.⁷⁷ Цивільні об'єкти тимчасово втрачають свій захист щоразу, коли вони класифікуються як військові цілі.⁷⁸ Отже, необхідно встановити, що об'єкт не був військовою ціллю в

⁶⁸ Женевська конвенція III, стаття 4(A); Додатковий протокол I, стаття 44(1); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 106.

⁶⁹ Загальна стаття 3 Женевських конвенцій; Додатковий протокол II, статті 4 і 5. Див. також, Дж. Педжіч, [‘Процесуальні принципи та гарантії інтернування / адміністративного затримання в умовах збройного конфлікту та інших ситуацій насильства’](#) (2005) 87 Міжнародний огляд Червоного Хреста 375, с. 389; Л. Хілл-Коуторн, Тримання під вартою в ході неміжнародного збройного конфлікту (OUP 2016), с. 82.

⁷⁰ Женевська конвенція IV, стаття 42; стаття 78.

⁷¹ Цивільні особи можуть бути інтерновані тільки з '(імперативних) міркувань безпеки'. Женевська конвенція IV, статті 41-43, 68, 78-135; стаття 75. Стосовно порогу доведення, див., Хілл-Коуторн, Тримання під вартою в ході неміжнародного збройного конфлікту (OUP 2016), с. 42.

⁷² Е. Кровфорд, Поводження з комбатантами і повстанцями відповідно до права збройного конфлікту (OUP 2010), с. 52.

⁷³ Сассолі МГП, с. 277.

⁷⁴ Сассолі МГП, с. 277.

⁷⁵ Додатковий протокол I, стаття 52(2) (курсивом). Див. також, Прокурор проти Радована Караджича, МІСТ-13-55-А, [Апеляційне рішення](#), 20 березня 2019, п. 488; Прокурор проти Младіча, IT-09-92-Г, [Рішення суду \(вид. III\)](#), 22 листопада 2017 ([Рішення суду](#) у справі Младіча (Вид. III)'), п. 3257.

⁷⁶ [Коментар до Додаткових протоколів](#), п. 2018. Див. також, О. Трифтерер і К. Амбос, *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар* (3-е видання, Bloomsbury T & T Clark 2016), с. 363.

⁷⁷ МКС [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(b)(ii); Додатковий протокол I, стаття 52(1). Див. напр., [Рішення суду](#) у справі Младіча (Вид. III), п. 3257.

⁷⁸ [Рішення суду](#) у справі Катанги, п. 893.

точний час нападу.⁷⁹ Якщо є будь-які сумніви щодо статусу цивільного об'єкта, слід вважати, що цей об'єкт зберігає свій цивільний статус.⁸⁰

44. Якщо об'єкт виконує як військові, так і цивільні функції (тобто є об'єктом **подвійного призначення**), він може кваліфікуватися як військова ціль і може бути правомірним об'єктом нападу. Типовими об'єктами подвійного призначення є транспортні системи, як-от дороги, мости та залізниці,⁸¹ але ними може бути також, наприклад, електростанція, що постачає електроенергією для військової бази і лікарні.⁸² Однак, якщо наслідки для цивільних об'єктів і цивільного населення загалом перевищують військову перевагу, яку очікували досягнути внаслідок нападу, такий напад все одно буде порушувати МГП.⁸³
45. Розрізнення між військовими та цивільними об'єктами є частиною звичаєвого МГП і застосовується як у НЗК, так і в МЗК.⁸⁴

2. Принципи розрізнення, пропорційності та обережності

46. **Принцип розрізнення** вимагає проведення розрізнення між цивільними особами і цивільними об'єктами з однієї сторони, та комбатантами (або “бойовиками”)⁸⁵ і військовими цілями з іншої (див. вище).⁸⁶ Всі сторони конфлікту повинні завжди дотримуватися цього принципу. Однак законність нападу не може бути оцінена лише за допомогою принципу розрізнення, а має бути проаналізована за допомогою принципу пропорційності.
47. **Принцип пропорційності** забороняє починати напад на належну військову ціль, “який, як можна очікувати, призведе до випадкової загибелі цивільного населення, поранення цивільних осіб, завдасть шкоди цивільним об'єктам або те й інше разом, що було б надмірними щодо конкретної і прямої військової переваги, яку очікувалося досягти внаслідок нападу”.⁸⁷ У випадках, коли цивіль-

⁷⁹ [Рішення суду](#) у справі Катанги, п. 893.

⁸⁰ Додатковий протокол I, стаття 52(3); Прокурор проти Бар Ідрис Абу Гарда, ICC-02/05-02/09, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#), 8 лютого 2010, п. 89, посилання 131.

⁸¹ О. Брінг, ‘Міжнародне гуманітарне право після Косово: чи достатньо Lex Lata?’ (2002) 71 Nordic Journal of International Law 39, с. 42.

⁸² Г. Шуе і Д. Віпман, ‘Обмеження нападів на об'єкти подвійного призначення, що виконують незамінні цивільні функції’ (2002), 35 Cornell International Law Journal 559, с.с. 563-566.

⁸³ Додатковий протокол I, статті 51(5)(b) і 57(2)(a)(iii); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 14.

⁸⁴ МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, [Норма 8](#). Щодо об'єктів подвійного призначення див.: Мелзер МГП, с. 92.

⁸⁵ Технічно, статус комбатанта існує тільки в контексті МЗК. У НЗК еквіваленти комбатантів іноді називаються “бойовиками”, що є більш прийнятним словом, оскільки воно “в очах держав не підриває їх домагання на монополію сили”, “не сприяє формуванню недержавних збройних груп” або “не заохочує окремих осіб вступати в такі групи”. Див., Джей К. Клеффнер, “Від ‘сторін, що воюють’ до ‘бойовиків’ і цивільних осіб, що безпосередньо беруть участь у бойових діях: про принцип розрізнення в збройних конфліктах неміжнародного характеру через сто років після Другої Гаазької мирної конференції” (2007) 54 Netherlands International Law Review 315, с. 322. Див. також Дж. Пеїч, “Незаконні/ворожі комбатанти: інтерпретації та наслідки” у М. Шміт і Дж. Пеїч (ред.), Міжнародне право та збройні конфлікти: вивчення ліній розломів (Nijhoff 2007), с.с. 335-336.

⁸⁶ Додатковий протокол I, статті 48, 51(2), і 52(2); Додатковий протокол II, стаття 13(2); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правила 1 і 7.

⁸⁷ Додатковий протокол I, стаття 51(5)(b); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 14.

ні та нецивільні особи та/або об'єкти змішуються, правомірність нападу буде оцінюватися за тим чи було дотримано принцип пропорційності.

48. **Принцип запобіжних заходів при нападі** вимагає, щоб учасники бойових дій вживали всіх **можливих** запобіжних заходів для захисту цивільного населення, цивільних осіб і цивільних об'єктів від негативних наслідків в ході воєнних операцій.⁸⁸ Запобіжні заходи охоплюють, серед іншого, вибір засобів і методів ведення війни;⁸⁹ оцінку потенційних наслідків нападу;⁹⁰ призупинення нападу;⁹¹ та забезпечення ефективного завчасного попередження.⁹²
49. Доцільність забезпечує оцінку того чи є запланований захід **“практично здійсненним або практично можливим”**, враховуючи всі поточні обставини, зокрема ті, які стосуються успіху воєнної операції.⁹³ До таких чинників належать “час, місцевість, погода, можливості, наявні війська і ресурси [та] активність противника”.⁹⁴
50. Якщо запобіжні заходи ефективні, вони можуть змінити розрахунок пропорційності і, напад, який був би неправомірним за відсутності запобіжних заходів, може стати цілком правомірним. Але якщо потенційна шкода не може бути зменшена достатньою мірою, сторона конфлікту повинна призупинити або скасувати напад.⁹⁵

D. Порушення МГП

51. Деякі порушення МГП є воєнними злочинами.⁹⁶ Порушення можуть здійснюватися широким колом суб'єктів, зокрема: військовослужбовцями; членами уряду; чиновниками та управлінцями; членами організованих збройних формувань; і цивільними особами.⁹⁷ Порушення МГП можна розділити на “прості порушення”, “серйозні порушення” і “найбільш серйозні порушення” залежно від тяжкості злочину/діяння. Переслідування простих порушень в основному належить до компетенції національних судів або військових трибуналів, а двох інших — до компетенції міжнародних кримінальних судів і трибуналів.⁹⁸

⁸⁸ Додатковий протокол I, стаття 57(1).

⁸⁹ Додатковий протокол I, стаття 57(2)(a) (ii); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 17.

⁹⁰ Додатковий протокол I, стаття 57(2)(a)(iii); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 18.

⁹¹ Додатковий протокол I, стаття 57(2)(b); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 19.

⁹² Додатковий протокол I, стаття 57(2)(c); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 20.

⁹³ [Коментар до Додаткових протоколів](#), п. 2198 стосовно Додаткового протоколу I, стаття 57.

⁹⁴ Дослідницька група Асоціації міжнародного права, ‘Ведення бойових дій та міжнародне гуманітарне право: виклики війни 21 століття (заключна Доповідь) (2017)’ 93 Stockton Center for the Study of International Law, с. 38.

⁹⁵ Додатковий протокол I, стаття 57(2)(b); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 19.

⁹⁶ МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Норма 156.

⁹⁷ Див. напр., [Сполучені Штати проти Карла Краунча та ін.](#), Рішення, 30 липня 1948 ([‘Судовий процес над ‘ГФ Фарбен’](#)’); [Сполучені Штати проти Вільгельма фон Лееба та ін.](#), Рішення, 27-28 жовтня 1948 ([‘Судовий процес над військовим командуванням’](#)); Міжнародний військовий трибунал для Далекого Сходу, [Рішення](#), 4 листопада 1948; Міжнародний воєнний трибунал, 1 жовтня 1946.

⁹⁸ Римський статут, стаття 8; Статут МТКЮ, стаття 1; Статут МКТР, стаття 1; Статут спеціального суду по Сьєрра Леоне, стаття 1(1); Статут Нюрнберзького трибуналу, стаття 6(b); Статут Токійського трибуналу, стаття 5(b).

Вони розглядаються більш детально в Частині 1 Глави 1. Розділ I.V.1 «Поняття та структура військових злочинів за міжнародним правом».

II. Міжнародне право в галузі прав людини

52. Прав людини гарантуються кожному.⁹⁹ За своєю суттю права людини покликані захищати гідність людей і їх основоположні свободи, як-от право на життя, свободу від катувань, право на свободу і особисту недоторканність, право на свободу слова, право на справедливий суд і право на недискримінацію (рівність).
53. По суті, права людини захищають особу від влади держави. Держави зобов'язуються поважати права людей, які перебувають під їх юрисдикцією, коли вони ратифікують відповідні міжнародні договори та імплементують їх у своє внутрішнє законодавство.¹⁰⁰ Норми, що закріплені в таких договорах, в сукупності називаються міжнародним правом прав людини. Цей корпус права дозволяє особам вимагати захисту та відшкодування збитків, коли держава порушує їхні права, що відкриває потерпілим шлях до правосуддя та можливості притягнення до відповідальності винуватих осіб.
54. Важливо, що в ситуаціях збройного конфлікту і окупації МППЛ залишається застосовним поряд з МГП.¹⁰¹ Це означає, що МППЛ продовжує застосовуватися на всій території України, зокрема на територіях, окупованих Російською Федерацією.

A. Структура МППЛ

1. Основні міжнародні договори з прав людини

55. “Основоположними документами” МППЛ зазвичай вважають Статут Організації Об'єднаних Націй (“Статут ООН”) і Загальну декларацію прав людини (“ЗД-

⁹⁹ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод ([Європейська конвенція з прав людини](#), з поправками), ETS No.005, Відкритий для підписання 4 листопада 1950 вступив у дію 3 вересня 1953 (“ЄКПЛ”), стаття 1: “Високі договірні сторони забезпечують кожному в межах їх юрисдикції права і свободи, визначені в розділі I цієї Конвенції”.

¹⁰⁰ Зобов'язання в галузі прав людини можуть також походити з “міжнародного звичаєвого права”, яке не розглядається в цьому розділі, оскільки переважна більшість зобов'язань в галузі прав людини можуть походити з положень ратифікованих договорів. Звичаєві норми виникають, коли дуже широке коло держав дотримується правила, виходячи з переконання, що вони зобов'язані це робити, незважаючи на інші міжнародні зобов'язання, про які вони, можливо, домовилися, *наприклад*, в міжнародному договорі. Коли виникає норма міжнародного звичаєвого права, вона, як правило, є обов'язковою для всіх держав, незалежно від того, ратифікували вони той чи інший конкретний договір чи ні, див., [Рішення щодо континентального шельфу Північного моря](#), п. 77; [Континентальний шельф \(Лівійська Арабська Джамахірія/Мальта\)](#), Заява про втручання, [Рішення](#), Звіти МСС 1984, с. 3 (“[Рішення щодо континентального шельфу \(Лівія/Мальта\)](#)”), п. 207; [Нікарагуа проти Сполучених Штатів](#)), [Рішення по суті](#), Звіти МСС 1946, с. 14 (“[Рішення щодо Нікарагуа](#)”), п. 183.

¹⁰¹ [Законність погрози ядерним ударомчи його застосування Консультативний висновок](#), 8 липня 1996, Звіт МСС 1996, с. 226 (“[Консультативний висновок по ядерній зброї](#)”), п. 25. Див. також Комітет ООН з прав людини (“КПЛ”), ‘Загальний коментар 29: стаття 4: Відступи під час надзвичайного стану’, [CCPR/C/21/Rev.1/Add.11](#), 31 серпня 2001, п. 3.

ПЛ”)¹⁰² З часом права людини, визначені в Загальній декларації прав людини, були розвинені і кодифіковані в дев’яти “основних” міжнародних договорах з прав людини і факультативних/додаткових протоколах до них.¹⁰³ Ці договори добровільно підписуються / ратифікуються державами,¹⁰⁴ які беруть юридичні зобов’язання імплементувати положення цих інструментів, і періодично звітувати перед відповідними органами, уповноваженими відповідно до договорів стежити за дотриманням державами взятих зобов’язань.¹⁰⁵

2. Основні регіональні договори з прав людини

56. На додаток до основних договорів МППЛ, існує також декілька важливих регіональних договорів з прав людини (і Додаткових протоколів). Найбільш актуальною для України є Європейська конвенція з прав людини (“ЄКПЛ”) та Додаткові протоколи до неї, стороною яких є Україна.¹⁰⁶ Російська Федерація була стороною ЄКПЛ, але 16 березня 2022 року ця держава була виключена з Ради Європи (“РЄ”).¹⁰⁷ Це рішення означає, що з 16 вересня 2022 року Російська Федерація більше не буде високою договірною державою-стороною ЄКПЛ.¹⁰⁸ Тим не менш, Європейський суд з прав людини (“ЄСПЛ”) продовжить розглядати індивідуальні та міждержавні скарги проти Російської Федерації у зв’язку із заявленими порушеннями, які відбулися до 16 вересня 2022 року (див. нижче).¹⁰⁹
57. Україна подала до ЄСПЛ чотири міждержавні заяви проти Російської Федерації у зв’язку з її діями в Україні з 2014 року, які наразі перебувають на розгляді Суду.¹¹⁰

¹⁰² УВКПЛ, ‘Керівництво з моніторингу прав людини’ (2011) HR/P/PT/7/Rev1 (‘Керівництво УВКПЛ з моніторингу прав людини’), с. 5.

¹⁰³ УВКПЛ, Основні міжнародні договори з прав людини, с. 6; УВКПЛ, ‘Основні міжнародні документи з прав людини та їх контролюючі органи’ (УВКПЛ,). Додаткові протоколи часто розширюють або посилюють зобов’язання, що містяться в договорі. Вони не є самостійними угодами і діють у поєднанні з договором, до якого вони додаються.

¹⁰⁴ УВКПЛ, Основні міжнародні договори з прав людини.

¹⁰⁵ Всі договори, за винятком факультативного протоколу до Конвенції проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, вимагають періодичної звітності. Див., УВКПЛ, Основні міжнародні договори з прав людини.

¹⁰⁶ Рада Європи (‘РЄ’),

¹⁰⁷ РЄ, ‘[Росія перестала бути учасником Європейської конвенції з прав людини 16 вересня 2022 року](#)’, 23 березня 2022.

¹⁰⁸ Комітет міністрів, ‘[Резолюція CM/Res\(2022\)3 про правові та фінансові наслідки припинення членства Російської Федерації в Раді Європи](#)’, 23 березня 2022.

¹⁰⁹ РЄ, ‘[Росія перестала бути учасником Європейської конвенції з прав людини з 16 вересня 2022 року](#)’, 23 березня 2022.

¹¹⁰ Україна проти Росії (щодо Криму), заява № [20958/14](#); Україна та Нідерланди проти Росії, заяви №№ 8019/16, 43800/14 та 28525/20; Україна проти Росії (VIII), заява № 55855/18; та Україна проти Росії (X), заява № 11055/22.

В. Коли виникають зобов'язання за МППЛ?

1. Юрисдикція і застосування МППЛ під час збройного конфлікту

58. МГП і МППЛ є основою міжнародно-правового регулювання ситуацій збройного конфлікту. Загалом МГП регулює зобов'язання сторін конфлікту під час збройних конфліктів, зокрема під час окупації,¹¹¹ у той час як МППЛ регулює відповідальність держав стосовно осіб, які перебувають під їх юрисдикцією в мирний час.¹¹² Проте, МГП і МППЛ застосовуються одночасно під час збройного конфлікту і окупації,¹¹³ а держави за певних умов мають екстратериторіальну юрисдикцію щодо порушень МППЛ за межами їх території.¹¹⁴
59. Судова практика МС ООН підтвердила, що інструменти МППЛ застосовні екстратериторіально, особливо на окупованих територіях (тобто територіях, які перебувають під ефективним контролем іноземної держави).¹¹⁵ ЄСПЛ також неодноразово підтверджував екстратериторіальне застосування ЄКПЛ на основі, зокрема, "ефективного контролю".¹¹⁶ В цілому, держави мають юрисдикцію в тих випадках, коли вони здійснюють ефективну "владу і контроль" над окремою особою (наприклад, шляхом взяття її під варту),¹¹⁷ або над територією (тобто

¹¹¹ Загальна стаття 2 до Женевських конвенцій; МКЧХ Консультативна служба, [Що таке міжнародне гуманітарне право?](#) (2004).

¹¹² Див., Р. Кольд, 'Взаємозв'язок між міжнародним гуманітарним правом і правом з прав людини: Коротка історія Загальної декларації прав людини 1948 року і Женевських конвенцій 1949 року' (1998) 38 *International Review of the Red Cross* 409. Див. також, Дж.-М. Хенкертс і Е. Ноле, 'Одночасне застосування міжнародного права прав людини та міжнародного гуманітарного права' (2007) 1 *Human Rights and International Legal Discourse*.

¹¹³ Див. наприклад, [Консультативний висновок щодо ядерної зброї](#), п. 25; [Консультативний висновок щодо будівництва стіни](#), п. 106; Суд над заручниками, Юридичні звіти про судові процеси над воєнними злочинцями, том III, Комісія ООН з воєнних злочинів, 1949 р., Лондон, с. 55; [Рішення у справі про збройну діяльність](#), п. 216.

¹¹⁴ [збройну діяльність](#), п. 216; [Консультативний висновок щодо будівництва стіни](#), пп. 107-113.

¹¹⁵ [збройну діяльність](#), п. 216; [Консультативний висновок щодо будівництва стіни](#), пп. 107-113.

¹¹⁶ Див., Лоїзиду проти Туреччини, Заява № 1531/89, [Рішення щодо попередніх заперечень від 23 березня 1995 року](#), Велика Палата, Європейський суд ('[Рішення щодо попередніх заперечень у справі Лоїзиду](#)'), п.п. 62-64; [Рішення у справі Кіпр проти Туреччини](#), п. 77; Аль-Саадун і Муфді проти Об'єднаного Королівства, Заява № 61498/08, [Рішення про прийнятність від 30 червня 2009 року](#), Європейський суд з прав людини, Четвертий секція, п. 85; Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства, Заява № 55721/07, [Рішення від 7 липня 2011](#), Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п.п. 138-139, Аль-Джедда проти Об'єднаного Королівства, Заява № 27021/08, [Рішення від 7 липня 2011](#), Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 84; Глашку та інші проти Молдови та Росії, Заява № 48787/99, [Рішення](#), 8 липня 2004, Велика Палата, Європейський суд з прав людини ('[Рішення у справі Глашку та інші](#)'), п.п. 330-331; Джалуд проти Нідерландів, Заява № 47708/08, [Рішення від 20 листопада 2014](#), Велика Палата, Європейський суд з прав людини ('[Рішення у справі Джалуда](#)'), п. 139; Чирагов та інші проти Вірменії, Заява № 13216/05, [Рішення від 12 травня 2005](#), Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 168; Катан та інші проти Молдови та Росії, Заяви № 43370/04, 8252/05 і 18454/06, [Рішення від 19 жовтня 2012](#), Велика Палата, Європейський суд з прав людини ('[Рішення у справі Катан та інші](#)'), п.п. 103-107; Ісса та інші проти Туреччини, Заява № 31821/96, [Рішення від 16 листопада 2004 \(Остаточне 30 березня 2005\)](#), Велика Палата, Європейський суд з прав людини ('[Рішення у справі Ісса та інші](#)'), п. 69. Для іншого підходу до екстратериторіального застосування ЄКПЛ, див., Банковіч проти Бельгії, Заява № 52207/99, [Рішення про прийнятність від 12 грудня 2001](#), Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п.п. 61 і 80; [Україна проти Росії \(стосовно Криму\)](#), п.п. 315-337.

¹¹⁷ Див. наприклад, [рішення](#) у справі Джалалуда (Jalaloud), п. 154; рішення у справі "[Оджалан проти Туреччини \(Öcalan v. Turkey\)](#)", заява № 46221/99, від 12 травня 2005 року, п. 91; [рішення](#) у справі "Ісса та інші" (Issa and others), п. 71; КПЛ, "Зауваження загального порядку № 35 (стаття 9): Свобода та особиста недоторканність" (16 грудня 2014 р.) ССРР/С/Г/35 ("Зауваження [загального порядку № 35](#)").

в межах власних кордонів, а також у районах поза ними, де вони здійснюють *ефективний контроль*; наприклад, коли держава окупує певну територію).¹¹⁸

60. Відповідно, як окупаційна держава, що здійснює “ефективний контроль” над Кримом і частинами Донбасу, Російська Федерація має зобов’язання за МППЛ, закріплені: (i) договорами МППЛ, які вона ратифікувала/приєдналася до них, оскільки вони застосовуються екстериторіально на територіях, що перебувають під її ефективним контролем; та (ii) договори МППЛ, які Україна ратифікувала та до яких приєдналася, відповідно до зобов’язання Російської Федерації в рамках МГП поважати закони, що діють на окупованій території, та територіального характер захисту прав людини.¹¹⁹

2. Відступ від зобов’язань та їх обмежень

61. У ситуаціях, коли держави не в змозі виконати свої зобов’язання за МППЛ, вони можуть обґрунтовано “обмежувати” або “відступати” від цих зобов’язань, отже можуть змінювати ступінь своєї відповідальності за поведінку, яка в іншому випадку кваліфікувалася б як порушення прав людини.
62. У виняткових випадках (актуальних або неминучих) серйозних надзвичайних ситуацій, як-от збройний конфлікт, держави можуть відступати (тобто призупиняти) від своїх зобов’язань з МППЛ за певними договірними положеннями в тій мірі, в якій це суворо вимагається гостротою ситуації, що склалася.¹²⁰ Держави повинні повідомити інші держави-учасниці відповідного договору в момент відступу від зобов’язань.¹²¹ Однак, відступ поширюється не на всі права людини, оскільки існують деякі права людини, які не можуть бути суб’єктом такого відступу, наприклад, право на життя.¹²²
63. 5 червня 2015 року Україна офіційно повідомила про своє рішення відступити від своїх зобов’язань за Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (МПГПП) та ЄКПЛ, щодо Криму та Донбасу,¹²³ відповідно до якої поклала на

¹¹⁸ [Рішення щодо попередніх заперечень у справі Лоїзиду](#), п. 62; [Рішення у справі Лоїзиду проти Туреччини](#), п.п. 52-57; [Рішення у справі Кіпр проти Туреччини](#), п. 77; Медведєв та іню проти Франції, Заява № 3394/03, Рішення, 29 березня 2010, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 67; Аль-Саадун і Муфдхі проти Сполученого Королівства, Заява № 61498/08, Рішення, 2 березня 2010, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 128; [Консультативний висновок щодо будівництва стіни](#), п. 112.

¹¹⁹ Гаазьке положення 1907 р., стаття 43; [ЖК IV](#), стаття 64.

¹²⁰ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (прийнятий і відкритий для підписання, ратифікації та приєднання резолюцією 2200A (XXI) Генеральної Асамблеї від 16 грудня 1966 року, набув чинності 23 березня 1976 року відповідно до статті 49) 999 UNTS 171 (“[МПГПП](#)”), стаття 4; [ЄКПЛ](#), стаття 15; КПЛ, “Зауваження загального порядку № 29 до Пакту про громадянські і політичні права, стаття 4: Відступи від зобов’язань під час надзвичайного стану” (31 серпня 2001 р.) ССРС/С/21/Rev.1/Add.11 (Зауваження загального порядку [№ 29](#)); пункт. 4. Див. також [Конституцію України](#), стаття 64.

¹²¹ [МПГПП](#), стаття 4(1).

¹²² [МПГПП](#), стаття 4; [ЄКПЛ](#), стаття 15; Організація американських держав, Американська конвенція з прав людини (прийнята 22 листопада 1969 р., набула чинності 18 липня 1978 р.), 1144 UNTS 123 (“[АСНР](#)”), стаття 57; Зауваження [загального порядку № 29 РПЛ](#), п. 15.

¹²³ Див. [Заява Верховної Ради України “Про відступ України від окремих зобов’язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод; Відступ, що міститься у вербальній ноті постійного представництва України” \(5 червня 2015\)](#), зареєстровано

Російську Федерацію повну відповідальність за дотримання МГП та МППЛ на анексованих та тимчасово окупованих територіях України.¹²⁴ Однак обсяг такої декларації обмежується правами, які не підлягають відступу, закріпленими у МПГПП та ЄКПЛ.

64. Після того, як 23 лютого 2022 року Україна оголосила надзвичайний та воєнний стан,¹²⁵ вона повідомила про своє рішення відступити від певних прав, закріплених у МПГПП та ЄКПЛ, на час дії такого стану на частині своєї території; однак прав не охоплює ті, від яких не можна відступати.¹²⁶ Російська Федерація (офіційно) не повідомляла про намір відступити від своїх зобов'язань в сфері прав людини у зв'язку з окупацією Криму або Донбасу чи недавнім вторгненням в Україну.¹²⁷
65. Таке застереження, з іншого боку, означає встановлення обмежень прав людини, які визнаються правомірними, адже вони необхідні для досягнення легітимних суспільних цілей, як-от ті, що стосуються моралі, громадського порядку або громадської безпеки.¹²⁸ Питання про те, чи є конкретне обмеження законним, буде залежати від того, чи відповідає воно критеріям, що містяться в «положенні про обмеження» конкретного договору з прав людини, тобто, чи було воно: (i) встановлене законом; (ii) здійснене на виконання чіткої і легітимної мети; і (iii) є необхідним і пропорційним засобом для досягнення цієї мети.¹²⁹

3. Обов'язки недержавних суб'єктів

66. Як правило, за МППЛ “озброєні недержавні суб'єкти, які здійснюють функції подібні до урядових або *де-факто* контроль над територією і населенням, повинні щонайменше поважати і захищати права людини окремих осіб і груп.”¹³⁰

у Генеральному секретаріаті 9 червня 2015 року.

¹²⁴ Заява Верховної Ради України “Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод, п. 1; Відступ, що міститься у вербальній ноті постійного представництва України” (5 червня 2015), зареєстровано у Генеральному секретаріаті 9 червня 2015 року, п. 1.

¹²⁵ Міністерство Юстиції України, ‘Повідомлення стосовно заходів відступу’ (29 квітня 2022). Див. також, УВКПЛ, ‘Оновлена інформація про ситуацію з правами людини в Україні звітний період: 24 Лютого-26 березня’, п. 5.

¹²⁶ Україна повідомила Генерального секретаря ООН про свою відмову від зобов'язань за статтями 12, 13, 17, 19, 20, 21, 22, 24 і 25 МПГПП; статті 8, 9, 10, 11 і 14 ЄКПЛ; статті 1-3 Додаткового протоколу до ЄКПЛ; і стаття 2 Протоколу № 4 до ЄКПЛ. Україна також повідомила про відступ від статей 3, 8(3), 9, 12, 13, 17, 19, 20, 21 і 24-27 МПГПП; статті 4 (пункт 3), 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16 ЄКПЛ; статті 1, 2 Додаткового протоколу до ЄКПЛ; та стаття 2 Протоколу № 4 до ЄКПЛ. Див., Вербальна нота № 4132/28-110-17626 від 1 березня, змінена та замінена вербальною нотою № 4132/28-194/600-17988 від 4 березня. Див. також, УВКПЛ, ‘Оновлена інформація про ситуацію з правами людини в Україні. Звітний період: 24 лютого-26 березня’, п. 5.

¹²⁷ Див. напр., РЄ, ‘Застереження і заяви для: Російської Федерації’ (між 05/05/1949 та 13/04/2022); М. Мілановіч, ‘Російсько-українська війна та Європейська конвенція з прав людини’ (Lieber Institute, 1 березня 2022)

¹²⁸ МПГПЛ, стаття 12(3), 22.

¹²⁹ МПГПЛ, стаття 19(3); КПЛ Загальний коментар № 31, п. 6; Генеральна асамблея ООН, ‘Доповідь Спеціального доповідача з питання про сприяння та захист права на свободу думки та їх вільне вираження’, (7 вересня 2012) А/67/357, п. 41.

¹³⁰ УВКПЛ, ‘Спільна заява незалежних експертів з прав людини* Організації Об'єднаних Націй про обов'язки озброєних недержавних суб'єктів у галузі прав людини’, Прес-реліз (25 лютого 2021), цит. PILAS, *Озброєні недержавні суб'єкти та міжнародне право в галузі прав людини: аналіз практики Ради Безпеки ООН та Ге-*

Л/ДНР здійснювали *де-факто* контроль над частинами Донбасу з 5 вересня 2014 року (і з 18 лютого 2015 року в Дебальцевому) (*див.* вище).¹³¹ Відповідно, Л/ДНР повинні гарантувати, що вони не порушують права людини тих, хто перебуває в підконтрольних їм районах Донбасу, а також повинні запобігати порушенням МППЛ іншими особами чи формуваннями в цих районах.¹³²

С. Основні захищені права відповідно до МППЛ

67. Деякі основні права людини є загальними для міжнародних і регіональних договорів з прав людини, а також гарантуються Конституцією України. Хоча ці права не в центрі уваги цього розділу, вони коротко зазначені в таблиці нижче.

Основне право	Міжнародні конвенції з прав людини	Європейська конвенція про права людини	Конституція України
Право на життя	Стаття 6 МПГПП	Стаття 2 ЄКПЛ	Стаття 27 Конституції України
Заборона катувань	Стаття 7 МПГПП Стаття 2 КПК	Стаття 3 ЄКПЛ	Стаття 28 Конституції України
Право на рівність	Стаття 26 МПГПП Стаття 2 МКЛРД Стаття 2 КЛДПЖ	Стаття 14 ЄКПЛ	Стаття 24 і 26 Конституції України
Право на особисту свободу та недоторканність	Стаття 9 МПГПП	Стаття 4 ЄКПЛ	Стаття 29 Конституції України
Право на свободу вираження поглядів	Стаття 19 МПГПП	Стаття 10 ЄКПЛ	Стаття 34 Конституції України
Право на справедливий суд	Стаття 14 МПГПП	Стаття 6 ЄКПЛ	Стаття 55 Конституції України

Таблиця 2: Спільний захист фундаментальних прав

[неральної Асамблеї ООН](#), Короткий звіт з додатками, червень 2017 (Програма Гарвардської школи права з міжнародного права і збройних конфліктів (PILAC) виявила, що в період з 1948 по 2017 рік 125 резолюцій РБ ООН, 65 резолюцій Генеральної Асамблеї ООН і більше 50 заяв голови РБ ООН стосувалися обов'язків збройних недержавних суб'єктів у галузі прав людини); Женевська академія, 'Зобов'язання збройних недержавних суб'єктів у сфері прав людини', Додаток (Женевська академія визначила 33 відповідні резолюції Ради з прав людини, прийняті в період з 2008 по 2015 рік). *Див.* також, Дж. Хессбрюгге, 'Порушення прав людини, що виникають в результаті поведінки недержавних суб'єктів' (2005) 11 Buffalo Human Rights Law Review, с.с. 9-10.

¹³¹ *Див.*, GRC, 'Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі' (очікується 2022 рік), розділ 6.3.1 'Чи здійснюють ДНР і/або ЛНР ефективний контроль над територією.'

¹³² *Див.*, Д. Мюррей, Практичне керівництво по праву прав людини в умовах збройного конфлікту (OUP 2016), с.с. 18-19.

D. Різниця між МППЛ та МКП

68. МППЛ і МКП — це дві істотно відмінні правові системи. МППЛ зосереджене на відповідальності держав (а не окремих осіб) за діяння, які становлять порушення прав людини. Захист, гарантований МППЛ, застосовується постійно: в мирний час,¹³³ під час соціальних заворушень, поодинокого насильства, внутрішніх протистоянь¹³⁴ і ситуацій збройних конфліктів.¹³⁵
69. МКП, з іншого боку, зосереджене на “індивідуальній кримінальній відповідальності” осіб, які вчиняють певні злочинні діяння (наприклад, геноцид, воєнні злочини, злочини проти людяності та злочин агресії). На відміну від МППЛ, МКП застосовується тільки в конкретних контекстах, які відмінні серед чотирьох основних злочинів. Ці “контекстуальні елементи” будуть “активувати” застосування МКП і перетворювати те, що в іншому разі могло б бути злочином в межах національного кримінального законодавства (наприклад, вбивство), в міжнародний злочин (наприклад, воєнний злочин умисного вбивства).¹³⁶
70. Хоча МКП буде застосовуватися в певних контекстах в якості спеціальної норми, воно не замінює МППЛ, яке продовжує застосовуватися постійно як загальна норма.¹³⁷ Це створює можливість дублювання і взаємодії між цими режимами, тому обидва повинні тлумачитися гармонійно і з врахуванням одне одного, щоб забезпечити правову визначеність і заповнити будь-які прогалини в правовому захисті, що надається потерпілим.¹³⁸ У разі виникнення суперечностей між цими режимами, зазвичай буде застосовуватися спеціальне правило (тобто МКП) замість загального, але лише в тій частині, де це необхідно для усунення будь-якої невідповідності між МКП та МППЛ.¹³⁹

III. Міжнародне кримінальне право

71. Міжнародне кримінальне право — це галузь права, яка займається судовим переслідуванням міжнародних злочинів, до яких належать чотири “основні”

¹³³ УВКПЛ, Керівництво з моніторингу прав людини, с. 3.

¹³⁴ УВКПЛ, Керівництво з моніторингу прав людини, с. 3.

¹³⁵ УВКПЛ, Керівництво з моніторингу прав людини, с. 3.

¹³⁶ КПЛ ООН ‘Загальний коментар № 31, ‘Характер загального правового зобов’язання, що накладається на держави — учасниць пакту’ (26 травня 2004) ССРР/С/21/Rev.1/Add.13 (‘КПЛ Загальний коментар № 31’), п. 18. Див. також, Римський статут, стаття 8(2)(i).

¹³⁷ [Консультативний висновок щодо будівництва стіни на окупованій Палестинській території](#), п. 106; КПЛ ‘Загальний коментар № 36 (2018) щодо статті 6 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права щодо Права на життя’ (30 жовтня 2018) ССРР/С/ГС/36 (‘КПЛ Загальний коментар № 36, п. 70. Див. також, УВКПЛ, Керівництво з моніторингу прав людини, Глава 5.

¹³⁸ Хассан проти Сполученого Королівства, Заява № 29750/09, Рішення, 16 вересня 2014, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п.п. 35-37, 77, 101.

¹³⁹ Ці міркування також застосовні до сумісності МППЛ і МГП (або права збройних конфліктів). Див., М. Міланович ‘Справа Сулеймані і останній цвях в домовину Lex Specialis’ (Opinio Juris, 13 січня 2020); М. Міланович ‘Втрачені витоки Lex Specialis: переосмислення взаємозв’язку між правами людини і міжнародним гуманітарним правом’ у Дж. Д. Оглін (ред.), Теоретичні межі збройного конфлікту і прав людини (CUP 2016), с.с. 78-117; М. Міланович ‘Взаємозв’язок між правами людини і гуманітарним правом’ (Opinio Juris, 10 жовтня 2007).

види злочинів: (i) воєнні злочини; (ii) злочини проти людяності; (iii) геноцид; та (iv) агресія.¹⁴⁰

А. Яка різниця між загальнокримінальними та міжнародними злочинами?

72. Багато діянь, що охоплюються зазначеними вище групами міжнародних злочинів, можуть входити до складів злочинів за національним кримінальним законодавством держави,¹⁴¹ наприклад, вбивство, зґвалтування, свавільне позбавлення волі або катування.¹⁴² Однак, незважаючи на цю спільну рису, міжнародні злочини відрізняються від національних злочинів у трьох основних аспектах: (i) контекстуальний елемент (елементи); (ii) міжнародний характер міжнародних злочинів; та (iii) незастосовність певних процесуальних обмежень при переслідуванні за міжнародні злочини.

1. Контекстуальні елементи міжнародних злочинів

73. Основною відмінною ознакою між міжнародними та загальнокримінальними злочинами є контекст, який повинен існувати для застосування МКП. Воєнні злочини, наприклад, можуть бути вчинені лише в контексті продовжуваного збройного конфлікту,¹⁴³ у той час як злочини проти людяності можуть бути вчинені лише в межах “широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення”.¹⁴⁴ Ці “контекстуальні елементи” “активують” застосування МКП і перетворюють ті діяння, які в іншому разі могли б кваліфікуватися як загальнокримінальні правопорушення (наприклад, умисне вбивство), в міжнародний злочин (наприклад, умисне вбивство як воєнний злочин або злочин проти людяності).¹⁴⁵

74. Контекст має фундаментальне значення при переслідуванні міжнародних злочинів не тільки тому, що він в першу чергу “активує” застосування МКП, але й тому, що таке переслідування вимагає аналізу контексту, масштабів і закономірностей насильства, які утворюють організовану злочинність. Це, в свою чергу, може стати відправною точкою для оцінки відповідальності в ланцюгах підпорядкування, щоб включити вищих посадових осіб, здатних нести відповідальність за координацію або сприяння міжнародним злочинам,

¹⁴⁰ Римський статут, статті 6 (Геноцид), 7 (Злочини проти людяності), 8 (Воєнні злочини) і 8 біс (злочин агресії).

¹⁴¹ Е. Дюркгейм Поділ праці в суспільстві [1893] (New York: The Free Press 1997), с. 60, цитується в С. Стан Критичне вступ в міжнародне кримінальне право (CUP 2020) с. 17 (“Стан (2020)”); Краєр та ін. (2015), с. 227.

¹⁴² Див. напр., Римський статут, статті 6-8bis; Стан (2020) с. 17; Краєр та ін. (2015), с. 79.

¹⁴³ Інший контекстуальний елемент воєнних злочинів характеризується тим, що злочин мав “зв’язок” з конфліктом, що означає, що він “був вчинений в контексті збройного конфлікту і був пов’язаний з ним”. Див., МКС Елементи злочинів, стаття 8.

¹⁴⁴ Римський статут, стаття 7.

¹⁴⁵ Римський статут, стаття 7(1)(а) і стаття 8(2)(і); КПЛ, “Загальний коментар № 31” (26 травня 2004) ССРР/С/21/Rev.1/Add.13, п. 18.

незважаючи на їхню фізичну або організаційну віддаленість від фактичного вчинення цих злочинів.

2. Незастосовність деяких процесуальних обмежень при судовому переслідуванні міжнародних злочинів

75. Враховуючи фокус міжнародного кримінального права на системній організованій злочинності, МКП також розвинуло низку правових і процесуальних механізмів, що відрізняються від національного кримінального законодавства і спрощують притягнення до відповідальності високопоставлених злочинців. До них належать:

- *Імунітет*: державні посадові особи, які можуть користуватися імунітетом від кримінального переслідування перед національними органами інших держав (наприклад, через їх чинний або попередній ранг у політичній структурі держави),¹⁴⁶ не мають такий імунітет перед міжнародними трибуналами, коли вони переслідуються за міжнародні злочини;¹⁴⁷
- *Строк позовної давності*: у статутах міжнародних трибуналів і в більшості держав встановлені строки притягнення до відповідальності за загальнокримінальні злочини. Такі строки не застосовуються до міжнародних злочинів.¹⁴⁸ Це дозволяє ефективно притягувати до відповідальності за вчинені у минулому серйозні злочини,¹⁴⁹ враховуючи те, що міжнародне кримінальне переслідування часто неможливо здійснити в стислі строки після вчинення злочину. Це є наслідком труднощів у затриманні злочинців,¹⁵⁰ чи приховуван-

¹⁴⁶ Конференція ООН з дипломатичних зносин та імунітетів, Віденська конвенція про дипломатичні зносини (18 квітня 1961) 500 UNTS 95.

¹⁴⁷ [Демократична Республіка Конго проти Бельгії](#), Рішення, Звіти МСС 2002, п. 61; Прокурор проти Аль-Башира, ICC-02/05-01/09, [Апеляційне рішення](#), 6 травня 2019, п.п. 1-11.

¹⁴⁸ І ООН, і Рада Європи прийняли конвенції, які роблять строки давності незастосовними до геноциду, злочинів проти людяності і воєнних злочинів. *Див.*, Р. Кок, 'Строки давності у міжнародному кримінальному праві (2008) 6(4) Journal of International Criminal Justice 823, цитується у Стан (2020), с. 18. Римський статут, *наприклад*, передбачає, що на злочини, що підпадають під юрисдикцію МКС, не поширюється будь-який строк давності, і тому за них можна судити навіть через кілька років після фактичного вчинення злочинів. *Див.*, Римський статут, стаття 29.

¹⁴⁹ Важливо пам'ятати, що принцип відсутності зворотної сили нормативно-правового акту в часі відповідно до міжнародного права вимагає, щоб ймовірне правопорушення було криміналізовано будь-яким джерелом права, який раніше застосовувався до цієї особи і був досить передбачуваний для нього на момент вчинення інкримінованого злочину. Отже, немає порушення "відсутності зворотної сили" якщо до особи було застосовно будь-яке джерело права, зокрема звичаєве міжнародне право, загальні принципи права, договір або навіть внутрішнє законодавство, яке криміналізувало ту ж поведінку і застосовувало те ж або менш суворе покарання. *Див.*, В. Спіга, 'Відсутність зворотної сили кримінального права: Нова глава в Сазі про Хіссена Хабре' (2011) 9(1) Journal of International Criminal Justice 5, с.16; Б. ван Шап, 'Crimen sine Lege: Судова законотворчість на стику права і моралі' (2008) 97 Georgetown Law Journal 119, с.с. 158-172; Т де Соуза Діас, 'Ретроактивне застосування Римського статуту у випадках передачі справ Радою Безпеки і спеціальних заяв' (2018) 16 Journal of International Criminal Justice 65, с.с. 66-67. *Див.* також, Б. Юратович, 'Ретроактивна кримінальна відповідальність та міжнародне право прав людини' (2005) 75 British Yearbook of International Law 337, с.с. 340-341.

¹⁵⁰ Радован Караджич, *наприклад*, був обвинувачений 25 липня 1995 року, але успішно уникав арешту до 21 липня 2008 року. *Див.*, (МТКЮ). Аналогічним чином, Фелісьєн Кабуга був обвинувачений 14 квітня 2011 року, але заарештований лише 16 травня 2020 року. *Див.*, Інформаційний бюлетень у справі: Фелісьєн Кабуга (Міжнародний залишковий механізм для кримінальних трибуналів).

ня або не виявлення існування або масштабів злочинів протягом тривалого проміжку часу.¹⁵¹

В. Розслідування та судове переслідування міжнародних злочинів

1. МКС та Україна

76. Хоча ні Російська Федерація, ні Україна не ратифікували Римський статут, МКС має юрисдикцію щодо воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду, скоєних в Україні, на підставі двох декларацій, поданих українським урядом, який запропонував прокурору МКС розслідувати порушення, які ймовірно були вчинені під час протестів на Євромайдані в період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 та порушень скоєних на території України після 20 лютого 2014 року.¹⁵²
77. У грудні 2020 року прокурор МКС підтвердив існування розумних підстав для початку розслідування ситуації в Україні.¹⁵³ 2 березня 2022 року прокурор МКС оголосив, що він розпочав розслідування ситуації в Україні на основі звернень, отриманих ним від низки держав-учасниць Римського статуту.¹⁵⁴ Однак це не стосується злочину агресії.¹⁵⁵

2. Комплементарність

78. Хоча МКП в цілому відоме своїм переслідуванням в міжнародних судах і трибуналах високопоставлених виконавців, наприклад, президентів або військових командирів,¹⁵⁶ міжнародні злочини в першу чергу мають переслідуватися на національному рівні.¹⁵⁷ У Римському статуті це закріплено принципом “комплементарності”, відповідно до якого Суд має ‘доповнювати’ національні системи кримінального судочинства, діючи тільки як “останній засіб”,¹⁵⁸ коли

¹⁵¹ Існує безліч прикладів того, як виконавці намагалися (часто успішно) приховати справжні масштаби своїх злочинів. Однак серед найбільш сумнозвісних були спроби приховати масштаби вбивств в Сребрениці шляхом початкового поховання тіл в братських могилах, а потім переміщення цих тіл по декількох “вторинних” місцях поховання, щоб запобігти ідентифікації і ще більше ускладнити здатність слідчих органів встановити масштаби злочинів. Див., Факти про Сребреницю (МТКЮ).

¹⁵² Заява, подана Україною відповідно до статті 12(3) Статуту (9 квітня 2014 року) (“Перша заява України”); Заява Верховної Ради України “[Про юрисдикцію Міжнародного кримінального суду](#)” (“Друга заява України”). Відповідно до цих Декларацій, юрисдикція МКС в Україні поширюється на події з 21 листопада 2013 року на невизначений період і включає переслідування за будь-які воєнні злочини, злочини проти людяності та геноциду, що підпадають під дію Римського статуту.

¹⁵³ ‘[Заява прокурора Фату Бенсуді про завершення попереднього розслідування щодо ситуації в Україні](#)’ (МКС, 11 грудня 2020).

¹⁵⁴ ‘[Заява прокурора МКС Каріма А.А. Хана про ситуацію в Україні: отримано звернень від 39 держав-учасниць та розпочато розслідування](#)’ (МКС, 2 березня 2022)

¹⁵⁵ Римський статут, стаття 15bis.

¹⁵⁶ Краєр та ін. (2015), с. 4.

¹⁵⁷ Краєр та ін. (2015), с.с. 70, 79-82.

¹⁵⁸ МКС, “[Про МКС](#)”. Див. також: Vanderbilt Law School, “[Міжнародний кримінальний суд слугує “судом останньої інстанції”](#)” (6 квітня 2010 року).

держави-учасниці не можуть або не бажають проводити розслідування і судові переслідування осіб, які вчинили міжнародні злочини, щодо яких вони мають юрисдикцію.¹⁵⁹ У контексті України це означає, що хоча МКС почав розслідування злочинів, скоєних в Україні з 2014 року, Офіс генерального прокурора України також відіграє ключову роль у розслідуванні та судовому переслідуванні осіб, винних у злочинах проти людяності та воєнних злочинах, які були вчинені впродовж усього збройного конфлікту.

С. Розслідування та кримінальне переслідування: елементи міжнародних злочинів

79. Міжнародні злочини можуть переслідуватися в низці юрисдикцій, зокрема: у самій Україні, у МКС та в третіх державах на підставі універсальної юрисдикції.
80. Відповідно до Кримінального кодексу України ("ККУ України"), національні суди в Україні мають юрисдикцію щодо воєнних злочинів, геноциду та злочину агресії,¹⁶⁰ однак, наразі ККУ України не включає злочини проти людяності. Потрібно зазначити що, законопроект №7290, який ще не набув чинності, пропонує зміни до ККУ України, які, серед іншого, включають злочини проти людяності до юрисдикції українських судів.¹⁶¹
81. МКС також має юрисдикцію щодо будь-яких воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду, ймовірно скоєних в Україні з 21 листопада 2013 року, відповідно до двох заяв, поданих українським урядом.¹⁶²
82. Нарешті, треті держави, тобто ті, які безпосередньо не постраждали від збройного конфлікту, також можуть переслідувати осіб за вчинення тяжких злочинів, зокрема воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду,¹⁶³ на підставі універсальної юрисдикції.¹⁶⁴ Універсальна юрисдикція дозволяє "державі по-

¹⁵⁹ 'Про МКС' (МКС). Див. також, Юридична школа Вандербільта, 'Міжнародний кримінальний суд виступає як "суд останньої інстанції"' (6 April 2010), де Крістіан Венавезер, голова Асамблеї держав-учасниць МКС, заявив, що МКС був створений для того, щоб служити в якості "останньої інстанції". Для обговорення 'принципу комплементарності', див. також, Краєр та ін. (2015), с.с. 154-156; С. Стан 'Глава 9. Серйозне ставлення до комплементарності' в С. Стан і М. Ель Зейді (ред.), Міжнародний кримінальний суд і комплементарність: від теорії до практики (1st вид., CUP 2011), с.с. 233-282; В. Цилоніс, Юрисдикція Міжнародного кримінального суду (Springer 2019) с.с. 216-217.

¹⁶⁰ Кримінальний кодекс України ("ККУ"), статті 437, 438, 442.

¹⁶¹ Законопроект "[Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права](#)" від 27 грудня 2019 року № 2689, статті 437, 438, 442, 442-1; Законопроект "[Про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України](#)" від 15 квітня 2022 року № 7290, статті 437, 438, 442, 442-1.

¹⁶² Заява, подана Україною відповідно до статті 12(3) Статуту (9 квітня 2014 року) ("Перша заява України"); Заява Верховної Ради України "[Про юрисдикцію Міжнародного кримінального суду](#)" ("Друга заява України"). Відповідно до цих Декларацій, юрисдикція МКС в Україні поширюється на події з 21 листопада 2013 року на невизначений період і включає переслідування за будь-які воєнні злочини, злочини проти людяності та геноциду, що підпадають під дію Римського статуту.

¹⁶³ [Принстонські принципи універсальної юрисдикції](#) (Програма Принстонського університету з права та суспільних відносин 2001 р.), с. 29 Принцип 2(1).

¹⁶⁴ УВКПЛ, "[Ініціативи в галузі прокуратури](#)", UN Doc HR/PUB/06/4 Інструменти верховенства права для пост-конфліктних держав (2006), с. 29-30.

рушувати кримінальне переслідування щодо певних злочинів незалежно від місця вчинення злочину та громадянства виконавця або потерпілої особи” за умови, що відповідна держава надала своїм судам можливість здійснювати універсальну юрисдикцію щодо таких злочинів.¹⁶⁵ Наприклад, Німеччина наразі розслідує кілька сотень потенційних російських воєнних злочинів в Україні, на підставі універсальної юрисдикції.¹⁶⁶

83. Незалежно від того, чи розслідується і переслідується ймовірний злочинець на національному або міжнародному рівні, для встановлення індивідуальної кримінальної відповідальності за міжнародні злочини необхідно поза розумним сумнівом встановити такі основні, міжнародно визнані елементи міжнародних злочинів:¹⁶⁷

- *контекстуальні елементи міжнародних злочинів (за наявності)*: елементи, що стосуються обставин, за яких має бути вчинено злочин, або частиною яких злочин має бути;
- *фізичні елементи (елементи об’єктивної сторони; actus reus) злочину*: елементи, що стосуються діянь виконавця, наслідків таких діянь і обставин, за яких вони були вчинені;
- *елементи суб’єктивної сторони (mens rea) злочину*: елементи, які пов’язані з обізнаністю / умислом виконавця при вчиненні злочину;¹⁶⁸ та
- *види співучасті*: принципи, що стосуються того, яким чином виконавець пов’язаний зі злочинними діяннями, за які несе відповідальність.¹⁶⁹

84. Ці елементи детально обговорюються у наступних розділах Настільної книги.

¹⁶⁵ Х. Філіпп, "[Принципи універсальної юрисдикції та взаємодоповнюваності: як ці два принципи переплітаються?](#)" (2006) 88(862) International Review of the Red Cross 375 ("Філіпп, "Принципи універсальної юрисдикції та комплементарності"), с. 377, 379.

¹⁶⁶ "[Німеччина розслідує кілька сотень можливих воєнних злочинів України](#)" (JUSTICEINFO, 18 червня 2022 року).

¹⁶⁷ [Елементи злочинів МКС](#)

¹⁶⁸ Див., Римський статут, стаття 6.

¹⁶⁹ Римський статут, стаття 25, 28; Р. Краєр та ін. (ред.), Вступ до міжнародного кримінального права і процесу (3rd вид., CUP 2015) (Краєр та ін. (2015), с. 353.

ОСОБЛИВОСТІ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ

85. У цьому вступному розділі розглядаються правила, пов'язані з кримінальним переслідуванням військовополонених за вчинення міжнародних злочинів. Відповідно до міжнародного гуманітарного права ("МГП"), правила переслідування військовополонених передбачені Третьою Женевською конвенцією 1949 року про поводження з військовополоненими,¹⁷⁰ та міжнародним звичаєвим правом.¹⁷¹ Крім того, умисне позбавлення військовополоненого права на справедливе та належне судове розслідування є серйозним порушенням Женевських конвенцій,¹⁷² воєнним злочином згідно зі статтею 8(2)(a)(vi) Римського статуту та статтею 438 КК України¹⁷³.
86. У цьому розділі 1) надається визначення військовополонених за міжнародним правом; 2) пояснюються зобов'язання України щодо кримінального переслідування військовополонених за МГП та міжнародним звичаєвим правом; 3) визначається поняття воєнного злочину, що полягає в умисному позбавленні військовополоненого права на справедливе та належне судове розслідування.

I. Визначення військовополонених

87. Визначення поняття "військовополонені" у статті 4 Женевської Конвенції III:

ЖЕНЕВСЬКА КОНВЕНЦІЯ III, СТАТТЯ 4

- А. Військовополоненими, у розумінні цієї Конвенції, є особи, які потрапили в полон до супротивника й належать до однієї з таких категорій:
1. Особового складу збройних сил сторони конфлікту, а також членів ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих збройних сил.
 2. Членів інших ополчень та добровольчих загонів, зокрема членів організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту й діють на своїй території або за її межами, навіть якщо цю територію окуповано, за умови, що ці ополчення або добровольчі загони, зокрема організовані рухи опору, відповідають таким умовам:
 - a) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;
 - b) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані;
 - c) вони носять зброю відкрито;
 - d) вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни.

¹⁷⁰ Женевська Конвенція III.

¹⁷¹ Див. [МКЧХ, Звичаєве МГП](#), Норма 106 про визначення військовополонених за звичаєвим МГП; [МКЧХ, Звичаєве МГП](#), Норма 100 про право на справедливий суд відповідно до звичаєвого МГП.

¹⁷² [Женевська Конвенція III, стаття 130](#); [Четверта Женевська конвенція, стаття 147](#).

¹⁷³ Див. нижче розділ 1, частина I, розділ I.C.3.b.vii «Умисне позбавлення військовополоненого чи іншої особи, яка перебуває під захистом, прав на справедливий і регулярний суд (Статут МТКЮ, стаття 2(f); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vi))».

3. Членів особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує.
4. Осіб, які супроводжують збройні сили, але фактично не входять до їхнього складу, наприклад цивільних осіб з екіпажів військових літаків, військових кореспондентів, постачальників, особового складу робочих підрозділів або служб побутового обслуговування збройних сил, за умови, що вони отримали на це дозвіл тих збройних сил, які вони супроводжують, для чого останні видають їм посвідчення особи за зразком, наведеним у додатку.
5. Членів екіпажів суден торговельного флоту, зокрема капітанів, лоцманів та юнг, а також екіпажів цивільних повітряних суден сторін конфлікту, які не користуються більш сприятливим режимом згідно з будь-якими іншими положеннями міжнародного права.
6. Жителів неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська, за умови, що вони носить зброю відкрито й дотримуються законів і звичаїв війни.

88. Це визначення було інкорпороване в українську правову систему.¹⁷⁴ Воно також відповідає визначенню військовополоненого за міжнародним звичаєвим правом.¹⁷⁵
89. Термін **“потрапили в полон до супротивника”** стосується осіб, захоплених у полон збройними силами протилежної сторони збройного конфлікту.¹⁷⁶ Цей термін також охоплює тих, хто потрапляє під контроль супротивника після здачі в полон або масової капітуляції.¹⁷⁷ Сили супротивника мають здійснювати “певний рівень фізичного контролю або обмеження особи”.¹⁷⁸ У таких ситуаціях протилежна сторона, яка захопила військовополоненого, стає “державою, що тримає в полоні”.¹⁷⁹
90. Перша категорія військовополонених — це військовослужбовці збройних сил сторони конфлікту, в тому числі члени ополчення або добровольчих формувань, що входять до складу цих сил.¹⁸⁰ В Україні, як і в міжнародних збройних конфліктах загалом, більшість військовополонених, дуже ймовірно, підпадають під цю категорію.¹⁸¹ Вона включає “всіх членів збройних сил, незалежно від їхніх функцій або служби, яку вони виконують”.¹⁸² В Україні це стосується будь-якого військовослужбовця Російської Федерації, а також членів приватних воєнізованих формувань, що входять до складу регулярних збройних сил.

¹⁷⁴ Постанова Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2022 року № 413: Про затвердження Порядку тримання військовополонених.

¹⁷⁵ [МКЧХ, Звичаєве МГЦ](#), норма 106.

¹⁷⁶ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 4, п. 960

¹⁷⁷ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 4, п. 960.

¹⁷⁸ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 4, п. 961.

¹⁷⁹ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 4, п. 961.

¹⁸⁰ [Женевська Конвенція III](#), стаття 4.

¹⁸¹ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 4, пп. 975-976.

¹⁸² [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 4, п. 978.

91. Воєнізовані або добровольчі формування, що входять до складу збройних сил, повинні бути “офіційно включені” до складу збройних сил і перебувати під відповідальним командуванням цих сил, щоб їхні члени могли набути статусу військовополонених після потрапляння в полон.¹⁸³ При цьому члени інших ополчень і добровольчих формувань, які формально не входять до складу збройних сил, але іншим чином належать до сторони збройного конфлікту, можуть користуватися статусом військовополоненого за умови дотримання чотирьох умов, встановлених пунктом 2 статті 4.¹⁸⁴
92. Україна має певні зобов’язання щодо поводження з військовополоненими, включно з притягненням їх до відповідальності за міжнародні злочини, про що йтиме мова в наступних розділах.

II. Правила щодо кримінального переслідування військовополонених

93. У цьому розділі розглянуто правила щодо кримінального переслідування військовополонених, які скоїли міжнародні злочини.¹⁸⁵ Судді зобов’язані дотримуватися цих правил в судових провадженнях з наступних причин:
- Україна зобов’язана дотримуватися положень Женевської Конвенції III як Висока Договірنا Сторона,¹⁸⁶ а також усіх норм звичаєвого МП.¹⁸⁷ Недотримання цих правил у повному обсязі може призвести до міжнародно-правової відповідальності України за недотримання зобов’язань за міжнародними договорами.¹⁸⁸
 - Умисне позбавлення військовополоненого права на справедливий і належний судовий розгляд є воєнним злочином згідно зі статтею 8(2)(a)(vi) Римського статуту та статтею 438 КК України. Відповідно, серйозне порушення будь-якого з наведених нижче правил може мати наслідком індивідуальну кримінальну відповідальність.¹⁸⁹

¹⁸³ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 4, п. 979.

¹⁸⁴ [Женевська Конвенція III](#), стаття 4(2); [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 4, п. 980.

¹⁸⁵ До них належать воєнні злочини, злочин агресії та злочин геноциду, передбачені статтями 438, 437 та 442 [КК України](#) відповідно.

¹⁸⁶ МКЧХ, “[Бази даних міжнародного гуманітарного права: Україна](#)”.

¹⁸⁷ Міжнародне звичаєве право є обов’язковим для всіх держав джерелом права. Див. [Статут Міжнародного суду ООН](#), стаття 38(b).

¹⁸⁸ [Vienna Convention on the Law of Treaties](#), Article 26: “Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith”. Breach of a treaty or customary international law obligation leads to State responsibility under international law, see International Law Commission, ‘[Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts](#)’, Article 2: “There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an act or omission: (a) is attributable to that State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State”. [Віденська конвенція про право міжнародних договорів](#), стаття 26: “Кожен чинний договір є обов’язковим для його учасників і повинен ними добросовісно виконуватись”. Порушення договірної або звичаєвої міжнародно-правової зобов’язання має наслідком міжнародно-правову відповідальність держави, див. Комісія міжнародного права, «Проект статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння», стаття 2: “Держава вчиняє міжнародно-протиправне діяння, коли діяння (дія або бездіяльність): (a) може бути приписане цій державі за міжнародним правом; і (b) є порушенням міжнародного зобов’язання держави”.

¹⁸⁹ [Женевська Конвенція III](#), стаття 130. Див. [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vi).

94. Правила, що стосуються кримінального переслідування військовополонених, передбачені Третьою Женевською конвенцією (Глава III) та міжнародним звичаєвим правом. У наступних підрозділах розглянуто кожне правило і надано рекомендації для суддів щодо того, як ці правила слід застосовувати на практиці:
- i. Військовополонені не можуть бути притягнуті до відповідальності за участь у бойових діях;
 - ii. Завжди має бути дотримано принцип законності;
 - iii. Військовополонений не може бути підданий фізичному або психічному примусу до самообмовлення;
 - iv. Військовополоненим має бути гарантовано право на справедливий суд;
 - v. Військовополоненим має бути гарантовано право на захист;
 - vi. Військовополонені не мають бути ув'язнені до судового розгляду, за винятком випадків, коли військовослужбовець збройних сил держави, що тримає в полоні, був би ув'язнений за те ж саме правопорушення;
 - vii. Вироки мають бути винесені компетентним судом за тієї самої процедури, яка застосовується до військовослужбовців збройних сил держави, що тримає в полоні; і
 - viii. Військовополоненим має бути гарантовано право на апеляційну скаргу.

А. Кримінальне переслідування за участь у конфлікті

95. Принципова відмінність між військовополоненими і не військовополоненими полягає в тому, що військовополонені не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за безпосередню участь у бойових діях.¹⁹⁰ Для того, щоб вважатися “безпосередньою участю” у бойових діях, діяння має відповідати таким критеріям:¹⁹¹
- i. діяння має з великою ймовірністю негативно вплинути на військові операції або військовий потенціал сторони збройного конфлікту або, як альтернатива, спричинити смерть, поранення або знищення захищених осіб чи об'єктів;
 - ii. повинен існувати прямий причинно-наслідковий зв'язок між діянням і шкодою, яка може бути заподіяна або внаслідок цього діяння, або внаслідок скоординованої військової операції, невід'ємною частиною якої це діяння є; та
 - iii. діяння має бути спеціально спрямоване на безпосереднє заподіяння необхідного ступеня шкоди на користь однієї сторони конфлікту та на шкоду іншій.
96. Простими словами, військовополонений не може бути притягнутий до відповідальності за вбивство або поранення військовослужбовців супротивника

¹⁹⁰ Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року, Вступ, п. 20; Додатковий протокол I, стаття 44; Е. Кроуфорд, Поводження з комбатантами і повстанцями за правом збройного конфлікту, Oxford University Press, 2010, с. 52.

¹⁹¹ Н. Мезлер, “Пояснювальне керівництво щодо поняття прямої участі у бойових діях за міжнародним гуманітарним правом” (МКЧХ, травень 2009 р.); Онлайн збірник справ МКЧХ “Як право захищає на війні”, “Безпосередня участь у воєнних діях”.

або знищення військових об'єктів противника вчинених до моменту його захоплення в полон.¹⁹²

97. Однак військовополонені мають бути засуджені, якщо вони, як стверджується, вчинили серйозні порушення Женевських конвенцій або інші воєнні злочини до того, як потрапили в полон.¹⁹³ Женевська Конвенція III також встановлює детальні правила застосування судових і дисциплінарних заходів щодо правопорушень, скоєних військовополоненими після того, як вони потрапили в полон.¹⁹⁴ Конвенція передбачає, що військовополонений “підпорядковується законам, статутам і наказам, які є чинними у збройних силах держави, що тримає в полоні”.¹⁹⁵ Це означає, що до військовополонених можуть застосовуватися ті ж правові та дисциплінарні покарання, що й до військовослужбовців збройних сил держави, що тримає в полоні, за таке ж правопорушення. Цей розділ фокусується на правилах, що застосовуються саме тоді, коли військовополонений зазнає кримінального переслідування за міжнародні злочини, що були скоєні до полону. Тому правила щодо правових і дисциплінарних санкцій надалі розглянуто не буде.
98. У наступному розділі викладено норми міжнародного права, що застосовуються при розгляді справ про міжнародні злочини за участю військовополонених.

В. Принцип законності має дотримуватись завжди (Женевська конвенція III, стаття 99(1))

ЖЕНЕВСЬКА КОНВЕНЦІЯ III, СТАТТЯ 99(1)

Жодного військовополоненого не можна передавати до суду або засуджувати за дію, яка не заборонена законодавством держави, що тримає в полоні, або міжнародним правом, чинним на момент здійснення цієї дії.

99. Згідно з цією нормою, військовополонені можуть бути піддані кримінальному переслідуванню за міжнародний злочин лише в тому разі, якщо цей злочин був передбачений національним кримінальним законодавством держави, яка тримає в полоні, або міжнародним правом на момент його вчинення. В Україні воєнні злочини, злочин агресії та злочин геноциду криміналізовані відповідно до КК України.¹⁹⁶ Таким чином, військовополонені можуть бути піддані кримінальному переслідуванню за ці злочини в Україні. Якщо міжнародний злочин

¹⁹² I. Issar, “[На суді: Женевська Конвенція III та судові гарантії для військовополонених](#)” (блог МКЧХ — Гуманітарне право і політика, 23 червня 2022 року). Див. також МКЧХ, “[Пояснювальне керівництво щодо поняття прямої участі у воєнних діях за міжнародним гуманітарним правом](#)” (2008) 90 International Review of the Red Cross 991, с. 1017.

¹⁹³ [Женевська Конвенція III](#), стаття 129.

¹⁹⁴ [Женевська Конвенція III](#), статті 82-108.

¹⁹⁵ [Женевська Конвенція III](#), стаття 82(1).

¹⁹⁶ [КК України](#), статті 438, 437 і 442 відповідно.

ґрунтується на міжнародному договірному праві, такий міжнародний договір має бути обов'язковим як для держави, що тримає в полоні, так і для держави, від якої залежав військовополонений на момент вчинення злочину.¹⁹⁷ І Україна, і Росія є державами-учасницями Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.¹⁹⁸ На злочини за міжнародним звичаєвим правом можна посилатися за умови, що норма є “чіткою і недвозначною”.¹⁹⁹

100. Що стосується національного законодавства, то застосовне право має бути розумно передбачуваним і доступним для обвинувачених військовополонених на момент скоєння ймовірного злочину.²⁰⁰ Це означає, що на момент вчинення злочину військовополонений “знав або повинен був знати, що буде покараним, якщо його спіймають”.²⁰¹ Це відображає принцип міжнародного права прав людини, згідно з яким “ніхто не може бути засуджений за злочин на підставі вчинення будь-якої дії або бездіяльності, які під час їх вчинення не становили злочину за національними законами або за міжнародним правом”.²⁰²

С. Не можна застосовувати будь-якого морального чи фізичного тиску на військовополоненого з метою змусити його визнати провину. (Женевська Конвенція III, Стаття 99(2))

ЖЕНЕВСЬКА КОНВЕНЦІЯ III, СТАТТЯ 99(2)

Не можна чинити будь-якого морального чи фізичного тиску на військовополоненого, щоб примусити його визнати себе винним у порушенні, в якому його обвинувачують.

¹⁹⁷ Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року, стаття 99, п. 3960.

¹⁹⁸ МКЧХ, “Бази даних міжнародного гуманітарного права: Україна”; МКЧХ, “Бази даних міжнародного гуманітарного права: Російська Федерація”.

¹⁹⁹ Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року, стаття 99, п. 3960.

²⁰⁰ Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року, стаття 99, п. 3962.

²⁰¹ Національний військовий трибунал США, Рішення у справі “Justice”, сс. 977-978.

²⁰² ЗДПЛ, стаття 11(2). Див. також МПГПП, стаття 15(2): “Ніхто не може бути засуджений за злочин на підставі вчинення будь-якої дії або за бездіяльності, які під час їх вчинення не становили злочину за національними законами або за міжнародним правом”.

101. Це правило забороняє будь-яку форму морального або фізичного тиску, що застосовується до військовополонених з метою примусити їх визнати свою вину.²⁰³ Це основний аспект права на справедливий суд.²⁰⁴ У контексті кримінального процесу методи “тиску” — це діяння, спрямовані на те, щоб позбавити або обмежити здатність обвинуваченого проявляти свободу волі та самостійність.²⁰⁵ Умисне позбавлення військовополонених або захищених осіб права на справедливий і звичайний суд є серйозним порушенням Третьої і Четвертої Женевських конвенцій,²⁰⁶ а також Додаткового протоколу I.²⁰⁷ Крім того, це є воєнним злочином відповідно до статті 8(2)(vi) Римського статуту.²⁰⁸
102. Це правило тісно пов’язане з презумпцією невинуватості, яка має бути надана військовополоненим, звинуваченим у вчиненні міжнародних злочинів за українським²⁰⁹ та міжнародним правом.²¹⁰ Військовополонених не можна примусити до самообмовлення.²¹¹ МКС зазначив, що “на практиці право не бути примушеним свідчити проти самого себе ... має на меті забезпечити неможливість використання в суді зізнань, що отримані під тиском або шляхом примусу чи обману, та нехтують висловленою волею обвинуваченого зберігати мовчання”.²¹²

D. Військовополоненим повинно бути гарантовано право на справедливий суд (Женевська конвенція III, стаття 84; звичаєве МГП, норма 100)

103. Право на справедливий суд захищається звичаєвим МГП²¹³ та українським законодавством.²¹⁴ Стаття 84(2) Женевської Конвенції III також передбачає, що “в жодному разі військовополоненого не може судити будь-який суд, який не забезпечує невід’ємних гарантій незалежності й безсторонності”.²¹⁵ Судді несуть відповідальність за забезпечення цих основних гарантій. Суддя або суд є “незалежним”, якщо він “не перебуває під зовнішнім контролем і має повну свободу у прийнятті рішень”.²¹⁶ “Безсторонність” має дві складові, об’єктивну

²⁰³ Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року, стаття 99, п. 3965.

²⁰⁴ Женевська Конвенція III, статті 102-108. Див. також ЄКПЛ, стаття 6; МПГПП, стаття 14(1).

²⁰⁵ Звід принципів захисту всіх осіб, що піддаються затриманню чи ув’язненню у будь-якій формі, 9 грудня 1988 року, Резолюція Генеральної Асамблеї 43/173, Принцип 21(2).

²⁰⁶ Женевська Конвенція III, стаття 130; Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

²⁰⁷ Додатковий протокол I, стаття 85(4)(e).

²⁰⁸ Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vi). Див. нижче розділ 1, частина I, розділ I.C.3.b.vii «Умисне позбавлення військовополоненого чи іншої особи, яка перебуває під захистом, прав на справедливий і звичайний суд (Статут МТКЮ, стаття 2(f); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vi))”.

²⁰⁹ Конституція України, стаття 62; КК України, стаття 2(2).

²¹⁰ Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року, стаття 99, п. 3970. Див. ЄКПЛ, стаття 6(2): “Кожен, кого обвинувачено у вчиненні кримінального правопорушення, вважається невинуватим доти, доки його вину не буде доведено в законному порядку”; МПГПП, стаття 14(2).

²¹¹ ЄСПЛ, Саундерс проти Сполученого Королівства, Рішення, п. 68; ЄСПЛ, Биков проти Росії, Рішення, п. 92.

²¹² МКС, Судове рішення у справі Катанги, п. 1529.

²¹³ МКЧХ, Звичаєве МГП, Норма 100.

²¹⁴ КПК України, стаття 21(1).

²¹⁵ Женевська Конвенція III, стаття 84(2).

²¹⁶ МКТР, Апеляційне рішення у справі Нагімани та ін., п. 19.

і суб'єктивну: (i) судді не повинні допускати, щоб на їхні рішення впливали особиста прихильність або упередження; і (ii) суд має виглядати безстороннім з точки зору об'єктивного спостерігача.²¹⁷

104. Хоча це прямо не зазначено в Женевській Конвенції III, основною складовою права на справедливий суд є те, що в судових рішеннях мають бути адекватно викладені мотиви, на яких вони ґрунтуються.²¹⁸ З рішення суду повинно бути зрозуміло, що основні питання справи були розглянуті,²¹⁹ і що була дана чітка відповідь на аргументи, які є вирішальними для результату справи.²²⁰ Рішення має бути вмотивоване і забезпечувати право на оскарження.²²¹
105. У коментарі МКЧХ зазначається, що забезпечення незалежності та безсторонності в контексті судових процесів над військовополоненими пов'язане з унікальними викликами: “Судді повинні будуть судити військовослужбовців супротивника, і тому держава, що тримає в полоні, повинна особливо ретельно стежити за тим, щоб запобігти будь-якій упередженості або конфлікту інтересів, які можуть виникнути”.²²² Важливою гарантією неупередженості є те, що рішення у справах військовополонених не можуть переглядатися військовою владою.²²³ В Україні справи військовополонених, звинувачених у воєнних злочинах, розглядаються в тих же кримінальних судах, що й справи цивільних осіб, а рішення не підлягають перегляду військовою владою.²²⁴
106. Більш конкретні правила щодо прав і засобів захисту військовополонених містяться у статтях 99(3) і 105 Женевської Конвенції III, які розглядаються нижче.

²¹⁷ МТКЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Фурунджі*, пп. 189-191, МТКЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Мучіча*, пп. 682-684, та МТКЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Галіча*, пп. 37-41; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Акасу*, пп. 203-207, МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Рутаганди*, пп. 39-41, та МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нагімани* та ін., пп. 47-50.

²¹⁸ Див. ЄСПЛ, *Морейра Феррейра проти Португалії* (№ 2), [Рішення](#), п. 84; Комітет з прав людини, Генрі проти Ямайки, [Повідомлення № 230/87](#), п. 8.4; Комітет з прав людини, Загальний коментар № 32: Стаття 14: Право на рівність перед судами і трибуналами та на справедливий судовий розгляд, [ССПР/С/ГС/32](#), 23 серпня 2007 року, п. 49: “Право на перегляд обвинувального вироку може бути ефективно реалізоване лише в тому разі, якщо засуджений має право на доступ до належним чином вмотивованого, письмового рішення суду першої інстанції...”.

²¹⁹ ЄСПЛ, *Болдеа проти Румунії*, [Рішення](#), п. 30.

²²⁰ ЄСПЛ, *Морейра Феррейра проти Португалії* (№ 2), [Рішення](#), п. 84.

²²¹ Див. нижче, пар. 117.

²²² [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 84, п. 3614.

²²³ ЄСПЛ, *Фіндлі проти Сполученого Королівства*, [Рішення](#), п. 77; П. Роу, “Суд над військовополоненими військовими судами в сучасних збройних конфліктах”, у К. Харві, Дж. Саммерс і Н. Уайт (ред.) *Сучасні виклики законам війни*, Cambridge University Press, 2014, сс. 313, 320.

²²⁴ Постанова Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2022 року № 413: Про затвердження Порядку тримання військовополонених, п. 20-1: “У разі коли військовополонений є учасником кримінального провадження, йому гарантується можливість користуватися відповідними правами, визначеними Кримінальним процесуальним кодексом України”.

Е. Військовополоненим має бути гарантовано право на захист (Женевська Конвенція III, стаття 99(3))

ЖЕНЕВСЬКА КОНВЕНЦІЯ III, СТАТТЯ 99(3)

Жодного військовополоненого не можна визнати винним, якщо йому не було надано можливості захищатися в суді та допомоги кваліфікованого захисника чи консультанта.

107. Це правило встановлює фундаментальний принцип, згідно з яким жоден військовополонений не може бути “засуджений без можливості представити свій захист”.²²⁵ Стаття 99(3) встановлює загальне правило. Конкретні права і засоби захисту, які повинні бути надані військовополоненим, викладені в статті 105 Женевської Конвенції III.

ЖЕНЕВСЬКА КОНВЕНЦІЯ III, СТАТТЯ 105 – ПРАВА ТА ЗАСОБИ ЗАХИСТУ

Військовополонений має право користуватися допомогою одного зі своїх товаришів-полонених, мати захист кваліфікованого адвоката або радника на власний вибір, викликати до суду свідків, та, якщо він вважає це необхідним, користуватися послугами компетентного перекладача. Держава, що тримає в полоні, інформує його про ці права завчасно, до початку слухання справи.

Якщо військовополонений не вибрав собі захисника, то держава-покровителька знаходить йому адвоката, маючи для цього у своєму розпорядженні, принаймні, один тиждень. На прохання держави-покровительки, держава, що тримає в полоні, передає їй список кваліфікованих осіб, які можуть забезпечити захист. У випадку, коли ні військовополонений, ні держава-покровителька не вибрали захисника, держава, що тримає в полоні, призначає кваліфікованого адвоката для здійснення захисту.

Адвокат, який здійснює захист від імені військовополоненого, має у своєму розпорядженні, принаймні, два тижні до початку слухання справи, а також необхідні можливості для підготовки захисту обвинуваченого. Він може, зокрема, вільно відвідувати обвинуваченого та розмовляти з ним без свідків. Він може також розмовляти з усіма свідками захисту, зокрема з військовополоненими. Йому надаються такі можливості до закінчення строку оскарження вироку.

За певний, достатньо тривалий час до початку слухання справи, обвинувачений військовополонений одержує мовою, яку він розуміє, подробиці обвинувачення, а також ті документи, які зазвичай доводять до відома обвинуваченого згідно із законами, які є чинними у збройних силах держави, що тримає в полоні. Таку саму інформацію за тих самих обставин передають адвокату, який здійснює захист від імені військовополоненого.

Представники держави-покровительки мають право бути присутніми під час розгляду справи, якщо у виключних випадках справу не розглядають на закритому засіданні в інтересах державної безпеки. У таких випадках держава, що тримає в полоні, повідомляє про це відповідним чином державі-покровительці.

²²⁵ Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року, стаття 99, п. 3976.

108. “Допомогу одного зі своїх полонених товаришів” слід відрізнити від “захисту”, який повинен забезпечуватися кваліфікованим адвокатом або юристом.²²⁶ “Допомога” в цьому контексті “охоплює різноманітні види діяльності, які можуть допомогти військовополоненому, проти якого порушено справу”, що може охоплювати “виконання функцій посередника між обвинуваченим та його адвокатом або захисником, надання допомоги в судовому процесі або надання обвинуваченому послуг перекладача”.²²⁷ Судді повинні пам’ятати, що військовополонених ніколи не можна судити без участі адвоката.²²⁸ Право на захист також надається статтею 20 КПК України.²²⁹
109. Що стосується права військовополоненого викликати свідків, то в Коментарі МКЧХ до статті 105 визнається, що гарантувати це право нелегко, якщо військовополоненого судять за скоєний до потрапляння в полон злочин.²³⁰ Товариші по службі, швидше за все, не зможуть бути присутніми на суді для надання свідчень, якщо тільки вони самі не є військовополоненими.²³¹ Суддям слід розглянути питання про те, чи можна приймати докази у вигляді письмових заяв або відеозаписів, або за допомогою комунікаційних технологій.²³²
110. Насамкінець, військовополонених не можна судити заочно.²³³ Незважаючи на те, що заочне судочинство передбачено українським законодавством,²³⁴ воно “не може бути виправдане для військовополонених, які перебувають під вартою держави, що тримає під вартою, і чия присутність на суді може бути забезпечена”.²³⁵

²²⁶ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 105, п. 4082,

²²⁷ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 105, п. 4082.

²²⁸ [Женевська Конвенція III](#), стаття 105. Це право захищається статутами міжнародних кримінальних трибуналів: [Римський статут](#), стаття 67(1); [Статут МТКЮ](#), стаття 21(4); [Статут МКТР](#), стаття 20(4); [Статут СССЛ](#), стаття 17(4). Воно також гарантується європейськими та міжнародними договорами з прав людини: [МПГПП](#), стаття 14(3)(d); [ЄКПЛ](#), стаття 6(3)(c).

²²⁹ [КПК України](#), стаття 20 (право на захист).

²³⁰ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 105, п. 4095.

²³¹ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 105, п. 4095.

²³² [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 105, п. 4095.

²³³ [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4); [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 105, п. 4103.

²³⁴ [КПК України](#), стаття 323(3).

²³⁵ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 105, п. 4103.

- F. Військовополонені не можуть бути ув'язнені до судового процесу, за винятком випадків, коли військовослужбовець збройних сил держави, що тримає в полоні, був би ув'язнений за те ж саме правопорушення (Женевська Конвенція III, стаття 103)

ЖЕНЕВСЬКА КОНВЕНЦІЯ III, [СТАТТЯ 103](#) – СУДОВІ РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ТРИМАННЯ ПІД ВАРТОЮ В ОЧІКУВАННІ СУДУ

1. Судові розслідування стосовно військовополоненого проводять настільки швидко, наскільки це дозволяють обставини, й так, щоб судовий процес відбувся якомога скоріше. Військовополоненого, який очікує суду, не тримають під вартою, якщо такий самий захід не застосували б до особи зі складу збройних сил держави, що тримає в полоні, якби вона обвинувачувалася в подібному порушенні, або якщо це є необхідним в інтересах національної безпеки. За жодних обставин тримання під арештом не перевищує тримісячного строку.
2. Будь-який період перебування військовополоненого під вартою в очікуванні суду віднімають від загального строку покарання, призначеного військовополоненому, та беруть до уваги під час винесення вироку.
3. Положення статей 97 та 98 цієї глави застосовують до військовополоненого під час його перебування під вартою в очікуванні суду.

111. Стаття 103(1) встановлює загальне правило, згідно з яким розслідування ймовірних воєнних злочинів, скоєних військовополоненими, має проводитися якнайшвидше, і що обвинувачений не має утримуватися під вартою до початку судового процесу, за винятком наведених нижче ситуацій.²³⁶ Це правило закріплене у частині п'ятій статті 28 КПК України, яка передбачає, що “кожен має право, щоб обвинувачення щодо нього в найкоротший строк стало предметом судового розгляду”.²³⁷
112. Стаття 197 КПК України стосується досудового тримання під вартою. Що стосується тривалості досудового тримання під вартою, КПК України передбачає, що слідчий суддя має виносити ухвалу про продовження строку досудового тримання під вартою кожні шістдесят днів.²³⁸ Максимальна тривалість тримання під вартою за КПК України не може перевищувати шести місяців для нетяжких злочинів та дванадцяти місяців для тяжких та особливо тяжких злочинів.²³⁹ Враховуючи, що міжнародні злочини є *особливо тяжкими*, військовополонені можуть бути затримані на строк до 12 місяців відповідно до цього положення. Хоча стаття 103(1) передбачає, що військовополонені, які очікують суду, не повинні триматися під вартою, винятком є ситуації, в яких “особа зі складу збройних

²³⁶ [Женевська Конвенція III](#), стаття 103(1).

²³⁷ [КПК України](#), стаття 28(5). Див. також частини 4 і 6 цієї ж статті.

²³⁸ [КПК України](#), стаття 197(1).

²³⁹ [КПК України](#), стаття 197(3).

сил держави, що тримає в полоні, також була б ув'язнена, якщо б її звинувачували в аналогічному злочині, або якщо це необхідно в інтересах національної безпеки”.²⁴⁰ Відповідно, судді повинні забезпечити застосування до досудового утримання військовополонених тих самих правил, які застосовувалися б до обвинувачених у такому ж злочині громадян України.

113. Стаття 103 також передбачає, що військовополонені можуть утримуватись під вартою до судового розгляду, якщо це необхідно “в інтересах національної безпеки”.²⁴¹ Хоча державам надається широка свобода розсуду у тлумаченні поняття “національна безпека”, виняток застосовується лише тоді, коли продовження ув'язнення є “абсолютно необхідним” або “принциповим” для відповідних інтересів національної безпеки.²⁴²

Г. Вироки мають виноситися компетентним судом за тієї самої процедури, яка застосовується до військовослужбовців збройних сил держави, що тримає в полоні (ЖК III, стаття 102).

ЖЕНЕВСЬКА КОНВЕНЦІЯ III, СТАТТЯ 102 – СУДОВА ПРОЦЕДУРА: УМОВИ НАБРАННЯ ВИРОКОМ ЗАКОННОЇ СИЛИ

Вирок стосовно будь-якого військовополоненого вважається законним лише тоді, коли його виносять ті самі суди й за тією самою процедурою, що встановлені для осіб зі складу збройних сил держави, що тримає в полоні, та, крім того за умови дотримання положень цієї глави.

114. Це означає, що військовополонені, які належать до російських збройних сил, можуть бути притягнуті до відповідальності, засуджені і покарані за міжнародний злочин лише тими судами, які мають юрисдикцію розглядати справи щодо військовослужбовців Збройних сил України за той самий злочин.²⁴³ Як зазначалося вище, справи військовополонених, обвинувачених у міжнародних злочинах в Україні, розглядаються в загальній системі кримінального правосуддя, як і справи військовослужбовців Збройних сил України.²⁴⁴ Посилання на “ті самі суди” забороняє державі, що тримає в полоні, створювати суд виключно для винесення рішень щодо військовополонених, який може бути схильним до свавільного застосування закону держави, що тримає в полоні.²⁴⁵

²⁴⁰ [Женевська Конвенція III](#), стаття 103(1).

²⁴¹ [Женевська Конвенція III](#), стаття 103(1).

²⁴² [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 103, п. 4033.

²⁴³ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 102, п. 4008.

²⁴⁴ Постанова Кабінету Міністрів України від 5 квітня 2022 року № 413: Про затвердження Порядку тримання військовополонених, п. 20-1.

²⁴⁵ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 102, п. 4010.

115. При винесенні вироку військовополоненим за міжнародні злочини судді мають застосовувати звичайні правила призначення покарання за злочин, як це передбачено КК України.²⁴⁶ Крім того, судді повинні застосовувати будь-які пом'якшуючі або обтяжуючі обставини так само, як вони б застосовувалися до військовослужбовців Збройних сил України за тих самих обставин.²⁴⁷
116. Крім того, при винесенні вироку військовополоненим за вчинення міжнародного злочину судді повинні дотримуватися статті 103(2) Женевської Конвенції III, яка передбачає, що “Будь-який період перебування військовополоненого під вартою в очікуванні суду віднімають від загального строку покарання, призначеного військовополоненому, та беруть до уваги під час винесення вироку”.²⁴⁸

Н. Військовополоненим має бути гарантовано право на апеляційну скаргу (ЖК III, стаття 106)

ЖЕНЕВСЬКА КОНВЕНЦІЯ III, СТАТТЯ 106 – АПЕЛЯЦІЙНІ СКАРГИ

Кожний військовополонений так само, як й особи зі складу збройних сил держави, що тримає в полоні, має право подавати апеляційну чи касаційну скаргу на будь-який винесений йому вирок або прохати перегляду справи. Йому надають повну інформацію про його право на оскарження вироку та про строк, протягом якого він може це зробити.

117. Відповідно до п. 6 ч. 4 ст. 42 КПК України, особи, засуджені за вчинення злочину, мають право на апеляційне оскарження вироку. З метою забезпечення дотримання статті 106 Женевської Конвенції III судді повинні гарантувати військовополоненим, засудженим за міжнародні злочини, таке ж право на апеляційне оскарження та повну інформацію про це право мовою, яку вони розуміють, включаючи “всю необхідну інформацію для правильного і своєчасного початку апеляційного провадження”.²⁴⁹
118. Стаття 106 Женевської Конвенції III чітко визначає, що право на апеляційне оскарження має бути гарантоване “з метою скасування або перегляду вироку або відновлення судового розгляду”.²⁵⁰ Іншими словами, коли військовополонені оскаржують вирок за міжнародні злочини, судді повинні бути готові до таких рішень:
- i. Скасувати вирок. Це означає визнати початкове судове рішення нечинним.²⁵¹
 - ii. Переглянути вирок.

²⁴⁶ Відповідно до статті 438 [КК України](#), воєнні злочини караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років. Якщо вони поєднані з умисним вбивством, цей строк становить від десяти до п'ятнадцяти років або довічне позбавлення волі.

²⁴⁷ Правила призначення покарання встановлені у статтях 65-73 [КК України](#).

²⁴⁸ [Женевська Конвенція III](#), стаття 103(2).

²⁴⁹ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 105, п. 4161.

²⁵⁰ [Женевська Конвенція III](#), стаття 106.

²⁵¹ [Коментар МКЧХ до Женевської Конвенції III 2020 року](#), стаття 106, п. 4157.

iii. Поновити судовий розгляд.

III. Воєнний злочин умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд

119. Недотримання будь-якого з вищезазначених правил у контексті кримінального провадження проти військовополонених може мати наслідком кримінальну відповідальність. Стаття 8(2)(a)(vi) та стаття 438 КК України передбачають воєнний злочин, що полягає в умисному позбавленні військовополоненого або іншої захищеної особи права на справедливий і належний судовий розгляд під час міжнародного збройного конфлікту.²⁵²
120. Елементи детально обговорюються в [Розділі 1, Частина I, Розділ I.C.3.b.vii «Умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, прав на справедливий і належний судовий розгляд» \(Статут МТКЮ, стаття 2\(f\) \); Статут ІСС, стаття 8\(2\)\(a\)\(vi\)»](#). Судді повинні знати, що військовополонені підпадають під визначення «особи, які перебувають під захистом» у Женевських конвенціях.²⁵³ Порушення будь-якого з цих прав і обов'язків щодо військовополонених у контексті міжнародного збройного конфлікту може призвести до кримінальної відповідальності.

²⁵² [Римський статут](#), стаття 8(2)(a)(vi). Також Римський статут передбачає кримінальну відповідальність у неміжнародних збройних конфліктах згідно зі статтею 8(2)(c)(iv) за винесення вироків і приведення їх до виконання без попереднього рішення, ухваленого створеним у встановленому порядку судом, який забезпечує дотримання всіх судових гарантій, які, як правило, є обов'язковими. Воєнний злочин, що полягає у відмові у справедливому суді, також заборонений такими міжнародно-правовими документами: [Статут МТКЮ](#), стаття 2(f); [Статут СССД](#), стаття 3(g); [Закон НПСК](#), стаття 6.

²⁵³ МКЧХ, [особи, які перебувають під захистом](#); [Женевська конвенція I](#), ст.ст. 13, 14, 24-29; [Женевська конвенція II](#), ст.ст. 12, 13, 36, 37; [Женевська конвенція III](#), ст.ст. 4, 33; [Женевська конвенція IV](#), ст. 4.

НПСК, СПРАВА 002/02 РІШЕННЯ

2629. В ухвалі про призначення справи до судового розгляду обвинуваченим висувається звинувачення в умисному позбавленні військовополоненого або цивільної особи права на справедливий і належний судовий розгляд як серйозне порушення Женевських конвенцій у Центрі безпеки (S-21) внаслідок ймовірного умисного позбавлення в'єтнамських військовополонених і цивільних осіб права на справедливий і належний судовий розгляд. Співробітники Центру безпеки позбавили захищених осіб права на розгляд справи незалежним і безстороннім судом, права бути повідомленим про інкримінований їм злочин, права і засобів захисту, захисту від колективного покарання, презумпції невинуватості, права на апеляцію і захисту від вироку, винесеного без рішення компетентного суду.

2630. Судова палата встановила, що в'єтнамським полоненим, які потрапили до S-21, не було надано жодної можливості захистити себе після арешту, вони були позбавлені будь-якої видимості справедливого суду і перед смертю були змушені зізнатися у шпигунстві. Усіх в'єтнамських солдатів і цивільних, які потрапляли до S-21, оголошували шпигунами і вважали ворогами. Доля цих в'язнів була вирішена заздалегідь, оскільки всі вони зрештою підлягали страті. Судова палата звертає увагу, що полонені не мали доступу до адвокатів або суддів протягом усього часу їхнього утримання у S-21 і в'єтнамці-решт були страчені без судового розгляду. Як було встановлено раніше, всі в'єтнамці, які потрапили до S-21, умисно і систематично вбивалися після допитів. Таким чином, Судова палата переконана, що як *actus reus*, так і *mens rea* цього злочину встановлені. Відповідно, Судова палата вважає, що умисне позбавлення військовополоненого або цивільної особи права на справедливий і звичайний суд в Центрі безпеки S-21, що є серйозним порушенням Женевських конвенцій, було доведено.

ГЛАВА 1. МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО. МАТЕРІАЛЬНА ЧАСТИНА

ЧАСТИНА I: МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ ЗА УКРАЇНСЬКИМ ЗАКОНОДАВСТВОМ

I. Воєнні злочини

РЕЗЮМЕ. СФЕРА ДІЇ ТА ТЛУМАЧЕННЯ СТАТТІ 438 КК УКРАЇНИ

- Стаття 438 КК України криміналізує певні склади воєнних злочинів в Україні. Вона встановлює кримінальну відповідальність за законодавством України за порушення міжнародного гуманітарного права.

Стаття 438 КК України містить як склади окремих злочинів, так і два бланкетних відсилання.

- У статті 438 прямо перелічені такі окремі склади злочинів: «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням», «вигнання цивільного населення для примусових робіт», «розграбування національних цінностей на окупованій території» та «умисне вбивство».
- Крім того, стаття 438 містить два бланкетні відсилання до «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом» та «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».
- Формулювання статті 438 КК України чітко не визначає її обсяг і зміст. Зокрема, бланкетні відсилання до «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом» та «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» прямо не встановлюють конкретні заборонені діяння та відповідні елементи складу цих злочинів.
- Цей розділ Настільної книги допомагає в тлумаченні обсягу та змісту статті 438 КК України з урахуванням характеру та змісту положень МГП. Його висновками є такі:
 - **Сфера дії.** Стаття 438 передбачає кримінальну відповідальність лише за серйозні порушення МГП, які є воєнними злочинами, а не за всі порушення МГП. Обмеження сфери дії статті 438 воєнними злочинами: (1) відповідає сутності положень МГП, оскільки лише найсерйозніші порушення МГП, тобто воєнні злочини, тягнуть за собою кримінальну відповідальність. Натомість більшість інших положень МГП мають технічний характер і їх порушення не тягне за собою кримінальної відповідальності; та (2) забезпечує доступність і передбачуваність закону відповідно до статті 7 ЄКПЛ та відповідної практики ЄСПЛ, які безпосередньо застосовуються в національній правовій системі України.

- **Зміст. Стаття 438 встановлює кримінальну відповідальність за наявні воєнні злочини, вже встановлені та визначені в статутах МТКЮ та МКС, зокрема в статтях 2 та 3 Статуту МТКЮ та в статті 8 Статуту МКС.** У відповідних договорах МГП, зазначених у статті 438, не визначаються елементи (*actus reus* і *mens rea*) складу воєнних злочинів. Класифікація воєнних злочинів та визначення елементів їхнього складу були розроблені на основі статутів та практики міжнародних кримінальних трибуналів, зокрема МКС і МТКЮ. МТКЮ відіграв важливу роль в ідентифікації та визначенні наявних воєнних злочинів і вважається, що ці визначення є відображенням міжнародного звичаєвого права. Хоча стаття 8 Статуту МКС не повністю відображає звичаєве право, вона є першим положенням міжнародного права, що містить вичерпний і зведений перелік воєнних злочинів. Її доповнюють Елементи злочинів МКС, які містять визначення кожного воєнного злочину. Правова база та практика МТКЮ та МКС можуть допомогти суддям у визначенні діянь, які є воєнними злочинами, та елементів їхнього складу.
- З урахуванням того, що Україна дотримується моністичного підходу, за яким міжнародні договори, прийняті або ратифіковані Україною, стають частиною національної правової системи без необхідності імплементації їх за допомогою окремих національних законів, можна навести чотири ключові аргументи на підтвердження висновку про те, що статuti та прецедентне право МТКЮ та МКС можна розглядати як джерело тлумачення статті 438, а саме:
 - a. Статuti МТКЮ та МКС можна розглядати як джерело тлумачення статті 438, оскільки вони лише розкрили й уточнили наявні формулювання воєнних злочинів, які криміналізовано статтею 438 шляхом бланкетних відсилань до положень МГП та договорів.
 - b. Застосування статті 438 відповідно до практики МТКЮ/МКС має важливе значення для забезпечення отримання норм ЄКПЛ при здійсненні кримінальних проваджень у справах про воєнні злочини. ЄКПЛ безпосередньо застосовується в національній правовій системі України.
 - c. До міжнародних договорів, зазначених у статті 438 КК України, також можна віднести Конвенцію ООН про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства та Європейську конвенцію про незастосування строку давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів. Ці конвенції, які ратифікувала Україна, містять класифікацію воєнних злочинів, що віддзеркалює положення Статуту МТКЮ.
 - d. Статут МКС та Елементи злочинів можна вважати такими, що мають безпосереднє значення для застосування статті 438 КК України в силу визнання Україною юрисдикції МКС відповідно до статті 12(3) Статуту МКС.
- **Коло осіб, які підпадають під сферу дії статті 438.** Відповідно до статті 438 КК України, будь-яка особа, незалежно від її статусу (цивільна особа чи учасник збройних формувань) або громадянства, може бути притягнута до відповідальності. Проте деякі окремі правопорушення, які стосуються військовослужбовців Збройних Сил України, перелічені також у розділі XIX КК України та доповнені наказом Міністерства оборони № 164 від 23 березня 2017 року. У контексті правопорушень, вчинених військовослужбовцями Збройних Сил України, суддям, можливо, доведеться оцінити потенційний взаємозв'язок між статтею 438, главою XIX КК України, доповненою наказом Міноборони № 164 від 23 березня 2017 року, та МГП. Настільна книга містить певні елементи аналізу, які допоможуть суддям під час розгляду цього взаємозв'язку.

А. Українське законодавство: стаття 438 КК України

121. Стаття 438 розділу XX Кримінального кодексу України (КК України) передбачає кримінальну відповідальність за порушення законів та звичаїв війни. Ця стаття є єдиним положенням КК України з бланкетною нормою щодо злочинів пов'язаних з порушенням норм міжнародного гуманітарного права (МГП).

СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ «ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ»

1. 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, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій
 - караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.
2. Ті самі діяння, якщо вони поєднані з умисним вбивством,
 - караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

122. Стаття 438 інкорпорує кримінальну відповідальність за порушення МГП у законодавство України. Хоча стаття 438 не містить прямого посилання на «воєнні злочини», її назва («Порушення законів та звичаїв війни») і формулювання з притаманними для МГП поняттями,²⁵⁴ вказують на намір криміналізації воєнних злочинів як серйозних порушень МГП. Це міркування також підтверджується розміщенням статті 438 у КК України, а саме у главі XX під назвою «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку».
123. Щодо обсягу правопорушень стаття 438 містить бланкетну норму, яка охоплює різні воєнні злочини визначені міжнародним кримінальним правом, зокрема, статутами міжнародних кримінальних судів і трибуналів та їх практикою, включно з Міжнародним трибуналом для колишньої Югославії (МКТЮ) і Статутом Міжнародного кримінального суду (МКС). Далі цей аспект буде розглянуто в деталях.
124. На перший погляд, будь-яка особа, незалежно від статусу (цивільна особа чи військовослужбовець) або національності, може бути притягнута до відповідальності за статтею 438 КК України. Це цілком відповідає нормам щодо воєнних злочинів у світлі міжнародної практики, відповідно до якої як військовослуж-

²⁵⁴ Наприклад, стаття 438 передбачає кримінальну відповідальність за злочини по відношенню до «військово-полонених» або вчинені «на окупованій території», або порушення «засобів ведення війни» чи «законів та звичаїв війни» загалом.

бовці, так і цивільні особи можуть вчиняти військові злочини в контексті міжнародних і неміжнародних збройних конфліктів.²⁵⁵

125. Далєбі, деякі положєння розділу ХІХ КК України щодо військових злочинів суб'єктами яких є, зокрема, військовослужбовці Збройних Сил України (стаття 401),²⁵⁶ частково збігаються зі статтею 438. Згадані положєння мають такі ж самі елементи складу злочину, як і військові злочини визначені міжнародним кримінальним правом, а саме: (1) насильство щодо населєння в районі військових дій (стаття 433);²⁵⁷ 2) поганє поводження з військовополоненими (стаття 434);²⁵⁸ 3) незаконне використання символіки Червоного Хреста та Червоного Півмісяця та зловживання нею (стаття 435);²⁵⁹ та (4) мародерство (стаття 432).²⁶⁰ Там, де такі правопорушення збігаються з подібними діями та поведінкою, за які передбачено кримінальну відповідальність за статтею 438, положєння глави ХІХ ймовірно матимуть перевагу, якщо вони вчинені особовим складом Збройних Сил України (*lex specialis*).

126. Крім того, наказом Міноборони від 23 березня 2017 року № 164 встановлено,²⁶¹ що у розділі ХІХ Кримінального кодексу України передбачена відповідальність

²⁵⁵ Див. [Коментар МКЧХ до Першої Женєвської конвенції](#), п. 2929 (щодо міжнародних збройних конфліктів). Див. МКТР (Міжнародний трибунал щодо Руанди), рішення за апеляцією [у справі Акайєсу](#), п. 444 (щодо збройних конфліктів неміжнародного характеру).

²⁵⁶ Частина 1 Статті 401 («Військовими кримінальними правопорушеннями визнаються передбачені цим розділом кримінальні правопорушення проти встановленого законодавством порядку несєння або проходження військової служби, вчинені військовослужбовцями, а також військовозобов'язаними та резервістами під час проходження зборів»), (2) («За відповідними статтями цього розділу несуть відповідальність військовослужбовці Збройних Сил України, Служби безпеки України, Державної прикордонної служби України, Національної гвардії України та інших військових формувань, утворених відповідно до законів України, Державної спеціальної служби транспорту, Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації України, а також інші особи, визначені законом»).

²⁵⁷ Стаття 433 передбачає, зокрема, покарання за насильство, протизаконне знищення майна, а також протизаконне відібрання майна під приводом військової необхідності, вчинювані щодо населєння в районі військових дій. Цей злочин має, принаймні частково, схожі елементи з такими військовими злочинами: (1) широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликано військовою необхідністю і вчинєне незаконно та безладно; (2) грабїж або розграбування приватної власності; (3) безглузде руйнування міст, селищ чи сіл або їх розграбування, не виправданє військовою необхідністю. Див. нижче пункти 461-520.

²⁵⁸ Стаття 434 передбачає кримінальну відповідальність за поганє поводження з військовополоненими, яке сталося неодноразово, або пов'язанє з особливою жорстокістю, або вчинєне по відношенню до хворих і поранених, а також недбале виконання обов'язків щодо хворих і поранених особами, які зобов'язані лікувати їх та піклуватися про них. Це правопорушення, принаймні частково, містить елементи схожі з такими військовими злочинами, як катування або нелюдське поводження. Див. нижче пункти 107-190.

²⁵⁹ Стаття 435 передбачає кримінальну відповідальність за носіння в районі військових дій символіки Червоного Хреста, Червоного Півмісяця особами, які не мають на те права, а також зловживання прапорами чи знаками Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або пофарбуванням, присвоєним санітарно-транспортним засобам. Це правопорушення частково збігається з такими військовими злочинами: неналежне використання прапора парламентаря, прапора чи військових знаків розрізнення та форми ворога або Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлєних Женєвськими конвенціями, наслідком чого є смерть або заподіяння серйозних ушкоджєнь особі. Однак, цей військовий злочин передбачає смерть або серйозне тілесне ушкодження потерпілої особи. Див. нижче пункти 650-671.

²⁶⁰ Стаття 432 передбачає покарання за викрадення на полі бою речей, що знаходяться при вбитих чи поранених, яке має спільні ознаки з військовим злочином розграбування. Див. нижче пункти 481-499.

²⁶¹ Міністерство оборони України, Наказ № 164 «Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України» від 23.03.2017 року («Наказ Міноборони № 164 від 23.03.2017»), глава 8.

«військовослужбовців (громадян)» України за злочини, пов'язані з серйозними порушеннями норм МГП, а також, спрямовані проти людей,²⁶² майна,²⁶³ або вчинені шляхом віроломного використання міжнародно-визнаних розпізнавальних емблем (знаків) і сигналів.²⁶⁴ Проте, дещо невизначеним є характер наказу Міністерства оборони № 164 від 23 березня 2017 року: незрозуміло чи уточнює він правопорушення, передбачені главою XIX КК України щодо Збройних Сил України, чи розширює їх.²⁶⁵

127. Оцінка потенційного взаємозв'язку між статтею 438 і розділом XIX разом з наказом Міністерства оборони № 164 від 23 березня 2017 року, потребує застереження: відповідно до статті 85 Третьої Женевської конвенції військовополонені, які вчинили злочини до взяття в полон, підпорядковується «законам, статутам і наказам, які є чинними у збройних силах держави, що тримає в полоні». Отже, в контексті кримінальних проваджень МГП презюмує рівність між військовополоненими та військовослужбовцями Збройних сил України.

128. З рештою, у наступних розділах буде насамперед проаналізовано статтю 438 та її тлумачення у світлі міжнародного права, що застосовується до воєнних злочинів. Розгляд можливого взаємозв'язку та співвідношення між статтею 438 та іншими правопорушеннями, пов'язаними з війною чи військовою діяльністю, передбаченими українським законодавством, виходить за межі цього аналізу.

²⁶² Згідно з наказом Міністерства оборони № 164 від 23 березня 2017 року, до серйозних порушень МГП направлених проти людей належать: (1) навмисне вбивство, катування та нелюдське поводження; (2) навмисне заподіяння тяжких страждань або серйозного каліцтва чи завдання шкоди здоров'ю людини; (3) напад на осіб, які знаходяться під захистом МГП; (4) здійснення нападу невибіркового характеру, коли відомо, що це стане причиною людських втрат серед цивільного населення і спричинить збиток цивільним об'єктам; (5) напад на небезпечні установки і споруди, якщо відомо, що це спричинить надмірні втрати серед цивільного населення або значні збитки цивільним об'єктам; (6) напад на місцевості, що не обороняються, та демілітаризовані зони; (7) неправомірний напад на культурні цінності, які чітко розпізнаються; (8) проведення на людях медичних, біологічних або наукових експериментів; (9) нелюдське поводження, яке супроводжується приниженням гідності людини, у тому числі застосування практики апартеїду, геноциду та інших дій, які ґрунтуються на расовій дискримінації; (10) взяття заручників; (11) здійснення актів терору; (12) незаконне позбавлення волі (арешт); (13) наказ не залишати нікого в живих; (14) депортація чи незаконне переміщення населення окупованої території (як в межах цієї території, так і поза нею); (15) переміщення державою-окупантом частини власного цивільного населення на окуповану територію; (16) позбавлення права на неупереджене та належне судочинство; (17) невинуватого затримка репатріації військовополонених або цивільних осіб; (18) примус до служби у збройних силах противника; (19) обмеження доступу населення до їжі та води; (20) застосування заборонених видів зброї; (21) використання «живих щитів»; та (22) вербування до складу збройних сил або використання у воєнних діях дітей віком до п'ятнадцяти років тощо. *Див. там само*, розділ 8, п. 6, с. 43-44, п. 5, с. 42-43.

²⁶³ Згідно з наказом Міністерства оборони № 164 від 23 березня 2017 року, серйозними порушеннями МГП щодо майна кваліфікуються невинуватого військовою необхідністю: (1) великомасштабне руйнування майна; (2) присвоєння майна у великих розмірах; (3) знищення або розграбування власності противника; (4) віддача на розграбування населеного пункту або місцевості; та (5) захоплення суден, призначених для берегового рибальства або потреб місцевого мореплавання, госпітальних суден та суден, які здійснюють наукові і релігійні функції. *Див. там само*, розділ 8, п. 6, с. 43-44.

²⁶⁴ Наказ Міністерства оборони № 164 від 23.03.2017 р., глава 8 п. 4, 7, с. 42, 44.

²⁶⁵ *Наприклад*, наказ Міністерства оборони № 164 від 23 березня 2017 року не визначає обсягу покарання за вказані порушення МГП. Крім того, відповідно до частини 22 статті 92 Конституції України виключно законами України, прийнятими Верховною Радою, визначаються «діяння, які є злочинами». До того ж, відповідно до частини третьої статті 3 КК України злочинні діяння регулюються виключно Кодексом («кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом»).

Проте, його загальна логіка застосовується, *mutatis mutandis*, і для тлумачення інших внутрішніх правопорушень, пов'язаних з воєнними злочинами.

В. Актуальність принципів міжнародного права в контексті судового розгляду в Україні воєнних злочинів за статтею 438 КК України

129. У цьому розділі йтиме мова про сферу дії статті 438 КК України, зокрема, про застосування та юридичну значущість міжнародних актів, що кодифікують воєнні злочини. Ці документи включають Статут МКТЮ та Статут МКС.
130. Посилання на «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом» та «інші порушення законів і звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами» у першій частині статті 438 КК України прямо не вказує на конкретну поведінку, заборонену цим положенням. Міжнародні договори та органи, які класифікують воєнні злочини, наприклад правова база МКТЮ/МКС, можуть допомогти суддям визначити сферу застосування статті 438 і встановити конкретні дії, які можуть спричинити настання кримінальної відповідальності.
131. У наступному розділі міститься: (1) огляд статусу воєнних злочинів згідно з міжнародним правом і характеру відповідних міжнародних договорів; та (2) оцінка їх значущості для тлумачення статті 438.

1. Поняття та структура воєнних злочинів за міжнародним правом

132. «Воєнні злочини» стосуються кримінальної відповідальності за певну поведінку заборонену МГП, наприклад: вбивство, катування, нелюдське поводження (основні елементи злочину) — коли така поведінка відбувається в контексті збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру (контекстуальний елемент). Наявність збройного конфлікту та зв'язок між конфліктом і поведінкою називають контекстуальними елементами складу воєнного злочину. Контекстуальні елементи відрізняють воєнні злочини від відповідних звичайних (загальнокримінальних) злочинів.²⁶⁶
133. Не всі порушення МГП є воєнними злочинами. Натомість, щоб бути воєнним злочином, таке порушення: (1) повинно бути серйозним; і (2) мати наслідком кримінальну відповідальність за міжнародним договором або міжнародним звичаєвим правом.²⁶⁷

а) Зв'язок між міжнародним гуманітарним правом і воєнними злочинами

134. Як зазначалося вище, воєнні злочини охоплюють **лише** найсерйозніші порушення МГП, які мають наслідком кримінальну відповідальність.²⁶⁸ Багато з цих

²⁶⁶ МКТЮ, *Кунарац та ін. Апеляційне рішення*, п. 58; МКС, *Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 383.

²⁶⁷ Верле та Ессбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. Oxford University Press Fourth, 2020, с. 441. Див. також МКТЮ, *Справа Тадіча, Рішення щодо проміжної апеляції з питання юрисдикції*, п. 94.

²⁶⁸ МКТЮ, *справа Тадіча, Рішення щодо проміжної апеляції з питання юрисдикції*, п. 94.

порушень визначено низкою міжнародних документів, які зазвичай розділяють на два корпуси, а саме: Женевське та Гаазьке право.²⁶⁹

- **Право Женеви.** Цей корпус права включає чотири Женевські конвенції 1949 року, які регулюють захист (1) поранених і хворих у регулярних арміях під час війни ([Женевська конвенція I англійською мовою, Женевська Конвенція I українською мовою](#)); (2) поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі ([Женевська конвенція II англійською мовою, Женевська конвенція II українською мовою](#)); (3) військовополонених ([Женевська конвенція III англійською мовою, Женевська конвенція III українською мовою](#)); цивільного населення під час війни ([Женевська конвенція IV англійською мовою, Женевська Конвенція IV українською мовою](#)). Женевські конвенції застосовуються до міжнародних збройних конфліктів, а також певною мірою до неміжнародних збройних конфліктів (стаття 3 спільна для чотирьох Женевських конвенцій). Женевські конвенції доповнені Додатковими протоколами I-II 1977 року, які стосуються захисту жертв міжнародних збройних конфліктів ([Додатковий протокол I англійською мовою, Додатковий протокол I українською мовою](#)) і неміжнародних збройних конфліктів ([Додатковий протокол II англійською мовою, Додатковий протокол II українською мовою](#)). Україна ратифікувала всі ці документи.²⁷⁰
- **Право Гааги.** Цей корпус права здебільшого спрямований на врегулювання ведення воєнних дій шляхом встановлення обмежень на засоби та методи ведення війни доступні сторонам конфлікту та охоплює такі інструменти:
 - [Гаазькі конвенції та декларації 1899 і 1907 рр.](#);
 - [Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту](#) (1954 р.) ([переклад українською мовою](#));
 - [Конвенція про біологічну зброю](#) (1972 р.);
 - [Конвенція про конкретні види звичайної зброї](#) (1980 р.) ([переклад українською мовою](#));
 - [Конвенція про хімічну зброю \(український переклад\)](#) (1993 р.);
 - [Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення](#) (1997 р.) ([переклад українською мовою](#)).

135. Україна ратифікувала ці документи.²⁷¹

²⁶⁹ З прийняттям Додаткових протоколів I та II 1977 року до Женевських конвенцій 1949 року дихотомія між Женевським та Гаазьким правом стала значною мірою неактуальною, хоча термінологія вжита у цих корпусах права не змінилася. Аманда Александер. Коротка історія міжнародного гуманітарного права. Європейський журнал міжнародного гуманітарного права, 2015, с. 117-118. МКЧХ. [Як право захищає під час війни?, Гаазьке право.](#)

²⁷⁰ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію, а 25 січня 1990 року — I та II Додаткові протоколи. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна.](#)

²⁷¹ Україна ратифікувала всі Гаазькі конвенції та декларації 1899 та 1907 років 29 травня 2015 року; Конвенцію про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту — 6 лютого 1957 р.; Конвенцію про біологічну зброю — 26 березня 1975 р.; Конвенцію про конкретні види звичайної зброї — 23 червня 1982 р.; Конвенцію про хімічну зброю — 16 жовтня 1998 р.; та Конвенцію про заборону використання, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення — 27 грудня 2005 року.

136. Багато положень Женевського та Гаазького права мають технічний характер, і їх порушення не є воєнними злочинами.²⁷² Натомість, воєнні злочини є результатом порушень МГП, які є достатньо серйозними, щоб мати наслідком кримінальну відповідальність.

ПРИКЛАД

Згідно зі статтею 62 Женевської конвенції III, військовополонені отримують від органу влади, відповідального за їх утримання, справедливу винагороду за працю. Незабезпечення «справедливої» ставки оплати праці не є воєнним злочином, оскільки не відповідає необхідному елементу тяжкості та/або не є кримінально караним діянням.²⁷³ Так само неможливість позначення культурних цінностей знаками «блакитного щита» для забезпечення їх захисту, як того вимагають статті 10 і 16 Конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 року, не може кваліфікуватися як воєнний злочин.

137. Крім того, як право Женеви, так і право Гааги не визначають елементи (подію злочину (*actus reus*) і злочинний намір (*mens rea*)) складу злочинів, що випливають з таких порушень документів МГП. МГП стосується насамперед міжнародної відповідальності держав, а не індивідуальної кримінальної відповідальності. Тож, положення МГП сформульовані саме в контексті відповідальності держав.²⁷⁴ Екстраполяція таких норм до складу (міжнародного) злочину не завжди є однозначною.

ПРИКЛАД

Воєнний злочин у вигляді умисного вбивства (цивільної особи) ґрунтується на [статті 32 Женевської конвенції IV](#), яка встановлює, що «Високі Договірні Сторони спеціально дають згоду на те, що їм забороняється застосування будь-яких заходів, які можуть завдати фізичних страждань або призвести до знищення осіб, що перебувають під захистом, які є під їхньою владою. Ця заборона поширюється не лише на вбивства, тортури, тілесні покарання, калічення та медичні чи наукові дослідження, які не викликані потребою лікування особи, що перебуває під захистом, а й на будь-яке інше брутальне поводження з боку як цивільних, так і військових властей». Це положення відрізняється від кримінальної норми. У ньому не наводиться ані опису вчинення злочину, пов'язаного з протиправним вбивством, ані елементів його складу. У [статтях 146 і 147](#) Женевської конвенції IV не міститься жодних додаткових пояснень, і лише зазначено, що Високі Договірні Сторони мають встановлювати кримінальну відповідальність за умисне вбивство. Отже, елементи воєнного злочину умисного вбивства були визначені завдяки судовій практиці міжнародних кримінальних трибуналів.

²⁷² Роберт Краер, Деріл Робінсон, Сергій Васильєв. *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*. 2-ге видання, Cambridge University Press, 2010, с. 272.

²⁷³ МКТЮ, справа *Тадіча*, [Рішення щодо проміжної апеляції з питання юрисдикції](#), п. 94. Див. також Роберт Краер, Деріл Робінсон, Сергій Васильєв. *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*. 2-ге видання. Cambridge University Press, 2010, с. 272.

²⁷⁴ Роберт Краер, Деріл Робінсон, Сергій Васильєв. *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*. 2-ге видання. Cambridge University Press, 2010, с. 273.

138. У статутах та практиці міжнародних кримінальних трибуналів, а також в інших міжнародних документах було визначено, які порушення МГП є воєнними злочинами, а також встановлено елементи складу цих злочинів.

б) Визначення та класифікація воєнних злочинів у міжнародному праві

139. Класифікація воєнних злочинів та елементів їхнього складу була розроблена з плином часу за допомогою низки міжнародних документів та інституцій. Зокрема, статuti та судова практика міжнародних кримінальних трибуналів відіграли важливу роль у розвитку права воєнних злочинів. Вказана практика поступово сформувалася у систему правового регулювання спрямовану на виявлення та уточнення складів тих специфічних порушень МГП, які кваліфікуються як воєнні злочини.

140. 1945: Статут Нюрнберзького міжнародного військового трибуналу. Статут Нюрнберзького трибуналу є однією з перших спроб класифікації воєнних злочинів. Увібравши норми звичаєвого права, стаття 6(b) Статуту²⁷⁵ визначає воєнні злочини як «порушення законів і звичаїв війни. Такі порушення включають, зокрема, умисне вбивство, жорстоке поводження або депортація задля рабської праці чи будь-яких інших цілей цивільного населення окупованої території; умисне вбивство або жорстоке поводження з військовополоненими або особами, які перебувають у морі; вбивство заручників; розкрадання громадського чи приватного майна; безглузде руйнування міст, селищ чи сіл, або розорення, не виправдане воєнною необхідністю». Перелік, наведений у статті 6(b), не є вичерпним і залишає остаточне визначення воєнних злочинів відповідно до звичаєвого права на розсуд судді .

ПРИКЛАД

Нюрнберзький трибунал дійшов висновку: хоча певні порушення Гаазької конвенції 1907 року прямо не передбачали кримінального покарання за самим договором, вони передбачали кримінальну відповідальність згідно з міжнародним звичаєвим правом.²⁷⁶

141. 1950: Нюрнберзькі принципи. На основі досвіду Нюрнберзького трибуналу визначення воєнних злочинів сформульоване у статті 6(b) Статуту було включено до так званих Нюрнберзьких принципів (Принцип VI(b)), розроблених Комісією міжнародного права за запитом Генеральної Асамблеї ООН.²⁷⁷ Нюрнберзькі принципи вважають відображенням міжнародного звичаєвого права.²⁷⁸

²⁷⁵ Див., наприклад, МВТ у Нюрнберзі, *Герінг та ін.* [Рішення, винесене 30 вересня та 1 жовтня 1946 р.](#), с. 53-54, 79-80.

²⁷⁶ МВТ у Нюрнберзі. *Герінг та ін.*, [Рішення винесене 30 вересня та 1 жовтня 1946 р.](#), с. 53-54, 79-80.

²⁷⁷ [Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу та в Рішенні Трибуналу](#). 1950 р., Принцип VI (b), п. 2.

²⁷⁸ Антоніо Кассезе. [Підтвердження принципів міжнародного права, визнаних Статутом Нюрнберзького трибуналу](#). Бібліотека аудіовізуальних матеріалів з міжнародного права ООН, 2009 р.

142. 1968: Конвенція ООН про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності. Стаття I(a) Конвенції закріплює визначення воєнних злочинів, викладене в Нюрнберзькому статуті, а також «серйозних порушень», перелічених у Женевських конвенціях.²⁷⁹ Посилання на «серйозні порушення» Женевських конвенцій 1949 року відображає прогрес у кодифікації МГП, яка вперше прямо передбачила кримінальне покарання за певні його порушення. Конвенція про незастосування строку давності є одним із перших договорів, що містить визначення воєнних злочинів. Україна ратифікувала цю конвенцію.²⁸⁰
143. 1974: (РЄ) Європейська конвенція про незастосування строку давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів.²⁸¹ Цей документ містить розвинені визначення воєнних злочинів у порівнянні з Конвенцією ООН 1968 року про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства. Хоча стаття 1(2)(a) нагадує про «серйозні порушення», перелічені в Женевських конвенціях 1949 року, стаття 1(2)(b) також охоплює «будь-які аналогічні порушення законів війни, що діють під час набрання чинності Конвенцією, і звичаїв війни, які існують у цей час і які не охоплюються зазначеними вище положеннями Женевських конвенцій».²⁸² Певною мірою таке визначення воєнних злочинів віддзеркалює визначення, включене до Статуту МКТЮ відповідно до статей 2 і 3 (див. нижче). Конвенція набула чинності 27 березня 2003 року.²⁸³ Україна ратифікувала цю конвенцію.²⁸⁴
144. 1993: Статут і практика МКТЮ. Статут МКТЮ є додатком до Резолюції Ради Безпеки ООН відповідно до Розділу VII Статуту ООН і вважається одним із найбільш помітних досягнень у галузі кодифікації та класифікації воєнних злочинів у сучасному міжнародному кримінальному праві. Статут МКТЮ розділяє воєнні злочини на дві групи заборонених діянь, а саме: (1) серйозні порушення чотирьох Женевських конвенцій 1949 року (стаття 2);²⁸⁵ і (2) порушення законів

²⁷⁹ [Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства](#), прийнята резолюцією 2391 (XXIII) Генеральної Асамблеї ООН від 26 листопада 1968 року, стаття I(a).

²⁸⁰ Див. Збірку договорів Організації Об'єднаних Націй, [Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства](#).

²⁸¹ [Європейська конвенція про незастосування строку давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів](#). Страсбург, 25.I.1974, Серія європейських договорів — № 82 ([посилання](#)).

²⁸² [Європейська конвенція про незастосування строку давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів](#). Страсбург, 25.I.1974, Серія європейських договорів — № 82, стаття 1(2)(a)-(b).

²⁸³ Рада Європи, [Деталі Договору № 082](#).

²⁸⁴ Див. Рада Європи, [Таблиця підписів і ратифікацій Договору 082](#). Однак 19 квітня 2022 року Україна зробила Декларацію щодо Конвенції, в якій зазначено: «Постійне представництво України при Раді Європи висловлює свою повагу Генеральному секретарю Ради Європи та має честь передати від імені Уряду України перелік міжнародних договорів з питань міжнародного співробітництва в межах Ради Європи, підписаних/ратифікованих Україною, та поінформувати про неможливість гарантувати виконання українською стороною в повному обсязі зобов'язань за зазначеними міжнародними договорами України на період збройної агресії Російської Федерації проти України та введення воєнного стану на території України, до повного припинення посягання на суверенітет, територіальну цілісність і недоторканність кордонів України». Див. Рада Європи. [Застереження та заяви щодо Договору № 082](#).

²⁸⁵ [Статут МКТЮ](#), стаття 2 («Міжнародний трибунал має повноваження притягати до кримінальної відповідальності осіб, які вчиняють або наказують вчинити серйозні порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, а саме такі дії проти осіб або майна, які захищені положеннями відповідних Женевських конвенцій: (a) умисне вбивство; (b) катування або нелюдське поводження, включно з біологічними експери-

і звичаїв війни (стаття 3).²⁸⁶ Ці два положення відрізняються за сферою застосування, обсягом і структурою.

145. Стаття 2 містить вичерпний перелік заборонених діянь, які прямо кваліфікуються Женевськими конвенціями як кримінальні правопорушення (так звані «серйозні порушення»). Посилання на «серйозні порушення» звужує сферу дії цього положення до міжнародних збройних конфліктів.

146. Стаття 3 стосується дій, заборонених відповідно до звичаєвого МГП, і застосовується до міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів.²⁸⁷ Далєбі, стаття 3 надає лише приблизний перелік злочинів, покладаючи на суддів обов'язок з виявлення інших діянь подібного злочинного характеру. Для цього Апеляційна палата МКТЮ встановила у справі *Тадіча* чотирискладовий тест для виявлення додаткових воєнних злочинів, прямо не згаданих у переліку статті 3 («тест Тадіча»). Згідно з цим тестом, діяння, яке прямо не заборонене статтею 3, все одно буде вважатися воєнним злочином відповідно до цього положення, якщо: (1) воно порушує норму МГП; (2) порушена норма має звичаєвий характер; (3) порушення має бути «серйозним»; і (4) порушення норми має наслідком індивідуальну кримінальну відповідальність за звичаєвим або договірним правом.²⁸⁸ За допомогою цього тесту судді МКТЮ визначили перелік заборонених діянь, які є воєнними злочинами, зокрема:

- взяття заручників;²⁸⁹
- незаконна праця;²⁹⁰
- посягання на особисту гідність;²⁹¹
- згвалтування;²⁹²
- образливе і таке, що принижує гідність, поведження;²⁹³
- протиправні напади на цивільних осіб та цивільні об'єкти;²⁹⁴

ментами; (с) умисне заподіяння сильних страждань чи заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або шкоди здоров'ю; (d) незаконне, безглузде та великомасштабне знищення чи привласнення майна, не викликане воєнною необхідністю; (e) примушування військовополоненого чи іншої особи, яка перебуває під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави; (f) умисне позбавлення військовополоненого чи цивільної особи права на справедливе та нормальне судочинство; (g) незаконна депортація або переміщення або незаконне тримання під вартою цивільних осіб; (h) взяття цивільних осіб у заручники».

²⁸⁶ [Статут МКТЮ](#), стаття 3 («Міжнародний трибунал має повноваження притягати до кримінальної відповідальності осіб, які порушують закони та звичаї війни. Такі порушення включають, серед іншого: (a) застосування отруйних речовин або інших видів зброї, призначених для заподіяння зайвих страждань; (b) безглузде руйнування міст, селищ чи сіл або їх розорення, не виправдане воєнною необхідністю; (c) напад на незахищені міста, села, житлові будинки чи будівлі або їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів; (d) захоплення, руйнування чи умисне пошкодження культових, благодійних, навчальних, художніх та наукових установ, історичних пам'яток та художніх та наукових творів; (e) пограбування громадської чи приватної власності».

²⁸⁷ МКТЮ, справа *Тадіча*, [Рішення щодо проміжної апеляції з питання юрисдикції](#).

²⁸⁸ МКТЮ, справа *Тадіча*, [Рішення щодо проміжної апеляції з питання юрисдикції](#), п. 94.

²⁸⁹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Блашкіча](#), п. 187.

²⁹⁰ МКТЮ, [рішення суду у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 250-261.

²⁹¹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовські](#), пункти 55-56; МКТЮ, [рішення Апеляційної палати у справі Алексовські](#), пункти 17-28.

²⁹² МКТЮ, *Кунарац та ін.* [Кунарац та ін. Рішення Судової палати](#), пункти 436-464.

²⁹³ МКТЮ, [Вирок Судової палати у справі Чешича](#), п. 52.

²⁹⁴ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Йокича](#), пункти 44-45.

- вбивство, катування та жорстоке поводження з військовополоненими;²⁹⁵
 - терор.²⁹⁶
147. Важливу роль для уточнення складів воєнних злочинів відіграла також практика МКТЮ. Для кожного розглянутого воєнного злочину Апеляційна чи Судова палати визначили та описали об'єктивні та суб'єктивні елементи їхнього складу. Авторитетність цих рішень також підтверджується тим, що на них покладалися інші міжнародні суди та трибунали, зокрема Європейський суд з прав людини²⁹⁷ та Міжнародний суд ООН.²⁹⁸
148. [1998: Статут МКС](#). Хоча Статут МКС не повністю відображає звичаєве право, він є першим міжнародним документом, який містить вичерпний і консолідований перелік воєнних злочинів, складений на основі міжнародних договорів, статутів і практики міжнародних кримінальних трибуналів, а також міжнародного звичаєвого права.²⁹⁹
149. Стаття 8 Статуту МКС охоплює близько 50 різних воєнних злочинів, поділених на чотири різні переліки, а саме: (1) серйозні порушення Женевських конвенцій, що стосуються міжнародних збройних конфліктів (стаття 8(2)(а)); (2) інші серйозні порушення законів і звичаїв, що стосуються міжнародних збройних конфліктів (стаття 8(2)(b)); (3) серйозні порушення спільної статті 3 Женевських конвенцій 1949 року, що стосуються неміжнародних збройних конфліктів (стаття 8(2)(c)); та (4) інші серйозні порушення законів і звичаїв, які застосовуються під час неміжнародних збройних конфліктів ((Стаття 8(2)(e)).
150. Між статтею 8 Статуту МКС і статтями 2 і 3 Статуту МКТЮ існує ряд помітних відмінностей.
- По-перше, стаття 8 Статуту МКС передбачає чітке розмежування між воєнними злочинами, що скоюються під час міжнародних збройних конфліктів, і тими, що скоюються під час неміжнародних збройних конфліктів. Натомість стаття 3 Статуту МКТЮ охоплює злочини, які можуть скоюватися під час обох видів конфлікту.
 - По-друге, перелік заборонених діянь відповідно до статті 8 Статуту МКС є вичерпним у частині підсудних МКС воєнних злочинів. Водночас, відкритий перелік у статті 3 Статуту МКТЮ дозволяв виявляти більше гнучкості у визначенні діянь, які не були чітко перелічені та які могли б кваліфікуватися як воєнні злочини на основі договірною або звичаєвого права.

²⁹⁵ МКТЮ, Мркішич та ін. [рішення Апеляційної палати](#), пункти 70-73.

²⁹⁶ МКТЮ, [рішення Апеляційної палати у справі Галича](#), пункти 90, 98.

²⁹⁷ Див., наприклад, ЄСПЛ, справа «Кононов проти Латвії», [рішення Великої палати](#), п. 211; ЄСПЛ, справа «Міланкович проти Хорватії», [рішення](#), с. 52-62; ЄСПЛ, справа «Шимшич проти Боснії та Герцеговини», [рішення](#), пункти 8-13, 23; ЄСПЛ, справа «Василяускас проти Литви», [рішення Великої палати](#), пункти 85-87.

²⁹⁸ Див., наприклад, Міжнародний суд ООН, «Боснія проти Сербії», справу щодо застосування Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього, [рішення від 26 лютого 2007 р.](#), пункти 188, 190, 195, 198-200, 344; Міжнародний суд ООН, «Хорватія проти Сербії», застосування Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього, [Рішення від 3 лютого 2015 р.](#), пункти 142, 146-147, 157-158.

²⁹⁹ Роберт Краер, Деріл Робінсон, Сергій Васильєв. *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*. 2-ге видання, Cambridge University Press, 2010, с. 275.

151. Правова база МКС, зокрема документі «[Елементи злочинів](#) МКС», також окреслює детальний перелік окремих діянь, що становлять воєнні злочини. «Елементи злочинів» — це документ, прийнятий разом зі Статутом МКС і спрямований на допомогу Суду в тлумаченні та розгляді чотирьох міжнародних злочинів (геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів і злочину агресії). Для кожного злочину «Елементи злочинів» окреслюють і детально описують об'єктивну та суб'єктивну сторону (*actus reus* і *mens rea*) забороненої поведінки.

2. Зв'язок статті 438 КК України з міжнародними актами про воєнні злочини

СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ «ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ»

1. 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, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій
 - караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.
2. Ті самі діяння, якщо вони поєднані з умисним вбивством,
 - караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

152. Стаття 438 КК України охоплює широкий спектр діянь. Стаття 438 передбачає кримінальну відповідальність за конкретні діяння (перша частина статті 438: жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території; друга частина статті 438: умисне вбивство), а також за низку інших дій, які в широкому розумінні класифікують як:

- застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом;
- інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

153. Під час розгляду сфери застосування статті 438 КК України для цілей Процесуального довідника, було проаналізовано два загальні питання:

- Сфера застосування статті 438. Чи означає посилання на «звичаї війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою», що стаття 438 передбачає кримінальну відповідальність за всі порушення МГП, застосовні до України, чи воно обмежується лише воєнними злочинами?
- Юридичне значення міжнародних кримінально-правових документів. Чи мають значення для тлумачення статті 438 міжнародно-правові принципи щодо воєнних злочинів, у тому числі нормативно-правова база та практика

міжнародних кримінальних трибуналів, які визначають воєнні злочини та виносять рішення щодо них, зокрема МКТЮ та МКС?

- а) Статтю 438 можна тлумачити як таку, що передбачає кримінальну відповідальність лише за дії, які за міжнародним правом є воєнними злочинами

154. Попри широкий характер статті 438, її контекстуальна та телеологічна інтерпретація вказує на те, що надійнішим способом прочитання буде наступне: стаття 438 передбачає кримінальне покарання лише за серйозні порушення МГП, що визнані на міжнародному рівні воєнними злочинами, а не за всі застосовні в Україні порушення МГП.
155. Хоча прості формулювання статті 438 теоретично можуть дозволяти широке тлумачення, за яким будь-яке застосовне в Україні порушення МГП є кримінальним правопорушенням, таке прочитання положення не видається найбільш обґрунтованим за низкою причин. Таке тлумачення суперечило б міжнародному праву щодо воєнних злочинів, які не є наслідком усіх порушень МГП. Натомість багато норм МГП відображають суто технічні вимоги до держав, які з огляду на їх характер та серйозність не видаються придатними для притягнення до індивідуальної кримінальної відповідальності, на відміну від воєнних злочинів.³⁰⁰
156. Наприклад, Женевська конвенція III вимагає, щоб військовополонені могли отримати тютюн³⁰¹ або могли виконувати свої релігійні обов'язки.³⁰² Так само Гаазька конвенція 1907 року передбачає, що «при узгодженні умов капітуляції Договірними Сторонами повинні враховуватися правила військової честі».³⁰³ Очевидно, що за характером і серйозністю порушення ці положення не можна порівняти з тими порушеннями норм МГП, які породжують воєнні злочини (наприклад, катування/жорстоке поводження з військовополоненими та цивільним населенням, депортація цивільного населення або пограбування громадського та приватного майна).
157. Тлумачення статті 438 як такої, що передбачає кримінальну відповідальність за всі порушення МГП, поставитиме перелічені в першій частині статті 438 злочини, а саме: катування/жорстоке поводження, вигнання та пограбування національних скарбів, а також інші серйозні порушення — на один рівень санкцій (від 8 до 12 років позбавлення волі) з незначними порушеннями, що мають менш тяжкий характер, наприклад, відмова забезпечити тютюном військовослужбовця.

³⁰⁰ Однак стаття 50 [Женевської конвенції I](#), стаття 51 [Женевської конвенції II](#), стаття 130 [Женевської конвенції III](#), стаття 147 [Женевської конвенції IV](#) також вимагають від держав вжиття заходів, необхідних для припинення всіх дій, що суперечать іншим положенням конвенцій, які не стосуються «серйозних порушень».

³⁰¹ [Женевська конвенція III](#), стаття 28 («В усіх таборах відкривають крамниці, де військовополонені можуть купувати продукти харчування, мило й тютюн, а також предмети повсякденного вжитку»).

³⁰² [Женевська конвенція III](#), стаття 34 («Військовополонені користуються повною свободою виконувати їхні релігійні обов'язки»).

³⁰³ [Гаазька конвенція 1899 року про закони і звичаї війни на суходолі](#) та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі

158. Таке тлумачення узгоджується і з наказом Міноборони № 164 від 23 березня 2017 року, який регулює відповідальність, зокрема, військовослужбовців Збройних Сил України за порушення «норм МГП». ³⁰⁴ У наказі зазначено, що кримінальна відповідальність обмежена переліком «серйозних порушень МГП», які в широкому сенсі відповідають воєнним злочинам згідно з міжнародним правом. ³⁰⁵ Інші порушення МГП натомість є дисциплінарними порушеннями. ³⁰⁶
159. На додаток до свого роз'яснювального значення, наказ Міноборони накладає безпосередні зобов'язання, що випливають зі статей 82 і 85 Женевської конвенції III щодо судового переслідування військовополонених. Згідно з цими положеннями військовополонені можуть бути притягнуті до відповідальності за злочини, вчинені ними до взяття в полон (стаття 85), але відповідно до «законів, статутів і наказів, які є чинними у збройних силах держави, що тримає в полоні» (стаття 82). Отже, МГП презюмує рівність в контексті кримінального провадження між військовополоненими та військовослужбовцями Збройних сил України. Відповідно, якщо для військовослужбовців Збройних сил України сфера застосування статті 438 обмежується серйозними порушеннями МГП, те саме має стосуватися і військовополонених.
160. Нарешті, обмеження застосування статті 438 до воєнних злочинів узгоджується також із статтею 7 Європейської конвенції з прав людини (ЄКПЛ) і відповідною практикою Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), що безпосередньо застосовуються у національній правовій системі України на підставі статті 9 Конституції та статті 17 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини».

³⁰⁴ Наказ Міноборони № 164 від 23.03.2017 р., глава 8.

³⁰⁵ Див. Наказ Міноборони № 164 від 23.03.2017 р., глава 8, розділ 5 (де йдеться про: (1) навмисне вбивство, катування та нелюдське поводження; (2) навмисне заподіяння тяжких страждань або серйозного каліцтва чи завдання шкоди здоров'ю людини; (3) напад на осіб, які знаходяться під захистом МГП; (4) здійснення нападу невибіркового характеру, коли відомо, що це стане причиною людських втрат серед цивільного населення і спричинить збиток цивільним об'єктам; (5) напад на небезпечні установки і споруди, якщо відомо, що це спричинить надмірні втрати серед цивільного населення або значні збитки цивільним об'єктам; (6) напад на місцевості, що не обороняються, та демілітаризовані зони; (7) неправомірний напад на культурні цінності, які чітко розпізнаються; (8) проведення на людях медичних, біологічних або наукових експериментів; (9) нелюдське поводження, яке супроводжується приниженням гідності людини, у тому числі застосування практики апартеїду, геноциду та інших дій, які ґрунтуються на расовій дискримінації; (10) взяття заручників; (11) здійснення актів терору; (12) незаконне позбавлення волі (арешт); (13) наказ не залишати нікого в живих; (14) депортацію чи незаконне переміщення населення окупованої території (як в межах цієї території, так і поза нею); (15) переміщення державою-окупантом частини власного цивільного населення на окуповану територію; (16) позбавлення права на неупереджене та належне судочинство; (17) невинуватого затримку репатріації військовополонених або цивільних осіб; (18) примус до служби у збройних силах противника; (19) обмеження доступу населення до їжі та води; (20) застосування заборонених видів зброї; (21) використання «живих щитів»; (22) вербування до складу збройних сил або використання у воєнних діях дітей віком до п'ятнадцяти років; розділ 6 (де йдеться про: (1) великомасштабне руйнування майна; (2) присвоєння майна у великих розмірах; (3) знищення або розграбування власності противника; (4) віддачу на розграбування населеного пункту або місцевості; (5) захоплення суден, призначених для берегового рибальства або потреб місцевого мореплавання, госпітальних суден та суден, які здійснюють наукові і релігійні функції); розділ 7 (де йдеться про віроломне використання розпізнавальних емблем (знаків, сигналів), якими позначаються особи і об'єкти, що користуються захистом МГП, вважається серйозним порушенням).

³⁰⁶ Наказ Міноборони № 164 від 23.03.2017 р., глава 8, розділ 8.

161. Відповідно до принципу законності (*nullum crimen sine lege*), стаття 7 ЄКПЛ вимагає, щоб кримінальне законодавство було доступним і передбачуваним для особи.³⁰⁷ Такі вимоги є дотриманими, якщо особа знає «із формулювання відповідного положення (і, якщо необхідно, за допомогою його тлумачення судами та обґрунтованої юридичної консультації), які дії та бездіяльність призведуть до кримінальної відповідальності».³⁰⁸
162. На думку ЄСПЛ, коли положення кримінального законодавства відсилає до інших правових джерел (так звані «бланкетні норми» або «бланкетний спосіб викладення норм права»), як у випадку зі статтею 438, вимоги щодо доступності та передбачуваності положення є дотриманими, якщо «обидві норми (бланкетна норма та положення, до якого відсилають) разом [...] дозволяють особам, яких це стосується, передбачити, якщо треба, за допомогою відповідної юридичної консультації, яка поведінка може призвести до кримінальної відповідальності».³⁰⁹ Дійсно, ЄСПЛ встановив, що положення національного кримінального права, які включають широкі посилання на «міжнародне право», можуть бути використані як підстава для винесення обвинувальних вироків за міжнародні злочини, включно з воєнними.³¹⁰ Це було допустимо в світлі «явно протиправного характеру» міжнародних злочинів за відповідним міжнародним правом, імплементованих до національного законодавства.³¹¹ Важливим є той факт, що для оцінки ступеня доступності та передбачуваності міжнародних злочинів ЄСПЛ покладався на статuti та практику МКТЮ та МКС,³¹² які вважалися такими, що відображають загальні принципи міжнародного права.
163. У світлі цієї судової практики тлумачення статті 438 як такої, що обмежується вже визначеними як воєнні злочини порушеннями МГП, або серйозними порушеннями, здається, найбільше відповідає вимогам доступності та передбачуваності. Пояснюється це передбачуваністю того, що впровадження Україною кримінальної відповідальності за порушення МГП включатиме такі серйозні порушення, які вже були визнані воєнними злочинами або є достатньо серйозними для такого визнання. І навпаки, не можна передбачити, що стаття 438 передбачала кримінальне покарання навіть за такі технічні порушення,

³⁰⁷ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), п. 185.

³⁰⁸ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), п. 185.

³⁰⁹ ЄСПЛ, [Консультативний висновок](#) стосовно використання відсильних методів під час визначення правопорушення та стандартів порівняння кримінального закону, чинного на час вчинення правопорушення, з кримінальним законом, викладеним у новій/зміненій редакції, п. 72. З питання застосовності статті 7 ЄКПЛ щодо вироків на національному рівні за злочин геноциду див. також ЄСПЛ, *Справа «Йоргич проти Німеччини»*, [рішення](#), пункти 100-101.

³¹⁰ ЄСПЛ, *справа «Міланкович проти Хорватії»*, [рішення](#), п. 64; ЄСПЛ, *справа «Кононов проти Латвії»*, [рішення Великої Палати](#), п. 185.

³¹¹ ЄСПЛ, *справа «Міланкович проти Хорватії»*, [рішення](#), п. 64; ЄСПЛ, *справа «Кононов проти Латвії»*, [рішення Великої Палати](#), п. 185. Див. також ЄСПЛ, *справа «Йоргич проти Німеччини»*, [рішення](#), п. 113; ЄСПЛ, *справа «Ульд Дах проти Франції»*, [рішення](#).

³¹² ЄСПЛ, *справа «Міланкович проти Хорватії»*, [рішення](#), п. 63; ЄСПЛ, *справа «Кононов проти Латвії»*, [рішення Великої Палати](#), пп. 211, 216. Разом з тим, див. ЄСПЛ, *справа «Йоргич проти Німеччини»*, [рішення](#), пункти 107-113 (у цій справі ЄСПЛ для визначення злочину геноциду спирався не на судову практику МКТЮ, а на міжнародні джерела тлумачення, зокрема Конвенцію про запобігання злочину геноциду та покарання за нього і Резолюції Генеральної Асамблеї ООН).

які не були визнані достатньо серйозними для притягнення до міжнародної кримінальної відповідальності. Отже, надто широке тлумачення може мати наслідком невідповідність принципу законності.

164. Вищенаведена судова практика ЄСПЛ настановує на дві основні думки. По-перше, ті положення національного кримінального права, які містять широкі посилення на міжнародне право чи міжнародні документи, відповідають статті 7 ЄКПЛ тією мірою, якою вони використовуються як підстава для винесення обвинувальних вироків за міжнародні злочини внаслідок їх «явно протиправного характеру». По-друге, у більшості цих випадків оцінка передбачуваності та доступності національного права, що включає міжнародні джерела, здійснювалося шляхом аналізу статутів міжнародних кримінальних трибуналів та їхньої практики як ілюстрації правових елементів міжнародних злочинів відповідно до чинного міжнародного права.
165. Прочитання статті 438 ККУ відповідно до цих засад дозволяє стверджувати, що:
- У контексті дотримання статті 7 ЄКПЛ і відповідної практики ЄСПЛ найбільш послідовним і, певно, навіть необхідним підходом є визначення сфери дії статті 438 не всіма порушеннями МГП, а лише його серйозними порушеннями, які можуть бути визнані воєнними злочинами.
 - Згідно з судовою практикою ЄСПЛ, вказівки щодо належного визначення елементів воєнних злочинів можна знайти у відповідних статутах і практиці міжнародних кримінальних трибуналів, які відображають принципи міжнародного права, що впливають із інкорпорованих в статтю 438 міжнародних джерел.
- b) Застосовність міжнародних кримінально-правових актів: чи можна розглядати статтю 438 КК України у поєднанні зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС?
166. Навіть звуження сфери застосування статті 438 до воєнних злочинів може мати обмежену користь для суддів під час тлумачення цього положення. Як зазначалося вище, документи МГП, включені до статті 438, не містять чіткої класифікації воєнних злочинів та елементів їхнього складу.
167. Тлумачення документів МГП міжнародними кримінальними трибуналами (зокрема, Нюрнберзьким трибуналом і МКТЮ) дозволило визначити воєнні злочини як такі, а також їхні об'єктивні та суб'єктивні елементи. Певною мірою судова практика МКТЮ стосовно визначення воєнних злочинів та їхніх елементів відображена в статті 8 Статуту МКС та в «Елементах злочинів», що є найбільш вичерпним переліком воєнних злочинів в контексті міжнародних збройних конфліктів.
168. Відповідно, використання правової бази та практики МКТЮ та МКС може допомогти суддям у визначенні діянь, які є воєнними злочинами за статтею 438, та елементів їхнього складу.

169. Питання в тому, чи допускає такий варіант національна правова система України. На перший погляд статuti МКТЮ та МКС не є джерелами права в українській правовій системі. Статут МКТЮ є додатком до резолюції Ради Безпеки ООН, а не договором. Що стосується Статуту МКС, то Україна його не ратифікувала.
170. А втім, законодавча база України є дуже відкритою до своїх міжнародних зобов'язань. Відповідно до моністичного підходу, міжнародні договори, прийняті або ратифіковані Україною, є частиною національної правової системи без необхідності їх імплементації за допомогою спеціальних законів. Це підтверджує стаття 9 Конституції України, яка встановлює, що «чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України».
171. Дух статті 9 Конституції пронизує національне законодавство і знайшов відображення у статті 19 Закону України «Про міжнародні договори України», відповідно до якої міжнародні договори є частиною національного законодавства та мають вищий ієрархічний статус за національне законодавство.³¹³ Зокрема, стаття 17 Закону «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» зобов'язує національні суди застосовувати ЄКПЛ та судову практику ЄСПЛ.³¹⁴ Показово, стаття 3 КК України чітко визначає, що застосування міжнародного права поширюється також на кримінальну національну систему: «Законодавство України про кримінальну відповідальність становить Кримінальний кодекс України, який ґрунтується на Конституції України та загально визнаних принципах і нормах міжнародного права». Моністичний підхід підтверджується також практикою встановлення Конституційним Судом України принципу «дружнього» ставлення до міжнародного права (Конституційний Суд України, справа №1-1 /2016).
172. Відповідно до цих принципів, можна розглянути щонайменше чотири аргументи, які дозволяють спиратися на правову систему та практику МКТЮ та МКС у тлумаченні статті 438.
173. **Під час тлумачення та застосування статті 438 серед інших авторитетних джерел міжнародного кримінального права можуть бути враховані та навіть використані статuti та судова практика МКТЮ/МКС як найпереконливіше правове джерело ідентифікації та розгляду міжнародно визнаних воєнних злочинів у дійсних кримінальних провадженнях, включно з визначенням, тлумаченням та застосуванням їхніх об'єктивних і суб'єктивних елементів.** Механізми МКТЮ та МКС можна розглядати як джерело тлумачення статті 438, оскільки вони розвинули та прояснили такі аспекти МГП, які безперечно ма-

³¹³ Закон України «Про міжнародні договори України» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2004 р., № 50, ст. 540), стаття 19 («Чинні міжнародні договори України (...) є частиною національного законодавства і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. 2. Якщо міжнародним договором України, який набрав чинності в установленому порядку, встановлено інші правила, ніж ті, що передбачені у відповідному акті законодавства України, то застосовуються правила міжнародного договору»).

³¹⁴ Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2006 р., № 30, ст. 260), стаття 17 («Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права»).

ють наслідком кримінальну відповідальність (воєнні злочини). Як зазначалося вище,³¹⁵ МКТЮ та МКС розробили принципи у сфері воєнних злочинів, які вже були сформульовані в документах МГП, включених за посиланням до статті 438. Отже, статuti та практику МКТЮ та МКС можна вважати не чим іншим, як роз'ясненням щодо наявних воєнних злочинів відповідно до загальних принципів МГП. У своєму дослідженні звичаєвого міжнародного гуманітарного права Міжнародний Комітет Червоного Хреста (МКЧХ) робить чимало посилань на Статут і практику МКТЮ, а також на Статут МКС у контексті міжнародного визнання воєнних злочинів.³¹⁶ Цим підтверджується наявність підстав для використання таких джерел для тлумачення документів МГП, згадані в статті 438. З цієї точки зору, посилання на МКТЮ/МКС для тлумачення статті 438 не призведе до застосування джерел права, не визнаних національною правовою системою України. Українські суди можуть розглядати ці джерела міжнародного кримінального права для авторитетного тлумачення документів МГП, які вже застосовуються в Україні.

174. Крім того, оскільки МКЧХ, який є міжнародним органом, уповноваженим «працювати для розуміння та розповсюдження знань про МГП, що застосовується під час збройних конфліктів»,³¹⁷ прийняв практику МКТЮ/МКС щодо тлумачення цих міжнародних документів, запропоноване рішення відповідає принципу дружнього ставлення до міжнародного права, встановленому Конституційним Судом України у справі № 1-1 /2016 («Конституційний Суд України враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна»).
175. **Посилання на статuti та практику МКТЮ/МКС шляхом застосування статті 7 ЄКПЛ.** Якщо засудження за міжнародні злочини ґрунтується на бланкетних нормах, які широко інкорпорують міжнародні норми (як у випадку зі статтею 438), ЄСПЛ, як правило, для забезпечення дотримання принципу законності (передбачуваності/доступності) спирається на статuti та практику МКТЮ/МКС,³¹⁸ оскільки вони вважаються взірцевими у визначенні правових елементів міжнародних злочинів за чинним міжнародним правом.
176. Оскільки українські суди зобов'язані застосовувати ЄКПЛ та прецедентне право ЄСПЛ,³¹⁹ вищевказана логіка має застосовуватися і на національному рівні. У

³¹⁵ Див. вище, параграфи 46-62.

³¹⁶ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#). Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 2. Насильство, спрямоване на поширення терору серед цивільного населення](#); [Норма 11. Атаки невибіркового характеру](#); [Норма 87. Гуманне поводження](#); [Норма 89. Посягання на життя](#); [Норма 90. Катування та жорстоке, нелюдське або принизливе поводження](#); [Норма 92. Заподіяння каліцтва, медичні, наукові чи біологічні експерименти](#); [Норма 93. Зґвалтування й інші форми сексуального насильства](#); [Норма 96. Взяття заручників](#); [Норма 97. Використання «живих щитів»](#); [Норма 99. Позбавлення волі](#); [Норма 100. Гарантії справедливого судочинства](#).

³¹⁷ [Статут Міжнародного руху Червоного Хреста і Червоного Півмісяця](#), стаття 5.

³¹⁸ ЄСПЛ, справа «Міланкович проти Хорватії», [рішення](#), п. 63; ЄСПЛ, справа «Кононов проти Латвії», [рішення Великої Палати](#), 211, 216. Див. вище, Розділ «Джерела права».

³¹⁹ Закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» (Відомості

справах щодо воєнних злочинів, тлумачення статті 438 КК України в дусі ЄСПЛ потребувало б дослідження правової бази МКТЮ/МКС для оцінки відповідності кримінальної норми статті 7 ЄКПЛ.

177. Іншими словами, застосування статті 438 згідно з практикою міжнародних кримінальних трибуналів сприяло б забезпеченню дотримання вимог ЄКПЛ під час відповідних проваджень. До того ж, у світлі судової практики ЄСПЛ вказівки щодо належного визначення елементів воєнних злочинів можна шукати у відповідних статутах і практиці міжнародних кримінальних трибуналів як відображення принципів міжнародного права, що впливають із міжнародних джерел, включених у статтю 438.
178. **Посилання на Конвенції про незастосування строку давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів для тлумачення статті 438.** Окрім міжнародних документів, що становлять право Женеви та право Гааги, Україна ратифікувала принаймні два додаткові договори, які визначають воєнні злочини та можуть бути доречними для тлумачення статті 438, а саме: (1) Конвенцію ООН про незастосування строку давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів; та (2) Європейську конвенцію про незастосування строку давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів.³²⁰ Оскільки ці конвенції містять класифікацію воєнних злочинів, їх можна віднести до міжнародних документів, згаданих у статті 438. Використання цих договорів як джерела допомогло б суддям у визначенні конкретних дій, що становлять воєнний злочин. У цьому контексті практику МКТЮ можна розглядати як авторитетне джерело для тлумачення таких конвенцій. Стаття 1(2)(a)(b) Європейської конвенції про незастосування строку давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів значною мірою віддзеркалює статті 2 і 3 Статуту МКТЮ.
179. **Посилання на Статут МКС та «Елементи злочинів» як на «міжнародні документи, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» в силу визнання юрисдикції МКС відповідно до статті 12(3) Статуту МКС.** Слід зазначити, що основною перешкодою для екстраполяції Статуту та практики МКС до національної системи права є те, що Україна не ратифікувала Статут МКС. Питання полягає в тому, чи можна вважати Декларацію Верховної Ради про визнання юрисдикції Суду відповідно до пункту 3 статті 12 Статуту МКС від 4 лютого 2015 року (далі — «Декларація від 4 лютого 2015 року») документом тотожним інструменту ратифікації.
180. Дійсно, подібно до ратифікації договору, визнання юрисдикції МКС відповідно до пункту 3 статті 12 Статуту створює конкретні міжнародні зобов'язання для Держави, яка її визнає. Держава, яка визнає юрисдикцію, бере на себе передбачені частиною 9 Статуту МКС зобов'язання щодо співпраці. Отже, статус держав, які визнають юрисдикцію, можна вважати «еквівалентним статусу держави,

Верховної Ради України (ВВР), 2006 р., № 30, ст. 260), стаття 17 («Суди застосовують при розгляді справ Конвенцію та практику Суду як джерело права»).

³²⁰ Див. вище, Розділ «Джерела права».

що ратифікувала Статут».³²¹ Авторитетні доктринальні напрацювання підтверджують те, що, відповідно до міжнародного договірної права, передбачений пунктом 3 статті 12 Статуту механізм відображає договірне положення на користь третіх Держав, що регулюється статтями 34-36 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, які передбачають згоду третьої Держави на те, щоб договір створював зобов'язання або права по відношенню до неї.³²²

181. Як наслідок, з погляду міжнародного публічного права, визнання юрисдикції на основі пункту 3 статті 12 Статуту МКС може вважатися угодою між Державою, що визнає юрисдикцію, та Державами-учасницями МКС («коли третя Держава подає заяву до Секретаря, укладається нова угода між Державами-учасницями Статуту, з одного боку, і третьою Державою, з іншого, стосовно поширення юрисдикції МКС на відповідний злочин»)³²³.
182. Тлумачення Декларації від 4 лютого 2015 року як самостійного, хоча й часткового, інструменту надання згоди уможливорює застосування на національному рівні, на підставі статті 438, Статуту МКС та «Елементів злочинів», які потрапляють до категорії міжнародно-правових документів, передбачених цим положенням (ухвалених Верховною Радою (Парламентом) і таких, що відображають «закони та звичаї війни»).

С. Визначення воєнних злочинів за міжнародним правом та можливість кримінальної відповідальності за них за статтею 438 КК України

1. Вступ

183. У цьому розділі проаналізовано елементи воєнних злочинів на основі міжнародного кримінального права із визначенням того, в який спосіб відповідні діяння, що лежать в основі воєнних злочинів, можна розглядати як такі, що підпадають під дію статті 438 КК України.
184. Воєнні злочини — це: (1) певна категорія діянь, заборонених МГП (**діяння, що лежать в основі злочину**); (2) які відбуваються в контексті збройного конфлікту,

³²¹ Палмізано. МКС і треті держави. Нариси про Римський статут Міжнародного кримінального суду. За ред. Латтанці/Шабас, Серені, 1999 р, с. 393.

³²² Палмізано. МКС і треті держави. Нариси про Римський статут Міжнародного кримінального суду. За ред. Латтанці/Шабас, Серені, 1999 р, с. 393. Найпоширеніша точка зору полягає в тому, що прийняття зобов'язання (або права), яке міститься в первинному договорі, має становити окрему угоду між третьою державою та первинними Сторонами самого договору. Прьюльс, стаття 35. Договори, що передбачають зобов'язання для третіх держав. Віденська конвенція про право міжнародних договорів: коментар. За редакцією Олівер/Шмаленбах, Springer Second, 2018 р., с. 702-703.

³²³ Палмізано, МКС і треті держави. Нариси про Римський статут Міжнародного кримінального суду. За ред. Латтанці/Шабас, Серені, 1999 р, с. 393-394 («коли третя Держава подає заяву до Секретаря, укладається нова угода між Державами-учасницями Статуту, з одного боку, і третьою Державою, з іншого, стосовно поширення юрисдикції МКС на відповідний злочин»). З іншого боку, механізм визнання на основі пункту 3 статті 12 також може розглядатися як окрема угода з МКС, відповідно до статей 34-36 Віденської конвенції про право договорів, між державами та міжнародними організаціями або між міжнародними організаціями. Однак, і тут застосовуватимуться ті самі принципи.

який є міжнародним або неміжнародним за своїм характером (**контекстуальний елемент**). Наявність збройного конфлікту та зв'язок між конфліктом і діянням, що лежить в основі злочину, є спільними складовими для кожного воєнного злочину: цей аспект відрізняє воєнні злочини від відповідних звичайних (загальнокримінальних) правопорушень. Воєнні злочини традиційно поділяються за діяннями, що лежать в їхній основі, вчиненими в контексті міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів. Настільна книга розглядає насамперед воєнні злочини, скоєні в контексті міжнародного збройного конфлікту.

185. У Розділі 2 розглянуті основні характеристики контекстуальних елементів воєнних злочинів передусім у міжнародному збройному конфлікті. У частині першій Розділу 3 проаналізовано застосовність міжнародно визнаних воєнних злочинів за статтею 438, а у частині другій докладно описані відповідні об'єктивні та суб'єктивні елементи кожного злочину. Хоча аналіз стосуватиметься здебільшого статті 438, він також може застосовуватися, *mutatis mutandis*, до інших чинних або майбутніх положень українського права щодо воєнних злочинів.

2. Контекстуальні елементи воєнних злочинів

КОНТЕКСТУАЛЬНІ ЕЛЕМЕНТИ. СТИСЛИЙ ОПИС

- Необхідно завжди встановлювати контекстуальні елементи воєнних злочинів, адже саме вони відрізняють воєнні злочини від звичайних.
- Контекстуальними елементами воєнних злочинів у міжнародному збройному конфлікті є такі:
 - Діяння були вчинені злочинцем в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним.
 - Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.
- Збройний конфлікт можна кваліфікувати як міжнародний у разі:
 - 1) застосування державами збройних сил.
 - 2) часткової або повної окупації території держави.
 - 3) наявності недержавних збройних формувань, які діють у державі під «загальним контролем» іноземної держави.
- «Зв'язок, необхідний для встановлення воєнного злочину»: повинен існувати зв'язок між діяннями та конфліктом («діяння [...] відбулися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним»). Такий зв'язок може бути встановлено, якщо конфлікт відігравав істотну роль у здатності або намірі злочинця вчинити злочин.

Усі воєнні злочини потребують встановлення контекстуальних елементів.

а) Вступ

186. Як зазначалося вище, стаття 438 охоплює правопорушення, які є воєнними злочинами.³²⁴ Порушення МГП відбуваються в умовах збройного конфлікту.

³²⁴ Див. вище, п. 1-8.

Воєнні злочини є серйозними порушеннями МГП і тому також вчиняються в подібних умовах. Згідно з міжнародним кримінальним правом, будь-який воєнний злочин означає, що злочинні діяння були вчинені в контексті збройного конфлікту та були пов'язані з ним. Це суттєвий елемент визначення воєнного злочину. Цей аспект відрізняє, за умови вчинення аналогічних діянь, воєнний злочин від звичайного.

187. Хоча в статті 438 це не зазначено прямо, можна вважати, що наявність контекстуальних елементів має бути доведена стосовно будь-якого воєнного злочину, передбаченого цим положенням.

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ЧЕЛЕБІЧІ, П. 182.

Щоб застосувати корпус права, який називається «міжнародним гуманітарним правом», спочатку необхідно довести, що у конкретній ситуації фактично існував «збройний конфлікт» внутрішнього чи міжнародного характеру. Без висновку про існування такого збройного конфлікту Судова палата не зможе продовжити обговорення його характеру, а також того, яке це має значення в плані застосовності статей 2 і 3 (*статті Статуту МКТЮ, що стосуються воєнних злочинів*).

b) Визначення контекстуальних елементів воєнних злочинів

188. Контекстуальні елементи воєнних злочинів, що стосуються міжнародного збройного конфлікту:

- Діяння особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

- i. Діяння особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті збройного конфлікту та були пов'язані з ним.

a. Наявність збройного конфлікту

189. Воєнні злочини можуть вчинятися в умовах як міжнародного, так і неміжнародного збройного конфлікту.³²⁵ З огляду на поточну ситуацію в Україні, цей довідник присвячений воєнним злочинам у міжнародних збройних конфліктах.

190. Збройний конфлікт кваліфікується як міжнародний, якщо:

³²⁵ На відміну від міжнародного збройного конфлікту, у неміжнародному збройному конфлікті відбувається протистояння між урядовими силами та організованими формуваннями, або між такими формуваннями всередині однієї держави, а отже, необхідною його ознакою є існування «тривалого» конфлікту, а саме певної інтенсивності такого конфлікту. Крім того, збройні формування, які беруть у ньому участь, мають досягти певного рівня організації. Див. МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), пункти 1183-1187; МКС, [рішення Судової палати у справі Лубанги](#), пункти 534-536.

- Держави використовують збройні сили.³²⁶ Щодо цього не існує вимоги про досягнення воєнними діями певного рівня інтенсивності або тривалості.³²⁷
- Відбувається часткова або повна окупація території держави, навіть якщо окупація не зустрічає збройного опору. Воєнна окупація відбувається, «коли збройні сили держави вторгаються і здійснюють контроль над територією за межами її міжнародно визнаних кордонів, незалежно від того, чи належить ця територія ворожій державі, нейтральній державі чи союзнику, за умови, що розгортання сил не було санкціоновано угодою з окупованою державою».³²⁸
- Наявність недержавних збройних формувань, які діють у державі під «загальним контролем» іноземної держави. Критерії перевірки на «загальний контроль» є дотриманими, якщо іноземна держава бере участь в організації, координації або плануванні воєнних дій військового формування, на додаток до фінансування, навчання та оснащення такого формування або надання йому оперативної підтримки.³²⁹

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КАТАНГІ, ПУНКТИ 1177-1179 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

1177. У Статуті МКС немає визначення «міжнародних збройних конфліктів». На основі відповідної судової практики та зі згодою сторін та учасників цієї справи, Палата вважає, що збройний конфлікт є міжнародним:

[...] якщо відбувається між двома чи більше державами; включає часткову або повну окупацію території іншої держави, незалежно від того, чи зустрічає ця окупація збройний опір. Окрім цього, якщо внутрішній збройний конфлікт стається на території держави, він може стати міжнародним (або, залежно від обставин, мати міжнародний характер поряд із внутрішнім збройним конфліктом), якщо (i) інша держава втрутиться в цей конфлікт за допомогою своїх військ (пряме втручання), або якщо (ii) деякі з учасників внутрішнього збройного конфлікту діятимуть від імені іншої держави (непряме втручання).

Міжнародний збройний конфлікт виникає у разі бойових дій між державами із застосуванням відповідно їхніх збройних сил або інших суб'єктів, що діють від їхнього імені.

³²⁶ МКТЮ, справа *Тадіча*, [Рішення щодо проміжної апеляції з питання юрисдикції](#), п. 70 («збройний конфлікт має місце щоразу, коли Держави застосовують збройні сили»); МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 1177 («міжнародний збройний конфлікт виникає у разі збройних зіткнень між державами, які ведуться за допомогою їхніх відповідних збройних сил або інших суб'єктів, що діють від їх імені»).

³²⁷ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 184 («застосування збройної сили між Державами саме по собі є достатнім для застосування міжнародного гуманітарного права»), 208 («Судова палата керується Коментарем до Четвертої Женевської конвенції, де йдеться про те, що «будь-які розбіжності, що виникають між державами та призводять до втручання збройних сил», є міжнародним збройним конфліктом, і «немає значення, скільки триває конфлікт або яким є масштаб кровопролиття»).

³²⁸ МКТЮ, *Прліч та ін.* [рішення Апеляційної палати](#), пункти 318, 339.

³²⁹ МКС, [рішення Судової палати у справі Лубанги](#), п. 541 («Палата попереднього провадження II під час розгляду цього питання дійшла висновку, що «міжнародний збройний конфлікт виникає у разі бойових дій між державами із застосуванням їхніх збройних сил або інших суб'єктів, що діють від їх імені». Щодо необхідного ступеня контролю іншої Держави над збройним формуванням, яке діє від її імені, Судова палата дійшла висновку, що критерій «загального контролю» є правильним підходом. Він дозволяє визначити, чи міг збройний конфлікт неміжнародного характеру набути міжнародного виміру внаслідок участі збройних сил, які діють від імені іншої держави. Держава може здійснювати необхідний ступінь контролю, якщо вона «бере участь в організації, координації або плануванні воєнних дій військового формування, на додаток до

1178. Щоб оцінити, чи існує міжнародний збройний конфлікт внаслідок непрямой участі держави, Палата повинна проаналізувати та оцінити ступінь контролю, який ця держава здійснює над одним зі збройних формувань, які беруть участь у бойових діях. Оцінюючи ступінь такого контролю, Судова палата I вирішила, що критерій «загального контролю» є правильним підходом, який дозволяє визначити, чи міг збройний конфлікт неміжнародного характеру набути міжнародного виміру внаслідок участі збройних сил, які діють від імені іншої держави. Критерії перевірки є дотриманими, якщо іноземна держава «бере участь в організації, координації або плануванні воєнних дій військового формування, на додаток до фінансування, навчання та оснащення або надання оперативної підтримки цьому формуванню». Держава не зобов'язана видавати конкретні накази або керувати кожною воєнною операцією.

1179. Крім того, «Елементи злочинів» визначають, що юрисдикція Суду в частині права міжнародних збройних конфліктів також поширюється на воєнну окупацію. За оцінкою Палати та з огляду на відповідну судову практику та міжнародне договірне право, «територія визнається окупованою, якщо вона фактично перебуває під владою армії супротивника. Окупація поширюється лише на ту територію, де така влада встановлена і здатна виконувати свої функції». Отже, воєнна окупація відбувається, коли збройні сили держави вторгаються і здійснюють контроль над територією за межами її міжнародно визнаних кордонів, незалежно від того, чи належить ця територія ворожій державі, нейтральній державі чи союзнику, за умови, що розгортання сил не було санкціоновано угодою з окупованою державою.

191. Визначення наявності міжнародного збройного конфлікту є питанням факту.³³⁰ Оголошення війни для цього не вимагається. Ситуація, коли жодна зі сторін конфлікту не визнає стан війни, не впливає на статус конфлікту.³³¹ Фактичне встановлення наявності збройного конфлікту здійснюється суддями в конкретній справі та не залежить від введення воєнного стану в порядку, встановленому Конституцією України та Законом України «Про правовий режим воєнного стану».³³²

фінансування, навчання та оснащення чи надання оперативної підтримки цьому формуванню». Палата попереднього провадження I прийняла цей підхід». Див. також МКТЮ, справа *Тадіча*, [рішення Апеляційної палати](#), п. 137.

³³⁰ МКТЮ, *Прліч та ін.* [Рішення Судової палати](#), т. 3 п. 525 («Палата нагадує, що в міжнародному гуманітарному праві визначення міжнародного характеру збройного конфлікту є суто питанням факту»).

³³¹ МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 373 («З рештою, Апеляційна палата звертається до аргументу про те, що між Хорватією та Боснією і Герцеговиною не було міжнародного збройного конфлікту, оскільки вони заперечували існування між ними стану війни. Не беручи до уваги питання фактичної достовірності цієї заяви, Апеляційна палата вважає будь-який такий аргумент недоречним. У статті 2 Женевської конвенції IV йдеться про «збройний конфлікт [...] між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни.» Проте цю статтю не можна тлумачити як таку, що виключає кваліфікацію конфлікту як міжнародного у випадку, коли жодна зі сторін збройного конфлікту не визнає стану війни. Мета Женевської конвенції IV, тобто захист осіб, які перебувають під захистом, опинилася б під загрозою, якби державам дозволили ухилятися від своїх зобов'язань, заперечуючи стан збройного конфлікту. Апеляційна палата нагадує, що «не слід забувати, що Конвенції були складені насамперед для захисту окремих осіб, а не для служіння інтересам держави».

³³² USAID Україна. *Захист прав людини в умовах збройного конфлікту в Україні, судове застосування міжнародного гуманітарного права та права прав людини*. 30 червня 2017 р., с. 7.

192. Так само, не мають значення для кваліфікації конфлікту можливі приховані мотиви його учасників чи правомірність їхньої участі у ньому.³³³ Якщо встановлено існування збройного конфлікту, немає значення як сторони кваліфікують свої дії. Отже, навіть якщо операції названо «антитерористичними» або насильницькі дії — «терористичними актами», це не впливає на кваліфікацію збройного конфлікту та застосовність МГП.³³⁴
193. *Сфера дії у часі та просторі.* У разі виникнення збройного конфлікту МГП застосовується й після припинення бойових дій аж до досягнення загального миру. До цього моменту МГП продовжує діяти на всій території держав-учасниць конфлікту, незалежно від того, чи відбуваються там фактичні бойові дії.³³⁵

МКТЮ, СПРАВА ТАДІЧА, РІШЕННЯ ЩОДО ПРОМІЖНОЇ АПЕЛЯЦІЇ З ПИТАННЯ ЮРИСДИКЦІЇ, П. 70

70. Міжнародне гуманітарне право діє з моменту початку таких збройних конфліктів і поширюється на період часу після припинення воєнних дій аж до досягнення загального миру або, у випадку внутрішніх конфліктів, мирного врегулювання. До цього моменту міжнародне гуманітарне право продовжує застосовуватися на всій території держав-учасниць конфлікту або, у випадку внутрішніх конфліктів, на всій території, яка перебуває під контролем сторони, незалежно від того, чи відбуваються там фактичні бойові дії.

³³³ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), т. 3 п. 525 («можливі приховані мотиви учасників конфлікту або правомірність їхньої участі не мають значення»).

³³⁴ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі](#) Бошкоскі та Тарчуловські, п. 185 («Судова палата у справі *Тадіча* посилалася на коментар МКЧХ до Женевських конвенцій 1949 року, щоб пояснити, що елементи інтенсивності та організації сторін можуть використовуватися виключно для того, щоб, як мінімум, відрізнити збройний конфлікт від м'якших форм насильства, як-от «терористична діяльність». У згаданій частині Коментаря було зазначено, що укладачі Конвенцій не мали на меті застосування терміну «збройний конфлікт» до «будь-якої окремої події, що передбачає застосування сили та зобов'язує правоохоронців взятися за зброю». Натомість спільна стаття 3 мала застосовуватися до «конфліктів, які багато в чому схожі на міжнародну війну, але відбуваються в межах однієї країни», тобто коли «збройні сили» обох сторін беруть участь у «бойових діях». Важливою позицією Судової палати у справі *Тадіча* було те, що окремі акти насильства, такі як певні терористичні дії, вчинені в мирний час, не підпадають під спільну статтю 3. Цей висновок відображав позицію Апеляційної палати у справі *Тадіча* про те, що збройний конфлікт неміжнародного характеру відбувається тоді, коли існують «тривалі насильницькі дії між урядовими силами та організованими формуваннями, або між такими формуваннями всередині однієї держави». Під час застосування цих критеріїв важливе значення має те, чи вчиняються дії ізольовано, чи в межах тривалої кампанії за участі обох сторін у бойових діях. Той факт, що вчинені акти насильства можуть або не можуть бути кваліфіковані як терористичні за своїм характером, не має жодного значення. Таке тлумачення узгоджується із зауваженням Апеляційної палати у справі *Кордіча* про те, що «норма про тривалість бойових дій є важливою для виключення простих випадків громадянських заворушень або окремих актів тероризму»). Див. також МКТЮ, [рішення Апеляційної палати у справі](#) Бошкоскі та Тарчуловські, п. 33.

³³⁵ Див. МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі](#) *Оріча*, п. 255 («Сфера дії у часі та за територією стосовно як внутрішніх, так і міжнародних збройних конфліктів не обмежується точним часом і місцем бойових дій. Міжнародне гуманітарне право діє з моменту початку таких збройних конфліктів і поширюється на період часу після припинення воєнних дій аж до досягнення загального миру або, у випадку внутрішніх конфліктів, мирного врегулювання. Отже, норми міжнародного гуманітарного права застосовуються незалежно від того, чи відбуваються фактичні бойові дії в певному місці»).

b. Зв'язок між діяннями та збройним конфліктом (зв'язок, необхідний для встановлення воєнного злочину)

194. Не всі злочинні діяння, вчинені під час збройного конфлікту, кваліфікуються як воєнні злочини. Воєнний злочин вважається скоєним, якщо між злочинним діянням і збройним конфліктом існує зв'язок. Діяння мають відбуватися в контексті збройного конфлікту та бути пов'язані з ним. За відсутності зв'язку між правопорушенням і збройним конфліктом правопорушення є звичайним злочином відповідно до законодавства, що діє на відповідній території.³³⁶
195. Для дотримання вимоги про наявність зв'язку з конфліктом дії особи, яка вчинила злочин, не обов'язково має відбуватися під час бойових дій, і цей зв'язок можна встановити навіть для злочинів, віддалених від фактичних бойових дій у часі та просторі.³³⁷
196. Збройний конфлікт також не обов'язково має бути причиною вчинення злочину. Натомість потрібен достатньо тісний зв'язок із бойовими діями, а саме те, щоб конфлікт відігравав суттєву роль у здатності злочинця вчинити злочин, у рішенні його вчинити або меті його вчинення.³³⁸
197. Чинники, які вказують на зв'язок між злочином і відповідним збройним конфліктом, можуть включати таке: (1) злочинець є комбатантом; (2) потерпіла особа не є комбатантом або є представником протилежної сторони; і (3) можна сказати, що злочин сприяє досягненню кінцевої мети воєнної кампанії; (4) той факт, що злочин вчинено в межах або в контексті виконання службових обов'язків злочинця.³³⁹ Цей перелік чинників не слід вважати вичерпним.

³³⁶ МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 731 («Для того, щоб кваліфікувати дії як воєнний злочин, необхідно встановити зв'язок із відповідним збройним конфліктом. Встановлення такого зв'язку необхідно для того, щоб відрізнити воєнні злочини від злочинів, які слід розглядати як суто внутрішні, що запобігає кваліфікуванню випадкових чи окремих кримінальних подій як воєнних злочинів»); МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пункт 379, виноска 495 (з посиланням на: Кассезе. Міжнародне кримінальне право. 2-ге видання, Оксфорд, Oxford University Press, 2008 р., с. 83: «особливу увагу слід приділяти злочинам, скоєним цивільними особами по відношенню до інших цивільних осіб. Вони можуть становити воєнні злочини за умови наявності зв'язку між правопорушенням і збройним конфліктом. За відсутності такого зв'язку порушення є всього лише «звичайним» кримінальним правопорушенням відповідно до закону, що діє на відповідній території»), 383 («Тому злочинні дії чи правопорушення, не пов'язані зі збройним конфліктом, не вважаються воєнними злочинами»).

³³⁷ МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 731 («дії особи, яка вчинила злочин, не обов'язково сталися під час бойових дій або в час або в місці, коли або де фактично точилися бої»).

³³⁸ МКС, [Рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 1176 («Дії особи, яка вчинила злочин, мали бути тісно пов'язані з бойовими діями, що відбуваються в будь-якій частині території, підконтрольних сторонам конфлікту. Збройний конфлікт сам по собі не повинен вважатися причиною дій злочинця, і дії не обов'язково мали відбуватися в розпал бою. Тим не менш, збройний конфлікт повинен відігравати важливу роль у контексті рішення особи, яка вчинила злочин, її здатності вчинити злочин або способу, в який злочин було врешті вчинено»); МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 731 (дії особи, яка вчинила злочин, «мали бути тісно пов'язаними з воєнними діями або з контролем, який здійснює відповідна сторона конфлікту над певною частиною території. Існування збройного конфлікту мало принаймні відіграти суттєву роль у здатності злочинця вчинити злочин, у рішенні його вчинити, меті або способі вчинення злочину, оскільки «те, що зрештою відрізняє воєнний злочин від правопорушення за національним правом, полягає в тому, що воєнний злочин формується в середовищі (збройного конфлікту), в якому він скоєний, або залежить від нього»).

³³⁹ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 382 («У питанні зв'язку

МКТЮ, КУНАРАЦ ТА ІН. АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ, ПУНКТИ 57-59 (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНО)

57. Отже, порушення законів і звичаїв війни може трапитись в той час і в тому місці, коли і де фактично не ведуться бойові дії. Як зазначила Судова палата, вимога про те, що дії обвинувачених мають бути тісно пов'язані зі збройним конфліктом, не скасовується, якщо злочини були віддалені від фактичних бойових дій у часі та територіально. Наприклад, для цілей цієї вимоги було б достатньо, якби передбачувані злочини були тісно пов'язані з бойовими діями, що відбувалися на інших частинах територій, підконтрольних сторонам конфлікту.

58. Те, що зрештою відрізняє військовий злочин від правопорушення за національним правом, полягає в тому, що військовий злочин формується в середовищі (збройного конфлікту), в якому він скоєний, або залежить від нього. Його планування або забезпечення за допомогою певної політики не є обов'язковим. Збройний конфлікт не обов'язково мав бути причиною вчинення злочину, але існування збройного конфлікту повинно було принаймні відіграти суттєву роль у здатності злочинця вчинити злочин, у рішенні його вчинити, меті або способі його вчинення. Тому, якщо можна встановити, як у цій справі, що злочинець діяв для реалізації цілей або під приводом збройного конфлікту, цього буде достатньо для висновку, що його дії були тісно пов'язані зі збройним конфліктом. Висновок Судової палати з цього питання є беззаперечним.

59. Визначаючи, чи відповідне діяння достатньо пов'язане зі збройним конфліктом, Судова палата може взяти до уваги, серед іншого, такі чинники: той факт, що злочинець є комбатантом; той факт, що потерпіла особа не є комбатантом; той факт, що потерпіла особа є представником протилежної сторони; той факт, що дія може вважатися такою, що служить кінцевій меті військової кампанії; і той факт, що злочин вчинено в межах або в контексті службових обов'язків злочинця.

198. Важливо, що для встановлення зв'язку з військовими злочинами, їхнє «планування або забезпечення за допомогою певної політики не є обов'язковим».³⁴⁰ Навіть єдине окреме діяння може бути визнано військовим злочином, якщо воно пов'язане зі збройним конфліктом.

ii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що були підставою існування збройного конфлікту.

199. Відповідно до роз'яснень, що містяться в Елементах злочинів МКС³⁴¹, а також у судовій практиці МКТЮ та МКС, злочинець не повинен був робити правову

між діяннями та збройним конфліктом Палата підтримує висновок МКТЮ: «Визначаючи, чи відповідне діяння достатньо пов'язане зі збройним конфліктом, Судова палата може взяти до уваги, серед іншого, такі чинники: той факт, що злочинець є комбатантом; той факт, що потерпіла особа не є комбатантом; той факт, що потерпіла особа є членом протилежної сторони; той факт, що дія може вважатися такою, що служить кінцевій меті військової кампанії; і той факт, що злочин вчинено в межах або в контексті службових обов'язків злочинця».

³⁴⁰ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Халіловича](#), п. 724 («Судова палата нагадує, що для існування потрібного зв'язку планування або забезпечення злочину за допомогою певної політики не є обов'язковим. Судова палата далі зазначає, що немає жодних причин, чому одна ізольована дія не могла би становити порушення закону та звичаїв війни, якщо встановлено необхідний зв'язок».

³⁴¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8, вступ, п. 9 («(а) Не існує норми про те, що порушник має давати правову оцінку наявності збройного конфлікту або ж його міжнародного чи неміжнародного характеру; (б) У цьому контексті не існує норми про усвідомлення особою, яка вчинила злочин, фактів, які визначили міжнародний

оцінку існування міжнародного збройного конфлікту, або усвідомлювати, що ситуація кваліфікується як така. Проте, така особа повинна була знати про фактичні обставини, які визначають наявність збройного конфлікту.³⁴² Іншими словами, злочинець повинен знати про фактичні елементи, які вказують на наявність бойових дій.

3. Діяння, що лежать в основі воєнних злочинів, передбачених статтею 438 КК України

а) Вступ

200. У цьому розділі проаналізовано діяння, що лежать в основі воєнних злочинів за міжнародним кримінальним правом, передбачені статтею 438 КК України, з огляду на правову базу міжнародних кримінальних судів і трибуналів як на джерело тлумачення. Хоча не можна виключити, що й інші порушення МГП можуть бути визнані воєнними злочинами, представлені в цьому довіднику воєнні злочини, які трапляються в міжнародних збройних конфліктах, є найактуальнішим переліком загальноновизнаних воєнних злочинів за міжнародним кримінальним правом.
201. Щодо кожного діяння, що лежить в основі злочину, в цьому розділі буде представлено: (1) короткий огляд застосовності та основних елементів кожного воєнного злочину; (2) застосовність відповідних джерел міжнародного кримінального права в контексті конкретного правопорушення, передбаченого статтею 438; (3) об'єктивні елементи та (4) суб'єктивні елементи відповідного правопорушення за міжнародним кримінальним правом, а також (5) контекстуальні елементи.
202. Злочини розподілено відповідно до такої класифікації: (1) воєнні злочини проти людей; (2) воєнні злочини проти власності; (3) воєнні злочини проти цілей, атаки на які заборонено; (4) воєнні злочини із застосуванням заборонених засобів і методів ведення війни; та (5) воєнні злочини проти гуманітарного персоналу та операцій.
203. Усі діяння, що лежать в основі перелічених вище категорій злочинів, можна віднести до кола діянь передбачених статтею 438. Структуру статті 438 можна представити у вигляді двох основних компонентів.
204. Перший компонент охоплює перелік прямо вказаних конкретних правопорушень, а саме:
- Жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням — перша частина статті 438;

чи неміжнародний характер конфлікту; (с) існує лише норма про обізнаність фактичними обставинами, які визначили існування збройного конфлікту, що опосередковано передбачається термінами: «відбувся в контексті та був пов'язаний з»). Див. також МКС, [Рішення Судової палати у справі Бемби](#), п. 135.

³⁴² МКТЮ, [рішення Апеляційної палати у справі Прліч та ін.](#), п. 2392; МКТЮ, [рішення Апеляційної інстанції у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 116-121; МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 733.

- Вигнання цивільного населення для примусових робіт — перша частина статті 438;
 - Розграбування національних цінностей на окупованій території — перша частина статті 438;
 - Умисне вбивство — друга частина статті 438.
205. Другий компонент охоплює широкий спектр діянь, які підпадають під загальні категорії:
- застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом — перша частина статті 438;
 - інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України — перша частина статті 438.
206. Правопорушення, перелічені у статті 438, не завжди є ідентичними діяннями, що лежать в основі кодифікованих згідно з міжнародним кримінальним правом воєнних злочинів. У деяких випадках, передбачені статтею 438 правопорушення можуть охоплювати одне або кілька діянь, що лежать в основі воєнних злочинів. В інших випадках діяння, що лежать в основі воєнних злочинів, можуть одночасно належати до різних компонентів статті 438. Зведена таблиця, що подана нижче, підсумовує цей зв'язок.

Зведена таблиця	
Правопорушення, передбачені статтею 438	Воєнні злочини за міжнародним кримінальним правом
Жорстоке поводження з військово-полоненими або цивільним населенням — частина перша статті 438	<p>[ЧАСТКОВО] Катування (Статут МКТЮ, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(ii))</p> <p>[ЧАСТКОВО] Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти (Статут МКТЮ, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(ii))</p> <p>[ЧАСТКОВО] Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (Статут МКТЮ, стаття 2(c); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(iii))</p>
Вигнання цивільного населення для примусових робіт — частина перша статті 438	<p>[ЧАСТКОВО] Незаконна депортація або переміщення (Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vii); Статут МКТЮ, стаття 2(g));</p> <p>[ЧАСТКОВО] Переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану територію чи депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(viii));</p>
Розграбування національних цінностей на окупованій території — частина перша статті 438;	[ЧАСТКОВО] Розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом (Статут МКТЮ, стаття 3(d), Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xvi))
Умисне вбивство — частина друга статті 438	Умисне вбивство (Статут МКТЮ, стаття 2 (a); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(i))

Зведена таблиця	
Правопорушення, передбачені статтею 438	Воєнні злочини за міжнародним кримінальним правом
Застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом — частина перша статті 438	<p>Вбивство або поранення особи, яка вибула зі строю (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vi))</p> <p>Неналежне використання розпізнавальних знаків (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vii))</p> <p>Віроломне вбивство або поранення осіб, що належать до ворожої нації чи армії (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xi))</p> <p>Заява про те, що пощади не буде (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xii))</p> <p>Використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від воєнних операцій (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxiii))</p> <p>Умисне використання голодування цивільного населення як метод ведення війни (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxv))</p> <p>Незаконне застосування терору проти цивільних осіб (Статут МКТЮ, стаття 3)</p>
Інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами — частина перша статті 438	<p>Умисне вбивство (Статут МКТЮ, стаття 2 (a); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(i))</p> <p>Злочини неналежного поведіння: катування або нелюдське поведіння, у тому числі експерименти та заподіяння каліцтва, а також умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень (Статут МКТЮ, стаття 2(b)-(c); Статут МКС, статті 8(2)(a)(ii)-(iii), 8(2)(b)(x))</p> <p>Посягання на людську гідність, зокрема образливе і таке, що принижує людську гідність поведіння (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxi))</p> <p>Зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства порівнянної тяжкості (Статут МКС, стаття 8(2)(xxii))</p> <p>Примушення до служби у збройних силах ворожої держави/примушення до участі у воєнних діях (Статут МКТЮ, стаття 2(e); Статут МКС, статті 8(2)(a)(v), 8(2)(b)(xv))</p> <p>Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxvi))</p> <p>Умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд (Статут МКТЮ, стаття 2(f); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vi))</p>

Зведена таблиця Правопорушення, передбачені статтею 438	Воєнні злочини за міжнародним кримінальним правом
	<p>Оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xiv))</p> <p>Незаконна депортація або переміщення (Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vii); Статут МКТЮ, стаття 2(g))</p> <p>Взяття заручників (Статут МКТЮ, статті 2(h) і 3; Статут МКС, стаття 8(2)(a)(viii))</p> <p>Переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію чи депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(viii))</p> <p>Широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликано військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (Статут МКТЮ, стаття 2(d); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(iv))</p> <p>Розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом (Статут МКТЮ, стаття 3(d), Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xvi))</p> <p>Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю (стаття 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС; Статут МКТЮ, стаття 3(b))</p> <p>Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(i); Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ii))</p> <p>Умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ii); Статут МКТЮ, стаття 3)</p> <p>Умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(iv); Статут МКТЮ, стаття 3)</p> <p>Напад на незахищені й такі, що не є військовими цілями, міста, села, помешкання або будівлі чи їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(v))</p>

Зведена таблиця	
Правопорушення, передбачені статтею 438	Воєнні злочини за міжнародним кримінальним правом
	<p><u>Умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є військовими цілями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ix))</u></p> <p><u>Вбивство або поранення особи, яка вибула зі строю (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vi))</u></p>
	<p><u>Неналежне використання розпізнавальних знаків (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vii))</u></p> <p><u>Віроломне вбивство або поранення осіб, що належать до ворожої нації чи армії (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xi))</u></p> <p><u>Заява про те, що пощади не буде (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xii))</u></p> <p><u>Використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від воєнних операцій (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxiii))</u></p> <p><u>Застосування отрути або отруєної зброї, заборонених газів, рідин, матеріалів чи засобів (Статут МКТЮ, стаття 3(a); Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xvii)-(xviii))</u></p> <p><u>Використання заборонених куль (Статут МКТЮ, стаття 3(a), Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xix))</u></p> <p><u>Умисне використання голодування цивільного населення як метод ведення війни (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxv))</u></p> <p><u>Незаконне застосування терору проти цивільних осіб (Статут МКТЮ, стаття 3)</u></p> <p><u>Умисне спрямування нападів на персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру, які мають право на захист відповідно до МГП (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(iii))</u></p> <p><u>Умисне спрямування нападів на об'єкти та персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxiv))</u></p>

b) Воєнні злочини проти людей

і. Умисне вбивство (Статут МКТЮ, стаття 2 (а); Статут МКС, стаття 8(2)(а)(і))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Умисне вбивство є передбаченим законодавством України воєнним злочином, про що прямо зазначено у другій частині статті 438 КК України. Його також можна вважати кримінальним правопорушенням згідно з першою частиною статті 438, оскільки воно охоплюється «іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Щоб засудити особу, яка вчинила воєнний злочин умисного вбивства, необхідно встановити такі елементи:

1) **Об'єктивні елементи**

- Дії або бездіяльність особи, яка вчинила злочин, призвели до смерті однієї або кількох осіб.
- Убита(-і) особа(-и) перебувала(ли) під захистом Женевських конвенцій, тобто йдеться про: (1) поранених або хворих військовослужбовців збройних сил; (2) військовополонених; (3) цивільних осіб; (4) медичний та релігійний персонал.

2) **Суб'єктивні елементи**

- Злочинець мав намір спричинити смерть особи або завдати таких тяжких тілесних ушкоджень, які могли, як це на розумних підставах мало бути йому відомо, призвести до смерті.
- Злочинець усвідомлював, що особа перебуває під захистом Женевських конвенцій.

3) **Контекстуальні елементи**

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були по'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

207. У частині 2 статті 438 КК України йде мова про «умисне вбивство» в контексті воєнних злочинів, за які передбачено кримінальну відповідальність в Україні. Це можна розуміти так: умисне вбивство як «порушення законів та звичаїв війни» криміналізоване статтею 438, що відображає міжнародний воєнний злочин умисного вбивства. Якщо посилання на умисне вбивство в другій частині статті 438 тлумачити як обтяжливу обставину, тоді діяння все одно може бути віднесено до категорії «інших порушень правил законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», про які йдеться у частині 1 статті 438 КК України.

208. **Умисне вбивство є серйозним порушенням Міжнародного гуманітарного права, що відображено в міжнародних договорах, ратифікованих Україною.**

Умисне вбивство заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною, як грубе порушення Женевських конвенцій ([Женевська конвенція I](#), стаття 50; [Женевська конвенція II](#), стаття 51; [Женевська конвенція III](#), стаття 130; [Женевська конвенція IV](#), стаття 147).³⁴³

209. Визнання воєнними злочинами. Умисне вбивство визнається воєнним злочином у міжнародних збройних конфліктах.³⁴⁴ Умисне вбивство класифікується як воєнний злочин у контексті міжнародних збройних конфліктів у статутах кількох міжнародних кримінальних трибуналів, у тому числі в статті 6(b) Статуту Міжнародного військового трибуналу у Нюрнберзі, статті 2(a) Статуту МКТЮ, і статті 8(2)(a)(i) Статуту МКС. Воєнний злочин умисного вбивства має однакові елементи як в контексті міжнародного збройного конфлікту, так і в контексті неміжнародного збройного конфлікту, що відображено у статті 3 Статуту МКТЮ та статті 8(2)(c)(i) Статуту МКС.³⁴⁵

УМИСНЕ ВБИВСТВО ЯК ВОЄННИЙ ЗЛОЧИН (СТ. 438 КК УКРАЇНИ) У ПОРІВНЯННІ З ВБИВСТВОМ ЯК ЗВИЧАЙНИМ ЗЛОЧИНОМ (СТ. 115, 119 КК УКРАЇНИ)

Умисне вбивство як воєнний злочин, передбачений статтею 438 КК України, необхідно відрізнити від умисного вбивства та вбивства з необережності, передбачених статтями 115 і 119 КК України.

Вбивство або умисне вбивство як воєнний злочин, передбачений статтею 438 КК України, кваліфікується лише у випадках, якщо:

- тривав міжнародний збройний конфлікт, і вбивство сталося в контексті та було пов'язане з цим конфліктом;
- загиблий є особою, яка перебувала під захистом Женевських конвенцій.

На відміну від звичайного злочину вбивства в мирний час, заподіяння смерті не захищеної Женевськими конвенціями особи (наприклад, вона є військовослужбовцем, який не поранений, не хворий або не потрапив під владу ворога) не слід розглядати як воєнний злочин умисного вбивства.

210. Усі ці елементи підтверджують висновок про те, що злочин умисного вбивства є злочином відповідно до частини першої або другої статті 438 КК України, і

³⁴³ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

³⁴⁴ Кримінальна відповідальність знаходить своє обґрунтування в заборонах, передбачених статтею 12 Женевської конвенції I, статтею 12 Женевської конвенції II, статтею 13 Женевської конвенції II та статтею 32 Женевської конвенції IV. Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

³⁴⁵ Міжнародна судова практика підтверджує, що немає різниці між умисним вбивством як воєнним злочином, скоєним під час міжнародних збройних конфліктів, і вбивством як воєнним злочином, скоєним під час неміжнародних збройних конфліктів. МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 789 («підготовчі матеріали вказують, що укладачі Статуту передбачали відсутність різниці між умисним вбивством за статтею 8(2)(a) і умисним вбивством за статтею 8(2)(c)(i). Крім того, Палата зазначає, що спеціальні суди надають цим двом термінам подібне значення»). Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), пункти 422-423. Див. також пункти 422-423.

що передбачений частиною 2 статті 438 злочин умисного вбивства відповідає воєнному злочину умисного вбивства за міжнародним кримінальним правом.

в. Склад умисного вбивства (об'єктивні елементи)

211. Об'єктивні елементи умисного вбивства передбачають, що: (1) дія або бездіяльність особи, яка вчинила злочин, спричинили смерть однієї чи кількох осіб, які (2) перебувають під захистом Женевських конвенцій.
212. Дія або бездіяльність особи, яка вчинила злочин, спричинили смерть людини. Умисне вбивство може бути скоєне дією або бездіяльністю. Повинні бути докази того, що одна або більше осіб загинули «в результаті» дій або бездіяльності особи, яка вчинила злочин. Іншими словами, має існувати причинно-наслідковий зв'язок між дією або бездіяльністю особи, яка вчинила злочин, і смертю потерпілих.³⁴⁶
213. Однак поведінка особи, яка вчинила злочин, не обов'язково повинна бути єдиною причиною смерті потерпілої особи (потерпілих). Достатньо, щоб діяння особи, яка вчинила злочин, значною мірою сприяли смерті особи (осіб).³⁴⁷
214. Необхідно встановити, що особа (-и) померла (-и). У частині доказів судова практика МКТЮ та МКС вказує на те, що смерть особи може бути встановлена за допомогою:
- прямих доказів (наприклад, наявність трупа); або
 - непрямих доказів, якщо єдиним розумним висновком з них є смерть потерпілих.³⁴⁸

³⁴⁶ МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 36 («Апеляційна палата нагадує, що елементами умисного вбивства згідно зі статтею 2 Статуту є смерть потерпілого внаслідок дії (дій) обвинуваченого»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 424 («Перший із них можна назвати *actus reus* — фізичною дією, необхідною для правопорушення. Щодо вбивства будь-якого характеру таким *actus reus*, очевидно, є смерть потерпілого в результаті дій обвинуваченого. Судова палата вважає зайвим докладно зупинятися на цьому питанні, хоча вона й зазначає, що як бездіяльність, так і конкретні дії можуть задовольнити елемент *actus reus*»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), пункти 381 («Смерть була спричинена діями чи бездіяльністю обвинуваченого або особи чи осіб, за дії чи бездіяльність яких обвинувачений несе кримінальну відповідальність»), 382 («*Actus reus* полягає в дії або бездіяльності обвинуваченого, що призвело до смерті потерпілого»).

³⁴⁷ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 296 («Палата також погоджується з висновком МКТЮ про те, що «діяння обвинуваченого мають бути вагомою причиною смерті потерпілої особи»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 382 («Обвинуваченню необхідно лише довести поза розумним сумнівом, що діяння обвинуваченого значною мірою сприяли смерті потерпілої особи»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Караджича](#), п. 446 («Що стосується необхідного причинно-наслідкового зв'язку, дотримання вимоги про те, що смерть мала настати «в результаті» дій чи бездіяльності особи, яка вчинила злочин, не потребує того, щоб це було єдиною причиною смерті потерпілої особи; достатньо, щоб «поведінка особи, яка вчинила злочин, істотно сприяла смерті потерпілої особи»»).

³⁴⁸ МКТЮ, [Квочка та ін., рішення Апеляційної палати](#), п. 260 («Судова палата правильно зазначила, що докази поза розумним сумнівом того, що особу було вбито, не обов'язково потребують доведення того, що тіло цієї особи було знайдено. Про факт смерті потерпілої особи можна зробити непрямий висновок із усіх доказів, наданих Судовій палаті. Усе, що потрібно встановити на основі цих доказів — це те, що єдиним розумним висновком з них є те, що потерпіла особа померла внаслідок дій чи бездіяльності обвинуваченого або однієї чи кількох осіб, за яких обвинувачений несе кримінальну відповідальність»); МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 768 («Щоб довести смерть потерпілої особи, обвинуваченню не потрібно доводити, що було знайдено труп померлого. Воно може надати непрямі докази смерті за умови, що смерть потерпілої

215. Вбивства однієї людини достатньо для кваліфікації умисного вбивства воєнним злочином. Однак у випадку масових звірств наполягати на високому ступені конкретності може бути недоцільно, тому міжнародна судова практика не вимагає ані точної кількості, ані точної ідентифікації потерпілих осіб.³⁴⁹

НЕПРЯМІ ДОКАЗИ НА ПРАКТИЦІ: НЕВИЧЕРПНИЙ ПЕРЕЛІК ОБСТАВИН, ЗА ЯКИМИ МОЖНА ВСТАНОВИТИ СМЕРТЬ ЛЮДИНИ

- Докази жорстокого поводження з особою перед її зникненням;
- повторювані аналогічні випадки жорстокого поводження з іншими потерпілими та їх зникнення;
- час смерті інших що потерпілих осіб, що збігається або майже збігається з часом смерті потерпілої особи;
- факт перебування особи на території збройного нападу;
- час, місце та обставини, за яких особу бачили востаннє;
- поведінка військовослужбовців поблизу місця, де востаннє бачили особу, зокрема щодо інших цивільних осіб у відповідний час; або
- відсутність контакту особи з іншими людьми, з ким вона мала би контактувати, наприклад, з її родиною.

— Справа Караджича. [Рішення Судової палати](#), п. 446, примітка 1476

216. Убитий має перебувати під захистом Женевських конвенцій.

217. Убита особа має бути захищеною відповідно до чотирьох Женевських конвенцій.³⁵⁰ Цей елемент є фундаментальним, оскільки він відокремлює умисне вбивство як воєнний злочин від звичайного злочину у вигляді умисного вбивства.

218. До осіб, які перебувають під захистом чотирьох Женевських конвенцій, належать:

- військовослужбовці, які є пораненими, хворими та/або такими, що зазнали корабельної аварії в морі; [[Женевська конвенція I](#), стаття 13; [Женевська конвенція II](#), стаття 13];
- військовополонені; [[Женевська конвенція III](#), стаття 4];
- цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є; [[Женевська конвенція IV](#), стаття 4].

особи є єдиним розумним висновком, який можна зробити»). Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Караджича](#), п. 446; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), пункти 384-385.

³⁴⁹ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2698 («хоча прокурор повинен довести, наскільки це можливо, місце, дату та засоби вбивства, вона не зобов'язана доводити по відношенню до кожного вбивства особу потерпілої особи або те, що труп померлого було знайдено»).

³⁵⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 287 («Воєнний злочин умисного вбивства відбувається, коли його вчиняє особа, яка своєю дією чи бездіяльністю спричиняє смерть однієї чи кількох осіб, про які йдеться у статтях 13, 24, 25 і 26 Женевської конвенції I, статтях 13, 36 і 37 Женевської конвенції II, статті 4 Женевської конвенції III і статтях 4, 13 і 20 Женевської конвенції IV»).

- медичний і духовний персонал [[Женевська конвенція I](#), статті 24, 25, 26; [Женевська конвенція II](#), статті 36 і 37; [Женевська конвенція IV](#), стаття 20];
219. Якщо особа не підпадає під жодну з цих категорій (наприклад, військовослужбовець, який не поранений, не хворий або не потрапив під контроль ворога), то заподіяння їй смерті не вважається умисним вбивством.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ОСОБИ, ЯКІ ПЕРЕБУВАЮТЬ ПІД ЗАХИСТОМ

У справі Кордіча та Черкеза Апеляційна палата МКТЮ розглядав статус осіб, які перебувають під захистом, у таких випадках:

Апеляційна палата скасувала вирок за вбивство чоловіка та жінки в їхній квартирі у квітні 1993 року. Апеляційна палата дійшла такого висновку на основі розгляду доказів, які свідчили про те, що вони були не цивільними особами, а членами Територіальної оборони, а отже, не були особами, які перебувають під захистом Женевських конвенцій (МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 458).

Чоловік на ім'я Саліх Омердич отримав ножові поранення та був застрелений військовослужбовцем сил боснійських хорватів у квітні 1993 року і помер від отриманих поранень. Ніщо в доказах не вказувало на те, чи був Саліх Омердич цивільною особою чи членом Територіальної оборони. Тому Апеляційна палата не могла зробити висновок про те, що Саліх Омердич є особою, яка перебуває під захистом Женевських конвенцій (МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 460).

Апеляційна палата підтвердила вирок за вбивство батька та його сина у квітні 1993 року. Докази вказували на те, що вони тримали руки над головою і здалися солдатам. Незалежно від того, ким їх слід було вважати — цивільними особами чи комбатантами, Апеляційна палата відзначила, що вони потрапили до рук ворога, а саме до військовослужбовців сил боснійських хорватів. Отже, вони перебували під захистом Женевських конвенцій (МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Кордіча та Черкеза](#), пункти 478-480).

220. Цивільні особи як особи, які перебувають під захистом. Захист, що надається статтею 4 Женевської конвенції IV цивільним особам, які опинилися в епіцентрі міжнародного конфлікту, слід тлумачити як такий, що передбачає максимальний ступінь охорони. Тому відповідність вимозі щодо «громадянства», передбаченої статтею 4 Женевської конвенції IV для визначення цивільних осіб, повинна встановлюватися після аналізу «сутності відносин», а не на основі юридичної кваліфікації їхнього громадянства за національним законодавством («критерій лояльності»). Отже, лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій перевірки.³⁵¹

³⁵¹ МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Челебічі](#), пункти 83-84 («Статтю 4 Женевської конвенції IV слід тлумачити як намір максимально захистити цивільних осіб, які опинилися у вирі міжнародного конфлікту або конфлікту, який набув міжнародного виміру. Тому відповідність вимозі статті 4 щодо громадянства повинна встановлюватися на основі аналізу «суті відносин», а не на основі правової кваліфікації за національним законодавством. У сучасних етнічних конфліктах, зокрема для цілей застосування гуманітарного права та

221. З рештою, оскільки сили сторони конфлікту поступово встановлюють контроль над територією, окремі цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус захищених осіб у значенні Женевської конвенції IV, за умови, що вони не заявлять про лояльність відповідній стороні.³⁵²

МКС. РІШЕННЯ ПРО ПІДТВЕРДЖЕННЯ ЗВИНУВАЧЕНЬ У СПРАВІ КАТАНГИ ТА НГУДЖОЛО ЧУЇ, ПУНКТИ 289-293 (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНО).

289. З цієї причини, а також відповідно до статті 4 Женевської конвенції IV, особи, які перебувають під захистом, — це ті цивільні особи, які «в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є».

290. Апеляційна палата МКТЮ у справі Тадіча встановила, що «громадянство», як це передбачено статтею 4 Женевської конвенції IV, не є вирішальним критерієм для визначення того, чи має окрема цивільна особа статус захищеної відповідно до Женевської конвенції IV. За даними Апеляційної палати МКТЮ:

[...] не лише текст та історія розроблення Конвенції, але й, що більш важливо, мета і цілі Конвенції свідчать про те, що лояльність стороні конфлікту та, відповідно, контроль цієї сторони над особами на певній території можна вважати вирішальним критерієм.

291. Ця Палата також дотримується підходу, згідно з яким термін «громадяни» у статті 4 ЖК IV, яка була розроблена у 1949 році, відображав у той час передбачувану важливість громадянства для визначення лояльності окремих цивільних осіб. Незважаючи на те, що зв'язок між громадянством і лояльністю залишається важливим чинником у визначенні статусу захищених осіб, які опиняються у міжнародних збройних конфліктах, згідно з судовою практикою МКТЮ, він вже не є визначальним критерієм.

292. Отже, стаття 8(2)(а)(і) Статуту застосовується до таких випадків, коли захищених цивільних осіб вбивають тоді, коли вони перебувають «під владою» сторони конфлікту. Відповідно до прецедентного права міжнародних трибуналів, певна цивільна особа потрапляє «під контроль» сторони конфлікту, якщо ця особа перебуває на території, підконтрольній такій стороні.

293. Отже, на думку Палати, у міру того, як сили сторони конфлікту, які здійснюють напад, поступово здобувають контроль над селом, що є об'єктом нападу, окремі цивільні особи на цих територіях автоматично набувають статус захищених осіб у значенні статті 4 Женевської Конвенції IV, якщо вони не заявлять про лояльність відповідній стороні. Тому стаття 8(2)(а)(і) Статуту забороняє умисне вбивство цих цивільних осіб за таких обставин.

статті 4 Женевської конвенції IV, потерпілі особи можуть «асимілюватися» до зовнішньої держави, яка бере участь у конфлікті, навіть якщо вони формально мають таке ж громадянство, як і ті, хто їх захопив. Отже, Апеляційна палата погоджується з апеляційним рішенням у справі Тадіча у тому, що «навіть якщо за обставинами справи злочинці та потерпілі особи вважатимуться особами, що мають спільне громадянство, стаття 4 все одно буде застосовною [...]. Громадянство потерпілих осіб в цілях застосування Женевської конвенції IV необхідно визначати не на основі формальних національних характеристик, а радше на основі аналізу сутнісних відносин, беручи до уваги різну етнічну приналежність потерпілих осіб і злочинців та їхні зв'язки з іноземною державою, що втрутилася»). МКТЮ, *Прліч та ін. Апеляційне рішення*, пункти 354-355; МКТЮ, *Апеляційне рішення у справі Тадіча*, пункти 165-166.

³⁵² МКС. *Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 293 («на думку Палати, у міру того, як сили сторони конфлікту, які здійснюють напад, поступово здобувають контроль над селом, що є об'єктом нападу, окремі цивільні особи на цих територіях автоматично набувають статус захищених осіб у значенні статті 4 Женевської Конвенції IV, якщо вони не заявлять про лояльність відповідній стороні»).

с. Склад умисного вбивства (суб'єктивні елементи)³⁵³

222. Суб'єктивні елементи умисного вбивства передбачають: (1) намір вбити; та (2) усвідомлення захищеного статусу потерпілої особи.
223. **Злочинець умисно та усвідомлено вбив одну чи більше осіб.**³⁵⁴ Коментатори припускають, що через використання поняття «умисно» в Статуті МКС до цього правопорушення може застосовуватися нижчий стандарт *mens rea*, оскільки «умисно» тлумачиться судовою практикою МКТЮ як таке, що включає прямий умисел і непрямий умисел (*dolus eventualis*).³⁵⁵ Це також відповідає вимогам кримінального законодавства України щодо умисного вбивства,³⁵⁶ що охоплює як прямий умисел, а саме намір заподіяти смерть особі, так і непрямий умисел (*dolus eventualis*), що становить умисне завдання тяжких тілесних ушкоджень за умови усвідомлення особою, яка вчинила злочин, того, що смерть потерпілої особи є ймовірним наслідком його/її дії або бездіяльності.³⁵⁷

МКТЮ, ПРЛЧ ТА ІН. РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ, П. 2793.

«*mens rea* вбивства потребує наявності дії або бездіяльності з наміром убити чи заподіяти тяжкі тілесні ушкодження з обґрунтованим усвідомленням того, що це може призвести до смерті».

224. Якщо смерть є випадковою (не є передбачуваним наслідком дій чи бездіяльності особи, яка вчинила злочин), тоді діяння злочинця не є умисним вбивством.³⁵⁸

³⁵³ У цьому розділі детально описано суб'єктивницького воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні елементи злочинів загалом. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

³⁵⁴ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 8(2)(а)(і); [Статут МКС](#), Стаття 30.

³⁵⁵ Трифтерер і Амбос (Ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-є видання, С.Н. Бек Харт Номос, 2016, с. 346, абз. 144; Werle and Jeßberger, *Principles of International Criminal Law*, 4th Edition, Oxford University Press, 2020, р. 504, абз. 1327, ф. 447; МТКЮ, [Судовий вирок](#) у справі *Бласкіча*, п. 152 («[На] думку Судової палати, *mens rea*, що становить усі порушення статті 2 Статуту [що містять серйозні порушення], включає як винний умисел, так і необережність, які можна порівняти з серйозною злочинною недбалістю»). Див. статті 23-25, 115-118, 119 КК України.

³⁵⁶ МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 36 («обвинувачений (...) мав намір заподіяти смерть або завдати тяжких тілесних ушкоджень, які, як він мав би розумно припустити, можуть призвести до смерті»); МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Челебічі](#), п. 422 («мав намір заподіяти смерть або завдати тяжких тілесних ушкоджень, які, як він мав би розумно припустити, можуть призвести до смерті»). Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 381 («намір вбити, або завдати тяжких тілесних ушкоджень або серйозних травм, знаючи наперед, що така дія чи бездіяльність може призвести до смерті»).

³⁵⁷ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 433 («Судова палата також керується простим, звичайним значенням слова «умисний», яке міститься в Короткому Оксфордському словнику англійської мови, а саме: «навмисний, усвідомлений». Виходячи з цього, немає жодних суттєвих розбіжностей між використанням терміну «умисне вбивство» та його французьким відповідником «l'homicide intentionnel». (...) Суть, що впливає з використання цієї термінології в обох мовах, полягає в тому, що смерть не повинна бути випадковим наслідком дій обвинуваченого»).

Крім того, для встановлення воєнного злочину умисного вбивства не потрібна наявність попереднього обмірковування.³⁵⁹

225. **Усвідомлення захищеного статусу потерпілої особи.** Злочинець також повинен знати про захищений статус потерпілої особи. Усвідомлення захищеного статусу не означає, що злочинець повинен був провести оцінювання та дійти висновку, що потерпіла особа була захищеною особою відповідно до будь-якої з чотирьох Женевських конвенцій. Важливими є фактичні обставини, які підтверджують цей статус.³⁶⁰

d. Контекстуальні елементи

226. Крім того, як і з іншимим воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;³⁶¹ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.³⁶²

- ii. Злочини неналежного поводження: катування або нелюдське поводження, у тому числі експерименти та заподіяння каліцтва, а також умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень (Статут МКТЮ, стаття 2(b)-(c); Статут МКС, статті 8(2)(a)(ii)-(iii), 8(2)(b)(x))

227. У цьому розділі розглядається низка воєнних злочинів, які можна звести до категорії «злочинів неналежного поводження».³⁶³ Ці злочини є однаковими або схожими за походженням та джерелами. Деякі їхні елементи ідентичні, а інші відрізняються, іноді значно. Для зручності вони розписані в чотирьох окремих розділах.

³⁵⁹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 386 («Судова палата вважає, що *mens rea* умисного вбивства не потребує наявності попереднього обмірковування»).

³⁶⁰ МКС. [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 297 («стаття 8(2)(a)(i) Статуту також передбачає, що злочинець «усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про захищений статус потерпілої особи. Отже, злочинець не обов'язково має оцінювати та робити висновок про те, що потерпіла особа насправді була особою, яка перебувала під захистом будь-якої з Женевських конвенцій»), 305 («воєнний злочин умисного вбивства, передбачений статтею 8(2)(a)(i) Статуту також передбачає, що злочинець «усвідомлює фактичні обставини, що свідчили про захищений статус потерпілої особи. Отже, злочинець не зобов'язаний робити необхідне оціночне судження, щоб дійти висновку, що потерпіла особа справді мала захищений статус згідно з будь-якою з Женевських конвенцій 1949 року»).

³⁶¹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(i).

³⁶² Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(i).

³⁶³ Див. МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пп. 440-445. Див. також: Верле та Вессбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання. Oxford University Press, 2020, с. 486, 490, п. 1265-1266, 1281; МКТЮ, [Прліч та ін.](#), [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 114.

а. Катування (Статут МКТЮ, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(ii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин катування можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1) Об'єктивні елементи

- Злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам.
- Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2) Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань.
- Злочинець завдав болю або страждань з метою отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу, або дискримінації за будь-якою ознакою.
- Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчать про захищений статус осіб відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

3) Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

і. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

228. Стаття 438 КК України не містить прямої згадки про воєнний злочин катування. Однак цей злочин охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.
229. **Катування є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною.** Катування є порушенням МГП за чотирма [Женевськими конвенціями 1949 року](#) та [Додатковим протоко-](#)

[лом I](#).³⁶⁴ Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.³⁶⁵

230. **Визнання воєнним злочином.** Каткування як порушення МГП є воєнним злочином у контексті міжнародного збройного конфлікту, оскільки воно є грубим порушенням Женевських конвенцій, а також Додаткового протоколу I.³⁶⁶ Такі дії також криміналізовані відповідно до міжнародного звичаєвого права.³⁶⁷ З рештою, каткування є воєнним злочином у контексті міжнародного збройного конфлікту за [Статутом МКТЮ](#) (стаття 2(b)) та [Статутом МКС](#) (стаття 8(2)(a)(ii)).³⁶⁸
231. Зазначене вказує на те, що каткування є злочином і за статтею 438 КК України.

ii. Склад каткування (об'єктивні елементи)

232. Об'єктивна сторона каткування характеризується такими елементами: (1) злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам; (2) особа чи особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.³⁶⁹ Ці елементи мають статус міжнародного звичаєвого права.³⁷⁰
233. Злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам.
234. Каткування можуть бути вчинені шляхом дії або злочинної бездіяльності.³⁷¹

³⁶⁴ [Женевська конвенція I](#), стаття 12; [Женевська конвенція II](#), стаття 12; [Женевська конвенція III](#), статті 17, 87; [Женевська конвенція IV](#), стаття 32; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(1)-(2)(a).

³⁶⁵ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року, а 25 січня 1990 року — Додатковий протокол I. МКЧХ. База даних МГП. Договори, держави-учасниці та коментарі. [Україна](#). Заборона каткування також має статус міжнародного звичаєвого права. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норма 90. Забороняються каткування, жорстоке чи нелюдське поводження, наруга над людською гідністю, зокрема образливе і принизливе поводження](#). Крім того, заборона катувань є *ius cogens*, тобто імперативною нормою міжнародного права, відступ від якої не допускається. МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 454.

³⁶⁶ [Женевська конвенція I](#), статті 49-50; [Женевська конвенція II](#), статті 50-51; [Женевська конвенція III](#), статті 129-130; [Женевська конвенція IV](#), статті 146-147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85(1)-(2), (5); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Заборона катувань та інших форм жорстокого поводження та покарання за них](#), 2014 р., с. 2.

³⁶⁷ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#).

³⁶⁸ [Статут МКТЮ](#), стаття 2(b); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(a)(ii). Див. також [Статут МКС](#), статтю 8(2)(c)(i), яка застосовується в контексті неміжнародного збройного конфлікту. Див. також вище пп. 166-182.

³⁶⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(ii)-1.

³⁷⁰ МКТЮ, [Кунарац та ін.](#), [Рішення Судової палати](#), пп. 483-485. У рішенні Судової палати у справі [Кунарац та ін.](#) викладено ті елементи, які не викликають суперечок, є загальноприйнятими і відображеними в Елементах злочинів МКС. У рішенні Судової палати у справі [Кунарац та ін.](#) також відзначено і відхилено елементи, загальноприйнятність яких під сумнівом. Останні, як правило, не відображені в Елементах злочинів МКС.

³⁷¹ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2700 («Злочин каткування, незалежно від того, чи є він злочином проти людяності чи воєнним злочином, скоюється шляхом дії або бездіяльності та має спільний матеріальний елемент, який полягає в тому, що «особа, яка вчинила злочин, завдала сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам»), стосується злочину каткування під час неміжнародного збройного конфлікту за статтею 8(2)(c)(i), але це міркування може також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі; МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі [Кунарац та](#)

235. *Фізичний або душевний біль чи страждання*. Завданий фізичний або душевний біль чи страждання не обов'язково повинні включати фізичну травму, порушення функцій організму або смерть. Будь-яка завдана травма не обов'язково має бути непоправною, а наслідки катувань не обов'язково мають бути видимими.³⁷²
236. *Тяжкість*. Тяжкість означає значний ступінь болю чи страждань.³⁷³ Відповідно до практики спеціальних міжнародних кримінальних трибуналів, цей підвищений гострий ступінь болю або страждань відрізняє злочин катування від злочину нелюдського поводження, а також від злочину умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, обидва з яких передбачають порівняно нижчий ступінь болю чи страждань.³⁷⁴
237. Ця різниця не була відтворена у формулюванні Елементів злочинів МКС, де використовується один і той самий термін «сильний» і для катування і для нелюдського поводження.³⁷⁵ Тим не менш, на цьому етапі нещодавня практика МКС з досудового розгляду справ, судячи з усього, визнає різницю в ступені тяжкості, необхідної для диференціації між злочинами катування та нелюдського поводження.³⁷⁶

ін., пункт 483 («Катування полягає в заподіянні дією чи бездіяльністю сильного фізичного або морального болю чи страждань»).

³⁷² МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2701 («Немає необхідності доводити, що біль чи страждання включали конкретну фізичну травму (наприклад, відмову органів), порушення функцій організму чи смерть. Біль і страждання можуть бути як фізичними, так і душевними. Наслідки катувань не обов'язково повинні бути видимими, а травма не обов'язково повинна бути постійною»); МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231, обидва стосуються злочину катування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(c)(i), але це міркування також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

³⁷³ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2701 («Тяжкість передбачає значну міру болю та страждань»); МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 230 («Un degré important de douleur et de souffrance doit être atteint pour qu'un crime puisse être qualifié de torture au regard du Statut»), обидва стосуються злочину катування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2) (c)(i), але це міркування також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

³⁷⁴ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 119, виноска 236 («Палата зазначає, що ступінь душевних або фізичних страждань у випадку нелюдського поводження, є нижчим, ніж у випадку катування»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 246 («Ступінь фізичних або душевних страждань необхідний, щоб довести один із двох злочинів [нелюдського поводження чи жорстокого поводження], є нижчим за той, який вимагається для катувань, хоча й має той самий рівень, який є необхідним для доведення звинувачення в «умисному заподіянні сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 483 («Тяжкість болю або страждань відрізняє катування від інших форм неналежного поводження»).

³⁷⁵ [Елементи злочинів МКС](#) користуються у контексті катування та нелюдського поводження однаковими формулюваннями «сильного» фізичного або морального болю чи страждання (стаття 8(2)(a)(ii)-1, -2, елемент 1); Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 334, п. 92.

³⁷⁶ Див. МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 230 («c'est le caractère « aigu » de la douleur ou de la souffrance qui différencie le crime de torture d'autres actes de mauvais traitements.»), 232 («La qualification de torture doit être réservée au degré le plus fort de traitement inhumain, en raison du caractère spécialement infamant de celle-ci. Les mauvais traitements qui n'atteignent pas le seuil de gravité de la torture peuvent, le cas échéant, constituer [...] des traitements cruels constitutifs de crime de guerre.»), 257, 259, стосовно злочину катування під час неміжнародного збройного конфлікту за статтею 8(2)(c)(i), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

238. Немає конкретно визначеного порогового рівня сильних страждань або болю, заподіяння яких становить катування. Його можна визначити лише в кожному випадку окремо з огляду на всі обставини справи. Умова щодо тяжкості може відповідати одному діянню або сукупності діянь, що розглядаються як ціле.³⁷⁷ Крім того, при визначенні тяжкості неналежного поводження можуть враховуватися об'єктивні та суб'єктивні критерії, а також соціальний, культурний і релігійний контекст.³⁷⁸

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ БРДЖАНІНА, П. 484 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО), ЩОДО ВІДПОВІДНИХ КРИТЕРІЇВ ОЦІНКИ ТЯЖКОСТІ:

Під час визначення тяжкості будь-якого неналежного поводження необхідно враховувати об'єктивну тяжкість заподіяної шкоди, зокрема характер, мету та послідовність вчинених діянь. Суб'єктивні критерії, як-от фізичний або психічний стан потерпілої особи, вплив поводження та, в деяких випадках, такі чинники, як вік, стать, стан здоров'я та нижчий статус потерпілої особи, також будуть мати значення для визначення тяжкості шкоди.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПРИКЛАДИ СИЛЬНОГО ФІЗИЧНОГО ЧИ МОРАЛЬНОГО БОЛЮ АБО СТРАЖДАНЬ, ЯКІ Є КАТУВАННЯМ.

У міжнародній судовій практиці вважається, що катуванням можуть бути такі приклади сильного фізичного або морального болю:

- Шмагання батоном як метод катування після арешту.³⁷⁹
- Тілесне покарання у вигляді «15 ударів батоном» по ув'язненому, якого прив'язують голим до металевої конструкції та надягають капюшон на голову.³⁸⁰
- Тілесне покарання за допомогою електричних кабелів або ураження електричним струмом.³⁸¹

³⁷⁷ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2701 («Тяжкість передбачає значну міру болю та страждань і може бути присутньою внаслідок однієї дії або комбінації дій, якщо розглядати їх як ціле. Зазначене можна визначити лише в кожному конкретному випадку з огляду на всі обставини справи.»); МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 230, обидва стосуються злочину катування під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(c)(i), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

³⁷⁸ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 484; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Брджаніна](#), пункти 246-252; МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 230 («Le contexte social, culturel et religieux relatif aux victimes peut également être pris en considération, en tant qu'élément pouvant aggraver les souffrances»).

³⁷⁹ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231.

³⁸⁰ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231.

³⁸¹ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231; МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 76.

- Спричинення опіків.³⁸²
- Викликання відчуття задухи за допомогою води, в тому числі шляхом занурення в брудну воду або імітації утоплення.³⁸³
- Імітація страти або ампутації.³⁸⁴
- Примушування бути свідком страти чи зґвалтування іншої особи.³⁸⁵
- Змушування бути свідком жорстокого поводження з родичем.³⁸⁶
- Примушування потерпілих ховати тіла своїх сусідів і друзів.³⁸⁷
- Зворотне підвішування (також відоме як «палестинське підвішування», «l'estrade» або «страппадо», під час якого руки потерпілої особи зв'язані за спиною, а потерпіла особа підвішується на мотузці, яка кріпиться до зап'ясть, що зазвичай призводить до вивиху плечей).³⁸⁸
- Виривання нігтів.³⁸⁹
- Тривала ізоляція, у тому числі сенсорна депривація.³⁹⁰
- Зґвалтування.³⁹¹

239. Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року. Особи, яким було заподіяно сильного фізичного чи морального болю або страждань, повинні були підлягати захисту відповідно до однієї з чотирьох Женевських конвенцій, а саме:

- військовослужбовці та комбатанти, які є пораненими, хворими та/або такими, що зазнали корабельної аварії в морі ([Женевська конвенція I](#), стаття 13; [Женевська конвенція II](#), стаття 13);
- Медичний і духовний персонал ([Женевська конвенція I](#), статті 24, 25, 26; [Женевська конвенція II](#), статті 36, 37; [Женевська конвенція IV](#), стаття 20);
- Військовополонені ([Женевська конвенція III](#), стаття 4); або
- Цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є ([Женевська конвенція IV](#), статті 4, 13).³⁹²

³⁸² МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 76.

³⁸³ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231.

³⁸⁴ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231.

³⁸⁵ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231; МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 76; МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Фурунджії](#), пункти 267-269.

³⁸⁶ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Квочки та ін.](#), [Trial Judgement](#), para. 149.

³⁸⁷ [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 76.

³⁸⁸ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231; ЄСПЛ, «Курт на ін. проти Туреччини», [Рішення Суду \(друга секція\)](#), пункти 29-30.

³⁸⁹ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231.

³⁹⁰ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 231.

³⁹¹ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 76; МКТЮ, [Кунарац та ін.](#) [Рішення Апеляційної палати](#), пункти 150-151.

³⁹² МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пункти 357-358 щодо злочину нелюдського поводження за статтею 8(2)(a)(ii), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі, оскільки цей елемент є ідентичним для обох

240. Лояльність певній стороні та контроль цієї сторони над людьми та територією. У тому, що стосується останньої категорії цивільних осіб за статтею 4 Женевської конвенції IV формальне/юридичне громадянство не є настільки важливим, як суть відносин між потерпілими та злочинцями.³⁹³ Лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій.³⁹⁴ В міру того, як сили сторони конфлікту, що здійснюють наступ, поступово встановлюють контроль над територією, цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, за умови, що вони не заявляють про лояльність цій стороні.³⁹⁵

241. **Відсутність умови щодо участі офіційної особи або перебування особи (осіб) «під вартою або під контролем обвинуваченого»** — наразі загальноновизнаним є те, що катування як воєнний злочин не вимагає присутності державного посадовця чи будь-якої іншої особи з владними повноваженнями під час катування, на противагу визначенню катування за статтею 1 [Конвенції проти](#)

злочинів. Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 98.

³⁹³ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Челебічі*, пункти 83-84 («Статтю 4 Женевської конвенції IV слід тлумачити як намір максимально захистити цивільних осіб, які опинилися у вирі міжнародного конфлікту або конфлікту, який набув міжнародного характеру. Тому відповідність вимозі статті 4 щодо громадянства повинна встановлюватися на основі аналізу «суті відносин», а не на основі правової кваліфікації за національним законодавством. У сучасних етнічних конфліктах, для цілей застосування гуманітарного права та статті 4 Женевської конвенції IV зокрема, потерпілі особи можуть «асимілюватися» зовнішньою державою, яка бере участь у конфлікті, навіть якщо вони формально мають таке ж громадянство, як і ті, хто їх захопив. Отже, Апеляційна палата погоджується з апеляційним рішенням у справі *Тадіча* у тому, що «навіть якби за обставинами справи злочинці та потерпілі особи вважалися особами, що мають спільне громадянство, стаття 4 все одно була б застосовною»).

³⁹⁴ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Тадіча*, пункти 165-166 («Цей правовий підхід, що спирається радше на змістовні відносини, ніж на формальні зв'язки, стає дедалі важливішим у сучасних міжнародних збройних конфліктах. Якщо раніше війни велися в основному між усталеними державами, то в сучасних міжетнічних збройних конфліктах на кшталт конфлікту в колишній Югославії в ході конфлікту часто створюються нові держави, і підставою для лояльності може стати етнічна, а не національна приналежність. Або, іншими словами, етнічна приналежність може стати визначальним чинником національної лояльності. За таких умов критерій громадянства є дедалі менш придатним для визначення осіб, які перебувають під захистом. У таких конфліктах не лише текст та історія розроблення Конвенції, але й, що більш важливо, об'єкт і мета Конвенції свідчать про те, що лояльність стороні конфлікту та, відповідно, контроль цієї сторони над особами на певній території можна вважати вирішальним критерієм»).

³⁹⁵ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, пункти 292 («Відповідно до прецедентного права міжнародних трибуналів, цивільна особа потрапляє «під владу» сторони конфлікту, якщо ця особа перебуває на території, підконтрольній такій стороні»), 293 («Отже, на думку Палати, у міру того, як сили сторони конфлікту, які здійснюють напад, поступово здобувають контроль над селом, що є об'єктом нападу, окремі цивільні особи на цих територіях автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту в значенні статті 4 Женевської Конвенції IV, якщо вони не заявлять про лояльність відповідній стороні. Тому стаття 8(2)(a)(i) Статуту забороняє умисне вбивство цих цивільних осіб за таких обставин [Елемент 2 якої однаково застосовується до катування або нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів, за статтею 8(2)(a)(ii)]»), 358 («Стаття 8(2)(a)(ii) Статуту, отже, застосовується до тих ситуацій, в яких цивільні особи, що перебувають під захистом, зазнають нелюдського поводження «під владою» сторони конфлікту, і тому також застосовується до випадків нелюдського поводження з особами, що підлягають захисту, з боку сторони, яка здійснює напад, коли такі дії стаються після того, як напад у цілому закінчився і забезпечено припинення спротиву або повний контроль над селом, що зазнало нападу. Окрім того, це положення забороняє особам, які вчиняють злочини, нелюдсько поводитися з особами, що перебувають під захистом, коли ці сили просуваються до районів опору противника в селі, який є об'єктом нападу»), щодо злочину нелюдського поводження згідно зі статтею 8(2)(a)(ii)(елемент 2), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі, оскільки цей елемент є ідентичним для обох злочинів.

катувань.³⁹⁶ На додаток і на відміну від визначення МКС катування як злочину проти людяності, для катування як воєнного злочину не існує вимоги про те, що особа (особи) мала/и перебувати «під вартою або під контролем особи, яка вчинила злочин».³⁹⁷

iii. Склад катування (суб'єктивні елементи)³⁹⁸

242. Суб'єктивні елементи катування, відповідно до системи права МКС, полягають в тому, що (1) злочинець умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань; (2) злочинець завдав болю або страждань з метою отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу, або дискримінації за будь-якою ознакою; і (3) злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.³⁹⁹

243. **Злочинець умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань.**⁴⁰⁰ Злочинець не обов'язково повинен був зробити оціночне судження щодо тяжкості завданого болю чи страждань.⁴⁰¹

³⁹⁶ МКТЮ, *Кунараца та ін.*, [Рішення Судової палати](#), п. 496 («Судова палата приходить до висновку, що визначення катування згідно з міжнародним гуманітарним правом не охоплює тих самих елементів, що й визначення катування, яке зазвичай застосовується відповідно до права прав людини. Зокрема, Судова палата вважає, що присутність державного службовця чи будь-якої іншої особи, що має владні повноваження, під час катування не є обов'язковою умовою для того, щоб злочин розглядався як катування згідно з міжнародним гуманітарним правом»); МКТЮ, [рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кунараца та ін.*, п. 148 («Тому Судова палата в цій справі мала рацію, зайнявши позицію, згідно з якою умова щодо присутності державної посадової особи не вважається умовою за міжнародним звичаєвим правом у контексті кримінальної відповідальності особи за катування поза системою права Конвенції проти катувань»).

³⁹⁷ Порівняйте статтю 8(2)(a)(ii)-1 і статтю 7(1)(f) [Елементів злочинів МКС](#). Див. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 46 («Кілька делегацій зазначили, що визначення катування як злочину проти людяності містить умову, за якою потерпіла особа повинна перебувати «під вартою або під контролем обвинуваченого», що має бути так само передбачено як елемент воєнного злочину катування. Ця пропозиція не знайшла великої підтримки. На підставі включення виноски «Оскільки елемент 3 передбачає, що усі потерпілі особи повинні бути особами, які перебувають під захистом згідно з однією чи декількома Женевськими конвенціями 1949 року, ці елементи не включають умови щодо перебування під вартою чи контролем, яка містяться в елементах статті 7(1)(e)» делегації, які виступали за включення перебування під вартою або контролем як елементу, відкликали пропозицію»).

³⁹⁸ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

³⁹⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(ii)-1; [Статут МКС](#), стаття 30.

⁴⁰⁰ Цей суб'єктивний елемент впливає зі звичайного умислу та знань відповідно до статті 30 [Статуту МКС](#).

⁴⁰¹ [Елементи злочинів МКС](#), Загальний вступ, п. 4 («У контексті ментальних елементів, пов'язаних з елементами, що передбачають оціночне судження, *наприклад*, тими, які включають терміни «нелюдський» або «тяжкий», самостійне формування особою, яка вчинила злочин, конкретного оціночного судження є не обов'язковим, якщо не вказано інше»); МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2707 («Що стосується вимоги про наявність сильного болю чи страждань, то особа, яка вчинила злочин, не обов'язково мала зробити остаточне оціночне судження щодо тяжкості завданого болю»), стосовно катувань під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(c)(i), але це міркування може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину катування у контексті міжнародного збройного конфлікту, який розглядається тут.

244. Злочинець завдав болю або страждань для: отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу, або дискримінації за будь-якою ознакою. Цей суб'єктивний елемент спеціального умислу щодо цілі діянь є додатковим до обов'язкового знання та умислу заподіяння болю чи страждань.⁴⁰² Цей спеціальний умисел відрізняє злочин катування від злочину нелюдського поводження, а також від злочину умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, обидва з яких вимагають лише наміру заподіяти болю або страждань та знання про це.⁴⁰³
245. Перелік конкретних цілей (отримання інформації чи зізнання, покарання, залякування чи примус, або дискримінація будь-якого виду) не є вичерпним.⁴⁰⁴ Відповідна конкретна ціль має бути частиною мотивації діяння, але вона не обов'язково повинна бути єдиною чи навіть переважною мотивацією діяння.⁴⁰⁵ У випадку згвалтування та сексуального насильства сексуальна мотивація може співіснувати з наміром катування і не виключати його.⁴⁰⁶

⁴⁰² МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2705 («На додаток до металних елементів, зазначених у статті 30, воєнний злочин катування також передбачає, що особа, яка вчинила злочин, завдала болю або страждань з такими цілями, як: отримання інформації або зізнання, покарання, залякування чи примусу або з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду») стосовно злочину катування згідно зі статтею 8(2)(с)(і), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁴⁰³ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 552 («Поводження, яке не відповідає умові щодо цілі, застосовної до злочину катування за спільною статтею 3, є жорстоким поведінням»); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 340 («Коментар до статті 147 Женевської конвенції IV описує злочин умисного заподіяння сильних страждань як такий, що передбачає страждання, які завдаються за відсутності мети, задля досягнення якої [...] вдаються до катування. Їх можуть завдавати з інших мотивів, таких як [...] помста чи садизм»); МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 235 («La présence de cet élément [que l'acte de torture en tant que crime de guerre soit exécuté dans un but en particulier] permettra en outre de distinguer la torture d'autres infractions similaires»), конкретні уривки зі справ *Челебічі* та Аль Хассана стосуються злочинів катування та жорстокого поводження під час міжнародного збройного конфлікту, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочинів катування та нелюдського поводження під час міжнародного збройного конфлікту.

⁴⁰⁴ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 470 («Використання слів «для таких цілей» у загальноприйнятому визначенні катування вказує на те, що різні перелічені цілі не є вичерпним переліком, і їх слід розглядати лише як типові»); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мркішича та ін.](#), п. 515 («Крім того, дія або бездіяльність повинні бути вчинені з певною метою. Зазначене означає, хоча й не вичерпно, мету отримання інформації чи зізнання, покарання, залякування чи примусу по відношенню до потерпілої чи третьої особи, або дискримінації потерпілої чи третьої особи за будь-якою ознакою») щодо злочину катування під час міжнародного збройного конфлікту, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁴⁰⁵ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2706 («Ця конкретна мета має бути компонентом мотивації діянь, але вона не обов'язково повинна бути «переважною або єдиною метою»); МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 235, обидва стосуються злочину катування під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(с)(і), але це міркування також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі. Див. також МКТЮ, [Мркішич та ін. Рішення Судової палати](#), п. 515 («Заборонена мета не обов'язково повинна бути єдиною чи основною метою відповідної дії чи бездіяльності») щодо злочину катування під час міжнародного збройного конфлікту, але це міркування також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁴⁰⁶ МКТЮ, [Кунарац та ін.](#), [рішення Апеляційної палати](#), п. 153 («Апелянти стверджують, що умисел злочинця мав сексуальну природу, що, на їхню думку, несумісне з наміром вчинити злочин катування. У цьому відношенні Апеляційна палата бажає підкреслити важливу відмінність між «умислом» і «мотивом». Апеляційна палата вважає, що, навіть якщо мотив особи, яка вчинила злочин, є виключно сексуального характеру, з цього не випливає, що вона не мала умислу вчинити акт катування або що її поведінка не спричинила сильного болю або фізичних чи моральних страждань, оскільки такий біль або страждання є ймовірним і

246. Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року. Щодо громадянства цивільних осіб злочинець мав знати тільки те, що потерпілий належав до протилежної сторони конфлікту.⁴⁰⁷

iv. Контекстуальні елементи

247. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁴⁰⁸ та
- iii. Злочинець усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁴⁰⁹

логічним наслідком її поведінки. З огляду на визначення, важливо встановити, чи мала умисел особа, яка вчинила злочин, діяти так, що це за нормального перебігу подій спричинило б сильний біль або фізичні чи моральні страждання її жертвам. Апеляційна палата погоджується з висновками Судової палати про те, що апелянти дійсно мали намір діяти так, щоб завдати сильний біль або фізичні чи моральні страждання своїм жертвам, переслідуючи одну з цілей, заборонених визначенням злочину катування, зокрема ціль, яка полягала в дискримінації», 155 («Крім того, у відповідь на аргумент про те, що визнана апелянтом мета сексуального задоволення не вказана у визначенні катування, Апеляційна палата повторює висновки Судової палати про те, що діяння не обов'язково мали вчинялися виключно з метою, забороненою міжнародним правом. Якщо одну з заборонених цілей досягають унаслідок діяння, тоді той факт, що такі діяння також мали на меті досягнення не включеної до переліку цілі (навіть сексуального характеру), не має значення»); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 471 («[Згвалтування та інше сексуальне насильства можуть] відповідати умовам щодо цілі, застосовним до злочину катування, оскільки під час збройних конфліктів елементи щодо цілі у вигляді залякування, примусу, покарання чи дискримінації часто можуть бути невід'ємними компонентами поведінки, підводячи, отже, відповідні діяння під відповідне визначення»).

⁴⁰⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(і), Елемент 3, виноска 33, застосовується до відповідного елементу кожного злочину згідно зі статтею 8(2)(а). Див. також МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 360, де виноска 33 застосовується в ширшому сенсі до всіх осіб, які перебувають під захистом чотирьох Женевських конвенцій («Відповідно до виноски 33 Елементів злочинів, не обов'язково, щоб злочинець зробив аналіз і дійшов висновку про те, що потерпіла особа мала правовий захист за будь-якою з чотирьох Женевських конвенцій, а натомість необхідно, щоб злочинець знав, що «потерпіла особа належала до протилежної сторони конфлікту»), у контексті злочину нелюдського поводження відповідно до статті 8(2)(а)(іі) (елемент 2), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглядається, оскільки цей елемент є однаковим для обох злочинів.

⁴⁰⁸ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(іі)-1.

⁴⁰⁹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(іі)-1.

- b. Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти (Статут МКТЮ, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(ii))⁴¹⁰

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів, можна вважати злочином за статтею 438 КК України. Нелюдське поводження може частково охоплюватися «жорстоким поводженням з військовополоненими або цивільним населенням» або «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець (a) завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам; або (b) піддав одну чи більше осіб біологічному експерименту, при чому
- (лише у випадку біологічних експериментів)
 - експеримент не служив терапевтичним цілям, не був виправданим медичними показаннями, чи проведеним в інтересах особи або осіб; та
 - експеримент поставив під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я або недоторканність особи або осіб.
- Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець (a) умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань; або (b) умисно та свідомо піддав особу або осіб біологічному експерименту.
- Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчать про захищений статус осіб відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

i. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

248. Воєнний злочин нелюдського поводження частково охоплюється «жорстоким поводженням з військовополоненими або цивільним населенням», передбаченого в статті 438 КК України. Крім того, нелюдське поводження, у тому числі

⁴¹⁰ Воєнний злочин біологічних експериментів можна розглядати як підкатегорію злочинів нелюдського поводження. Верле та Ессбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 489, п. 1280.

біологічні експерименти, можна віднести до «порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

249. Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, є порушенням МГП, яке міститься в чотирьох [Женевських конвенціях 1949 року](#) та [Додатковому протоколі I](#).⁴¹¹ Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.⁴¹²
250. **Визнання воєнними злочинами.** Нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, як порушення МГП визнаються воєнними злочинами, оскільки вони є грубими порушеннями Женевських конвенцій, а також Додаткового протоколу I.⁴¹³ Така криміналізація має статус міжнародного звичаєвого права.⁴¹⁴ З рештою, нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, чітко визнано воєнними злочинами статтею 2(b) [Статуту МКТЮ](#) та статтею 8(2)(a) (ii) [Статуту МКС](#).⁴¹⁵
251. Злочин нелюдського поводження явно, принаймні частково, збігається зі злочином «жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням». Згідно зі Статутами МКС і МКТЮ, а також судовою практикою, нелюдське та жорстоке поводження є схожими злочинами. У вузькому сенсі формулювання «нелюдське поводження» використовується в міжнародних збройних конфліктах, а формулювання «жорстоке поводження» використовується в неміжнародних збройних конфліктах, але ознаки цих двох злочинів є однаковими.⁴¹⁶ Крім того, поняття військовополонених у статті 438 застосову-

⁴¹¹ [Женевська конвенція I](#), стаття 12; [Женевська конвенція II](#), стаття 12; [Женевська конвенція III](#), стаття 13; [Женевська конвенція IV](#), стаття 27; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(1).

⁴¹² 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року, а 25 січня 1990 року — Додатковий протокол I. МКЧХ. База даних МГП. Договори, держави-учасниці та коментарі. [Україна](#). Заборона нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів, також має статус міжнародного звичаєвого права. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норма 90. Забороняються катування, жорстоке чи нелюдське поводження, наруга над людською гідністю, зокрема образливе і принизливе поводження; Норма 92. Заподіяння каліцтва, медичні, наукові чи біологічні експерименти](#).

⁴¹³ [Женевська конвенція I](#), статті 49-50; [Женевська конвенція II](#), статті 50-51; [Женевська конвенція III](#), статті 129-130; [Женевська конвенція IV](#), статті 146-147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85(1)-(2), (5). МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Заборона катувань та інших форм жорстокого поводження та покарання за них](#), 2014 р., с. 2.

⁴¹⁴ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#).

⁴¹⁵ [Статут МКТЮ](#), стаття 2(b); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(a)(ii), *див. також* статтю 8(2)(c)(i) у контексті неміжнародного збройного конфлікту. *Див. також* вище пп.166-182.

⁴¹⁶ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 257; МКТЮ, [рішення Апеляційної палати у справі Челебічі](#), п. 426; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 551 («Судова палата вважає, що жорстоке поводження — це поводження, яке призводить до серйозних психічних чи фізичних страждань або є серйозною наругою над людською гідністю, що еквівалентно злочину нелюдського

ється лише у міжнародних збройних конфліктах,⁴¹⁷ що передбачає застосування терміну «нелюдське поводження».

252. Зазначене вказує на те, що за нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти, передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України.

ii. Склад нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів (об'єктивні елементи)

253. Об'єктивна сторона цього злочину характеризується такими елементами: (1) злочинець (а) завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній або кільком особам; або (б) піддав одну чи більше осіб біологічному експерименту, при чому (i) експеримент не служив терапевтичним цілям, не був виправданим медичними показаннями, чи проведеним в інтересах особи або осіб; та (ii) експеримент поставив під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я або недоторканність особи або осіб. Крім того, (2) особа чи особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁴¹⁸

254. У випадку злочину нелюдського поводження,⁴¹⁹ злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам.

255. Злочин нелюдського поводження може бути вчинено шляхом дії або бездіяльності.⁴²⁰

256. *Фізичний або душевний біль чи страждання.* Фізичний або душевний біль чи страждання, заподіяні жертві, не обов'язково повинні бути тривалими або непоправними, якщо їх вплив на жертву є більш ніж тимчасовим і/або реальним та серйозним.⁴²¹

257. Будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або

поводження відповідно до положень Женевських конвенцій про грубі порушення»); Верле та Ессбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 491, п. 1285.

⁴¹⁷ [Женевська конвенція III](#), статті 2, 4; [Додатковий протокол I](#), статті 1, 44.

⁴¹⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(ii)-2, -3.

⁴¹⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(ii)-2.

⁴²⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 357 («Стаття 8(2)(а)(ii)-2 Елементів злочинів визнає воєнним злочином діяння, вчинені особою, яка своєю дією чи бездіяльністю завдає сильного фізичного або морального болю чи страждань одній чи кільком особам, яким надано статус осіб, що підлягають захисту, відповідно до статей 13, 24, 25 і 26 GC I, статей 13, 36 і 37 ЖК II, статті 4 ЖК III і статей 4, 13 і 20 ЖК IV »).

⁴²¹ МКС, справа *Аль-Хассана*, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 255 («Il n'est pas nécessaire de prouver que le dommage causé est permanent ou irréversible, mais il doit avoir, sur la victime, plus que des effets temporaires ou passagers») стосовно злочину жорстокого поводження під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(с)(i), але це міркування також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Крноєлаца](#), пункти 131, 144.

сили; всі форми сексуального насильства, які не передбачають проникнення; а також зґвалтування, можуть становити нелюдське поводження.⁴²²

258. *Тяжкість*. Немає конкретно визначеного порогового рівня сильних страждань або болю, заподіяння якого характеризує неналежне поводження як нелюдське. Оцінку слід проводити в кожному випадку окремо.⁴²³

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КРНОЄЛАЦА, П. 484 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО); ПРО ОЦІНКУ ТЯЖКОСТІ НЕЛЮДСЬКОГО ПОВОДЖЕННЯ:

Необхідно взяти до уваги всі фактичні обставини, зокрема характер дії чи бездіяльності, контекст, у якому вона сталася, її тривалість та/або повторюваність, фізичні, психічні та моральні наслідки діяння для потерпілого та особисті обставини потерпілого, включно з віком, статтю і станом здоров'я.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПРИКЛАДИ СИЛЬНОГО ФІЗИЧНОГО ЧИ МОРАЛЬНОГО БОЛЮ АБО СТРАЖДАНЬ, ЩО СТАНОВЛЯТЬ НЕЛЮДСЬКЕ ПОВОДЖЕННЯ

У міжнародній судовій практиці вважається, що нелюдське поводження може характеризуватися такими прикладами сильного фізичного або морального болю чи страждань:

- Погрози фізичного насильства по відношенню до потерпілої особи або членів її родини.⁴²⁴
- Побої, «пороття» або серія фізичних ударів.⁴²⁵

⁴²² МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 116 («Відповідно до судової практики Трибуналу, будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту. Цим забороняється зґвалтування, а також усі форми сексуального насильства, які не передбачають проникнення»).

⁴²³ МКС, справа *Аль-Хассана*, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 255 («L'examen des allégations de traitements cruels doit prendre en compte les particularités de chaque cas d'espèce, et doit tenir compte de la nature des actes ou de l'omission, du contexte dans lequel ils ont eu lieu, leur durée ou leur répétition, leurs conséquences sur l'état physique et mental de la victime ainsi que les caractéristiques propres à la victime telles que son âge, son sexe et son état de santé») стосовно злочину жорстокого поводження під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(c)(i), але це міркування також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁴²⁴ МКС, справа *Аль-Хассана*, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 260.

⁴²⁵ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 115; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча](#), пункти 774, 790, 800; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), пункти 690, 700; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Єлісіча](#), пункти 41-42; МКС, справа *Аль-Хассана*, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 260 (з посиланням на «les roustes ou passages à tabac» в оригіналі французькою мовою).

- Примушування копати окопи або виконувати примусові роботи на лінії фронту в небезпечних умовах.⁴²⁶
- Використання затриманих як «живих щитів».⁴²⁷
- Умисне позбавлення людей води та їжі.⁴²⁸
- Ненадання медичної допомоги.⁴²⁹
- Певні умови тримання під вартою або ув'язнення.⁴³⁰
- Ув'язнення людей зі зв'язаними руками протягом багатьох годин у кімнаті, заповненій трупами чоловіків, жінок і дітей.⁴³¹
- Сексуальний напад.⁴³²

259. Об'єктивний елемент заподіяння сильного фізичного чи морального болю чи страждань є особливістю системи МКС.⁴³³ Відповідно до судової практики МКТЮ еквівалентним елементом є «серйозна фізична або моральна шкода чи страждання або [...] серйозна наруга над людською гідністю».⁴³⁴ Злочини проти людської гідності, які включені до категорії нелюдського поводження в системі МКТЮ, натомість охоплюються окремим злочином наруги над людською гідністю у системі МКС.⁴³⁵

260. **Щодо злочину біологічних експериментів,⁴³⁶ злочинець піддав одну або більше осіб певному біологічному експерименту.** У коментарі зазначається, що

⁴²⁶ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 260; МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 115; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), пункти 689, 699, 713.

⁴²⁷ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 115; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча](#), пункти 783 і 800; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), пункти 714-716.

⁴²⁸ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 260; МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, пп.117-118.

⁴²⁹ МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 260; МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, пп.117-118.

⁴³⁰ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, пп.115, 117-118; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча](#), пп. 774, 783, 790, 794, 795, 800; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), пп. 688, 690, 692, 694, 695, 697, 698, 700; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Крноєлаца](#), п. 144.

⁴³¹ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пп. 361-364.

⁴³² МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 115; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), пп. 692, 695, 700.

⁴³³ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(ii)-2, Елемент 1.

⁴³⁴ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 113 («Злочин нелюдського поводження карається згідно зі статтею 2(b) Статуту та є одним із серйозних порушень Женевських конвенцій. Нелюдське поводження включає (1) навмисні дії чи бездіяльність, які, якщо їх об'єктивно оцінювати, є навмисними, а не випадковими, та які завдають серйозної фізичної або моральної шкоди чи страждань, або є серйозною наругою над людською гідністю, і (2) вчинені проти особи, яка перебуває під захистом у значенні статті 2 Статуту»).

⁴³⁵ Див. нижче п.191-204.

⁴³⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(ii)-3.

біологічні експерименти та медичні чи наукові експерименти багато в чому перетинаються.⁴³⁷

261. Біологічний експеримент не служив терапевтичним цілям і не був ані виправданим медичними показаннями, ані проведеним в інтересах особи або осіб. Хоча сучасної судової практики щодо цього злочину немає, у коментарях зазначається, що термін «біологічні експерименти» в його звичайному значенні охоплює діяння, основною метою яких є вивчення невідомих впливів продукту чи ситуації на організм людини.⁴³⁸ У коментарі йдеться про те, що особи, які перебувають під захистом, не можуть давати правомірну згоду на певний біологічний експеримент, який загрожує їхньому фізичному або психічному здоров'ю чи недоторканності.⁴³⁹
262. **Біологічний експеримент поставив під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я або недоторканність особи або осіб** За біологічний експеримент, який фактично завдає шкоди жертві, може бути передбачена кримінальна відповідальність. Проте, у коментарі зазначається, на підставі формулювання «під серйозну загрозу», що злочин не обов'язково характеризується настанням шкоди, а для його завершення достатньо небезпеки заподіяння шкоди.⁴⁴⁰
263. **Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.** Особи, яким було заподіяно сильного фізичного чи морального болю або страждань, повинні були підлягати захисту відповідно до однієї з чотирьох Женевських конвенцій, а саме:
- військовослужбовці та комбатанти, які є пораненими, хворими та/або такими, що зазнали корабельної аварії в морі ([Женевська конвенція I](#), стаття 13; [Женевська конвенція II](#), стаття 13);
 - Медичний і духовний персонал ([Женевська конвенція I](#), статті 24, 25, 26; [Женевська конвенція II](#), статті 36, 37; [Женевська конвенція IV](#), стаття 20);

⁴³⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 337, п. 100. Див. нижче п. 150-160, 165, 167, 170 щодо тематичного дослідження часів Другої світової війни щодо військового трибуналу союзників з прикладами медичних експериментів та ілюстрацією подібних елементів. Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про Контрольну раду № 10 с. 171.](#)

⁴³⁸ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 336-337, пп. 100, 102; див. також [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III \(1960\)](#), с. 141.

⁴³⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 337, п. 102 («заборона біологічних експериментів, що міститься в Женевських конвенціях, є абсолютною, оскільки поранені, хворі або ув'язнені особи не можуть дати правомірну згоду на певний біологічний експеримент, який ставить під загрозу їхнє фізичне або психічне здоров'я чи недоторканність. Згода може виправдати лише лікування виключно терапевтичного характеру»).

⁴⁴⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 337, п. 101 («На відміну від деяких початкових пропозицій, висунутих під час переговорів щодо елементів злочинів, цей злочин не передбачає заподіяння смерті чи тяжких тілесних ушкоджень або психічної шкоди. [...] Отже, для того, щоб злочин було завершено, достатньо небезпеки зазначеної шкоди, а не настання фактичної шкоди. Знання про те, чи наражалось на серйозну небезпеку здоров'я людини, є питанням судження, і суд повинен визначити це не лише на основі поведінки особи, яка вчинила злочин, але й на основі передбачуваних наслідків з огляду на стан здоров'я особи, яка їх зазнала»).

- Військовополонені ([Женевська конвенція III](#), стаття 4); або
- Цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є ([Женевська конвенція IV](#), статті 4, 13).⁴⁴¹

264. *Лояльність певній стороні та контроль цієї сторони над людьми та територією.* У тому, що стосується останньої категорії цивільних осіб за статтею 4 Женевської конвенції IV, формальне/юридичне громадянство не є настільки важливим, як суть відносин між потерпілими та злочинцями.⁴⁴² Лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій.⁴⁴³ В міру того, як сили сторони конфлікту, що здійснюють наступ, поступово встановлюють контроль над територією, цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, за умови, що вони не заявляють про лояльність цій стороні.⁴⁴⁴

⁴⁴¹ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пп. 357-358. Див. також МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 98.

⁴⁴² МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Челебічі](#), пункти 83-84 («Статтю 4 Женевської конвенції IV слід тлумачити як намір максимально захистити цивільних осіб, які опинилися у вирі міжнародного конфлікту або конфлікту, який набув міжнародного виміру. Тому відповідність умові статті 4 щодо громадянства повинна встановлюватися на основі аналізу «сутності відносин», а не на підставі правової кваліфікації за національним законодавством. У сучасних етнічних конфліктах, для цілей застосування гуманітарного права та статті 4 Женевської конвенції IV зокрема, потерпілі можуть «асимілюватися» зовнішньою державою, яка бере участь у конфлікті, навіть якщо вони формально мають те ж саме громадянство, як і ті, хто їх захопив. Отже, Апеляційна палата погоджується з апеляційним рішенням у справі *Тадіча* у тому, що «навіть якби за обставинами справи злочинці та потерпілі особи вважалися особами, що мають спільне громадянство, стаття 4 все одно була б застосовною»).

⁴⁴³ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Тадіча](#), пункти 165-166 («Цей правовий підхід, що спирається радше на змістовні відносини, ніж на формальні зв'язки, стає дедалі важливішим у сучасних міжнародних збройних конфліктах. Якщо раніше війни велися в основному між усталеними державами, то в сучасних міжетнічних збройних конфліктах на кшталт конфлікту в колишній Югославії в ході конфлікту часто створюються нові держави, і підставою для лояльності може стати етнічна, а не національна приналежність. Або, іншими словами, етнічна приналежність може стати визначальним чинником національної лояльності. За таких умов критерій громадянства є дедалі менш придатним для визначення осіб, які перебувають під захистом. У таких конфліктах не лише текст та історія розроблення Конвенції, але й, що більш важливо, об'єкт і мета Конвенції свідчать про те, що лояльність стороні конфлікту та, відповідно, контроль цієї сторони над особами на певній території можна вважати вирішальним критерієм»).

⁴⁴⁴ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 292 («Відповідно до судової практики міжнародних трибуналів, цивільна особа потрапляє «під владу» сторони конфлікту, якщо ця особа перебуває на території, підконтрольній такій стороні»), 293 («Отже, на думку Палати, у міру того, як сили сторони конфлікту, які здійснюють напад, поступово здобувають контроль над селом, що є об'єктом нападу, окремі цивільні особи на цих територіях автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, у значенні статті 4 Женевської Конвенції IV, якщо вони не заявлять про лояльність відповідній стороні. Тому стаття 8(2)(а)(і) Статуту забороняє умисне вбивство цих цивільних осіб за таких обставин [Елемент 2 якої однаково застосовується до катування або нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів, за статтею 8(2)(а)(іі)]»), 358 («Стаття 8(2)(а)(іі) Статуту, отже, застосовується до тих ситуацій, в яких цивільні особи, що перебувають під захистом, зазнають нелюдського поводження «під владою» сторони конфлікту, і тому також застосовується до випадків нелюдського поводження з особами, що підлягають захисту, з боку сторони, яка здійснює напад, коли такі дії стаються після того, як напад у цілому закінчився і забезпечено припинення спротиву або повний контроль над селом, що зазнало нападу. Крім того, це положення забороняє порушникам нелюдсько поводитися з особами, які перебувають під захистом, коли ці сили просуваються до районів опору противника у селі, що зазнало нападу»).

iii. Склад нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів (суб'єктивні елементи)⁴⁴⁵

265. Суб'єктивними елементами нелюдського поводження, у тому числі біологічних експериментів, відповідно до системи права МКС, є такі: (1) злочинець (а) умисно та свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань; або (б) умисно та свідомо піддав особу або осіб біологічному експерименту. Крім того, (2) злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁴⁴⁶
266. Щодо злочину нелюдського поводження⁴⁴⁷ злочинець свідомо і умисно завдав сильного фізичного чи морального болю або страждань.⁴⁴⁸ Злочинець не обов'язково повинен був зробити оціночне судження щодо тяжкості завданого болю чи страждань.⁴⁴⁹
267. Щодо біологічних експериментів⁴⁵⁰ злочинець умисно та свідомо піддав одну або більше осіб певному біологічному експерименту.⁴⁵¹
268. Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁴⁵² Щодо громадянства цивільних осіб злочинець мав знати тільки те, що потерпілий належав до протилежної сторони конфлікту.⁴⁵³

⁴⁴⁵ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁴⁴⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(іі)-2, -3.

⁴⁴⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(іі)-2.

⁴⁴⁸ [Статут МКС](#), стаття 30; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 359 («Стаття 30 Статуту встановлює суб'єктивний елемент для злочинів, які підпадають під юрисдикцію Суду, включно з воєнними злочинами, передбаченими статтею 8(2)(а)(іі) Статуту. Отже, цей злочин включає, перш за все, випадки *dolus directus* першого ступеня. На думку Палати, цей злочин також охоплює *dolus directus* другого ступеня». Див. також МКТЮ, [Прліч та ін.](#), [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 113 («Нелюдське поводження включає (1) навмисні дії чи бездіяльність, які, за об'єктивної оцінки, є навмисними, а не випадковими, і які завдають серйозної фізичної чи психічної шкоди або страждань [...]»).

⁴⁴⁹ [Елементи злочинів МКС](#), Загальний вступ, п. 4 («У контексті ментальних елементів, пов'язаних з елементами, що передбачають оціночне судження, *наприклад*, тими, де використовуються терміни «нелюдський» або «тяжкий», самостійне формування особою, яка вчинила злочин, конкретного оціночного судження є не обов'язковим, якщо не вказано інше»); МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2707 («Що стосується вимоги заподіяння сильного болю чи страждань, то особі, яка вчинила злочин, не обов'язково мати остаточне оціночне судження щодо тяжкості завданого болю») стосовно злочину катування під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(с)(і), але це міркування може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁴⁵⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(іі)-3.

⁴⁵¹ [Статут МКС](#), стаття 30.

⁴⁵² МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 356.

⁴⁵³ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(і), елемент 3, виноска 33, що застосовується до відповідного елементу кожного злочину за статтею 8(2)(а); див. МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 360, де виноска 33 застосовується в ширшому сенсі до всіх осіб, які перебувають під захистом чотирьох Женевських конвенцій («Відповідно до виноски 33 Елементів злочинів, не обов'язково, щоб злочинець зробив аналіз і дійшов висновку про те, що потерпілий мав правовий захист за будь-якою з чотирьох Женевських конвенцій, а натомість необхідно, щоб злочинець знав, що «потерпіла особа належала до протилежної сторони конфлікту»).

iv. Контекстуальні елементи

269. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁴⁵⁴ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁴⁵⁵

с. Заподіяння фізичного каліцтва або медичні, наукові чи біологічні експерименти (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(x))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин заподіяння фізичного каліцтва або здійснення медичних чи наукових експериментів можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передано частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець заподіяв одній або більше особам (а) фізичне каліцтво; або (b) піддав одну або більше осіб медичному або науковому експерименту, при чому
- Заподіяння каліцтва або експеримент не були обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування відповідної особи або осіб і здійснювалися не в їхніх інтересах; та
- Каліцтво чи експеримент спричинили смерть або поставили під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я та/або недоторканність особи чи осіб.
- Особа або особи перебували під владою ворожої сторони.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно та свідомо заподіяв каліцтво або здійснив експеримент.
- Злочинець усвідомлював, що інша особа або особи перебували під владою ворожої сторони.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

⁴⁵⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(ii)-2, -3.

⁴⁵⁵ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(ii)-2, -3.

i. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

270. Стаття 438 КК України не містить прямої згадки про воєнні злочини заподіяння фізичного каліцтва або здійснення медичних чи наукових експериментів. Однак такі злочини охоплюються «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.
271. Заподіяння фізичного каліцтва або медичні чи наукові експерименти є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Фізичне каліцтво, медичні або наукові експерименти є порушеннями норм міжнародного гуманітарного права, закріплених у [Женевській конвенції III](#), [Женевській конвенції IV](#) та [Додатковому протоколу I](#).⁴⁵⁶ Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.⁴⁵⁷
272. **Визнання воєнними злочинами.** Заподіяння каліцтва, медичні чи наукові експерименти як порушення МГП визнано воєнними злочинами, оскільки вони є грубими порушеннями Додаткового протоколу I.⁴⁵⁸ Така криміналізація має статус звичаєвого міжнародного права.⁴⁵⁹ Нарешті, вони чітко визнані воєнним злочином у міжнародному збройному конфлікті статтею 8(2)(b)(x) [Статуту МКС](#).⁴⁶⁰
273. Вищенаведене вказує на те, що за заподіяння каліцтва, медичні чи наукові експерименти передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України.

ii. Склад фізичного каліцтва або медичного чи наукового експерименту (об'єктивні елементи)

274. Фізичного каліцтва або медичні чи наукові експерименти з об'єктивної сторони характеризуються такими елементами: (1) злочинець заподіяв одній або більше особам (а) фізичне каліцтво; або (б) піддала одну або більше осіб медичному чи науковому експерименту; (2) при цьому заподіяння каліцтва або експеримент не були обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного

⁴⁵⁶ [Женевська конвенція III](#), стаття 13; [Женевська конвенція IV](#), стаття 32; [Додатковий протокол I](#), статті 11, 75(2)(a)(iv).

⁴⁵⁷ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року, а 25 січня 1990 року — Додатковий протокол I. МКЧХ. База даних МГП. Договори, держави-учасниці та коментарі. [Україна](#). Заборона заподіяння фізичних каліцтв або медичних, наукових чи біологічних експериментів також має статус міжнародного звичаєвого права. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 92. Заподіяння каліцтва, медичні, наукові чи біологічні експерименти](#).

⁴⁵⁸ [Додатковий протокол I](#), статті 11(4), 85(5).

⁴⁵⁹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#).

⁴⁶⁰ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(x), *див. також* статтю 8(2)(e)(xi), що застосовується в контексті неміжнародного збройного конфлікту.

лікування відповідної особи або осіб і здійснювалися не в інтересах цієї особи або осіб; та (3) каліцтво чи експеримент спричинили смерть або поставили під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я та/або недоторканність особи чи осіб. Крім того, (4) особа або особи перебували під владою ворожої сторони.⁴⁶¹

275. Щодо злочину фізичного каліцтва⁴⁶² особа, яка його вчинила, заподіяла каліцтво одній чи кільком особам.

276. *Заподіяння каліцтва* Заподіяння каліцтва треба розуміти як заподіяння «фізичних страждань»,⁴⁶³ що призводять до поранення, ушкодження або нівечення осіб через ламання, відрив або відрізання частини тіла».⁴⁶⁴ В Елементах злочинів МКС зокрема зазначено незворотне понівечення особи або осіб, або незворотне виведення з ладу або видалення органа чи кінцівки як приклади каліцтва.⁴⁶⁵ Іншими прикладами каліцтва є ампутації та травми кінцівок, нанесення порізів на тілі, виривання ока, пошкодження внутрішніх органів або рубцювання обличчя кислотою.⁴⁶⁶ Такий злочин охоплює сексуальне каліцтво, наприклад, відрізання статевих органів.⁴⁶⁷ Міжнародна судова практика загалом вважає

⁴⁶¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-1, -2. Див. також СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Sesey та ін.*, пункти 180-181 у контексті неміжнародного збройного конфлікту.

⁴⁶² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-1.

⁴⁶³ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV](#), пп. 223-224.

⁴⁶⁴ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 230 («Дієслово «калічити» (to mutilate) визначено в Кембриджському міжнародному словнику англійської мови (Cambridge International Dictionary of English) (1995) як «завдавати серйозної шкоди, особливо шляхом насильницького видалення частини тіла» (с. 933) і в Оксфордському словнику для досвідчених студентів (Oxford Advanced Learner's Dictionary) (1992) як «поранити, завдати шкоди або спотворити когось, зламавши, відірвавши або відрізавши необхідну частину тіла» (с. 819). Ці визначення стосуються акту фізичного насильства»).

⁴⁶⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-1, Елемент 1.

⁴⁶⁶ [Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I](#), с. 156, п. 478; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I \(2016\)](#), п. 606.

⁴⁶⁷ МКС, [Підтвердження обвинувачень у справі Мбарушимана](#), п. 159 («Щодо статусу жертв. Свідок 672, колишній член Демократичних сил за звільнення Руанди, який не був присутній під час нападу, каже, що чув, що Мандарин відрізав статеві органи солдатам під час нападу в Бусурунґі. Незрозуміло, чи були такі солдати особами, які вибули зі строю, але з великою ймовірністю можна твердити, що були. Свідок 562, який також брав участь у нападі, пояснює, що він не міг бути впевненим, чи Мандарин калічив цивільних або солдатів, але припустив, що це були цивільні особи, оскільки в селі більше не було солдатів Збройних сил Демократичної Республіки Конго, коли він побачив як Мандарин тримав пеніс. Крім того, свідок 694 [ДАНІ ВИДАЛЕНІ] справді був цивільним мешканцем села. Палата також переконана, що солдати Демократичних сил за звільнення Руанди, які вчинили ці акти каліцтва, робили це умисно та знали про цивільний статус жертв»), 160 («У світлі вищевикладеного Палата знаходить вагомні підстави вважати, що воєнний злочин заподіяння каліцтва згідно зі статтею 8(2)(c)(i)-2 Статуту був скоєний військами Демократичних сил за звільнення Руанди у Бусурунґі та навколишніх селах приблизно 9-10 травня 2009 року. Обвинувачення висуває звинувачення у воєнному злочині заподіяння каліцтва в альтернативний спосіб згідно зі статтею 8(2)(c)(i)-2 або статтею 8(2)(e)(xi)-1. Оскільки Палата вже знайшла вагомні підстави вважати, що елементи злочину за статтею 8(2)(c)(i)-2 Статуту є наявними, вона не аналізуватиме той самий злочин за статтею 8(2)(e)(xi)-1 Статуту») стосовно злочину заподіяння каліцтва під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статей 8(2)(c)(i)-2 або 8(2)(e)(xi)-1 [Статуту МКС](#), але це міркування може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину заподіяння каліцтва, який розглянуто в цьому розділі, під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(b)(x); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Тадіча](#), п. 45, де було висунуто звинувачення у катуванні або нелюдському поводженні/жорстокому поводженні («Пункт 6 стосується побиття численних ув'язнених та інциденту заподіяння статевого каліцтва в таборі Омарска, який відбувся у великій будівлі ангару. Декілька в'язнів були жорстоко побиті, в тому числі Емір Карабашіч, Жасмін Хрніч, Енвер Аліч, Фікрет Харамбашіч і Емір Бегановіч. Фікрет Харамбашіч зазнав сексуальних каліцтв. Згідно з обвинуваченням, усі, крім Еміра

каліцтво особливо тяжкою формою фізичної шкоди, зокрема через його непоправний характер.⁴⁶⁸

277. Об'єктом злочину є жива особа або кілька осіб, але не трупи. Злочин каліцтва передбачає діяння, вчинене щодо людини, а не мертвого тіла. Каліцтво має бути заподіяно до, а не після смерті людини.⁴⁶⁹
278. Заподіяння каліцтва не було обґрунтовано необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування відповідної особи чи осіб, а також не здійснювалося в інтересах цієї особи чи осіб.
279. Згода не звільняє від відповідальності за цей злочин. Склад цього злочину охоплює будь-яку медичну процедуру, яка не показана за станом здоров'я відповідної особи і яка не відповідає загальноприйнятим медичним стандартам, що застосовуються за аналогічних медичних обставин до осіб, які є громадянами сторони, що проводить процедуру, і які жодним чином не позбавлені свободи.⁴⁷⁰
280. **Заподіяння каліцтва спричинило смерть або поставило під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я особи або осіб.** За заподіяння каліцтва, яке

Бегановіча, загинули внаслідок цих насильств. Стверджується, що обвинувачений був активним учасником і звинувачується в [...] катуванні або нелюдському поводженні, що є серйозним порушенням згідно зі статтею 2(b) Статуту; [...] [а також] у жорстокому поводженні, порушенні законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 Статуту»).

⁴⁶⁸ МТР, [рішення Апеляційної палати у справі Кайішеми та Рузіндани](#), п. 361 у контексті оскарження вироку («Вчинення злочину в такий спосіб, який завдає непоправної шкоди потерпілим особам та їхнім родинам, також може вважатися обтяжливою обставиною [...] Деякі види шкоди є більш серйозними, ніж інші. Певні форми фізичної шкоди є, наприклад, непоправними, особливо у випадку каліцтва. Судова палата встановила, що дії Кайішеми завдали непоправної шкоди не лише потерпілим особам, а й їхнім родинам. Це було обтяжливою обставиною, яку слід було врахувати під час винесення вироку»); СССЛ, [рішення Судової палати у справі Сесея та ін.](#), п. 179 («Окрім того, МТР визнав, що каліцтво, яке може бути непоправним, є особливо серйозним різновидом фізичної шкоди. З огляду на те, що заподіяння каліцтва є особливо кричущою формою забороненого насильства, ця Палата переконана в тому, що заборона заподіяння каліцтва існує в міжнародному звичаєвому праві та призводить до індивідуальної кримінальної відповідальності») стосовно злочину «насильства над жителями, здоров'ям і фізичним або психічним добробутом людей, зокрема каліцтва» в неміжнародному збройному конфлікті згідно зі статтею 3(a) [Статуту СССЛ](#), але це міркування також застосовується *mutatis mutandis* до злочину заподіяння каліцтва в міжнародному збройному конфлікті за статтею 8(2)(b)(x) [Статуту МКС](#), який розглянуто в цьому розділі.

⁴⁶⁹ МКС, [Підтвердження обвинувачень у справі Мбарушимана](#), пункти 134 («Обвинувачення не стверджує конкретно, що дії, на які спирається обвинувачення у каліцтві, було здійснено [ДАНІ ВИДАЛЕНО], коли він був ще живий, і не надано жодних доказів, які б підтверджували думку про те, що його калічили до, а не після його вбивства. Відповідно, Палата не переконалася в наявності достатніх доказів, які встановлюють вагомій підстави вважати, що злочин каліцтва, передбачений статтями 8(2)(c)(i)-2 або 8(2)(e)(xi)-1 Статуту, було скоєно солдатами Демократичних сил за звільнення Руанди в Бусурунгі та селах навколо у березні 2009 року»), 154 («[...] Палата з самого початку підкреслює, що дії, нібито вчинені над тілом свідка [ДАНІ ВИДАЛЕНО] після її вбивства, не можуть становити воєнний злочин каліцтва, який передбачає діяння, вчинене проти людини, а не проти мертвого тіла. Отже, такі дії не стануть предметом аналізу за обвинуваченням у каліцтві»), 158 («Однак палата вважає, що докази дають вагомій підстави вважати, що принаймні деякі акти каліцтва було вчинено, коли потерпілі особи були ще живі. Наприклад, Свідок описує, що акти каліцтва, що зрештою призвели до смерті [ДАНІ ВИДАЛЕНО], почалися, коли [ДАНІ ВИДАЛЕНО] кричала, а отже, була ще живою»), які стосуються злочину каліцтва в неміжнародному збройному конфлікті за статтями 8(2)(c)(i)-2 або 8(2)(e)(xi)-1 [Статуту МКС](#), але цей розгляд також є застосовним *mutatis mutandis* до злочину каліцтва в міжнародному збройному конфлікті за статтею 8(2)(b)(x), який розглянуто в цьому розділі.

⁴⁷⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-1, Елемент 3 виноска 46, застосовується до того ж елементу за статтею 8(2)(b)(x)-2.

фактично спричиняє смерть потерпілого або завдає їй шкоду, передбачена кримінальна відповідальність. Проте, у коментарі зазначається, на підставі формулювання «під серйозну загрозу», що цей злочин не обов'язково характеризується завданням шкоди здоров'ю, проте, може характеризуватися небезпекою заподіяння шкоди.⁴⁷¹

281. Щодо медичного або наукового експерименту⁴⁷² особа, яка його вчинила, піддала одну або більше осіб медичному або науковому експерименту. У коментарі зазначається, що біологічні експерименти та медичні чи наукові експерименти багато в чому перетинаються.⁴⁷³

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ВІЙСЬКОВИЙ ТРИБУНАЛ США № 1 У НЮРНБЕРЗІ, РІШЕННЯ У СПРАВІ БРАНДТА ТА ІН⁴⁷⁴ (ВІДПОВІДНО ДО ІНШОГО ПОЛОЖЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, УТІМ, ЦІ РІШЕННЯ Є ЗНАЧУЩИМИ, ЗА АНАЛОГІЄЮ, ЯК ПРИКЛАДИ, ЩО МОЖНА РОЗГЛЯДАТИ ЯК МЕДИЧНІ АБО НАУКОВІ ЕКСПЕРИМЕНТИ ВІДПОВІДНО ДО СТАТТІ 8(2)(В)(Х) СТАТУТУ МКС)

Військовий трибунал виніс обвинувальні вироки за проведення медичних експериментів над військовополоненими та цивільними особами, зокрема за «жорстоке поводження» як воєнний злочин згідно зі статтею 2(1)(b) Закону № 10 Контрольної ради Німеччини.⁴⁷⁵

В обвинувальному висновку підсудних звинуватили у воєнних злочинах «медичних експериментах [...], під час яких [вони] вчиняли вбивства, акти бруталності, жорстокості, тортури, звірства та інші нелюдські діяння».⁴⁷⁶ Зокрема:

⁴⁷¹ Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.*, 3-тє видання, С.Н.Векс Нарт Номос, 2016, с. 425, п. 443 («Важливо також зазначити, що стаття 8 п. 2 (b) (x) не містить вимоги про те, щоб діяння, яке розглядають, дійсно вплинуло на здоров'я відповідної особи. Натомість достатньо того, щоб відповідне діяння лише загрожувало здоров'ю. Така загроза передбачає, що дія або бездіяльність створює об'єктивну небезпеку в конкретному випадку, яку можна приписати ймовірному правопорушнику, і яка могла б легко обернутися шкодою для здоров'я потерпілої особи. Звідси випливає, що будь-яке діяння, яке фактично призвело до такої шкоди, відповідно, *a fortiori* характеризуватиметься як порушення статті 8 п. 2 (b) (x)»).

⁴⁷² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-2.

⁴⁷³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.* 3-тє видання, С.Н.Векс Нарт Номос, 2016, с. 337, п. 100.

⁴⁷⁴ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про Контрольну раду № 10 с. 171.](#)

⁴⁷⁵ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 172 (у положенні зазначено: «1. Злочином визнається кожне із зазначених нижче діянь: (b) Воєнні злочини. Звірства або злочини проти осіб або майна, що становлять порушення законів і звичаїв війни, які охоплюють, серед іншого, [...] жорстоке поводження [...] з цивільним населенням з окупованої території, [...] жорстоке поводження з військовополоненими [...]»), 189-298.

⁴⁷⁶ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 174-175.

- **(А) Експерименти на екстремальних висотах.**⁴⁷⁷ Дослідження меж людської витривалості та існування на екстремальних висотах. Піддослідних поміщали в барокамеру з низьким тиском, а потім в ній імітувалися умови перебування на великій висоті.
- **(В) Експерименти із заморожуванням людей.**⁴⁷⁸ Дослідження найефективніших засобів лікування людей, які зазнали сильного переохолодження або замерзання. Піддослідних змушували залишатися в резервуарі з крижаною водою до 3 годин. Багато жертв загинуло. Людей, які вижили і зазнали екстремального переохолодження, намагалися зігріти різними способами. Піддослідних також годинами тримали оголеними на відкритому повітрі за температури нижче нуля.
- **(С) Експерименти з малярією.**⁴⁷⁹ Дослідження імунізації та лікування малярії. Здорових в'язнів концтабору заражали за допомогою комарів або ін'єкцій екстрактів слизових залоз комарів. Після зараження малярією піддослідних лікували різними препаратами, щоб перевірити їхню відносну ефективність. Було залучено понад 1 000 піддослідних проти їхньої волі.
- **(D) Експерименти з іпритом.**⁴⁸⁰ Дослідження найефективнішого лікування ран, спричинених іпритом. Рани, умисно заподіяні піддослідним, були заражені іпритом.
- **(Е) Експерименти з сульфаніламидами.**⁴⁸¹ Піддослідним були умисно заподіяні поранення, і ці рани були інфіковані такими бактеріями, як стрептокок, збудник газової гангрені та правцева паличка. Кровообіг переривали перев'язуванням кровоносних судин з обох кінців рани, щоб імітувати бойові поранення. Інфекцію посилювали тим, що в рани засипали дерев'яну стружку та мелене скло. Інфекцію лікували сульфаніламидами та іншими препаратами, щоб визначити їхню ефективність.
- **(F) Експерименти з регенерації та трансплантації кісток, м'язів і нервів.**⁴⁸² У піддослідних видаляли ділянки кісток, м'язів і нервів.
- **(G) Експерименти з морською водою.**⁴⁸³ Вивчення різних методів перетворення морської води в питну. Піддослідних повністю позбавляли їжі й давали лише хімічно оброблену морську воду.

⁴⁷⁷ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 175.

⁴⁷⁸ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 175.

⁴⁷⁹ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 175.

⁴⁸⁰ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 176.

⁴⁸¹ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 176.

⁴⁸² Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 176-177.

⁴⁸³ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10 с. 171](#), с. 177.

- **(Н) Експерименти з епідемічною жовтяницею.**⁴⁸⁴ Дослідження причин епідемічної жовтяниці та щеплення від неї. Піддослідних умисно заражали епідемічною жовтяницею.
- **(І) Експерименти зі стерилізації.**⁴⁸⁵ Розроблення методу стерилізації, який був би придатний для стерилізації мільйонів людей з мінімальними витратами часу та зусиль. Ці експерименти проводили за допомогою рентгенівського випромінювання, хірургічного втручання та різних препаратів. Тисячі жертв були стерилізовані.
- **(J) Експерименти з висипним тифом (Fleckfieber) та іншими збудниками.**⁴⁸⁶ Здорових ув'язнених інфікували вірусом висипного тифу, щоб зберегти вірус живим; внаслідок цього загинули понад 90 відсотків жертв. Для визначення ефективності вакцин і хімічних речовин використовували інших здорових ув'язнених. Деяких із них вакцинували певною вакциною або їм давали споживати певну хімічну речовину, а потім інфікували вірусом. Інших інфікували без будь-якого попереднього захисту, як контрольну групу. Сотні піддослідних загинули. Також проводили експерименти з жовтою лихоманкою, віспою, паратифами А і В, холерою і дифтерією.
- **(К) Експерименти з отрутою.**⁴⁸⁷ Отрути таємно вводили піддослідним разом з їжею. Потерпілі помирали від отрути або їх негайно вбивали, щоб можна було провести розтин. У деяких піддослідних стріляли отруйними кулями.
- **(L) Експерименти із запалювальними бомбами.**⁴⁸⁸ Перевірка дії різних фармацевтичних препаратів на фосфорні опіки. Цих опіків завдавали піддослідним фосфорною речовиною, взятою із запалювальних бомб.

У всіх випадках вищезазначені експерименти проводили для військово-повітряних сил Німеччини, збройних сил і військово-морського флоту, вони не мали нічого спільного з лікуванням відповідних осіб і не проводилися в інтересах цих осіб.⁴⁸⁹

Багато жертв загинули в результаті цих експериментів, а ті, хто вижив, зазнали інтенсивних, тяжких і серйозних мук, болю, страждань, морального болю, ушкоджень, каліцтв та/або повністю втратили працездатність.⁴⁹⁰

⁴⁸⁴ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10, с. 171](#), с. 177.

⁴⁸⁵ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10, с. 171](#), с. 177.

⁴⁸⁶ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10, с. 171](#), с. 177-178.

⁴⁸⁷ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10, с. 171](#), с. 178.

⁴⁸⁸ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10, с. 171](#), с. 178.

⁴⁸⁹ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10, с. 171](#), с. 175-178.

⁴⁹⁰ Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, рішення у справі *Брандта та ін.*; [Том 2. Судові процеси у справах воєнних злочинців у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону про контрольну раду № 10, с. 171](#), с. 175-178.

282. Експеримент не був обґрунтованим необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування відповідної особи або осіб і здійснювався не в інтересах такої особи або осіб. Цей елемент проілюстровано на прикладі зазначеної справи *Брандта та ін.* У коментарі стверджується, що злочин, пов'язаний з медичними або науковими експериментами, спрямований на заборону експериментів, які не служать терапевтичній меті, а натомість проводяться в цілях отримання медичних або наукових знань.⁴⁹¹
283. Згода не звільняє від відповідальності за цей злочин. Склад цього злочину забороняє будь-яку медичну процедуру, яка не показана за станом здоров'я відповідної особи і яка не відповідає загальноприйнятим медичним стандартам, що застосовуються за аналогічних медичних обставин до осіб, які є громадянами сторони, що проводить процедуру, і які жодним чином не позбавлені свободи.⁴⁹²
284. **Експеримент спричинив смерть або поставив під серйозну загрозу фізичне чи психічне здоров'я або недоторканість особи або осіб.** Цей елемент проілюстровано на прикладі зазначеної справи *Брандта та ін.* За експерименти, які фактично спричиняють смерть потерпілої особи або завдають їй шкоди, передбачена кримінальна відповідальність. Крім того, у коментарі зазначається, на підставі формулювання «під серйозну загрозу», що цей злочин не обов'язково характеризується настанням шкоди здоров'ю, а достатньо наявності небезпеки заподіяння шкоди.⁴⁹³ Щодо посилання на «недоторканість» у зв'язку з медичними або науковими експериментами, то коментатори зазначають, що розробники Елементів злочинів розглядали її як таку, що стосується лише медичних або наукових експериментів, а не заподіяння каліцтва.⁴⁹⁴
285. **Особа або особи потерпілі від каліцтв або експерименту, перебували під владою ворожої сторони.** Потерпілі від цієї групи злочинів визначені у статті 11(1) [Додаткового протоколу I](#): «осіб, що перебувають під владою ворожої сторони, або інтернованих, затриманих чи яким-небудь іншим чином позбавлених свободи в результаті [збройного конфлікту]». У коментарі зазначається, що термін «особи, які перебувають під владою ворожої сторони» охоплює переважно військово-полонених, інтернованих цивільних осіб та всіх осіб, що належать до сторони конфлікту, які опинилися на території ворожої сторони конфлікту, зокрема на

⁴⁹¹ Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.* 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 423-424, пункти 438 («Використання терміну «медичні або наукові експерименти» забороняє використовувати будь-яку з осіб, захищених цією статтею, як так званих «піддослідних кроликів». Заборонені лише такі дії, які не служать терапевтичним цілям, а виконуються з метою отримання медичних чи наукових знань»), 439 («медичні та наукові експерименти, проведені виключно з науковою метою, не можуть вважатися обґрунтованими необхідністю медичного, стоматологічного або стаціонарного лікування відповідної особи і не можуть вважатися такими, що здійснюються в інтересах цієї особи»).

⁴⁹² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-1, Елемент 3 виноска 46, застосовується до того ж елементу за статтею 8(2)(b)(x)-2.

⁴⁹³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.*, 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 425, п. 443; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі.* Cambridge University Press, 2003, с. 233.

⁴⁹⁴ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі.* Cambridge University Press, 2003, с. 230.

території, окупованій ворожою стороною, над якою ворожа сторона здійснює державну владу, або яка просто перебуває під контролем ворожої сторони.⁴⁹⁵

iii. Склад фізичного каліцтва або медичного чи наукового експерименту (суб'єктивні елементи)⁴⁹⁶

286. Суб'єктивна сторона цього злочину характеризується такими елементами: (1) злочинець свідомо і умисно заподіяв каліцтво або здійснив експеримент. Окрім того, (2) злочинець усвідомлював, що інша особа або особи перебували під владою ворожої сторони.⁴⁹⁷
287. Щодо злочину фізичного каліцтва⁴⁹⁸ злочинець свідомо і умисно заподіяв каліцтво.⁴⁹⁹
288. Щодо злочину медичних або наукових експериментів⁵⁰⁰ злочинець свідомо і умисно здійснив медичний або науковий експеримент.⁵⁰¹
289. Злочинець усвідомлював, що інша особа або особи перебували під владою ворожої сторони.⁵⁰²

iv. Контекстуальні елементи

290. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;

⁴⁹⁵ Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I, с. 153, п. 468 («[Ц]е перше речення визначає осіб, на яких поширюється застосування цього принципу в контексті Протоколу. Це насамперед усі особи, які перебувають під владою ворожої сторони, тобто військовополонені, інтерновані цивільні особи, особи, яким було відмовлено у дозволі на виїзд з території цієї ворожої сторони, і навіть усі особи, що належать до сторони конфлікту, які просто опинилися на території ворожої сторони. Термін «територія ворожої сторони» використовують тут для позначення території, на якій ця Сторона де-факто здійснює державну владу. Однак ворожі іноземці не обов'язково повинні мати якесь безпосереднє відношення до влади: простий факт перебування на території ворожої сторони, згідно з визначенням вище, означає, що особа перебуває «під владою» останньої. Іншими словами, як зазначено в коментарі до четвертої Конвенції, вираз «під владою» не обов'язково треба розуміти в буквальному сенсі; він просто означає, що особа перебуває на території, яку контролює відповідна держава [...] Нарешті, мешканці території, окупованої супротивною стороною, також перебувають під владою цієї ворожої сторони», див. також 469-472; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 231.

⁴⁹⁶ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁴⁹⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-1, -2. Див. також СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесей та ін.*, пункти 180-181 у контексті неміжнародного збройного конфлікту.

⁴⁹⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-1.

⁴⁹⁹ [Статут МКС](#), стаття 30.

⁵⁰⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x)-2.

⁵⁰¹ [Статут МКС](#), стаття 30.

⁵⁰² Цей суб'єктивний елемент впливає зі звичайних знань відповідно до статті 30(1), (3) [Статуту МКС](#).

- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁵⁰³ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁵⁰⁴
 - d. Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (Статут МКТЮ, стаття 2(с); Статут МКС, стаття 8(2)(а) (iii))

291. Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю заповнює прогалини, які не визначені іншими «злочинами неналежного поводження», він є взаємопов'язаним і дещо перетинається з катуваннями або нелюдським поводженням, включно з експериментами на людях і каліцтвом.⁵⁰⁵

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він може частково охоплюватися «жорстоким поводженням з військовополоненими або цивільним населенням» або «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець завдав сильного фізичного або психічного болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю одній, чи кільком особам.
- Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно і свідомо завдав сильного фізичного або психічного болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю.
- Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус осіб відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

⁵⁰³ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x).

⁵⁰⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(x).

⁵⁰⁵ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції I \(1952\)](#), с. 372. Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 243.

і. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

292. Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю частково охоплюється складом злочину «жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням». Такий злочин також охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.
293. Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень є порушенням законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень є грубим порушенням МГП під час міжнародного збройного конфлікту в розумінні чотирьох [Женевських конвенцій 1949 року](#).⁵⁰⁶ Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій.⁵⁰⁷
294. **Визнання воєнним злочином.** Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень визнається воєнним злочином у міжнародному збройному конфлікті, оскільки є грубим порушенням Женевських конвенцій.⁵⁰⁸ Така криміналізація також відображена в міжнародному звичаєвому праві.⁵⁰⁹ Ці порушення чітко визнано воєнними злочинами у статті 2(с) [Статуту МКТЮ](#) та статті 8(2)(а)(ііі) [Статуту МКС](#).⁵¹⁰
295. Склад злочину умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень охоплюється складом «жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням». Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень перетинається з нелюдським поводженням.⁵¹¹ Як пояснювалося вище, цей злочин прямо охоплюється складом

⁵⁰⁶ [Женевська конвенція I](#), статті 49-50, див. також 12; [Женевська конвенція II](#), статті 50-51, див. також 12; [Женевська конвенція III](#), статті 129-130, див. також 13; [Женевська конвенція IV](#), статті 146-147, див. також 27, 32. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції I \(2016\)](#), п. 2998 («[окрім положень про серйозні порушення,] [з] абороною заподіяння сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю не міститься в жодній конкретній статті Женевських конвенцій, але в ній висловлюється зобов'язання поводитися з особами, які перебувають під захистом, гуманно та завжди поважати їхню фізичну та психічну недоторканність»).

⁵⁰⁷ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевські конвенції. МКЧХ. База даних МГП. Договори, держави-учасниці та коментарі. [Україна](#).

⁵⁰⁸ [Женевська конвенція I](#), статті 49-50; [Женевська конвенція II](#), статті 50-51; [Женевська конвенція III](#), статті 129-130; [Женевська конвенція IV](#), статті 146-147.

⁵⁰⁹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#), див. також більш загальну [Норму 87. Із цивільними особами та особами, які вибули зі строю, треба поводитися гуманно](#).

⁵¹⁰ [Статут МКТЮ](#), стаття 2(с); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(а)(ііі).

⁵¹¹ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції I \(1952\)](#), с. 372. Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 243.

«жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням», за статтею 438 КК України.

296. Вищенаведене вказує на те, що умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю є злочином за статтею 438 КК України.

ii. **Склад умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (об'єктивні елементи)**

297. З обо'єктивної сторони заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень характеризується так: (1) злочинець завдав (а) сильного фізичного або психічного болю чи страждань, або (б) тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю одній чи кільком особам; (2) така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁵¹²

298. Злочинець завдав сильного фізичного або психічного болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю одній чи кільком особам.

299. Цей злочин може бути вчинено шляхом дії або бездіяльності.⁵¹³

300. *Фізичний або душевний біль чи страждання, або тілесні ушкодження чи шкода здоров'ю.* Це єдиний злочин, перший елемент якого сформульований в альтернативний спосіб, *тобто* фізичний або душевний біль чи страждання; та/або тілесні ушкодження чи шкода здоров'ю.⁵¹⁴

301. Це альтернативне посилання на «тілесні ушкодження» відрізняє злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень⁵¹⁵ від інших злочинів неналежного поводження.⁵¹⁶ Зокрема, катування та нелюдське поводження передбачають фізичний або душевний біль чи страждання, незалежно від наявності або відсутності тілесних ушкоджень.⁵¹⁷ Каліцтво та біологічні, медичні або наукові експерименти ставлять під загрозу фізичне або психічне

⁵¹² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(iii).

⁵¹³ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#) п. 511 («Отже, Судова палата вважає, що злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю є дією або бездіяльністю[...]»).

⁵¹⁴ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#) п. 506 («Конструкція фрази «умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю» вказує на те, що йдеться про один злочин, елементи якого оформлені в альтернативний спосіб та є очевидними»).

⁵¹⁵ Відповідно до [Статуту МКС](#), стаття 8(2)(а)(iii).

⁵¹⁶ Відповідно до [Статуту МКС](#), статті 8(2)(а)(ii), 8(2)(b)(x).

⁵¹⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(ii)-1, -2, Елемент 1; *Тобто, наприклад*, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, але без болю чи страждань, може становити злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень відповідно до статті 8(2)(а)(iii) [Статуту МКС](#); але не нелюдське поводження відповідно до статті 8(2)(а)(ii) [Статуту МКС](#). Трифтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Веck Hart Nomos, 2016, с. 338, п. 107 («Елементи злочинів» не встановлюють майже ніякої різниці між цими двома злочинами [умисним заподіянням сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень та нелюдським поводженням], за винятком випадків, коли завдається тілесне ушкодження, яке водночас не призводить до сильного фізичного або морального болю»); див. МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 341 («Цей злочин відрізняється від злочину нелюдського поводження тим, що він вимагає доведення наявності серйозної психічної або фізичної травми»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 245.

здоров'я та/або недоторканність, знову ж таки, незалежно від того, чи було завдано тілесних ушкоджень, чи ні.⁵¹⁸

302. Розвиток судової практики спеціальних міжнародних кримінальних трибуналів передбачає, що сильні страждання або тяжкі тілесні ушкодження чи шкода здоров'ю можуть передбачати психічне здоров'я.⁵¹⁹ Щодо МКС у коментарі зазначається, що держави-учасниці під час переговорів щодо «Елементів злочинів МКС» умисно застосували слово «моральний» до «фізичного чи морального болю або страждань», але не до «тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю».⁵²⁰ У судовій практиці МКС це питання досі не розглянуто.

303. *Терміни «сильні» та «тяжкі»: необхідний рівень тяжкості.* Оцінювання рівня тяжкості здійснюється в кожному випадку окремо. Спеціальні міжнародні кримінальні трибунали тлумачили термін «тяжкі» як такий, що не обов'язково характеризується «постійним та непоправним ушкодженням», а лише «ушкодженням, що виходить за межі тимчасового нещастя, незручностей чи приниження», *тобто* «призводить до серйозного і довготривалого порушення здатності людини вести нормальне і конструктивне життя».⁵²¹ Ще одним крите-

⁵¹⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(іі)-3, Елементи 1-2, стаття 8(2)(b)(x)-1, -2, Елементи 1-2. Див. вище п. 150-160, 165, 166-167, 170.

⁵¹⁹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 339 («Злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю відповідно до статті 2(с) Статуту визначається як: а) умисна дія або бездіяльність, що полягає в заподіянні сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, зокрема психічному здоров'ю; б) вчинена проти особи, яка перебуває під захистом»); МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Челебічі](#), п. 424 («[Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю відповідно до статті 2] визначається як: а) умисна дія або бездіяльність, що полягає в заподіянні сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, зокрема психічному здоров'ю»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча та Черкеза](#), пункти 244 («Тлумачачи цей коментар, Палата погоджується з висновками Судової палати у справі Челебічі, яка постановила, зокрема, що сфера дії цього злочину охоплює не лише фізичні, але й психічні страждання»), 245 («[...] злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю являє собою умисну дію або бездіяльність, яка призводить до серйозних психічних чи фізичних страждань або травми»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 509 («По-друге, у коментарі стверджується, що термін «заподіяння сильних страждань» означає більше, ніж просто фізичні страждання, і включає моральні страждання. Цю думку підтверджує пряме, звичайне значенням слів «умисне заподіяння сильних страждань», які не уточнюються словами «стосовно тіла або здоров'я», як у випадку із «заподіянням тілесних ушкоджень». Отже, понесені страждання можуть бути психічними або фізичними»); див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV \(1958\)](#), с. 599.

⁵²⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(ііі); [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції I \(2016\)](#), п. 3000 («Однак держави, які вели переговори щодо Елементів злочинів МКС, висловили думку, що важко уявити собі психічну травму. В Елементах злочинів МКС елементи, ухвалені по відношенню до цього серйозного порушення, включають фразу «психічні або фізичні» лише стосовно заподіяних страждань»); Трифферер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.*, 3-тє видання, С.Н. Веєк Hart Nomos, 2016, с. 338, п. 108.

⁵²¹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 342; див. МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Крстіча](#), п. 513 («Тяжкість страждань має оцінюватися в кожному конкретному випадку та з належним урахуванням конкретних обставин. Відповідно до рішення Судової палати у справі Акаєсу, Судова палата зазначає, що серйозна шкода не обов'язково має спричинити постійну та непоправну шкоду, але вона має передбачати шкоду, яка виходить за межі тимчасового нещастя, збентеження чи приниження. Це має бути шкода, яка призводить до серйозного і довготривалого порушення здатності людини вести нормальне і конструктивне життя»); та МТР, [рішення Судової палати у справі Акаїєсу](#), п. 502 («заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічної шкоди членам групи не обов'язково означає, що ця шкода є постійною і непоправною»). Судові палати в останніх двох рішеннях оцінювали заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічної шкоди членам групи як акт геноциду відповідно до [Статуту МКТЮ](#), стаття 4(2)(b); [Статуту](#)

рієм, який може бути використаний для оцінювання тяжкості тілесних ушкоджень або шкоди здоров'ю, є тривалість непрацездатності потерпілої особи.⁵²²

[МКТЮ](#), стаття 2(2)(b).

⁵²² МКТЮ, [рішення суду у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 340 («Описуючи тяжкі тілесні ушкодження або шкоду здоров'ю, [у Коментарі до статті 147 Женевської конвенції IV] зазначено, що ця концепція зазвичай використовує як критерій серйозності тривалість непрацездатності потерпілої особи»); див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV \(1958\)](#), с. 599; див. також [рішення за апеляцією у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 243; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 507, 510.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ДІЯННЯ, ЩО Є ЗЛОЧИНОМ УМИСНОГО ЗАПОДІЯННЯ СИЛЬНИХ СТРАЖДАНЬ АБО ТЯЖКИХ ТІЛЕСНИХ УШКОДЖЕНЬ

Відповідно до практики міжнародних судів, наведені нижче приклади можуть становити злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень.

- Побиття, завдання ударів руками та ногами.⁵²³
 - Ножові поранення кінцівок.⁵²⁴
 - Прив'язування затриманого до балки даху, побиття, зокрема бейсбольною битою.⁵²⁵
 - Обливання бензином штанів затриманого, підпалювання їх та обпикання ніг.⁵²⁶
 - Розміщення шнура запалу, що горить, навколо статевих органів затриманого.⁵²⁷
 - Примушування жертв співати націоналістичні пісні ворожої сторони.⁵²⁸
 - Примушування потерпілої особи жувати та їсти кулю.⁵²⁹
 - Примушування потерпілої особи роздягатися, віджиматися та чистити чоботи офіцерів ворожої сторони.⁵³⁰
 - Примушування жертв повзати по землі та багнюці.⁵³¹
 - Примушування затриманих пити сечу.⁵³²
 - Створення та підтримання атмосфери терору у в'язниці-таборі та постійного страху ув'язнених через вбивства та знущання.⁵³³
- Нелюдські умови тримання під вартою та постійне позбавлення ув'язнених достатньої кількості води, їжі, можливостей для сну і користування туалетом, а також медичної допомоги.⁵³⁴

304. Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року. Особи, яким було заподіяно сильних страждань або тяжких

⁵²³ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 349-351, 353-357; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 1019, 1029-1034, 1046-1048.

⁵²⁴ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 349-350.

⁵²⁵ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 1012, 1016, 1018, 1046-1048.

⁵²⁶ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 1012, 1016-1018, 1046-1048.

⁵²⁷ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 1019, 1038-1040, 1046-1048.

⁵²⁸ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 349-350, 357.

⁵²⁹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 349, 351.

⁵³⁰ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 349, 351.

⁵³¹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 353-354.

⁵³² МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 1016, 1018.

⁵³³ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 1073, 1112, 1116, 1118-1119; МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Челебічі](#), п. 525.

⁵³⁴ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 1073, 1112-1115, 1117-1119; МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Челебічі](#), п. 525.

тілесних ушкоджень, повинні підлягати захисту відповідно до однієї з чотирьох Женевських конвенцій, а саме:

- військовослужбовці та комбатанти, які є пораненими, хворими та/або такими, що зазнали корабельної аварії в морі ([Женевська конвенція I](#), стаття 13; [Женевська конвенція II](#), стаття 13);
- Медичний і духовний персонал ([Женевська конвенція I](#), статті 24, 25, 26; [Женевська конвенція II](#), статті 36, 37; [Женевська конвенція IV](#), стаття 20);
- Військовополонені ([Женевська конвенція III](#), стаття 4); або
- Цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є ([Женевська конвенція IV](#), статті 4, 13).⁵³⁵

305. *Лояльність певній стороні та контроль цієї сторони над людьми та територією.* Щодо цивільних осіб за статтею 4 Женевської конвенції IV, формальне/юридичне громадянство не є настільки важливим, як суть відносин між потерпілими особами та злочинцями.⁵³⁶ Лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій.⁵³⁷ В міру того, як сили сторони конфлікту, що здійснюють наступ, поступово встановлюють контроль над територією, цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, за умови, що вони не заявляють про лояльність цій стороні.⁵³⁸

⁵³⁵ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пункти 357-358 щодо злочину нелюдського поводження відповідно до статті 8(2)(а)(іі) [Статуту МКС](#), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі. Див. також МКТЮ, [Прліч та ін.](#), [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 98.

⁵³⁶ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Челебічі*, пункти 83-84 («Статтю 4 Женевської конвенції IV слід тлумачити як намір максимально захистити цивільних осіб, які опинилися у вирі міжнародного конфлікту або конфлікту, який набув міжнародного виміру. Тому відповідність вимозі статті 4 щодо громадянства повинна встановлюватися на основі аналізу «суті відносин», а не на основі правової кваліфікації за національним законодавством. У сучасних етнічних конфліктах, для цілей застосування гуманітарного права та статті 4 Женевської конвенції IV зокрема, потерпілі особи можуть «асимілюватися» зовнішньою державою, яка бере участь у конфлікті, навіть якщо вони формально мають таке ж громадянство, як і ті, хто їх захопив. Отже, Апеляційна палата погоджується з апеляційним рішенням у справі *Тадіча* у тому, що «навіть якби за обставинами справи злочинці та потерпілі особи вважалися особами, що мають спільне громадянство, стаття 4 все одно була б застосовною»).

⁵³⁷ МКТЮ, [рішення Апеляційної палати](#) у справі *Тадіча*, пункти 165-166 («Цей правовий підхід, що спирається радше на змістовні відносини, ніж на формальні зв'язки, стає дедалі важливішим у сучасних міжнародних збройних конфліктах. Якщо раніше війни велися в основному між усталеними державами, то в сучасних міжетнічних збройних конфліктах на кшталт конфлікту в колишній Югославії в ході конфлікту часто створюються нові держави, і підставою для лояльності може стати етнічна, а не національна приналежність. Або, іншими словами, етнічна приналежність може стати визначальним чинником національної лояльності. За таких умов критерій громадянства є дедалі менш придатним для визначення осіб, які перебувають під захистом. У таких конфліктах не лише текст та історія розроблення Конвенції, але й, що більш важливо, об'єкт і мета Конвенції свідчать про те, що лояльність стороні конфлікту та, відповідно, контроль цієї сторони над особами на певній території можна вважати вирішальним критерієм»).

⁵³⁸ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пункти 292 («Відповідно до прецедентного права міжнародних трибуналів, цивільна особа потрапляє «під владу» сторони конфлікту, якщо ця особа перебуває на території, підконтрольній такій стороні»), 293 («Отже, на думку Палати, у міру того, як сили сторони конфлікту, які здійснюють напад, поступово здобувають контроль над селом, що є об'єктом нападу, окремі цивільні особи на цих територіях автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, у значенні статті 4 Женевської Конвенції IV, якщо вони не заявлять про лояльність відповідній стороні. Тому

iii. Склад умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (суб'єктивні елементи)⁵³⁹

306. З суб'єктивної сторони умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно і свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю; (2) злочинець знав про фактичні обставини, що свідчать про захищений статус осіб відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁵⁴⁰
307. Злочинець умисно і свідомо завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань, або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю.⁵⁴¹ Коментатори дотримуються думки про те, що внаслідок використання поняття «умисно» в Статуті МКС до цього правопорушення може застосовуватися нижчий стандарт *mens rea*, оскільки «умисно» зазвичай тлумачиться судовою практикою МКТЮ як таке, що охоплює прямий умисел і безвідповідальність (*dolus eventualis*).⁵⁴²
308. Злочин може бути скоєний з будь-яких мотивів або без них, наприклад, з помсти або з садистських спонукань.⁵⁴³ Злочинець не обов'язково повинен був зробити оціночне судження щодо аспектів «значності» чи «серйозності» наслідків.⁵⁴⁴

стаття 8(2)(а)(і) Статуту забороняє умисне вбивство цих цивільних осіб за таких обставин», Елемент 2 якої однаково застосовується до умисного заподіяння сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю відповідно до статті 8(2)(а)(iii)), 358 («Стаття 8(2)(а)(ii) Статуту, отже, застосовується до тих ситуацій, за яких цивільні особи, що перебувають під захистом, зазнають нелюдського поводження «під владою» сторони конфлікту, і тому також застосовується до випадків нелюдського поводження з особами, що підлягають захисту, з боку сторони, яка здійснює напад, коли такі дії стаються після того, як напад у цілому закінчився і забезпечено припинення спротиву або повний контроль над селом, що зазнало нападу. Окрім того, це положення забороняє особам, які вчиняють злочини, нелюдсько поводитися з особами, що перебувають під захистом, коли ці сили просуваються до районів опору противника в населеному пункті, який є об'єктом нападу», елемент 2 якого також застосовується до умисного заподіяння сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю відповідно до статті 8(2)(а)(iii)).

⁵³⁹ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁵⁴⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(iii).

⁵⁴¹ Цей суб'єктивний елемент впливає зі звичайного наміру та знань відповідно до статті 30 [Статуту МКС](#).

⁵⁴² Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 339, п. 110; Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 488, п. 1273; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), п. 152 («[Н]а думку Судової палати, *mens rea*, що відноситься до всіх порушень статті 2 Статуту [що містять серйозні порушення], охоплює як умисел, так і безвідповідальність, які можна порівняти з серйозною злочинною недбалістю»). Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#) п. 511 («Отже, Судова палата вважає, що злочин умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю являє собою дію або бездіяльність, яка є умисною, тобто такою, що, за об'єктивною оцінкою, є умисною, а не випадковою, і яка призводить до серйозних психічних чи фізичних страждань або травми»).

⁵⁴³ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 340 («Коментар до статті 147 Женевської конвенції IV описує злочин умисного заподіяння сильних страждань як такий, що стосується страждань, які заподіюються без мети, заради якої здійснюються катування або біологічні експерименти. Страждання може бути заподіяно з інших мотивів, таких як [...] помста або садизм»); див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV \(1958\)](#), с. 599. Див. також МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 243; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), пункти 507-508, 511.

⁵⁴⁴ [Елементи злочинів МКС](#), Загальний вступ, п. 4 («У контексті ментальних елементів, пов'язаних з елементами, що передбачають оціночне судження, наприклад, тими, які включають терміни «нелюдський» або «тяжкий»,

309. Злочинець знав про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року. Щодо громадянства цивільних осіб злочинець мав знати тільки те, що потерпілий належав до протилежної сторони конфлікту.⁵⁴⁵

iv. Контекстуальні елементи

310. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁵⁴⁶ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁵⁴⁷

самостійне формування особою, яка вчинила злочин, конкретного оціночного судження є необов'язковим, якщо не вказано інше».); Трифтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє Edition, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 339, п. 111.

⁵⁴⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(і), Елемент 3, виноска 33, застосовується до відповідного елементу кожного злочину згідно зі статтею 8(2)(а). Див. також МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 360, де виноска 33 застосовується в ширшому сенсі до всіх осіб, які перебувають під захистом чотирьох Женевських конвенцій («Відповідно до виноски 33 Елементів злочинів, не обов'язково, щоб особа, яка вчинила злочин, зробила аналіз і дійшла висновку про те, що потерпіла особа мала правовий захист за будь-якою з чотирьох Женевських конвенцій, а натомість необхідно, щоб особа, яка вчинила злочин, знала, що «потерпіла особа належала до протилежної сторони конфлікту»), у контексті злочину нелюдського поводження відповідно до статті 8(2)(а)(іі), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглядається, оскільки цей елемент є однаковим для обох злочинів.

⁵⁴⁶ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(ііі).

⁵⁴⁷ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(ііі).

- iii. Посягання на людську гідність, зокрема образливе і таке, що принижує людську гідність поведження (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxi))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Посягання на людську гідність є кримінальним правопорушенням відповідно до частини першої статті 438 КК України, оскільки воно охоплюється «іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Щоб засудити особу за воєнний злочин посягання на людську гідність, необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка скоїла злочин, образила, принизила або іншим чином посягнула на гідність однієї чи кількох осіб.
- Тяжкість образи, приниження чи іншого порушення дорівнювала загальновизнаному поняттю посягання на людську гідність.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, яка скоїла злочин, мала намір вчинити таку дію чи вдатися до такої бездіяльності, що є загальновизнаною причиною серйозної образи, приниження, або в інший спосіб становлять серйозну наругу над людською гідністю.
- Особа, яка скоїла злочин, знала, що дія чи бездіяльність може завдати серйозну образу, приниження або іншим чином стати серйозною наругою над людською гідністю.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

311. Стаття 438 КК України прямо не передбачає кримінальної відповідальності за посягання на людську гідність як за воєнний злочин. Проте, як зазначено нижче, це правопорушення можна віднести до «інших порушень законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», до яких відсилає частина 1 статті 438.
312. Посягання на людську гідність є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Посягання на людську гідність кваліфікується як серйозне порушення МГП у міжнародному збройному конфлікті. Це відображено у статті 75(2)(b) [Додаткового протоколу I](#), а також охоплено складом нелюдського поведження, яке міститься у статтях

14 і 52 Женевської конвенції III і статті 27 Женевської конвенції IV.⁵⁴⁸ Україна ратифікувала ці документи.⁵⁴⁹

313. **Визнання воєнним злочином.** Крім зазначеного, посягання на особисту гідність визнається воєнним злочином в умовах міжнародного збройного конфлікту зі статусом порушення міжнародного звичаєвого права. Воно визнається воєнним злочином, оскільки є серйозним порушенням Додаткового протоколу I відповідно до його статті 85.⁵⁵⁰ Відповідно до Дослідження звичаєвого права МКЧХ, кримінальна відповідальність за цей злочин настає на основі звичаєвого права.⁵⁵¹ Цей злочин чітко визнаний воєнним злочином у статті 8(2)(b) (xxi) Статуту МКС, що застосовується до міжнародного збройного конфлікту. МКТЮ встановив, що це правопорушення може підпадати під статтю 3 Статуту МКТЮ (порушення законів і звичаїв війни), яка застосовується до міжнародних і неміжнародних збройних конфліктів.⁵⁵²
314. Усі ці елементи підтверджують висновок про те, що посягання на особисту гідність має вважатися злочином, за який передбачено кримінальну відповідальність за статтею 438(1) КК України.

b. Склад посягань на людську гідність (об'єктивні елементи)

315. Об'єктивні елементи воєнного злочину посягання на особисту гідність передбачають, що: (1) злочинець образив, принизив або іншим чином посягнув на гідність однієї чи кількох осіб; і (2) тяжкість образи, приниження чи іншого порушення досягнула загальноновизнаного поняття посягання на людську гідність.⁵⁵³

⁵⁴⁸ Див. [Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I](#), п. 3048 із посиланням на статті 14 і 52 Женевської конвенції III і статтю 27 Женевської конвенції IV. Вираз «посягання на особисту гідність» або «наруга над людською гідністю» походить зі спільної статті 3 Женевських конвенцій, що застосовується під час неміжнародного збройного конфлікту. У коментарі до спільної статті 3 зазначається, що «гуманне поводження» слід розуміти в значенні статті 27 Женевської конвенції IV. Отже, хоча вираз «посягання на особисту гідність» не згадується прямо в Женевських конвенціях поза спільною статтею 3, поняття нелюдського поводження, яке міститься в них по відношенню як для міжнародних, так і для неміжнародних збройних конфліктів, по суті пов'язане з ним. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Бекс Hart Nomos, 2016, с. 470, пункти 616, 618 («Коментарем МКЧХ до Дод. Протоколу I визнається зв'язок п. 2(b) статті 75 як із спільною статтею 3, так і зі статтею 27 Женевської конвенції IV»).

⁵⁴⁹ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року, а 25 січня 1990 року — Додатковий протокол I. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

⁵⁵⁰ [Додатковий протокол I](#), Стаття 85(1)–(3)(e), (5).

⁵⁵¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#). Див. також: Роберт Краер, Деріл Робінсон, Сергій Васильєв. *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*. Cambridge University Press, 2-ге видання, 2010 р., с. 291.

⁵⁵² МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовскі](#), пункти 55-56; МКТЮ, [рішення Апеляційної палати у справі Алексовскі](#), пункти 17-28. У контексті неміжнародного збройного конфлікту див. МКТЮ, [Кунарац та ін. Рішення Судової палати](#), п. 408; МКТЮ, [Кунарац та ін. Апеляційне рішення](#), пункти 67-68 (визнання посягання на особисту гідність воєнним злочином у неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 3 Статуту). МКТЮ також дійшов висновку, що правопорушення слід віднести до поняття нелюдського поводження згідно зі статтею 2(b) Статуту МКТЮ, що застосовується до міжнародних збройних конфліктів (МКТЮ, [Пріч та ін. Рішення Судової палати](#), т. 3, п. 115). Див. вище, пункти 46-62].

⁵⁵³ МКС. [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пункти 367.

316. **Злочинець образив, принизив або іншим чином посягнув на гідність однієї чи кількох осіб.** Посягання на особисту гідність визначається як «будь-яка дія чи бездіяльність, які є загально визнаною причиною серйозної образи, приниження, або в інший спосіб становлять серйозну наругу над людською гідністю».⁵⁵⁴
317. Це правопорушення не ґрунтується на конкретному «переліку діянь». Основним елементом, який дозволяє кваліфікувати як посягання на особисту гідність, є те, що діяння призводять до образи, приниження або наруги над гідністю особи.⁵⁵⁵
318. Так само, таке діяння не має обов'язково спричинити чи включати фізичну чи психічну шкоду, якою б серйозною вона не була, оскільки це правопорушення охоплює всі спрямовані на приниження та висміювання особи дії чи бездіяльність, включно з примушуванням її до вчинення принизливих дій.⁵⁵⁶

МКС. РІШЕННЯ ПРО ПІДТВЕРДЖЕННЯ ЗВИНУВАЧЕНЬ У СПРАВІ КАТАНГИ ТА НГУДЖОЛО ЧУЇ, П. 369.

Типи дій або бездіяльності, які можуть бути злочином згідно зі статтею 8(2)(b)(xxi), залишилися невизначеними. Як наслідок, основним елементом цього воєнного злочину є образа, приниження чи наруга над гідністю особи». (...) Відповідно до судової практики МКТЮ, «якщо образа або приниження гідності є реальними та серйозними», це означає відсутність вимоги про те, що такі страждання мають бути тривалими, або ж про «необхідність того, щоб ця дія завдала прямої шкоди фізичному чи психічному здоров'ю потерпілої особи».

⁵⁵⁴ МКТЮ, *Кунарац та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 163 («Пояснюючи, що посягання на особисту гідність складається з «будь-якої дії чи бездіяльності, які є загально визнаною причиною серйозної образи, приниження або в інший спосіб становить серйозну наругу над людською гідністю», Судова палата правильно визначила об'єктивний поріг для того, щоб діяння становило посягання на особисту гідність. Вона не повинна була перераховувати дії, які становлять посягання на особисту гідність».

⁵⁵⁵ МКТЮ, *Кунарац та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 162 («Всупереч твердженням скаржника, Апеляційна палата вважає, що Судова палата не була зобов'язана визначати конкретні дії, які можуть становити посягання на особисту гідність. Натомість вона належним чином представила критерії, які використовувала як основу для оцінювання образливого і принизливого характеру дії чи бездіяльності»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Фурунджії](#), п. 183 («Загальний принцип поваги до людської гідності є базовим підґрунтям і власне, самим сенсом існування міжнародного гуманітарного права та права прав людини; дійсно, в наші часи воно набуло такого першорядного значення, що пронизує все міжнародне право. Цей принцип має на меті захистити людей від посягань на їхню особисту гідність, і немає різниці, як ці посягання реалізуються: чи то шляхом протизаконного фізичного нападу чи шляхом приниження та паплюження честі, самоповаги та психічного благополуччя особи»).

⁵⁵⁶ [Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I](#), стаття 75(2)(b); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Квочки та ін.](#), п.172 («Наруга над гідністю — це насамперед дії, бездіяльність або слова, які не обов'язково передбачають тривалу фізичну шкоду, але, тим не менш, є серйозними порушеннями, що заслуговують на покарання»); МКТЮ, *Кунарац та ін.*, [Рішення Судової палати](#), п. 501 («Оскільки це визначення передбачає, що посягання на людську гідність — це діяння, яке «завдає потерпілій особі серйозної образи або приниження», Судова палата погоджується з ним. Однак Судова палата не погодиться з будь-якою вказівкою з наведеного вище уривку на те, що ця образа або приниження гідності має спричинити «тривалі страждання» потерпілої особи. Якщо образа або приниження гідності є реальними та серйозними, Судова палата не бачить причин, чому вони також повинні бути «тривалими», 502-503.

319. Слід зазначити, що відповідно до судової практики МКТЮ, саме по собі вбивство не можна кваліфікувати як посягання на особисту гідність, оскільки заподіяння смерті відрізняється від серйозної образи, приниження чи наруги над людською гідністю.⁵⁵⁷ При цьому потерпілими від злочину можуть бути й померлі особи.⁵⁵⁸ За цих умов вияв неповаги до трупів (як-от вчинення статевих актів з трупами або їх поховання у вигрібних ямах) також може вважатися посяганням на особисту гідність.⁵⁵⁹
320. **Тяжкість образи, приниження чи іншого порушення досягла загальнови-знаного розуміння посягання на людську гідність.** Визначення того, чи є образа, приниження чи наруга над гідністю особи достатньо серйозними, щоб бути «загальновизнаним» посяганням на людську гідність, має здійснюватися об'єктивно та в кожному випадку окремо.⁵⁶⁰ Щоб уникнути суб'єктивної оцінки діянь, яка залежала б від чутливості кожної потерпілої особи, у справі *Алексовскі* Судова палата МКТЮ надала роз'яснення, за яким приниження потерпілої особи повинно бути настільки глибоким, що розсудлива людина була б обурена.⁵⁶¹ Хоча оцінка має бути об'єктивною, вона має враховувати відповідні чинники, такі як культура чи релігія потерпілої особи.⁵⁶²

⁵⁵⁷ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Квочки](#), п. 172 («На думку Судової палати, вбивство саме по собі не можна кваліфікувати як посягання на людську гідність. Вбивство спричиняє смерть, що відрізняється від понять серйозної образи, приниження чи наруги над людською гідністю»).

⁵⁵⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxi), примітка 49 («У контексті цього злочину «особами» можуть бути мертві особи»).

⁵⁵⁹ МКТР. [Ухвала за клопотаннями про винесення виправдувального вироку в справі Багосори](#), п. 40 («У своїй відповіді Обвинувачення визначило інкриміновані дії, які вона вважає пов'язаними з цим звинуваченням: примусове кровозміщення, закопування трупів у вигрібних ямах; залишення немовлят без догляду після вбивства їхніх опікунів; і видалення плодів з утроб матерів. (...) Палата вважає, що розважлива особа, яка вирішує питання факту, могла б, якщо довіряти доказам, визнати обвинуваченого поза розумним сумнівом винним у посяганні на особисту гідність у контексті однієї чи кількох із описаних кримінальних дій»).

⁵⁶⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 369 («Дії, пов'язані з образою, приниженням чи наругою над гідністю особи, мають бути вчинені з об'єктивно достатньою тяжкістю для того, щоб бути «загальновизнаним посяганням на людську гідність»); МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Аль-Хасана](#), п. 262 («La réponse à la question de savoir si l'humiliation, la dégradation ou la violation était d'une 'gravité' suffisante pour être 'généralement considérée' comme une atteinte à la dignité de la personne, doit résulter d'une évaluation objective, opérée au cas par cas.») (цитата доступна лише французькою мовою). («Роз'яснення того, чи була образа, приниження або посягання достатньо «серйозними» для того, щоб бути загальновизнаним посяганням на гідність особи, потребує об'єктивної оцінки окремо для кожного випадку») Див. також МКС, [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2756.

⁵⁶¹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовскі](#), п. 56 («об'єктивна сторона *actus reus* є наступною: приниження потерпілої особи повинно бути настільки глибоким, що розсудлива людина була б обурена»).

⁵⁶² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxi), примітка 49 («Цей елемент враховує відповідні аспекти культурного походження потерпілої особи»).

**МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОНГВЕНА, П. 2756
(ПРИМІТКИ ОПУЩЕНО)**

Роз'яснення того, чи досягла «тяжкість» образи, приниження чи іншого порушення «загальноновизнаного» поняття посягання на людську гідність, передбачає об'єктивну оцінку розсудливої людини, а саме питання має розглядатися в кожному випадку окремо. Не потрібно, щоб страждання чи тілесні ушкодження мали довготривалі наслідки.

ПРАКТИЧНІ ПРИКЛАДИ. ВИПАДКИ ПОСЯГАННЯ НА ЛЮДСЬКУ ГІДНІСТЬ

Хоча й не існує вичерпного переліку посягань на особисту гідність, згідно з практикою МКС, МКТЮ та Міжнародного трибуналу щодо Руанди (МКТР), такими посяганнями можуть бути:

Згвалтування та інші форми сексуального насильства, такі як примусове проникнення в рот чоловічого статевого органу; сексуальне рабство або примусове кровозміщення;⁵⁶³

- примушування жінки до перебування в публічних місцях у самій блузці та спідній білизні, а потім розрізання її спідньої білизни ножем;⁵⁶⁴
- примушування молодої жінки до роздягання та занять гімнастикою оголеною на відкритому подвір'ї мерії перед натовпом;⁵⁶⁵
- примушування людини до вбивства іншої ціпком, огляду трупів, а також змушування забити людину до смерті;⁵⁶⁶
- примушування людини до спостереження за вбивством іншої людини;⁵⁶⁷
- примушування матерів покидати дітей на узбіччі;⁵⁶⁸
- залишення немовлят без догляду після вбивства їхніх опікунів;⁵⁶⁹
- вилучення плоду з утроби матері;⁵⁷⁰
- підвішування закутих у наручники та оголених затриманих жінок або примушення їх до перебування тривалий час у певних позах;⁵⁷¹
- використання затриманих як «живих щитів» або копачів траншей;⁵⁷²
- створення для затриманих атмосфери постійного страху фізичного, психічного чи сексуального насильства;⁵⁷³
- примушування затриманих до справляння фізичних потреб в одязі;⁵⁷⁴
- поховання трупів у вигрібних ямах⁵⁷⁵.

⁵⁶³ МКТР, [Рішення Судової палати у справі Багосори](#), п. 2254; МКТР, [Рішення Судової палати у справі Акайесу](#), п. 688; МКТЮ, [Кунарац та ін. Рішення Апеляційної палати](#), п. 162; МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Фурунджії](#), п. 183. МКТР, [Ухвала за клопотаннями про винесення виправдувального вироку у справі Багосори](#), п. 40; СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), п. 432.

⁵⁶⁴ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пункти 375, 377.

⁵⁶⁵ МКТР, [Рішення Судової палати у справі Акайесу](#), п. 688

⁵⁶⁶ МКС, [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), пункти 2903, 3065.

⁵⁶⁷ МКС, [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2903.

⁵⁶⁸ МКС, [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2903.

⁵⁶⁹ МКТР, [Ухвала за клопотаннями про винесення виправдувального вироку у справі Багосори](#), п. 40

⁵⁷⁰ МКТР, [Ухвала за клопотаннями про винесення виправдувального вироку у справі Багосори](#), п. 40

⁵⁷¹ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 370.

⁵⁷² МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовські](#), п. 229.

⁵⁷³ МКТЮ, [Квочка та ін. Рішення Судової палати](#), п. 173.

⁵⁷⁴ МКТЮ, [Квочка та ін. Рішення Судової палати](#), п. 173.

⁵⁷⁵ МКТР, [Ухвала за клопотаннями про винесення виправдувального вироку у справі Багосори](#), п. 40

с. Склад посягань на людську гідність (суб'єктивні елементи)⁵⁷⁶

321. Суб'єктивні елементи посягання на людську гідність передбачають, що злочинець: (1) мав намір вчинити таку дію чи вдатися до такої бездіяльності, що є загальновизнаною причиною серйозної образи, приниження, або в інший спосіб становлять серйозну наругу над людською гідністю (**умисел**); і (2) знав, що дія чи бездіяльність може спричинити серйозну образу, приниження або в інший спосіб становити серйозну наругу над людською гідністю (**знання**).⁵⁷⁷
322. У контексті питання про намір слід зазначити, що посягання на особисту гідність не вимагає наявності в особи, яка вчинила злочин, конкретного наміру принизити, висміяти чи образити потерпілу особу⁵⁷⁸ чи дискримінаційного наміру або мотивів у будь-якому вигляді.⁵⁷⁹
323. Для дотримання вимоги щодо знання достатньо того, щоб злочинець знав, що його/її дії та бездіяльність загалом «**могли**» завдати серйозну образу, приниження чи бути наругою над людською гідністю. Не існує вимоги про те, що злочинець «мав» або «повинен» був знати про фактичні наслідки його/її дій та бездіяльності.⁵⁸⁰

⁵⁷⁶ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте, загальна частина КК України визначає суб'єктивні елементи притаманні злочинам загалом. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних елементів у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁵⁷⁷ МКТЮ, *Кунарац та ін. Рішення Апеляційної палати*, п. 161 («Судова палата постановила, що злочин, пов'язаний з посяганням на особисту гідність, передбачає: (i) що обвинувачений умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності, або взяв участь у такому діянні, що є загальновизнаною причиною серйозної образи, приниження, або в інший спосіб становити серйозну наругу над людською гідністю, і (ii) що він знав, що ця дія чи бездіяльність можуть мати такі наслідки»).

⁵⁷⁸ МКТЮ, *рішення Апеляційної палати у справі Алексовскі*, п. 27 («Апеляційна палата не тлумачить спостереження, що міститься у коментарях МКЧХ до Додаткових протоколів, про те, що поняття «посягання на людську гідність» відноситься до діянь, «спрямованих на приниження та висміювання» потерпілого, як таке, що неодмінно підтверджує вимогу про наявність у кривдника конкретного наміру принизити, висміяти або образити потерпілу особу. Це твердження, схоже, просто описує діяння, на запобігання якому направлено положення»).

⁵⁷⁹ МКТЮ, *рішення Апеляційної палати у справі Алексовскі*, п. 28 («те, що злочинець мав дискримінаційний намір або мотив, не є елементом правопорушень, передбачених статтею 3 Статуту, або правопорушення, пов'язаного з наругою над людською гідністю»). Див. також МКС, *Рішення Судової палати у справі Онгвена*, п. 2756.

⁵⁸⁰ МКТЮ, *Кунарац та ін. Рішення Апеляційної палати*, пункти 165-166 («Судова палата провела детальний огляд судової практики, що стосується *mens rea* злочину, пов'язаного з посяганням на особисту гідність. Судова палата ніколи безпосередньо не стикалася з конкретним питанням про те, чи передбачає злочин посягання на особисту гідність конкретний умисел щодо приниження, ображення або серйозного зазіхання в інший спосіб на людську гідність. Однак після перегляду судової практики Судова палата належним чином продемонструвала, що злочин, пов'язаний з посяганням на особисту гідність, передбачає лише знання «можливих» наслідків інкримінованої дії чи бездіяльності. Відповідний абзац рішення Судової палати звучить так: «Оскільки відповідна дія чи бездіяльність, що є посяганням на людську гідність, є дією чи бездіяльністю, які є загальновизнаною причиною серйозної образи, приниження, або в інший спосіб становлять серйозну наругу над людською гідністю, обвинувачений повинен знати, що його дія чи бездіяльність мають саме такий характер, тобто що вони можуть завдати серйозну образу, приниження чи бути наругою над людською гідністю. Це не те саме, що вимагати, щоб обвинувачений знав про фактичні наслідки діяння»). Див. також МКТЮ, *Кунарац та ін. Рішення Судової палати*, пункти 512-513.

СССЛ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОБ'ЄДНАНОГО РЕВОЛЮЦІЙНОГО ФРОНТУ (ОРФ), П. 177 (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНО)

Палата також визнає, що *mens rea* правопорушення не передбачає конкретного наміру обвинуваченого принизити чи образити потерпілих, тобто того факту, що він вчинив діяння саме з цієї причини. Проте, дія чи бездіяльність мали би бути вчинені умисно, і обвинувачений повинен був знати, «що його дія чи бездіяльність може завдати серйозну образу, приниження чи становити наругу над людською гідністю». Палата вважає, що немає необхідності встановлювати, що обвинувачений знав не лише про можливі, а й про «фактичні наслідки діяння». Не існує додаткової необхідності у встановленні того, що обвинувачений мав дискримінаційний намір чи мотив.

d. Контекстуальні елементи

324. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁵⁸¹ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁵⁸²

- iv. Зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства порівнянної тяжкості (Статут МКС, стаття 8(2) (xxii)).

325. У цьому розділі розглядається низка злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством. Це такі воєнні злочини як зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусову вагітність, примусову стерилізацію та будь-яка інша форму сексуального насильства порівнянної тяжкості.

⁵⁸¹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxi).

⁵⁸² Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxi).

а. Зґвалтування

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин зґвалтування можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передано частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець здійснив втручання в тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.
- Посягання було здійснено із застосуванням сили або погрози застосуванням сили чи примусу, наприклад, спричиненого страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою, щодо такої особи або іншої особи, або використанням середовища примусу, або ж втручання було здійснено щодо особи, яка була не в змозі надати справжню згоду.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно здійснив втручання в тіло особи.
- Злочинець усвідомлював, що діяння вчиняється із застосуванням сили, погрози силою або примусу, з використанням середовища примусу або щодо особи, не здатної надати справжню згоду.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

і. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

326. Хоча зґвалтування прямо не згадане у статті 438 КК України, воно охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

327. **Зґвалтування є порушенням Міжнародного гуманітарного права, відображеного в міжнародних договорах, ратифікованих Україною.** Стаття 27 [Женевської конвенції IV](#), ратифікованої Україною, прямо забороняє зґвалтування, передбачаючи, що «жінки потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на

їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якого іншого непристойного нападу».⁵⁸³ Зґвалтування наведено як приклад нелюдського поводження у зазначеній вище статті.⁵⁸⁴ [Женевська конвенція III](#) прямо не забороняє зґвалтування. Проте, враховуючи, що Конвенція вимагає гуманного поводження з військовополоненими в будь-який час і забороняє акти насильства або залякування щодо них, відповідно до Коментаря МКЧХ, цей міжнародний договір імпліцитно забороняє зґвалтування.⁵⁸⁵

328. Щобільше, стаття 76 [Додаткового протоколу I](#), ратифікованого Україною, підтверджує заборону зґвалтування, що міститься у статті 27 [Женевської конвенції IV](#).⁵⁸⁶ Додатково, стаття 75 [Додаткового протоколу I](#) вимагає гуманного поводження з усіма особами, які опинилися під владою сторони конфлікту, та забороняє, серед іншого, «знуцання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примушування до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі».⁵⁸⁷ Хоча стаття 75(2)(b) [Додаткового протоколу I](#) не згадує зґвалтування, відповідно до судової практики міжнародних кримінальних трибуналів, зґвалтування підпадає під категорію «знуцання над людською гідністю».⁵⁸⁸ Отже, для цілей статті 438 КК України зґвалтування може

⁵⁸³ Попри те, що в центрі уваги цього положення перебувають «жінки», у коментарі МКЧХ зазначено, що «заборона сексуального насильства визнається такою, що охоплює насильство не лише щодо жінок і дівчат, але й будь-якої особи, зокрема чоловіків і хлопчиків». Див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 736. 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

⁵⁸⁴ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 737; МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) («Хоча зґвалтування було заборонено Женевськими конвенціями, воно не було прямо зазначено як грубе порушення ні в Конвенціях, ні в Додатковому протоколі I, але мало б розглядатися як грубе порушення на підставі того, що воно прирівнюється до нелюдського поводження або умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю»); Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає потерпілу особу, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено); [Статут МКТЮ](#), стаття 2 («Серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 року»).

⁵⁸⁵ [Женевська конвенція III](#), стаття 13; [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 1578. У контексті міжнародних збройних конфліктів [спільна стаття 3 Женевських конвенцій 1949 року](#) забороняє «наругу над людською гідністю, зокрема, принизливе й образливе поводження». Згідно з коментарем МКЧХ, «хоча загальна стаття 3 прямо не забороняє сексуальне насильство, вона робить це імпліцитно, оскільки встановлює зобов'язання щодо гуманного поводження і забороняє насильство над життям і особистістю, зокрема каліцтво, жорстоке поводження, катування і наругу над людською гідністю». [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#), п. 732.

⁵⁸⁶ Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#). У статті 4 [Додаткового протоколу II до Женевських конвенцій 1949 року, який застосовується під час міжнародних збройних конфліктів](#), чітко зазначено, що зґвалтування залишається забороненими в будь-який час і в будь-якому місці.

⁵⁸⁷ [Додатковий протокол I, стаття 75\(1\) та \(2\)\(b\)](#).

⁵⁸⁸ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кунараца та ін.](#), п. 436 («Також чітко встановлено юрисдикцію щодо переслідування за зґвалтування як посягання на людську гідність, що є порушенням законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 Статуту, зокрема на підставі спільної статті 3 Женевських конвенцій 1949 року») (виноски опущено); МТР, [рішення Судової палати у справі Акайєсу](#), п. 688 («Сексуальне насильство підпадає під поняття «наруга над людською гідністю», викладене в [...] статті 4(е) Статуту Трибуналу [...]»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Фурунджій](#), п. 274 («[підсудний] несе індивідуальну відповідальність за наругу над людською гідністю, зокрема за зґвалтування, порушення законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 Статуту»); МТР, [рішення Судової палати у справі Багосори та ін.](#), п. 2254 («Палата визнає Багосору винним

становити порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

329. **Визнання воєнним злочином.** Порушення норм МГП, що вимагають гуманного ставлення до людей, які перебувають під захистом, є грубими порушеннями Женевських конвенцій 1949 року та Додаткового протоколу I до них.⁵⁸⁹ Згвалтування може становити нелюдське поводження, а тому є грубим порушенням Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.⁵⁹⁰ Грубі порушення Женевських конвенцій і Додаткового протоколу I є воєнними злочинами.⁵⁹¹ Згвалтування також можна кваліфікувати як воєнний злочин, який необов'язково є грубим порушенням.⁵⁹²
330. **Статут МКС** визнає порушення заборони згвалтування воєнним злочином у контексті міжнародного збройного конфлікту.⁵⁹³ Воєнний злочин згвалтування входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються під час міжнародного збройного конфлікту» відповідно до **Статуту МКС**. Попри те, що згвалтування прямо не згадано як воєнний злочин у **Статуті МКТЮ**, судова практика Трибуналу підтверджує, що згвалтування може становити серйозне порушення законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 **Статуту МКТЮ**.⁵⁹⁴

у посяганні на людську гідність у порушення статті 3, спільної для Женевських конвенцій, і Додаткового протоколу II (пункт 12) внаслідок згвалтувань, скоєних між 6 і 9 квітня 1994 року [...]»; **Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III** (2020), пункти 708, 742; *див. також Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I*, с. 873, п. 3047, згідно з яким діяння, що становлять образливе і принизливе поводження, входять до сфери дії статті 27 **Женевської конвенції IV**. Остання встановлює, що «жінки потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від згвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність». Враховуючи зазначене вище, згвалтування можна вважати «образливим поводженням», а отже, наругою над людською гідністю.

⁵⁸⁹ **Женевська конвенція I**, стаття 50; **Женевська конвенція II**, стаття 51; **Женевська конвенція III**, стаття 130; **Женевська конвенція IV**, стаття 147; **Додатковий протокол I**, стаття 85.

⁵⁹⁰ **Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III** (2020), п. 737; МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. **Норма 156. Визначення воєнних злочинів** («Хоча згвалтування було заборонено Женевськими конвенціями, воно не було прямо зазначено як грубе порушення ні в Конвенціях, ні в Додатковому протоколі I, але мало б розглядатися як серйозне порушення на підставі того, що воно прірівнюється до нелюдського поводження або умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю»); **МКТЮ, рішення Судової палати у справі Прліча**, Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає потерпілу особу, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноска опущено).

⁵⁹¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. **Норма 156. Визначення воєнних злочинів**; МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. **Зобов'язання щодо кримінального переслідування**, с. 1.

⁵⁹² Глорія Гаджолі, «**Сексуальне насильство під час збройних конфліктів: порушення міжнародного гуманітарного права та прав людини**». 96 Міжнародний огляд Червоного Хреста, с. 527 («[...] Згвалтування та інші форми сексуального насильства можна також кваліфікувати як воєнні злочини в контексті збройних конфліктів, при чому вони не обов'язково мають бути грубими порушеннями. Це важливо відзначити, зокрема, щодо випадків сексуального насильства, які не підпадають під особливу категорію грубих порушень або які вчинені по відношенню до осіб, які не входять до категорії осіб, які перебувають під захистом».)

⁵⁹³ **Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxii)**. Статут МКС також визначає це правопорушення як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах, **Статут МКС**, стаття 8(2)(e)(vi). **Статут МТР та Статут СССЛ включає згвалтування до переліку злочинів, що підпадають під «порушення статті 3, спільної для Женевських конвенцій і Додаткового протоколу II» в контексті неміжнародних збройних конфліктів. Див. Статут МТР**, стаття 4; **Статут СССЛ**, стаття 3.

⁵⁹⁴ **Див.** Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.*, 3-те

331. Вищенаведене вказує на те, що зґвалтування є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

ii. Склад зґвалтування (об'єктивні елементи)

332. З об'єктивної сторони цей військовий злочин характеризується наступними елементами: (1) Злочинець здійснив втручання в тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла; та (2) посягання було здійснене із застосуванням сили або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, спричиненого страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою, щодо такої особи або іншої особи, або використанням середовища примусу, або ж втручання було здійснено щодо особи, яка була не в змозі надати справжню згоду.⁵⁹⁵

333. Злочинець здійснив втручання в тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла. Перший елемент військового злочину зґвалтування характеризується «втручанням» в тіло особи шляхом проникнення.

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ НТАГАНДИ, П. 933 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁵⁹⁶

Поняття “втручання” має бути достатньо широким, щоб бути гендерно нейтральним. Відповідно, “втручання” у правовій системі Суду включає в себе одностатеве проникнення і охоплює як чоловіків та/або жінок, як злочинців, так і потерпілих.

видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 481, п. 661; МКТЮ, рішення Судової палати у справі Кунарац та ін., <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf> п. 436 («Статут прямо вказує на зґвалтування як на злочин проти людяності в межах юрисдикції Трибуналу в статті 5(g). Також чітко встановлено юрисдикцію щодо переслідування за зґвалтування як посягання на людську гідність, що є порушенням законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 Статуту, зокрема на підставі спільної статті 3 Женевських конвенцій 1949 року») (виноски опущено). МКТЮ також вважає, що зґвалтування та інші форми сексуального насильства можуть бути прирівняні до катувань, що є серйозним порушенням статті 2 Статуту МКТЮ. Див. МКТЮ, рішення за апеляцією у справі Кунараца та ін., <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf>, п. 150.

⁵⁹⁵ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xxii)-1; МКС, Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї, п. 342.

⁵⁹⁶ Стосується злочину зґвалтування під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування може також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

334. Цей елемент охоплює дві форми проникнення:

- Проникнення статевим органом у будь-яку частину тіла.⁵⁹⁷ Це стосується не тільки проникнення в піхву або анальний отвір, але й орального проникнення (тобто проникнення в рот).⁵⁹⁸ Окрім того, проникнення може стосуватися будь-якої частини тіла потерпілого або злочинця.⁵⁹⁹

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КАТАНГИ, П. 963 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁰⁰

Палата вважає, що перша складова злочину встановлена на основі того, що злочинець посягнув на тіло особи шляхом дій, які призвели до проникнення, навіть якщо злочинець не бере участі в акті проникнення. Фактично, цей елемент сформульований в такий спосіб, щоб передбачити також можливість проникнення в особу, яка вчинила злочин, на додаток до того, що злочинець спричиняє проникнення або спонукає до нього.

- Проникнення в анальний або генітальний отвір потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.⁶⁰¹ Це стосується проникнення в тіло лише потерпілої особи (а не злочинця) чимось іншим, ніж статевий орган, що може передбачати проникнення а) іншими частинами тіла, наприклад, рукою, або б) будь-яким предметом.⁶⁰²

⁵⁹⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xxii)-1.

⁵⁹⁸ МКС, рішення Судової палати у справі *Бемби*, п. 101 («Палата зазначає, що визначення зґвалтування охоплює акти «втручання» статевого органу в будь-яку частину тіла потерпілої особи, зокрема в рот потерпілої особи»); СССЛ, рішення Судової палати у справі *Сесея та ін.*, п. 146 («Перший елемент *actus reus* визначає тип втручання, необхідний для кваліфікації зґвалтування, і охоплює два види проникнення, бодай незначного. У першій частині положення йдеться про проникнення статевим органом у будь-яку частину тіла потерпілого або підсудного. «Будь-яка частина тіла» в цій частині передбачає генітальне, анальне або оральне проникнення») (виноски опущено) (стосовно злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, рішення Судової палати у справі *Фурунджії*, п. 185 («[...]Судова палата вважає, що об'єктивними елементами зґвалтування можуть бути: (i) сексуальне проникнення, навіть незначне: (а) у піхву або анальний отвір потерпілої особи статевим членом злочинця, або будь-яким іншим предметом, який використовувала особа, яка вчинила злочин; або (b) у рот потерпілої особи статевим членом злочинця; (ii) шляхом примусу, сили або погрози застосування сили проти потерпілої або третьої особи»).

⁵⁹⁹ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xxii)-1; МКС, рішення Судової палати у справі *Катанги*, п. 963 (щодо злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); Трифтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 486, п. 677.

⁶⁰⁰ Стосується злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування може також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶⁰¹ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xxii)-1.

⁶⁰² МТР, рішення Судової палати у справі *Акайєсу*, п. 596 («[...] варіації акту зґвалтування можуть охоплювати діяння, які передбачають введення предметів та/або використання тілесних отворів, які не вважаються по суті призначеними для статевих актів»); СССЛ, рішення Судової палати у справі *Сесея та ін.*, п. 146 («У другій частині положення йдеться про проникнення в генітальний або анальний отвір потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла. Ця частина охоплює проникнення чимось іншим, ніж статевий орган, зокрема іншими частинами тіла або будь-яким іншим предметом») (виноски опущено); див. також МТР, рішення Судової палати у справі *Гакумбіці*, п. 321 (стосовно злочину зґвалтування під час

335. Втручання в тіло було вчинено (1) із застосуванням сили або (2) внаслідок погроз застосування сили чи примусу, наприклад, викликаного страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою, щодо цієї особи або іншої особи, або (3) з використанням середовища примусу. Цей елемент передбачає обставини та умови, які надають проникненню злочинного характеру.⁶⁰³ У справі Кунарац та ін. Апеляційна палата МКТЮ погодилася з висновком Судової палати про те, що «сила сама по собі не є елементом зґвалтування» і що «є чинники, «окрім сили», які можуть зробити акт сексуального проникнення недобровільним або таким, що відбувається без згоди з боку потерпілої особи».⁶⁰⁴

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОНГВЕНА, П. 2710 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁰⁵

Обставини примусу не обов'язково підтверджуються демонстрацією фізичної сили – погрози, залякування, вимагання та інші форми шантажу, які ґрунтуються на страху чи відчаї, можуть вважатися примусом. Примушування може бути притаманним певним обставинам, таким як збройний конфлікт або військова присутність ворожих сил серед цивільного населення. Середовище примусу може створитися під впливом різних чинників, як-от кількість осіб, які беруть участь у скоєнні злочину, а також те, чи відбувається зґвалтування під час або одразу після бойових дій, чи вчиняють його разом з іншими злочинами.

336. Встановлення однієї з зазначених вище обставин примусу (сила, погрози застосування сили чи примусу та використання середовища примусу) є достатнім для того, щоб проникнення було кваліфіковано як воєнний злочин зґвалтування.⁶⁰⁶ Окрім того, не існує вимоги про те, що потерпіла особа мала чинити опір.⁶⁰⁷

неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁰³ МКС, [рішення Судової палати у справі Бемби](#), п. 102; МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 964 (стосовно злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁰⁴ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кунарац та ін.](#), п. 129; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кунараца та ін.](#), пункти 438, 458.

⁶⁰⁵ Стосується злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування може також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶⁰⁶ МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 934 («Отже, встановлення хоча б однієї з обставин або умов примусу, викладених у другому елементі, є достатнім для того, щоб проникнення було кваліфіковано як зґвалтування [...]») (виноски опущено); МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 965 (стосовно злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁰⁷ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2709 («не існує вимоги про те, що потерпіла особа мала чинити опір»).

337. Далєбі, як видно з нижченаведеного уривку судового рішення, нема потреби доводити відсутність згоди потерпілої особи.⁶⁰⁸

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ БЕМБИ, ПУНКТИ 105-106 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁰⁹

105. Палата зазначає, що відсутність згоди потерпілої особи не є правовим елементом злочину зґвалтування за Статутом. Підготовча робота над Статутом демонструє, що його розробники вирішили не вимагати від обвинувачення доведення відсутності згоди потерпілої особи поза розумним сумнівом, виходячи з того, що така вимога в більшості випадків підірве зусилля з притягнення винних до відповідальності.

106. Тому Палата вважає, що у випадках, коли доведено «застосування сили», «погрозу застосування сили або примусу» або «використання примусового середовища», обвинуваченню не потрібно доводити відсутність згоди потерпілої особи.

338. **Посягання було вчинено (4) щодо особи, нездатної надати справжню згоду.** Другий елемент воєнного злочину зґвалтування також охоплює випадки, коли «посягання» було вчинено проти особи, яка не могла надати згоду через «природну, індуковану або вікову причину».⁶¹⁰ Щодо таких ситуацій Судова палата МКС у справі Бемба визначила, що потрібні лише докази впливу «природної, індукованої або пов'язаної з віком причини» на можливість потерпілої особи надати згоду.⁶¹¹

iii. Склад зґвалтування (суб'єктивні елементи)⁶¹²

339. Суб'єктивні елементи воєнного злочину зґвалтування передбачають, що злочинець (1) умисно вчинив втручання в тіло людини; та (2) злочинець усвідомлював, що це діяння було вчинено із застосуванням сили, погрози застосування

⁶⁰⁸ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2709; МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 934; МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 965 (щодо злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁰⁹ Стосується злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування може також бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶¹⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-1, виноска 51; МКС, [рішення Судової палати у справі Бемби](#), п. 107 (стосовно злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶¹¹ МКС, [рішення Судової палати у справі Бемби](#), п. 107 (щодо злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶¹² У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

сили чи примусу, із використанням середовища примусу, або по відношенню до особи, нездатної надати справжню згоду.⁶¹³

340. У справі Катанги Судова палата охарактеризувала умисел зґвалтування: «злочинець умисно діяв або вдався до бездіяльності (1) в такий спосіб, що проникнення відбулося, або (2) коли він або вона усвідомлювали, що такий наслідок настане за звичайного перебігу подій».⁶¹⁴

iv. Контекстуальні елементи

341. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁶¹⁵ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁶¹⁶

⁶¹³ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-1; [Статут МКС, стаття 30](#); МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), пункти 969-970 (щодо злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кунараца та ін.](#), п. 460 («*Mens rea* полягає у намірі здійснити таке статеve проникнення та усвідомленні того, що воно відбувається без згоди потерпілої особи»).

⁶¹⁴ МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 970 (стосовно злочину зґвалтування під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶¹⁵ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-1.

⁶¹⁶ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-1.

b. Сексуальне рабство

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин сексуального рабства можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передано частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або позбавив їх волі подібним шляхом.
- Злочинець примусив таку особу або осіб до вчинення однієї або кількох дій сексуального характеру.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності.
- Злочинець умисно і свідомо примусив таку особу або осіб до вчинення однієї або кількох дій сексуального характеру.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

і. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

342. Хоча сексуальне рабство прямо не згадано у статті 438 КК України, воно охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

343. **Сексуальне рабство є порушенням міжнародного гуманітарного права, відомого в міжнародних договорах, ратифікованих Україною.** Хоча Женевські конвенції 1949 року та Додаткові протоколи до них прямо не забороняють сексуальне рабство, така поведінка імпліцитно заборонена нормами МГП, що вимагають гуманного ставлення до захищених осіб.⁶¹⁷ Наприклад, стаття 27

⁶¹⁷ [Женевська конвенція I](#), стаття 12(2); [Женевська конвенція II](#), стаття 12; [Женевська конвенція III](#), стаття 13(1); [Женевська конвенція IV](#), статті 5(3), 27(1), 127(1); [Додатковий протокол I](#), статті 10(2), 75; [Женевські конвенції](#)

[Женевської конвенції IV](#), ратифікованої Україною, передбачає, що «до [захищених осіб], завжди слід ставитися гуманно й захищати їх, зокрема, від будь-якого акту насильства чи залякування [...]». Стаття 75 [Додаткового протоколу I](#), також ратифікованого Україною, так само зазначає, що з особами, які перебувають під владою сторони, що бере участь у конфлікті, за всіх обставин слід поводитися гуманно. Зокрема, стаття 75(2)(b) [Додаткового протоколу I](#) забороняє, серед іншого, «знущання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примушування до проституції чи будь-яке інше непристойне посягання».⁶¹⁸ Отже, для цілей статті 438 КК України сексуальне рабство становить порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

344. **Визнання воєнним злочином.** Порушення норм МГП, що вимагають гуманного ставлення до людей, які перебувають під захистом, є грубими порушеннями Женевських конвенцій 1949 року та Додаткового протоколу I до них.⁶¹⁹ Сексуальне рабство може становити нелюдське поводження, а тому є грубим порушенням Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.⁶²⁰ Грубі порушення Женевських конвенцій і Додаткового протоколу I є воєнними злочинами.⁶²¹ Сексуальне рабство також можна кваліфікувати як воєнний злочин, який необов'язково є грубим порушенням.⁶²²

(I-IV), спільна стаття 3; [Додатковий протокол II](#), стаття 4(1); [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#), п. 1578 («Хоча стаття 13 прямо не забороняє сексуальне насильство, вона робить це опосередковано, оскільки встановлює зобов'язання щодо гуманного поводження і вимагає захисту від насильства або залякування»); *див. також* МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження») (виноски опущено).

⁶¹⁸ Існує усталена практика міжнародних кримінальних трибуналів, які тлумачать сексуальне рабство як наругу над людською гідністю. *Див.* МТР, [рішення Судової палати у справі Акайєсу](#), п. 688 («Сексуальне насильство підпадає під поняття «наруги над людською гідністю», викладене в [...] статті 4(е) Статуту Трибуналу [...]»). СССЛ, [рішення Судової палати у справі Бріма та ін.](#), п. 713 («[...] Судова палата більшістю голосів дійшла висновку, що докази, надані обвинуваченням, повністю відповідають злочину сексуального рабства, і що в законодавстві немає жодної прогалини, яка б вимагала виділення окремого злочину «примусового шлюбу» як «іншої нелюдського діяння». З огляду на висновки Судової палати про те, що у пункті 7 обвинувачення поєднані різні правопорушення, Суд в інтересах правосуддя розгляне докази сексуального рабства за пунктом 9 обвинувачення») (виноски опущено). Пункт 9 стосується «наруги над людською гідністю (стаття 3(е) Статуту)».

⁶¹⁹ [Женевська конвенція I](#), стаття 50; [Женевська конвенція II](#), стаття 51; [Женевська конвенція III](#), стаття 130; [Женевська конвенція IV](#), стаття 147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85.

⁶²⁰ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено).

⁶²¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

⁶²² Глорія Гаджолі, «[Сексуальне насильство під час збройних конфліктів: порушення міжнародного гуманітарного права та прав людини](#)». 96 Міжнародний огляд Червоного Хреста, с. 527 («[...] Згвалтування та інші форми сексуального насильства можна також кваліфікувати як воєнні злочини в контексті збройних конфліктів, при чому вони не обов'язково мають бути серйозними порушеннями. Це важливо відзначити, зокрема, щодо випадків сексуального насильства, які не підпадають під особливу категорію серйозних порушень або які вчинені по відношенню до осіб, які не входять до категорії осіб, які перебувають під захистом»).

345. Сексуальне рабство чітко визнано військовим злочином у статті 8(2)(b)(xxii) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародного збройного конфлікту.⁶²³ Військовий злочин сексуального рабства входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються під час міжнародного збройного конфлікту», відповідно до [Статуту МКС](#).
346. Вищенаведене вказує на те, що сексуальне рабство є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

ii. Склад сексуального рабства (об'єктивні елементи)

347. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або позбавив їх волі подібним шляхом; та (2) злочинець примусив таку особу або осіб до вчинення однієї або кількох дій сексуального характеру.⁶²⁴
348. Злочинці та потерпілі від військового злочину сексуального рабства можуть бути будь-якої статі та гендеру.⁶²⁵
349. Злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або позбавив їх волі подібним

⁶²³ Статут МКС також визначає це правопорушення як військовий злочин у неміжнародних збройних конфліктах, див. [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(vi). Хоча сексуальне рабство прямо не згадується як військовий злочин у [Статуті СССЛ](#), у суді сексуальне рабство було визнано військовим злочином наруги над людською гідністю в неміжнародному збройному конфлікті. Див. [Статут СССЛ](#), стаття 3; СССЛ, [рішення Судової палати у справі Сесея та ін.](#), п. 173 («В обвинувальному акті підсудний за пунктом 9 звинувачується в нарузі над людською гідністю, що є порушенням Спільної статті 3 та Додаткового протоколу II і карається відповідно до статті 3 Статуту. Суд посилається на ймовірну відповідальність підсудного за діяння, описані вище в пунктах 6-8 обвинувального акту») (пункти 6-8 обвинувачення стосуються зґвалтування, сексуального рабства та інших нелюдських діянь); СССЛ, [рішення Судової палати у справі Бріма та ін.](#), п. 713 («[...] Судова палата більшістю голосів дійшла висновку, що докази, надані обвинуваченням, повністю відповідають злочину сексуального рабства, і що в законодавстві немає жодної прогалини, яка б вимагала виділення окремого злочину «примусового шлюбу» як «іншої нелюдських діянь». З огляду на висновки Судової палати про те, що у пункті 7 обвинувачення поєднані різні правопорушення, Суд в інтересах правосуддя розгляне докази сексуального рабства за пунктом 9 обвинувачення») (виноски опущено). Пункт 9 стосується «наруги над людською гідністю (стаття 3(e) Статуту)».

⁶²⁴ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-2.

⁶²⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 483, п. 668 («За винятком військового злочину примусової вагітності, який за своєю природою може бути скоєний лише по відношенню до жінок, розробники Римського статуту мали намір сформулювати в принципі всі визначення військових злочинів сексуального насильства, передбачених пунктом 2(b)(xxii) статті 8, у гендерно нейтральний спосіб. Отже, як потерпілої особи, так і кривдники можуть бути будь-якої статі та гендеру. Це також впливає з майже повністю гендерно-нейтрального формулювання елементів злочинів за статтею 8 п. 2 (b) (xxii), а по відношенню до військового злочину зґвалтування на цьому зроблено наголос у виносці 50 елементів») (виноски опущено).

шляхом.⁶²⁶ Сексуальне рабство є окремою формою оборнення в рабство.⁶²⁷ Елемент 1 воєнного злочину сексуального рабства охоплює сучасні форми рабства.⁶²⁸ Судова палата МКС у справі *Катанги* охарактеризувала здійснення правомочностей, притаманних праву власності, так:

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КАТАНГИ, П. 975 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶²⁹

Правомочності, притаманні праву власності, слід тлумачити як використання, володіння та розпорядження особою, яку вважають власністю, шляхом поміщення її в ситуацію залежності, що тягне за собою позбавлення її будь-якої форми автономії.

350. **Елементи злочинів МКС** містять приклади реалізації правомочностей, притаманних праву власності. Вони охоплюють «купівлю, продаж, надання в борг або бартер» особи або осіб,⁶³⁰ або «аналогічне позбавлення їх свободи».⁶³¹ Останнє може передбачати, серед іншого, примусову працю, підневільний стан особи або торгівлю людьми,⁶³² і може охоплювати «ситуації, коли потерпілі особи не

⁶²⁶ Треба зазначити, що елемент 1 є однаковим у контекстах воєнного злочину «сексуального рабства» та злочину проти людяності «поневолення» чи «оборнення в рабство». Див. [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1) (c) та 8(2)(b)(xxii)-2; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 328. З цієї причини цей розділ проекту довідника містить посилання на відповідну судову практику щодо злочину проти людяності «оборнення в рабство».

⁶²⁷ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвен](#), п. 2715 («Злочин сексуального рабства є специфічною формою злочину «оборнення в рабство», що передбачає покарання за обмеження або контроль особою, яка вчинила злочин, сексуальної свободи потерпілої особи під час утримання її в стані поневолення. Злочин сексуального рабства, незалежно від того, чи є він злочином проти людяності або воєнним злочином, вчиняється тоді, коли присутній матеріальний елемент поневолення») (виноски опущено) (стосовно злочину сексуального рабства під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶²⁸ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кунарац та ін.](#), п. 117 («Апеляційна палата погоджується з головною тезою Судової палати про те, що традиційна концепція рабства, як її визначено в Конвенції про рабство 1926 року і яку часто називають «системою рабської праці», еволюціонувала й охоплює різні сучасні форми рабства, які також ґрунтуються на реалізації певних або всіх правомочностей, притаманних праву власності. У цих різних сучасних формах рабства потерпіла особа не є об'єктом реалізації радикальніших прав власності, пов'язаних із «системою рабської праці», але в усіх випадках в результаті реалізації деяких або всіх правомочностей, притаманних праву власності, відбувається певне руйнування правосуб'єктності; руйнування є більшим у випадку «системи рабської праці», але різниця полягає лише у ступені такого руйнування. Апеляційна палата вважає, що на момент вчинення інкримінованих злочинів ці сучасні форми рабства були частиною поневолення як злочину проти людяності за міжнародним звичаєвим правом») (виноски опущено) (в контексті поневолення як злочину проти людяності, але з огляду на те, що поневолення є одним з елементів воєнного злочину сексуального рабства, така судова практика може застосовуватися *mutatis mutandis* до цього елементу).

⁶²⁹ Стосується злочину сексуального рабства під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶³⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-2.

⁶³¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-2.

⁶³² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-2, виноска 53 («Зрозуміло, що таке позбавлення свободи може за деяких обставин передбачати примусову працю або іншу форму підневільного стану, як це визначено в Додатковій конвенції про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, 1956

були фізично обмежені, але не могли піти, оскільки їм нікуди було піти й вони боялися за своє життя».⁶³³

351. Реалізація правомочностей, притаманних праву власності, не обов'язково характеризується комерційним правочином.⁶³⁴ Натомість, відповідно до Судової палати у справі *Катанги*, «поняття підневільного стану пов'язане насамперед із неможливістю потерпілої особи змінити свій стан».⁶³⁵
352. Окрім того, Апеляційна палата в справі *Кунараца* постановила, що поневолення або ув'язнення не обов'язково мають бути тривалими.⁶³⁶

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КУНАРАЦА ТА ІН., РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ П. 121 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Судова палата встановила, що тривалість ув'язнення є ще одним чинником, який може бути врахований, але його важливість буде залежати від наявності інших ознак поневолення. Апеляційна палата підтримує цей висновок і зазначає, що тривалість поневолення не є елементом злочину. Питання стосується якості стосунків між підсудним і потерпілою особою. Цю якість визначає низка чинників. Один з них — тривалість стосунків. Апеляційна палата вважає, що відповідний період часу залежатиме від конкретних обставин кожної справи.

353. Приклади здійснення правомочностей, притаманних праву власності, що є частиною Елементу 1 цього воєнного злочину, не є вичерпними.⁶³⁷ Насправді, реалізація таких правомочностей може набувати різних форм.⁶³⁸ Не існує ви-

року. Також зрозуміло, що дії, описані в цьому елементі, передбачають торгівлю людьми, зокрема жінками та дітьми». Приклади, наведені у виносці 53, не є вичерпними. Див. Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 496, п. 715. «Підневільний стан» визначається як стан або статус особи, що впливає з будь-якого з інститутів або звичаїв рабства, згаданих у статті 1 Конвенції». Див. [Додаткову конвенцію 1956 року про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства](#), статтю 7(b).

⁶³³ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2713; МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 952; МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 977; СССЛ, [рішення Судової палати у справі Бріма та ін.](#), п. 709; СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), п. 420 (стосовно злочину сексуального рабства під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(е)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶³⁴ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2713; МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 976; МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 952; СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), п. 420; СССЛ, [рішення Судової палати у справі Бріма та ін.](#), п. 709 (стосовно злочину сексуального рабства у міжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(е)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶³⁵ МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 976 (стосовно злочину сексуального рабства в міжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(е)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶³⁶ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кунараца та ін.](#), п. 121; Див. також МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2714 («Закон також не встановлює мінімальний термін поневолення») (стосовно злочину сексуального рабства в міжнародному збройному конфлікті за статтею 8(2)(е)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶³⁷ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 496, п. 715.

⁶³⁸ МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 975 (стосовно злочину сексуального рабства у між-

черпного переліку дій чи обставин, які були б прикладами реалізації правомочностей, притаманних праву власності щодо однієї чи кількох осіб.⁶³⁹ Щоб визначити, чи здійснював порушник повноваження, пов'язані з володінням людьми, треба проаналізувати кожний конкретний випадок і врахувати такі чинники:

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОНГВЕНА (П. 2712)⁶⁴⁰

- контроль над пересуванням осіб або обмеження їх пересування та загалом заходи, вжиті для запобігання або стримування втечі;
- контроль фізичного середовища;
- психологічний контроль або тиск;
- сила, погроза силою або примус;
- тривалість здійснення правомочностей, пов'язаних із володінням людьми;
- ствердження власної винятковості;
- жорстоке поводження з людьми та насильство по відношенню до них;
- контроль статевих стосунків;
- примусова праця або обернення особи в підневільний стан; та
- вразливість особи та соціально-економічні умови, за яких реалізується влада.

народному збройному конфлікті за статтею 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶³⁹ МКС, рішення Судової палати у справі *Нтаганди*, п. 952; МКС, рішення Судової палати у справі *Катанги*, п. 975; МКТЮ, рішення за апеляцією у справі *Кунараца та ін.*, п. 119; СССЛ, рішення Судової палати у справі *Сесея та ін.*, п. 160 ((стосовно злочину сексуального рабства під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, а також поневолення та сексуального рабства як злочинів проти людяності, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁴⁰ Стосується злочину сексуального рабства під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

354. Злочинець примусив таку особу або осіб до вчинення однієї або кількох дій сексуального характеру. Окрім доведення того, що злочинець реалізував повноваження, пов'язані із правом власності на людину, необхідно встановити, що злочинець примусив таку особу або осіб до вчинення однієї або кількох дій сексуального характеру.⁶⁴¹

СССЛ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ СЕСЕЯ ТА ІН., П. 162 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁴²

Щоб засудити особу за цей злочин, обвинувачення також має довести, що підсудний примушував поневолену особу до вчинення дій сексуального характеру. Акти сексуального насильства є додатковим елементом, який у поєднанні з доказами рабства становить сексуальне рабство.

355. Як визнається у витягах із судових рішень, наведених у текстовому блоці нижче, сексуальне рабство може передбачати зґвалтування, але не обмежується фізичними діями сексуального характеру.⁶⁴³

МТР, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ АКАЙЄСУ, П. 688 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁴⁴

Трибунал розглядає сексуальне насильство, що включає зґвалтування, як будь-яке діяння сексуального характеру, вчинене над особою за обставин, що мають примусовий характер. Сексуальне насильство не обмежується фізичним посяганням на тіло людини й може включати діяння, які не передбачають проникнення або навіть фізичного контакту.

⁶⁴¹ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2715 («Злочин сексуального рабства, незалежно від того, чи є він злочином проти людяності або воєнним злочином, вчиняється тоді, коли реалізовано матеріальний елемент уведення в рабство, а особа, яка вчинила злочин, примусила таку особу або осіб до вчинення однієї або кількох дій сексуального характеру») (виноски опущено) (стосовно злочину сексуального рабства в неміжнародному збройному конфлікті за статтею 8(2)(e)(vi), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁴² Стосується злочину сексуального рабства як злочину проти людяності, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶⁴³ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), пункти 2716, 3037 (стосовно злочину сексуального рабства в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi), але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МТР, [рішення Судової палати у справі Акайєсу](#), п. 688 стосовно злочину «знущання над людською гідністю» в неміжнародному збройному конфлікті, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Фурунджії](#), п. 186 («Міжнародні кримінальні норми передбачають покарання не лише за зґвалтування, але й за будь-який серйозний сексуальний напад, який не призвів до фактичного проникнення. Заборона охоплює всі види серйозного насильства сексуального характеру, вчиненого на порушення фізичної та моральної недоторканності особи шляхом примусу, погрози застосування насильства або залякування, у спосіб, який ображає жертву і принижує її гідність»).

⁶⁴⁴ Стосується злочину сексуального рабства під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОНГВЕНА, П. 2716 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁴⁵

Діяння сексуального характеру в цьому контексті включають акти зґвалтування, але не обмежуються ними. Відповідно, вони [не обов'язково] передбачають проникнення або навіть фізичний контакт. Термін «сексуальний» може стосуватися дій, вчинених сексуальними засобами або спрямованих на сексуальність. Чи має дія сексуальний характер, має визначатися в кожному конкретному випадку, залежно від певних фактів і обставин конкретної справи.

356. У воєнному злочині сексуального рабства можуть брати участь кілька злочинців.⁶⁴⁶ Діяння сексуального характеру не обов'язково повинна вчиняти саме та особа, яка здійснює правомочності, пов'язані із правом власності на людей.⁶⁴⁷

iii. Склад сексуального рабства (суб'єктивні елементи)⁶⁴⁸

357. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності; та (2) злочинець умисно і свідомо примусив таку особу або осіб вчинити одну або кілька дій сексуального характеру.⁶⁴⁹

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КАТАНГИ, П. 981 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁵⁰

Палата вважає, що злочинець мав усвідомлювати, що він сам або разом з іншими особами реалізує один з аспектів права власності на особу і примушує таку особу до вчинення одного або більше актів сексуального характеру. Отже, злочинець мав усвідомлювати, що він реалізовує такі повноваження і повинен був мати намір вчинити певні діяння, щоб примусити відповідну особу до актів сексуального характеру, або мав усвідомлювати, що такий наслідок настане за звичайного перебігу подій.

⁶⁴⁵ Стосується злочину сексуального рабства під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶⁴⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-2, виноска 52 («Враховуючи складний характер цього злочину, визнається, що він може бути вчинений за участі кількох правопорушників в межах спільної злочинної мети»).

⁶⁴⁷ МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 980 (стосовно злочину сексуального рабства в міжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁴⁸ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁶⁴⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-2; [Статут МКС, стаття 30](#).

⁶⁵⁰ Стосується злочину сексуального рабства під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті

iv. Контекстуальні елементи

358. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁶⁵¹ та
 - iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁶⁵²

8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶⁵¹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-2.

⁶⁵² Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-2.

с. Примушення до проституції

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин примушення до проституції можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передано частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець примусив одну чи більше осіб до вчинення одного чи більше актів сексуального характеру із застосуванням сили або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаних страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою, щодо цієї особи або іншої особи, або скориставшись середовищем примусу чи зловживаючи нездатністю такої особи чи осіб надати справжню згоду.
- Злочинець або інша особа отримали чи очікували отримати матеріальну або іншу вигоду в обмін на діяння сексуального характеру або у зв'язку з ними.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно і свідомо примусив одну або більше осіб до вчинення одного або більше актів сексуального характеру силою, погрозою застосування сили або примусу, скориставшись середовищем примусу, або зробив це по відношенню до особи, нездатної надати справжню згоду.
- Злочинець мав намір, який полягав у тому, що він або інша особа мала отримати матеріальну або іншу вигоду в обмін на діяння сексуального характеру або у зв'язку з ними.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

і. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

359. Хоча примушення до проституції прямо не згадано у статті 438 КК України, воно охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

360. Примушення до проституції є порушенням міжнародного гуманітарного права, відображеного в міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Стаття 27 [Женевської конвенції IV](#), ратифікованої Україною, передбачає, що «жінки

потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність».⁶⁵³ Примушування до проституції наведено як приклад нелюдського поводження у зазначеній вище статті.⁶⁵⁴ [Женевська конвенція III прямо не забороняє примусову проституцію. Проте, оскільки Конвенція вимагає гуманного поводження з військовополоненими в будь-який час і забороняє акти насильства або залякування щодо них, відповідно до Коментаря МКЧХ, вона імпліцитно забороняє сексуальне насильство.](#)⁶⁵⁵

361. Ба більше, стаття 76 [Додаткового протоколу I, ратифікованого Україною](#), підтверджує заборону примушування до проституції, що міститься в [Женевській конвенції IV](#).⁶⁵⁶ На додаток до зазначеного вище, стаття 75 [Додаткового протоколу I вимагає гуманного поводження](#) з усіма особами, які опинилися під владою сторони конфлікту, та забороняє, серед іншого, «знущання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примушування до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі».⁶⁵⁷ Отже, для цілей статті 438 КК України примушення до проституції становить порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

362. **Визнання воєнним злочином.** Порушення норм МГП, що вимагають гуманного ставлення до людей, які перебувають під захистом, є серйозними порушеннями Женевських конвенцій 1949 року та Додаткового протоколу I до них.⁶⁵⁸ Примушення до проституції може становити нелюдське поводження, а тому є серйозним порушенням Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.⁶⁵⁹

⁶⁵³ Попри те, що в центрі уваги цього положення перебувають «жінки», у коментарі МКЧХ зазначено, що «заборона сексуального насильства визнається такою, що охоплює насильство не лише щодо жінок і дівчат, але й будь-якої особи, зокрема чоловіків і хлопчиків». Див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 736. 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

⁶⁵⁴ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 737. Див. також МКТЮ, рішення Судової палати у справі [Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено); [Статут МКТЮ](#), стаття 2 («Серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 року»).

⁶⁵⁵ [Женевська конвенція III](#), стаття 13(2); [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 1578. Якщо говорити про документи, застосовні до неміжнародних збройних конфліктів, то [спільна стаття 3 Женевських конвенцій](#) 1949 року забороняє «наругу над людською гідністю, зокрема, принизливе й образливе поводження».

⁶⁵⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 76(1); Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#). У статті 4 [Додаткового протоколу II до Женевських конвенцій 1949 року](#), який застосовується під час неміжнародного збройного конфлікту, чітко зазначено, що примус до проституції залишається забороненим в будь-який час і в будь-якому місці.

⁶⁵⁷ [Додатковий протокол I, стаття 75\(1\) та \(2\)\(b\)](#).

⁶⁵⁸ [Женевська конвенція I](#), стаття 50; [Женевська конвенція II](#), стаття 51; [Женевська конвенція III](#), стаття 130; [Женевська конвенція IV](#), стаття 147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85.

⁶⁵⁹ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 737; МКТЮ, рішення Судової палати у справі [Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено).

Серйозні порушення Женевських конвенцій і Додаткового протоколу I є воєнними злочинами.⁶⁶⁰ Примушення до проституції також можна кваліфікувати як воєнний злочин, який необов'язково є серйозним порушенням.⁶⁶¹

363. Примушення до проституції чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b) (xxii) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародного збройного конфлікту.⁶⁶² Воєнний злочин примушення до проституції входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються під час міжнародного збройного конфлікту» відповідно до Статуту МКС.
364. Вищенаведене вказує на те, що примушення до проституції є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

ii. Склад примушення до проституції (об'єктивні елементи)

365. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець (i) примусив одну чи більше осіб до вчинення одного чи більше актів сексуального характеру (ii) із застосуванням сили або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаних страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою, щодо цієї особи або іншої особи, або з використанням середовища примусу чи зловживаючи нездатністю такої особи, чи осіб надати справжню згоду; та (2) злочинець або інша особа отримали чи очікували отримати матеріальну або іншу вигоду в обмін на діяння сексуального характеру або у зв'язку з ними.⁶⁶³
366. **Злочинець примусив одну особу або кілька осіб до вчинення однієї або кількох дій сексуального характеру.** Розглядаючи елементи сексуального нападу, Апеляційна палата у справі *Дордевіча* визначила, що певну поведінку може бути кваліфіковано як дію сексуального характеру в таких випадках:

⁶⁶⁰ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

⁶⁶¹ Глорія Гаджолі, «[Сексуальне насильство під час збройних конфліктів: порушення міжнародного гуманітарного права та прав людини](#)». 96 Міжнародний огляд Червоного Хреста, с. 527 («[...] Згвалтування та інші форми сексуального насильства можна також кваліфікувати як воєнні злочини в контексті збройних конфліктів, при чому вони не обов'язково мають бути серйозними порушеннями. Це важливо відзначити, зокрема, щодо випадків сексуального насильства, які не підпадають під особливу категорію серйозних порушень або які вчинені по відношенню до осіб, які не входять до категорії осіб, які перебувають під захистом».)

⁶⁶² Статут МКС також визначає цей злочин як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах, див. [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(vi). Статут МТР та Статут СССЛ також включають примушення до проституції до переліку злочинів, що підпадають під «порушення статті 3, спільної для Женевських конвенцій і Додаткового протоколу II» в контексті неміжнародних збройних конфліктів. [Див. Статут МТР](#), стаття 4; [Статут СССЛ](#), стаття 3.

⁶⁶³ [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-3.](#)

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ДОРДЕВІЧА, П. 852 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Очевидно, що сексуальний напад передбачає наявність акту сексуального характеру. Апеляційна палата зазначає, що такий акт має також бути посяганням на фізичну або моральну недоторканність потерпілої особи. Частина тіла, які зазвичай асоціюються з сексуальністю, часто стають об'єктами або елементами посягань. Однак фізичний контакт не є обов'язковим для того, щоб дію можна було кваліфікувати як таку, що має сексуальний характер. Примушування особи вчиняти певні дії чи бути їх свідком може бути достатнім, якщо ці дії ображають та/або принижують жертву в сексуальному плані.

367. Особа, яка змушена займатися проституцією, може бути жінкою/дівчиною або чоловіком/хлопцем.⁶⁶⁴ Окрім того, на відміну від зґвалтування, злочинцем є особа, яка «спонукала» жертву до вчинення акту сексуального характеру, і не обов'язково ним є особа, яка брала участь у такому акті.⁶⁶⁵ Коментатори зазначають, що воєнний злочин примушування до проституції «може охоплювати як одиничну дію, так і ситуацію, яка триває певний час»⁶⁶⁶, і може бути злочином тривалого характеру.⁶⁶⁷
368. Порушник вчинив зазначену(-і) вище дію(дії) із застосуванням сили, погрози застосування сили чи примусу, скориставшись середовищем примусу, або по відношенню до особи, нездатної надати справжню згоду. Для отримання додаткової інформації про цей елемент див. воєнний злочин зґвалтування (пункти 206-221).
369. Злочинець або інша особа отримали чи очікували отримати матеріальну або іншу вигоду в обмін на діяння сексуального характеру або у зв'язку з ними. Як припускає один з коментаторів, цей елемент воєнного злочину відрізняє його від воєнного злочину сексуального рабства, з яким він значною мірою перети-

⁶⁶⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 483, п. 668 («За винятком воєнного злочину примусової вагітності, який за своєю природою може бути скоєний лише по відношенню до жінок, розробники Римського статуту мали намір сформулювати в принципі всі визначення воєнних злочинів сексуального насильства, передбачених пунктом 2(b)(xxii) статті 8, у гендерно нейтральний спосіб. Отже, як потерпілі особи, так і кривдники можуть бути будь-якої статі та гендеру. Це також впливає з майже повністю гендерно-нейтрального формулювання елементів злочинів за статтею 8 п. 2 (b) (xxii), а по відношенню до воєнного злочину зґвалтування на цьому зроблено наголос у виноскі 50 елементів») (виноски опущено).

⁶⁶⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 497, п. 718.

⁶⁶⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 497, п. 718.

⁶⁶⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 497, п. 718. Див. також там само с. 215, п. 65. Останній посилається на коментар про злочин проти людяності у вигляді примушування до проституції. Проте, з урахуванням того, що воєнний злочин примушення до проституції та злочин проти людяності у вигляді примушування до проституції відрізняються лише своїми контекстуальними елементами, наведений вище коментар є актуальним для обговорення та аналізу воєнного злочину примушення до проституції. Див. також [Елементи злочинів МКС, стаття 7\(1\)\(g\)-3 та стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-3](#).

нається, оскільки цей елемент відображає мотиви злочинця (жадібність, а не лише владу) та «елемент наживи».⁶⁶⁸

iii. Склад примушення до проституції (суб'єктивні елементи)⁶⁶⁹

370. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно і свідомо примусив одну або більше осіб до вчинення одного або більше актів сексуального характеру силою, погрозою застосування сили або примусу, скориставшись середовищем примусу, або цей злочин скоєно по відношенню до особи, нездатної надати справжню згоду; та (2) злочинець мав намір, за яким він або інша особа мала отримати матеріальну або іншу вигоду в обмін на діяння сексуального характеру або у зв'язку з ними.⁶⁷⁰

iv. Контекстуальні елементи

371. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁶⁷¹ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁶⁷²

⁶⁶⁸ Мелані О'Брайен. «Не вбивайте їх, зробимо їх дружинами: розвиток міжнародного кримінального права щодо злочинів примушення до шлюбу, сексуального рабства та примушення до проституції». 20 Міжнародний журнал прав людини, с. 397.

⁶⁶⁹ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁶⁷⁰ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xxii)-3; Статут МКС, стаття 30. Елементи злочинів не передбачають конкретного стандарту суб'єктивної сторони для воєнного злочину примушення до проституції, а тому застосовується вимога статті 30 Статуту МКС. Аналогічну аргументацію щодо згвалтування див. у [рішенні Судової палати у справі Катанги](#), п. 969 МКС («Палата нагадує, що у випадках, коли в Елементах злочинів суб'єктивна сторона залишається невизначеною, необхідно враховувати статтю 30 Статуту для визначення того, чи був злочин вчинений умисно та свідомо») (виноска опущено).

⁶⁷¹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-3.

⁶⁷² Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-3.

d. Примусова вагітність

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин примусової вагітності можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передано частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивний елемент

- Злочинець позбавив волі одну або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно і свідомо позбавив волі одну або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку.
- Злочинець мав намір змінити етнічний склад будь-якого населення або вчинити інші серйозні порушення міжнародного права.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння злочинця були вчинені в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

і. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

372. Хоча примусова вагітність прямо не згадана у статті 438 КК України, вона охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

373. Примусова вагітність є порушенням міжнародного гуманітарного права, відомого в міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Хоча Женевські конвенції 1949 року та Додаткові протоколи до них прямо не забороняють примусову вагітність, така поведінка імпліцитно заборонена нормами МГП, що вимагають гуманного ставлення до людей, які перебувають під захистом.⁶⁷³ На-

⁶⁷³ [Женевська конвенція I](#), стаття 12(2); [Женевська конвенція II](#), стаття 12; [Женевська конвенція III](#), стаття 13(1); [Женевська конвенція IV](#), статті 5(3), 27(1), 127(1); [Додатковий протокол I](#), статті 10(2), 75; [Женевські конвенції \(I-IV\)](#), стаття 3; [Додатковий протокол II](#), стаття 4(1). Див. також [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#), п. 1578 («Хоча стаття 13 прямо не забороняє сексуальне насильство, вона робить це імпліцитно, оскільки встановлює зобов'язання щодо гуманного поводження та вимагає захисту від насильства або залякування»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («будь-яке сексуальне насильство, спрямо-

приклад, стаття 27 [Женевської конвенції IV](#), ратифікованої Україною, передбачає, що «до [осіб, які перебувають під захистом], завжди слід ставитися гуманно й захищати їх, зокрема, від будь-якого акту насильства чи залякування, від образ та цікавості натовпу». На додаток до зазначеного вище стаття 75 [Додаткового протоколу I, також ратифікованого Україною](#), вимагає гуманного поводження з усіма особами, які опинилися під владою сторони конфлікту, та забороняє, серед іншого, «знущання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примушування до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі».⁶⁷⁴ Отже, для цілей статті 438 КК України примусова вагітність становить порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

374. **Визнання воєнним злочином.** Порушення норм МГП, що вимагають гуманного ставлення до людей, які перебувають під захистом, є грубим порушеннями Женевських конвенцій 1949 року та Додаткового протоколу I до них.⁶⁷⁵ Примусова вагітність може становити нелюдське поводження, а тому є грубим порушенням Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.⁶⁷⁶ Грубі порушення Женевських конвенцій і Додаткового протоколу I є воєнними злочинами.⁶⁷⁷ Примусову вагітність також можна кваліфікувати як воєнний злочин, який не обов'язково є грубим порушенням.⁶⁷⁸
375. Примусову вагітність чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(xxii) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародного збройного конфлікту, і це означає, що [Статут МКС](#) став першим документом, який прямо визнає примусову вагітність воєнним злочином.⁶⁷⁹ [Воєнний злочин примусової вагітності входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах» відповідно до Статуту МКС.](#)

ване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження») (виноски опущено).

⁶⁷⁴ [Додатковий протокол I, стаття 75\(1\) та \(2\)\(b\).](#)

⁶⁷⁵ [Женевська конвенція I](#), стаття 50; [Женевська конвенція II](#), стаття 51; [Женевська конвенція III](#), стаття 130; [Женевська конвенція IV](#), стаття 147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85.

⁶⁷⁶ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає потерпілу особу, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено).

⁶⁷⁷ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

⁶⁷⁸ Глорія Гаджолі, [«Сексуальне насильство під час збройних конфліктів: порушення міжнародного гуманітарного права та прав людини»](#). 96 Міжнародний огляд Червоного Хреста, с. 527 («[...] Згвалтування та інші форми сексуального насильства можна також кваліфікувати як воєнні злочини в контексті збройних конфліктів, при чому вони не обов'язково мають бути серйозними порушеннями. Це важливо відзначити, зокрема, щодо випадків сексуального насильства, які не підпадають під особливу категорію серйозних порушень або які вчинені по відношенню до осіб, які не перебувають під захистом»).

⁶⁷⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 497, п. 720. Статут МКС також визначає це правопорушення як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах, див. [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(vi).

376. Вищенаведене вказує на те, що примусова вагітність є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

ii. Склад примусової вагітності (об'єктивні елементи)

377. Судова та апеляційна палати МКС у справі Онгвена визначили, що «Склад злочину примусової вагітності спрямовано на захист, серед іншого, репродуктивного здоров'я та незалежності жінки, а також права на планування сім'ї».⁶⁸⁰

378. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець позбавив волі одну або більше жінок та (2) вони стали вагітними в примусовому порядку.⁶⁸¹

379. **Злочинець незаконно позбавив волі одну або більше жінок.** Цей об'єктивний елемент характеризується тим, що злочинець «незаконно» позбавив волі одну чи кількох жінок, тобто фізичну свободу однієї чи кількох жінок було обмежено всупереч нормам міжнародного права.⁶⁸² Позбавлення волі не обов'язково повинно мати певну тривалість або досягати певного рівня суворості.⁶⁸³

380. **Жінку або жінок, які були позбавлені волі, стали вагітними в примусовому порядку.** Цей елемент характеризується тим, що жінку або жінок, які були позбавлені волі, стали вагітними в примусовому порядку.

⁶⁸⁰ МКС, [рішення за апеляцією у справі Онгвена](#), п. 1063; МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2717 (стосовно злочину примусової вагітності під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁸¹ Елементи злочинів [МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-4](#). Речення, що міститься у визначенні примусової вагітності в Статуті МКС, а саме, що цей злочин «в жодному разі не повинно тлумачитися як таке, що впливає на національне законодавство щодо вагітності», не додає нового елементу до злочину, а лише усуває побоювання, що примусова вагітність може бути витлумачена як легалізація абортів. Див. [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii); МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2721; МКС, [рішення за апеляцією у справі Онгвена](#), п. 1065 (стосовно злочину примусової вагітності в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, пункти 723-724, с. 499.

⁶⁸² МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2724 (стосовно злочину примусової вагітності в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, п. 726, с. 499 («[...] Підготовча комісія не передбачила в елементі 1 по відношенню до статті 8 п. 2 (b) (xxii)-4 [...], що таке позбавлення свободи має бути «незаконним». Однак, з огляду на мету заборони, одного позбавлення свободи жінки, яку примусили завагітніти, як порушення міжнародного гуманітарного права (наприклад, як військовополоненої), недостатньо для притягнення до кримінальної відповідальності за статтею 8 п. 2 (b) (xxii)-4, за винятком випадків, коли, як стверджується, жінка позбавляється доступу до медичних послуг і можливості зробити своєчасний аборт за наявності відповідного наміру»).

⁶⁸³ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2724 (стосовно злочину примусової вагітності в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ [ОНГВЕНА](#), П. 2725 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁸⁴

Другий компонент матеріального елемента полягає в тому, що жінка «стала вагітною в примусовому порядку». Під цим розуміють ті самі обставини примусу, які описані в Статуті щодо інших злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством. Це означає, що жінка не обов'язково мала завагітніти лише внаслідок фізичного насильства. «Примус» у цьому контексті означає силу або погрозу застосування сили чи примусу, наприклад, викликані страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою, щодо неї або іншої особи, або за наявності середовища примусу, яким скористався кривдник, або те, що жінка, яка завагітніла, була нездатною надати справжню згоду на це. Існування таких примусових обставин підриває здатність жінки давати добровільну і щирі згоду.

381. Не існує вимоги про те, щоб злочинець особисто примусив жінку або жінок завагітніти, оскільки «позбавлення волі жінки, яка завагітніла примусово від іншої особи, є необхідною і достатньою умовою злочину примусової вагітності».⁶⁸⁵
382. Крім того, Судова палата МКС у справі Онгвена визначила, що примусове зачаття могло відбутися до або під час незаконного позбавлення волі.⁶⁸⁶

iii. Склад примусової вагітності (суб'єктивні елементи)⁶⁸⁷

383. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно і свідомо позбавив волі одну або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку,⁶⁸⁸ та (2) злочинець мав намір змінити етнічний склад будь-якого населення або вчинити інші серйозні порушення міжнародного права.⁶⁸⁹
384. Злочинець умисно і свідомо позбавив волі одну або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку.⁶⁹⁰

⁶⁸⁴ Стосується злочину примусової вагітності в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶⁸⁵ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2723 (стосовно злочину примусової вагітності в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁸⁶ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2723 (стосовно злочину примусової вагітності в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁸⁷ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁶⁸⁸ [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-4; Статут МКС, стаття 30.](#)

⁶⁸⁹ [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-4.](#)

⁶⁹⁰ Цей суб'єктивний елемент підпадає під стандарт «умисно та свідомо» статті 30 [статуту МКС](#).

385. **Конкретний намір змінити етнічний склад будь-якого населення або вчинити інші серйозні порушення міжнародного права.** Воєнний злочин примусової вагітності вимагає наявності конкретного наміру (1) змінити етнічний склад будь-якого населення або (2) вчинити інші серйозні порушення міжнародного права.⁶⁹¹ Поняття «інші серйозні порушення міжнародного права» охоплює зґвалтування, сексуальне рабство, рабство та/або катування,⁶⁹² але також може охоплювати інші порушення, такі як медичні експерименти, що суперечать міжнародному праву.⁶⁹³

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОНГВЕНА, ПУНКТИ 2727-2729 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)⁶⁹⁴

2727. Ця вимога щодо спеціального наміру сформульована в альтернативний спосіб. Це означає, що злочин примусової вагітності за Статутом вчиняється з наміром або змінити етнічний склад населення, або здійснити інші серйозні порушення міжнародного права, наприклад, позбавити жінку волі з метою її зґвалтування, сексуального поневолення, поневолення та/або катування.

2728. Поза цими альтернативними намірами не існує вимоги про те, що підсудний повинен був мати намір зберегти вагітність жінки. [...]

2729. [...] Злочин примусової вагітності полягає в насильницькому позбавленні волі вагітної жінки з метою вчинення інших серйозних порушень міжнародного права, незалежно від того, чи мав підсудний особливий намір зберегти вагітність жінки.

iv. Контекстуальні елементи

386. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁶⁹⁵ та

⁶⁹¹ [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-4.](#)

⁶⁹² МКС, рішення Судової палати у справі Онгвена, пункти 2726-2727. [У справі Онгвена Судова палата визначила, що вимогу щодо спеціального наміру злочину примусової вагітності було дотримано, оскільки Домінік Онгвен діяв «з наміром підтримати подальше вчинення інших виявлених злочинів, зокрема примусового шлюбу, катувань, зґвалтувань і сексуального рабства».](#) Див. там само, п. 3061 (стосовно злочину примусової вагітності в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

⁶⁹³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, п. 727, с. 499 («Ця друга альтернатива може, наприклад, охоплювати медичні експерименти, які суперечать міжнародному праву, але не охоплювати чистий садизм або очевидний єдиний намір зробити так, щоб дитина завжди нагадувала жінці та її сім'ї або громаді про те, що сталося») (виноски опущено).

⁶⁹⁴ Стосується злочину примусової вагітності в неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(vi) Статуту МКС, але це міркування також може бути застосовано *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁶⁹⁵ Див. також [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-4.](#)

iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁶⁹⁶

е. Примусова стерилізація

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин примусової стерилізації можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передано частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, позбавила одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності.
- Ці діяння не були виправдані медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб і не були вчинені за їхньою справжньою згодою.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно і свідомо позбавив одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності.
- Злочинець усвідомлював, що його діяння не були виправдані медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб, а також не були вчинені за їхньою справжньою згодою.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

i. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

387. Хоча примусова стерилізація прямо не зазначена у статті 438 КК України, вона охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

388. Примусова стерилізація є порушенням міжнародного гуманітарного права, відображеного в міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Хоча Женев-

⁶⁹⁶ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-4.

ські конвенції 1949 року та Додаткові протоколи до них прямо не забороняють примусову стерилізацію, такі діяння імпліцитно заборонені нормами МГП, що вимагають гуманного ставлення до людей.⁶⁹⁷ Наприклад, стаття 27 [Женевської конвенції IV, ратифікованої Україною](#), передбачає, що «до [захищених осіб], завжди слід ставитися гуманно й захищати їх, зокрема, від будь-якого акту насильства чи залякування, від образ та цікавості натовпу». На додаток до зазначеного вище, стаття 75 [Додаткового протоколу I, також ратифікованого Україною](#), вимагає гуманного поводження з усіма особами, які опинилися під владою сторони конфлікту, та забороняє, серед іншого, «знуцання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примушування до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі».⁶⁹⁸ Отже для цілей статті 438 КК України примусова стерилізація становить порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

389. **Визнання воєнним злочином.** Порушення норм МГП, що вимагають гуманного ставлення до осіб, які перебувають під захистом, є грубим порушеннями Женевських конвенцій 1949 року та Додаткового протоколу I до них.⁶⁹⁹ Примусова стерилізація може становити нелюдське поводження, а тому є грубим порушенням Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I.⁷⁰⁰ Грубі порушення Женевських конвенцій і Додаткового протоколу I є воєнними злочинами.⁷⁰¹ Примусову стерилізацію також можна кваліфікувати як воєнний злочин, який не обов'язково є серйозним порушенням.⁷⁰²
390. Примусову стерилізацію чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(xxii) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародного збройного конфлікту, і це означає, що [Статут МКС](#) став першим документом, який прямо визнає такі

⁶⁹⁷ [Женевська конвенція I](#), стаття 12(2); [Женевська конвенція II](#), стаття 12; [Женевська конвенція III](#), стаття 13(1); [Женевська конвенція IV](#), статті 5(3), 27(1), 127(1); [Додатковий протокол I](#), статті 10(2), 75; [Женевські конвенції \(I-IV\)](#), спільна стаття 3; [Додатковий протокол II](#), стаття 4(1). Див. також МКТЮ, рішення Судової палати у справі [Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено); [Статут МКТЮ](#), стаття 2 («Серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 року»).

⁶⁹⁸ [Додатковий протокол I, стаття 75\(1\) та \(2\)\(b\)](#).

⁶⁹⁹ [Женевська конвенція I](#), стаття 50; [Женевська конвенція II](#), стаття 51; [Женевська конвенція III](#), стаття 130; [Женевська конвенція IV](#), стаття 147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85.

⁷⁰⁰ МКТЮ, рішення Судової палати у справі [Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено).

⁷⁰¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

⁷⁰² Глорія Гаджолі, «[Сексуальне насильство під час збройних конфліктів: порушення міжнародного гуманітарного права та прав людини](#)». 96 Міжнародний огляд Червоного Хреста, с. 527 («[...] Згвалтування та інші форми сексуального насильства можна також кваліфікувати як воєнні злочини в контексті збройних конфліктів, при чому вони не обов'язково мають бути серйозними порушеннями. Це важливо відзначити, зокрема, щодо випадків сексуального насильства, які не підпадають під особливу категорію серйозних порушень або які вчинені по відношенню до осіб, які не входять до категорії осіб, які перебувають під захистом»).

заборонені діяння як військовий злочин.⁷⁰³ Військовий злочин примусової стерилізації входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються під час міжнародного збройного конфлікту» відповідно до Статуту МКС.

391. Вищенаведене вказує на те, що примусова стерилізація є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

ii. Склад примусової стерилізації (об'єктивні елементи)

392. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець позбавив одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності; та (2) діяння не були виправдані медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб, а також не були здійснені за їхньою справжньою згодою.⁷⁰⁴

393. Злочинці та потерпілі особи військового злочину примусової стерилізації можуть бути будь-якої статі та гендеру.⁷⁰⁵

394. **Злочинець позбавив одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності.** Як припускають коментатори, «стерилізація не обмежується видаленням органів або операцією на них, що призводить до позбавлення здатності до розмноження»;⁷⁰⁶ крім того, «примусова кастрація або інші форми тяжкого каліцтва статевих органів чоловіків» і нездатність жінок «завагітніти або виносити дитину внаслідок каліцтва статевих органів або травм, отриманих в результаті зґвалтування або інших форм сексуального насильства», можуть стати елементами примусової стерилізації.⁷⁰⁷ Однак таке позбавлення не включає заходи контролю за народжуваністю, практичні наслідки яких не є постійними.⁷⁰⁸

⁷⁰³ Ів ла Хей [Eve La Haye]. Стаття 8(2)(b)(xxii)-5. Примусова стерилізація: Лі [Lee] (за ред.), *Міжнародний кримінальний суд. Елементи злочинів і Правила процедури і доказування*, Transnational Publishers, 2001, с. 195. Статут МКС також визначає це правопорушення як військовий злочин у неміжнародних збройних конфліктах, [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(vi).

⁷⁰⁴ [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-5.](#)

⁷⁰⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 483, п. 668 («За винятком військового злочину примусової вагітності, який за своєю природою може бути скоєний лише по відношенню до жінок, розробники Римського статуту мали намір сформулювати в принципі всі визначення військових злочинів сексуального насильства, передбачених пунктом 2(b)(xxii) статті 8, у гендерно нейтральний спосіб. Отже, як потерпілі особи, так і кривдники можуть бути будь-якої статі та гендеру. Це також впливає з майже повністю гендерно-нейтрального формулювання елементів злочинів за статтею 8 п. 2 (b) (xxii), а по відношенню до військового злочину зґвалтування на цьому зроблено наголос у виносці 50 елементів») (виноска опущено).

⁷⁰⁶ Дьорман. *Елементи військових злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 331.

⁷⁰⁷ Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: постатейний коментар*. 4-тє видання, Beck Hart, 2022, с. 213, п. 113.

⁷⁰⁸ Елементи злочинів [МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-5](#) виноска 54. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 500, п. 729. («Військовий злочин примусової стерилізації [...] вимагає наміру назавжди позбавити репродуктивної здатності»). Однак, як зазначив один коментатор, додавання виноска 54 до елементів військового злочину «не виключає можливості вважати примусовою стерилізацією, *наприклад*, багаторазове та примусове застосування контрацептивів

395. Діяння не були виправдані медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб, а також не були вчинені за їхньою справжньою згодою. Цей елемент воєнного злочину передбачає, що стерилізація може бути законною, якщо вона виправдана медичним чи лікарняним лікуванням особи або здійснюється за її справжньою згодою.⁷⁰⁹ Згода, яку було надано шляхом обману, наприклад, «унаслідок дезінформації щодо остаточного або зворотного характеру стерилізації», не вважатиметься справжньою.⁷¹⁰

iii. Склад примусової стерилізації (суб'єктивні елементи)⁷¹¹

396. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно і свідомо позбавив одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності; та (2) злочинець усвідомлював, що його діяння не були виправдані медичним або лікарняним лікуванням відповідної особи або осіб, а також не були вчинені за їхньою справжньою згодою.⁷¹²

iv. Контекстуальні елементи

397. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁷¹³ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁷¹⁴

упродовж фертильних років жінки без її справжньої згоди». Див. Ів ла Хей. Стаття 8(2)(b)(xxii)-5-Примусова стерилізація: Лі (за ред.), *Міжнародний кримінальний суд. Елементи злочинів і Правила процедури і доказування*, Transnational Publishers, 2001, с. 196.

⁷⁰⁹ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 331.

⁷¹⁰ Елементи злочинів [МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-5 виноска 55](#); Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, С.Н.Бекк Hart Nomos, 2016, с. 500, п. 730.

⁷¹¹ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁷¹² [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-5](#); [Статут МКС, стаття 30](#).

⁷¹³ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-5.

⁷¹⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxii)-5.

f. Сексуальне насильство

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин сексуального насильства можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передано частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець вчинив акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусив таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру, застосувавши силу або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаних страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою, щодо цієї особи або іншої особи, або скориставшись середовищем примусу чи зловживаючи нездатністю такої особи чи осіб надати справжню згоду.
- Такі діяння були настільки серйозними, що їх можна порівняти з грубим порушенням Женевських конвенцій.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав намір вчинити акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусити таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру.
- Злочинець усвідомлював, що вчинить акт сексуального характеру або примусить особу чи осіб вчинити акт сексуального характеру, застосувавши силу або погрози застосування сили чи примусу, або скориставшись середовищем примусу чи зловживаючи нездатністю такої особи чи осіб надати справжню згоду.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про серйозність діянь.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

і. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

398. Хоча «будь-яка інша форма сексуального насильства» прямо не згадана в статті 438 КК України, це охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Це порушення МГП заборонено та визнано воєнним злочином відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

399. Сексуальне насильство є порушенням міжнародного гуманітарного права, відображеного в міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Стаття 27 [Женевської конвенції IV](#) передбачає, що «жінки потребують особливого захисту

від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність».⁷¹⁵ У зазначеній вище статті «посягання на моральність» наведено як приклад нелюдського поводження.⁷¹⁶ [Женевська конвенція III прямо не забороняє сексуальне насильство. Проте, оскільки Конвенція вимагає гуманного поводження з](#) військовополоненими в будь-який час і забороняє акти насильства або залякування щодо них, у Коментарі МКЧХ стверджується, що вона імпліцитно забороняє сексуальне насильство.⁷¹⁷

400. Окрім того, стаття 76 [Додаткового протоколу I](#) повторює заборону «непристойних посягань», включену до статті 27 [Женевської конвенції IV](#).⁷¹⁸ На додаток до зазначеного вище, стаття 75 [Додаткового протоколу I вимагає гуманного поводження з усіма особами, які опинилися під владою сторони конфлікту, та забороняє, серед іншого, «знуцання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примушування до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі».](#)⁷¹⁹ Отже, для цілей статті 438 КК України сексуальне насильство становить порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

401. **Визнання воєнним злочином.** Порушення норм МГП, що вимагають гуманного ставлення до людей, які перебувають під захистом, є грубим порушеннями Женевських конвенцій 1949 року та Додаткового протоколу I до них.⁷²⁰ Сексуальне насильство може становити нелюдське поводження, а тому є грубим порушенням Женевських конвенцій.⁷²¹ Грубі порушення Женевських конвенцій

⁷¹⁵ Попри те, що в центрі уваги цього положення перебувають «жінки», у коментарі МКЧХ зазначено, що «заборона сексуального насильства визнається такою, що охоплює насильство не лише щодо жінок і дівчат, але й будь-якої особи, зокрема чоловіків і хлопчиків». Див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 736. 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

⁷¹⁶ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 737; Див. також МКТЮ, рішення Судової палати у справі *Прліча*, Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено); [Статут МКТЮ](#), стаття 2 («Серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 року»).

⁷¹⁷ [Женевська конвенція III](#), стаття 13; [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 1578. У контексті міжнародних збройних конфліктів [спільна стаття 3 Женевських конвенцій 1949 року](#) забороняє «наругу над людською гідністю, зокрема, принизливе й образливе поводження». Згідно з коментарем МКЧХ, «хоча загальна стаття 3 прямо не забороняє сексуальне насильство, вона робить це імпліцитно, оскільки встановлює зобов'язання щодо гуманного поводження і забороняє насильство над життям і особистістю, зокрема каліцтво, жорстоке поводження, катування і наругу над людською гідністю». [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#), п. 732.

⁷¹⁸ Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#). Що стосується [Додаткового протоколу II](#) до Женевських конвенцій 1949 року, який застосовується під час міжнародних збройних конфліктів, то в статті 4 цього документа чітко зазначено, що «непристойне посягання» залишається забороненим у будь-який час і в будь-якому місці.

⁷¹⁹ [Додатковий протокол I, стаття 75\(1\) та \(2\)\(b\)](#).

⁷²⁰ [Женевська конвенція I](#), стаття 50; [Женевська конвенція II](#), стаття 51; [Женевська конвенція III](#), стаття 130; [Женевська конвенція IV](#), стаття 147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85.

⁷²¹ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 737; МКТЮ, рішення Судової палати у справі *Прліча*, Том I з VI, п. 116 («[...] будь-яке сексуальне насильство, спрямоване проти фізичної та моральної недоторкан-

і Додаткового протоколу I є воєнними злочинами.⁷²² Сексуальне насильство також можна кваліфікувати як воєнний злочин, який необов'язково є серйозним порушенням.⁷²³

402. Сексуальне насильство чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(xxii) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародного збройного конфлікту.⁷²⁴ Цей воєнний злочин входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються під час міжнародного збройного конфлікту» відповідно до Статуту МКС. У [Статуті МКТЮ](#) зґвалтування не згадано безпосередньо як воєнний злочин, утім, судова практика Трибуналу підтверджує, що сексуальне насильство може становити порушення законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 цього Статуту.⁷²⁵
403. Вищенаведене вказує на те, що сексуальне насильство є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

ii. **Склад будь-якої іншої форми сексуального насильства (об'єктивні елементи)**

404. Форми сексуального насильства, які не охоплюються складом інших злочинів, проаналізованих у цьому розділі, можна кваліфікувати як «будь-яку іншу форму сексуального насильства порівнянної тяжкості».⁷²⁶
405. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець вчинив акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або

ності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту») (виноски опущено).

⁷²² МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

⁷²³ Глорія Гадджолі, «[Сексуальне насильство під час збройних конфліктів: порушення міжнародного гуманітарного права та прав людини](#)». 96 Міжнародний огляд Червоного Хреста, с. 527 («[...] Зґвалтування та інші форми сексуального насильства можна також кваліфікувати як воєнні злочини в контексті збройних конфліктів, при чому вони не обов'язково мають бути серйозними порушеннями. Це важливо відзначити, зокрема, щодо випадків сексуального насильства, які не підпадають під особливу категорію серйозних порушень або які вчинені по відношенню до осіб, які не входять до категорії осіб, які перебувають під захистом»).

⁷²⁴ Статут МКС також визначає цей злочин як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах, див. [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(vi). [Статут МТР та Статут СССЛ](#) також включають сексуальний напад до переліку злочинів, що підпадають під «порушення статті 3, спільної для Женевських конвенцій і Додаткового протоколу II» в контексті неміжнародних збройних конфліктів. Див. [Статут МТР](#), стаття 4; [Статут СССЛ](#), стаття 3.

⁷²⁵ Див. Трифферер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 481, п. 661 («У низці випадків [...] Прокуратура МКТЮ висунула звинувачення у зґвалтуванні та інших формах сексуального насильства як воєнних злочинах відповідно до Статуту МКТЮ. Зокрема, палати МКТЮ постійно стверджували, що такі дії можуть становити грубе або серйозне порушення законів і звичаїв війни») (виноски опущено); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Фурунджії](#), п. 186 («[...] Норми міжнародного кримінального права передбачають покарання не лише за зґвалтування, але й за будь-який серйозний сексуальний напад, який не призвів до фактичного проникнення. Здається, заборона охоплює всі види серйозного насильства сексуального характеру, вчиненого на порушення фізичної та моральної недоторканності особи шляхом примусу, погрози застосування насильства або залякування, у спосіб, який ображає потерпілу особу і принижує її гідність»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Делаліча та ін.](#), п. 476 («Немає жодних сумнівів у тому, що зґвалтування та інші форми сексуального насильства прямо заборонені міжнародним гуманітарним правом»).

⁷²⁶ [Статут МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)](#); Трифферер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 500, п. 731.

примусив таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру (2) застосувавши силу або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаних страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою, щодо цієї особи або іншої особи, або скориставшись середовищем примусу чи зловживаючи нездатністю такої особи чи осіб надати справжню згоду.⁷²⁷ Крім того, (3) такі діяння мають за своєю тяжкістю бути схожими на грубі порушення Женевських конвенцій.⁷²⁸

406. Злочинці та потерпілі воєнного злочину сексуального насильства можуть бути будь-якої статі та гендеру.⁷²⁹

407. Особа, яка скоїла злочин, вчинила акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусила таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру. Не існує вичерпного переліку того, що є «актом сексуального характеру». Відповідно до судової практики МТР та МКТЮ акт сексуального характеру не обмежується фізичним втручанням у тіло людини.⁷³⁰

МТР, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ АКАЙЄСУ, П. 688 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Трибунал розглядає сексуальне насильство, що включає зґвалтування, як будь-яке діяння сексуального характеру, вчинене над особою за обставин, що мають примусовий характер. Сексуальне насильство не обмежується фізичним посяганням на тіло людини й може включати діяння, які не передбачають проникнення або навіть фізичного контакту.

⁷²⁷ [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-6.](#)

⁷²⁸ [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-6.](#)

⁷²⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 483, п. 668 («За винятком воєнного злочину примусової вагітності, який за своєю природою може бути скоєний лише по відношенню до жінок, розробники Римського статуту мали намір сформулювати в принципі всі визначення воєнних злочинів сексуального насильства, передбачених пунктом 2(b)(xxii) статті 8, у гендерно нейтральний спосіб. Отже, як потерпілі особи, так і кривдники можуть бути будь-якої статі та гендеру. Це також впливає з майже повністю гендерно-нейтрального формулювання елементів злочинів за статтею 8 п. 2 (b) (xxii), а по відношенню до воєнного злочину зґвалтування на цьому зроблено наголос у вимозі 50 елементів») (виноски опущено).

⁷³⁰ МТР, [рішення Судової палати у справі Акайєсу](#), п. 688 (стосовно злочину «наруги над людською гідністю» в неміжнародному збройному конфлікті, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Фурунджії](#), п. 186 («[...] Норми міжнародного кримінального права передбачають покарання не лише за зґвалтування, але й за будь-який серйозний сексуальний напад, який не призвів до фактичного проникнення. Здається, заборона охоплює всі види серйозного насильства сексуального характеру, вчиненого на порушення фізичної та моральної недоторканності особи шляхом примусу, погрози застосування насильства або залякування, у спосіб, який ображає жертву і принижує її гідність») (стосовно наруги над людською гідністю, зокрема зґвалтування); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Мілутіновича та ін.](#), п. 199 («Статут та судова практика Трибуналу містять лише визначення зґвалтування та сексуального насильства і не містять визначення інших категорій злочинів сексуального характеру.[...] Палата вважає, що «сексуальний напад» може бути вчинений в ситуаціях, коли немає фізичного контакту між злочинцем та потерпілою особою, якщо діяння злочинця, тим не менш, спрямовані на те, щоб образити та принизити потерпілу особу в сексуальному плані») (стосовно злочину проти людяності у вигляді переслідування, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Прліча](#), Том I з VI, п. 116 («Відповідно до судової практики трибуналу, будь-яке сексуальне насильство, спрямоване

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ДОРДЕВІЧА, П. 852 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Очевидно, що сексуальний напад передбачає наявність акту сексуального характеру. Апеляційна палата зазначає, що такий акт має також бути посяганням на фізичну або моральну недоторканність потерпілої особи. Частини тіла, які зазвичай асоціюються з сексуальністю, часто стають об'єктами або елементами посягань. Однак фізичний контакт не є обов'язковим для того, щоб діяння можна було кваліфікувати як таке, що має сексуальний характер. Примушування особи вчиняти певні діяння чи бути їх свідком може бути достатнім, якщо ці діяння ображають та/або принижують жертву в сексуальному плані.

408. Особа, яка скоїла злочин, вчинила акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусила таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру, **застосувавши силу або погрози застосування сили чи примусу, або скориставшись середовищем примусу чи зловживаючи нездатністю такої особи чи осіб надати справжню згоду**. Для отримання додаткової інформації про цей елемент див. воєнний злочин зґвалтування (пункти 206-221).

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ДІЯННЯ СЕКСУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ

Окрім зґвалтування, сексуального рабства, примушування до проституції, примусової вагітності та примусової стерилізації, сексуальним насильством можуть бути такі діяння:

- примусове (публічне) оголення;⁷³¹
- примусова мастурбація;⁷³²
- насильницькі діяння стосовно геніталій, як-от завдання ударів, припікання або ураження електричним струмом;⁷³³

проти фізичної та моральної недоторканності особи і заподіяне з використанням погроз, залякування або сили та в спосіб, що принижує чи ображає жертву, може становити нелюдське поводження за статтею 2(b) Статуту. Цим забороняється зґвалтування, а також усі форми сексуального насильства, які не передбачають проникнення» (виноски опущено).

⁷³¹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 1013 (стосовно злочину проти людяності у вигляді переслідування); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кунараца та ін.](#), пункти 746, 766, 769 (щодо воєнного злочину наруги над людською гідністю); МТР, [рішення Судової палати у справі Акайєсу](#), п. 688 (щодо злочину проти людяності у вигляді інших нелюдських діянь, воєнного злочину посягання на людську гідність та геноциду шляхом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу); СССЛ, [рішення за апеляцією](#) у справі [Бріма та ін.](#), п. 184 (щодо злочину проти людяності у вигляді інших нелюдських дій); Офіс Прокурора МКС, [Звіт про діяльність з попереднього вивчення ситуацій від 2016 року](#), п. 94.

⁷³² Офіс Прокурора МКС, [Звіт про діяльність з попереднього вивчення ситуацій від 2016 року](#), п. 94.

⁷³³ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Делаліча та ін.](#), пункти 1019, 1035, 1038-1041 (щодо воєнного злочину заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень та воєнного злочину жорстокого поводження); МКТЮ, [рішення у справі Тодоровича](#), п. 38 (щодо злочину проти людяності у вигляді переслідування); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Сіміча](#), пункти 695, 698 (щодо злочину проти людяності у вигляді переслідування); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча і Мартиновича](#), п. 450 (щодо воєнних злочинів жорстокого поводження та умисного заподіяння сильних страждань); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 498 (щодо злочину проти людяності та воєнного злочину катування); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Тадіча](#), пункти 195, 198 (щодо воєнного злочину катування та нелюдського поводження, воєнного злочину умисного заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень

- травмування статевої частини тіла;⁷³⁴
- сексуальне каліцтво;⁷³⁵
- примусовий аборт;⁷³⁶
- примусовий шлюб;⁷³⁷
- сексуальне залякування або створення у людини обґрунтованих побоювань чи страху перед актами сексуального насильства;⁷³⁸
- огляд статевих органів людини.⁷³⁹

409. **Такі діяння були настільки серйозними, що їх можна порівняти з грубим порушенням Женевських конвенцій.** Як припускають коментатори, МКС може мати юрисдикцію щодо «будь-яких інших форм сексуального насильства» за умови, що останнє «досягає мінімального порогу тяжкості, порівнянного з серйозним порушенням Женевських конвенцій, таких як катування, нелюдське поводження, біологічні експерименти, умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, або, можливо, одна з п'яти конкретних форм сексуального насильства, перелічених у статті 8 п. 2 (b) (xxii), тією мірою, якою вони самі по собі вважаються серйозними порушеннями».⁷⁴⁰

iii. Склад сексуального насильства (суб'єктивні елементи)⁷⁴¹

410. З суб'єктивної сторони сексуальне насильство характеризується такими елементами: (i) злочинець мав намір вчинити акт сексуального характеру щодо

чи шкоди здоров'ю, воєнного злочину жорстокого поводження та злочину проти людяності у вигляді інших нелюдських діянь).

⁷³⁴ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість. «Гаазькі принципи щодо сексуального насильства», 2019, с. 41; СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесея та ін.*, п. 1307 (щодо воєнного злочину наруги над людською гідністю).

⁷³⁵ МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Квочки та ін.*, п. 180, виноска 343 (щодо воєнного злочину наруги над людською гідністю).

⁷³⁶ МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Квочки та ін.*, п. 180, виноска 343 (щодо воєнного злочину наруги над людською гідністю).

⁷³⁷ МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Квочки та ін.*, п. 180, виноска 343 (щодо воєнного злочину наруги над людською гідністю).

⁷³⁸ МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Квочки та ін.* 98 (щодо воєнного злочину катування та наруги над людською гідністю та злочинів проти людяності у вигляді катувань, інших нелюдських дій та переслідувань); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 1013 (щодо злочину проти людяності у вигляді переслідування); Жіноча ініціатива за гендерну справедливість. «Гаазькі принципи щодо сексуального насильства», 2019, с. 41.

⁷³⁹ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість. «Гаазькі принципи щодо сексуального насильства», 2019, с. 41; МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Мілутіновича та ін.*, Том 2, п. 631 (щодо злочину проти людяності у вигляді переслідування).

⁷⁴⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 503, п. 741.

⁷⁴¹ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

однієї чи кількох осіб або примусити таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру; (ii) злочинець усвідомлював, що вчинить акт сексуального характеру або примусить особу чи осіб вчинити акт сексуального характеру, застосувавши силу або погрози застосування сили чи примусу, або скориставшись середовищем примусу чи зловживаючи нездатністю такої особи чи осіб надати справжню згоду; та (iii) злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про серйозність таких діянь.⁷⁴²

iv. Контекстуальні елементи

411. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁷⁴³ та
 - iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁷⁴⁴

⁷⁴² [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-6; Статут МКС, стаття 30.](#)

⁷⁴³ *Див. також* [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-6.](#)

⁷⁴⁴ *Див. також* [Елементи злочинів МКС, стаття 8\(2\)\(b\)\(xxii\)-6.](#)

- v. Примушення до служби у збройних силах ворожої держави/примушення до участі у військових діях (Статут МКТЮ, стаття 2(e); Статут МКС, статті 8(2)(a)(v), 8(2)(b)(xv))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Військові злочини примушення осіб, що перебувають під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави та примушення громадян ворожої сторони до участі у бойових діях можна вважати злочином за статтею 438 КК України, оскільки вони охоплюються «порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець примушував одну або більше осіб діяти або погрозою брати участь у військових діях проти їхньої власної країни або збройних сил, або в інший спосіб перебувати на службі у збройних силах ворожої держави.
- Така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

АБО

- Злочинець примушував одну або більше осіб діяти або погрозою до участі у військових діях проти їхньої власної країни або збройних сил.
- Така особа або особи були громадянами ворожої сторони.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець вчинив умисно та свідомо об'єктивний елемент злочину.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування такого захищеного статусу.

АБО

- Злочинець вчинив умисно та свідомо об'єктивний елемент злочину.

3. Контекстуальні елементи, застосовні до обох військових злочинів

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

412. Хоча розглянуті в цьому розділі військові злочини прямо не згадані в статті 438 КК України, вони охоплюються «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Ці порушення МГП заборонено та визнано військовими злочинами відповід-

но до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що такі діяння є злочином за статтею 438 КК України.

413. Примушення осіб, що перебувають під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави та примушення громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях є порушенням міжнародного гуманітарного права, відображеного в міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Примушення військовополонених або інших осіб, що перебувають під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави є грубим порушенням, відповідно, [Женевської конвенції III](#) та [Женевської конвенції IV](#).⁷⁴⁵ Окрім того, примушування громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти власної країни є грубим порушенням МГП, оскільки така поведінка прямо заборонена статтею 23 [Гаазького положення 1907 року](#).⁷⁴⁶ З огляду на вищезазначене, примушування військовополонених та інших осіб, які перебувають під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави, а також примушення громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти власної країни є грубим і грубим порушенням міжнародних договорів, ратифікованих Україною.
414. **Визнання воєнним злочином.** Примушування військовополонених та інших осіб, які перебувають під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави є грубим порушенням [Женевської конвенції III](#) та [Женевської конвенції IV](#) відповідно і, отже, є воєнним злочином.⁷⁴⁷ Тому державам-учасникам необхідно «прийняти всі законодавчі акти, потрібні для забезпечення ефективних кримінальних санкцій щодо осіб, які вчиняють або наказують вчинити будь-яке з грубих порушень [Женевських конвенцій]». ⁷⁴⁸ Отже, віднесення цих діянь до статті 438 КК України відповідає міжнародним зобов'язанням України щодо покарання за таке серйозне порушення.
415. Серйозне порушення у формі примушування військовополонених чи іншої особи, яка перебуває під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(а)(v) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародного збройного конфлікту.⁷⁴⁹ Крім того, примушення громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти їхньої власної країни також

⁷⁴⁵ [Женевська конвенція III](#), стаття 130; [Женевська конвенція IV, стаття 147](#). 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевські конвенції. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

⁷⁴⁶ 29 травня 2015 року Україна ратифікувала Гаазьку конвенцію IV 1907 року про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#); Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#). Неоплачувана або жорстока примусова праця також заборонена звичаєвим правом. Див. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 95. Примусова праця](#).

⁷⁴⁷ [Женевська конвенція III](#), стаття 130; [Женевська конвенція IV, стаття 147](#); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

⁷⁴⁸ [Женевська конвенція I](#), стаття 49; [Женевська конвенція II](#), стаття 50; [Женевська конвенція III](#), стаття 129; [Женевська конвенція IV](#), стаття 146.

⁷⁴⁹ Це правопорушення віднесено до розділу «грубі порушення» статті 8(2) [Статуту МКС](#).

визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(xv) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародного збройного конфлікту.⁷⁵⁰

416. Серйозне порушення у формі примушування військовополонених чи цивільних осіб до служби у збройних силах ворожої держави також визнано воєнним злочином у статті 2(e) [Статуту МКС](#). МКТЮ також вважає, що примусова праця осіб, які перебувають під захистом, пов'язана з діяльністю, яка має воєнний характер або мету, є незаконною працею,⁷⁵¹ жорстоким поведінням⁷⁵² і наругою над людською гідністю.⁷⁵³ Хоча це й не було прямо зазначено у відповідному переліку, їх було визнано злочинами за статтею 3 [Статуту МКТЮ](#).⁷⁵⁴

417. Вищенаведене вказує, що розглянуті діяння є злочинами за частиною першою статті 438 КК України.

b. Склад примушення до служби у збройних силах ворожої держави та до участі у воєнних діях (об'єктивні елементи)

418. Примушення до служби у збройних силах ворожої держави та до участі у воєнних діях визначені як окремі злочини в Статуті МКС, а саме в статтях 8(2)(a)(v) та 8(2)(b)(xv). Хоча відповідні елементи кримінального правопорушення зазвичай розглядають в окремих розділах для кожного злочину, деякі елементи, спільні для обох злочинів, розглядають разом з міркувань стислості та послідовності.

i. Примушення до служби у збройних силах ворожої держави

419. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець примушував одну або більше осіб діянням або погрозою брати участь у воєнних діях проти їхньої власної країни або збройних сил, або в інший спосіб перебувати на службі у збройних силах ворожої держави; та (2) така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁷⁵⁵

420. Це формулювання елемента (1) воєнного злочину ґрунтується на положеннях про грубі порушення [Женевської конвенції III](#) та [Женевської конвенції IV](#) («примушування військовополоненого до служби у збройних силах ворожої держави») та статті 23 [Гаазького положення 1907 року](#) («воюючій стороні також забороняється примушувати громадян ворожої сторони брати участь у

⁷⁵⁰ Це правопорушення входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах» відповідно до статті 8(2) [Статуту МКС](#).

⁷⁵¹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 333-334; МКТЮ, [Прліч та ін. Рішення Судової палати](#), том III з VI, пункти 1500-1522.

⁷⁵² Див. МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Бласкіча](#), п. 597; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), п. 713.

⁷⁵³ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовські](#), пункти 129, 229.

⁷⁵⁴ Стаття 3 [Статуту МКТЮ](#) охоплює порушення законів і звичаїв війни, які не підпадають під дію статті 2 Статуту МКТЮ (серйозні порушення).

⁷⁵⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(v).

військових діях, спрямованих проти їхньої власної держави, навіть у випадку, якщо вони перебували на службі такої воюючої сторони до початку війни».⁷⁵⁶

421. Примушення однієї або більше осіб брати участі у воєнних діях проти їхньої власної країни або збройних сил, або в інший спосіб перебувати на службі у збройних силах ворожої держави. Щодо формулювання «в інший спосіб» коментатори зазначали що, що участь у воєнних діях військовополоненого чи особи, яка перебуває під захистом, є одним із прикладів заборони примушування до служби у ворожих силах.⁷⁵⁷
422. Коментатори зазначають, що, за винятком обмежено дозволеної праці, передбаченої Женевськими конвенціями III та IV, «примушення особи, яка перебуває під захистом, до роботи, яка служить воєнним цілям, без інтеграції/зарахування до збройних сил, може охоплюватися цим злочином» з урахуванням того, що визначення воєнного злочину ґрунтується як на положеннях [Женевської конвенції III](#) та [Женевської конвенції IV](#), які стосуються грубих порушень, так і на [Гаазькому положенні 1907 року](#).⁷⁵⁸ Окрім того, згідно з коментарем МКЧХ, термін «збройні сили ворожої держави» охоплює не лише збройні сили, але й поліцію або розвідувальні служби.⁷⁵⁹ Крім того, як припускає один з коментаторів, термін «збройні сили ворожої держави» може охоплювати примусову службу у збройних силах, союзних ворожій державі.⁷⁶⁰
423. Особи, які перебувають під захистом. Хоча в Елементах злочинів МКС зазначено, що особи повинні бути захищені відповідно до однієї з чотирьох Женевських конвенцій, на практиці правопорушення стосується такої особи або таких осіб, що перебували під захистом:
- Військовополонені [[Женевська конвенція III](#), стаття 4];
 - Цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є; [[Женевська конвенція IV](#), стаття 4].

ii. Примушення до участі у воєнних діях

424. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець примушував одну або більше осіб діянням або погрозою до участі

⁷⁵⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 343, п. 128.

⁷⁵⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 343, п. 128.

⁷⁵⁸ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 343, п. 131; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 97.

⁷⁵⁹ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 5277.

⁷⁶⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 344, п. 133.

у воєнних діях проти їхньої власної країни або збройних сил; та (2) така особа або особи були громадянами ворожої сторони.⁷⁶¹

425. Цей воєнний злочин впливає зі статті 23 [Гаазького положення 1907 року](#),⁷⁶² згідно з якою «воюючій стороні також забороняється примушувати громадян ворожої сторони брати участь у воєнних діях, спрямованих проти їхньої власної держави, навіть у випадку, якщо вони перебували на службі такої воюючої сторони до початку війни».

iii. Елементи, що стосуються обох воєнних злочинів

426. **Дозволена праця.** Коментатори припускають, що тлумачення термінів «участь у воєнних діях» і «служба у збройних силах ворожої держави» у статтях 8(2)(a) (v) і 8(2)(b)(xv) [Статуту МКС](#) має виключати дозволені види праці відповідно до Женевських конвенцій III та IV.⁷⁶³
427. Відповідно до [Женевської конвенції III](#), військовополонені можуть бути примушені виконувати роботу за певними категоріями зайнятості без будь-яких обмежень⁷⁶⁴, а також роботу, дозволена за певних обставин, наприклад, працю, яка не має воєнного характеру і призначення.⁷⁶⁵ Термін «воєнний характер» охоплює «діяльність, якою командує і яку регулює військова влада, на відміну від цивільної влади», тоді як формулювання «воєнне призначення» стосується передбачуваного використання праці військовополонених, яка не може бути спрямована «виключно або переважно на користь збройних сил».⁷⁶⁶
428. Що стосується осіб, які перебувають під захистом [Женевської конвенції IV](#), то їх можна примушувати лише до роботи, яка необхідна «для забезпечення

⁷⁶¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xv).

⁷⁶² Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 269.

⁷⁶³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 343, п. 131 та с. 449-450, пункти 545-548; Дьорман., *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 98; див. також [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 5275 («Служба в «силах ворожої держави» охоплює широкий спектр ролей, від участі у воєнних діях до виконання широкого кола завдань. Дозволені роботи, перелік яких міститься в статті 50, є винятками») (виноски опущено).

⁷⁶⁴ Зазначені нижче категорії та класи становлять дозволена роботу для військовополонених: «адміністрування або обслуговування табору; сільське господарство; комерційний бізнес, ремесла та мистецтво; домашня прислуга». Див. [Женевську конвенцію III](#), стаття 50; [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), пункти 2699-2703.

⁷⁶⁵ Військовополонених також можуть примушувати до роботи в «галузях промисловості, пов'язаних із виробництвом або видобутком сировини, і галузях обробної промисловості, за винятком металургійної, машинобудівної та хімічної промисловості». [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), пункти 2705, 2708. Військовополонені можуть добровільно виконувати заборонені роботи. Див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 2714 («У статті 50 перераховано категорії праці, до виконання яких державі, що тримає в полоні, дозволено примушувати військовополонених, і це імпліцитно забороняє використання військовополонених для будь-якого іншого виду робіт, не зазначених у цьому переліку. Однак стаття 50 не позбавляє військовополонених можливості за власним вибором виконувати ці інші види робіт. Тому вони можуть добровільно виконувати таку роботу, так само як відповідно до статті 52 вони можуть добровільно виконувати роботу, яка є шкідливою для здоров'я або небезпечною для життя») (виноски опущено).

⁷⁶⁶ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 2709.

харчування, житла, одягу, транспорту і здоров'я людей, і яка безпосередньо не пов'язана з проведенням воєнних дій».⁷⁶⁷ На окупованих територіях особи, які перебувають під захистом, можуть залучатися до праці, необхідної «для забезпечення потреб окупаційної армії або для належного забезпечення населення окупованої країни комунальними послугами, продуктами харчування, житлом, одягом, транспортом та медичними послугами».⁷⁶⁸ Вищезазначене положення було витлумачено як таке, що дозволяє виконувати роботи, пов'язані з потребами окупаційної держави в обслуговуванні; однак «мешканці окупованої території не можуть бути примусово направлені на такі роботи, як будівництво укріплень, окопів або авіабаз».⁷⁶⁹

429. **Примусова праця.** Примушення осіб, які перебувають під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави є особливим видом примусової праці, забороненим у міжнародних збройних конфліктах.⁷⁷⁰

⁷⁶⁷ [Женевська конвенція IV](#), стаття 40(2).

⁷⁶⁸ [Женевська конвенція IV](#), стаття 51(2).

⁷⁶⁹ [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV](#), с. 294.

⁷⁷⁰ МКЧХ. База даних МГП. Звичасєве МГП. [Норма 95. Примусова праця](#).

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПРИМУСОВА ПРАЦЯ ОСІБ, ЩО ПЕРЕБУВАЮТЬ ПІД ЗАХИСТОМ

МКТЮ визнав примусовою працею такі діяння:

- «Затриманих змушували, з великим ризиком для їхнього життя, виконувати різні небезпечні завдання з військового забезпечення на користь [збройних сил ворожої держави], зокрема копати окопи, будувати оборонні структури з мішків з піском, переносити поранених або вбитих [...] солдатів, переносити боєприпаси і вибухівку через лінію зіткнення та розміщувати їх перед [військовими] позиціями». Ці завдання ув'язнені часто виконували в умовах, які наражали їх безпосередньо на ворожий вогонь, а отже виконували функцію захисту [ворожих] солдатів». ⁷⁷¹
- Примушування ув'язнених «виконувати завдання з військового забезпечення в надзвичайно небезпечних умовах, такі як риття окопів поблизу лінії зіткнення, закриття мішками з піском відкритих вікон або ділянок, або інші види фортифікаційних робіт». ⁷⁷²
- Примушування затриманих «переносити вибухівку через лінію зіткнення або забирати тіла поранених чи вбитих [ворожих] солдатів». ⁷⁷³
- Примушування затриманих до виконання робіт, пов'язаних з воєнними діями ворожої сторони, зокрема, серед іншого, риття окопів, будівництво військових укріплень, фортифікаційних ліній, перенесення важких ящиків з боєприпасами на військовий об'єкт, ремонт укріплень і укриттів, а також підготовку об'єктів на передовій до зими. ⁷⁷⁴

430. Примушення діянням або погрозою. Інтерновані цивільні особи можуть дати згоду на добровільну роботу на тих самих умовах, які застосовуються до мешканців держави, яка їх утримує, і за умови, що «між роботою та проведенням воєнних дій немає прямого зв'язку». ⁷⁷⁵

431. Що стосується військовополонених, то вони можуть добровільно виконувати роботу, яка в іншому випадку заборонена Женевською конвенцією III. ⁷⁷⁶ Згідно з коментарем МКЧХ, «для ворожої держави не є незаконним вербування військово-

⁷⁷¹ МКТЮ, [Другий змінений обвинувальний акт у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 37.

⁷⁷² МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 268-269. Див також МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), пункти 693, 738 («[...] використання ув'язнених для риття окопів, зокрема в небезпечних умовах на фронті»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовські](#), п.123.

⁷⁷³ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), пункти 268-269.

⁷⁷⁴ МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Судової палати](#), том III з VI, пункти 1503, 1505-1506, 1510, 1514, 1518, 1521.

⁷⁷⁵ [Женевська конвенція IV](#), стаття 95(1); [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV](#), с. 415.

⁷⁷⁶ [Женевська конвенція III](#), стаття 52(1); [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 2714 («У статті 50 перераховано категорії праці, до виконання яких державі, що тримає в полоні, дозволено примушувати військовополонених, що за замовчуванням забороняє використання ув'язнених для будь-якого іншого виду робіт, не зазначених у цьому переліку. Однак стаття 50 не позбавляє військовополонених можливості за власним вибором виконувати ці інші види робіт. Тому вони можуть добровільно виконувати таку роботу, так само як відповідно до статті 52 вони можуть добровільно виконувати роботу, яка є шкідливою для здоров'я або небезпечною для життя») (виноски опущено); див. також: МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 269 («[...] примушування військовополонених до виконання цих видів праці очевидно заборонено Женевською конвенцією (III), і зокрема статтями 50 і 52 зазначеної Конвенції, які відповідно забороняють роботу, «яка має воєнний характер або призначення», а також «шкідливу або небезпечну працю». Отже, праця могла бути законною лише в тому випадку, якщо військовополонені дали згоду на її виконання») (виноски опущено).

вополонених, які добровільно вступають до її збройних сил, але забороняється застосовувати силу або погрозу застосування сили з цією метою».⁷⁷⁷ Проте, оцінка добровільності таких діянь може виявитися складною на практиці.⁷⁷⁸ МКТЮ врахував такі критерії, щоб визначити, чи примушували осіб, які перебувають під захистом, виконувати доручену роботу:

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ НАЛЕТІЛІЧА ТА МАРТІНОВИЧА, П. 259 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Щоб визначити, чи була особа не в змозі зробити «справжній вибір» щодо виконання роботи в порушення норм права, можна розглянути такі критерії відповідно до попередньої судової практики: а) суттєво неоплачуваний аспект виконаної праці; б) вразливе становище, в якому опинилися ув'язнені; с) твердження про те, що ув'язнених, які не могли або не бажали працювати, або примушували до цього, або поміщали в одиночну камеру; d) твердження про довгострокові наслідки праці; е) факт та умови тримання під вартою; та f) фізичні наслідки роботи для здоров'я інтернованих.

432. У коментарі МКЧХ уточнюється, що «певні форми тиску або пропаганди можуть бути прирівняні до сили або погрози застосування сили, що могло б змусити ув'язнених приєднатися до сил ворожої держави».⁷⁷⁹

с. Склад примушення до служби у збройних силах ворожої держави та до участі у воєнних діях (суб'єктивні елементи)⁷⁸⁰

433. Примушення до служби у збройних силах ворожої держави. З суб'єктивної сторони цей воєнний злочин характеризується такими елементами: (і) злочинець умисно і свідомо примушував осіб, які перебувають під захистом, брати участь у воєнних діях проти їхньої власної країни або збройних сил, або в інший спосіб перебувати на службі у збройних силах ворожої держави; та (2) усвідомлював фактичні обставини, які визначали їхній статус як осіб, що перебувають під захистом.⁷⁸¹

434. Примушення до участі у воєнних діях. Суб'єктивний елемент цього воєнного злочину передбачає, що злочинець умисно і свідомо примушував громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти власної країни або збройних сил.⁷⁸²

⁷⁷⁷ Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III (2020), п. 5273.

⁷⁷⁸ Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III (2020), п. 5273.

⁷⁷⁹ Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III (2020), п. 5273.

⁷⁸⁰ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁷⁸¹ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(а)(v); Статут МКС, стаття 30.

⁷⁸² Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xv); Статут МКС, стаття 30.

435. Суб'єктивні елементи, що застосовуються до злочинів, передбачених Статутом МКТЮ, які включають аналогічні діяння (примусова праця осіб, які перебувають під захистом). МКТЮ визначила, що суб'єктивний елемент злочину незаконної праці (стаття 3 Статуту МКТЮ) передбачає, що злочинець мав намір змусити жертву виконувати заборонену роботу.⁷⁸³

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ НАЛЕТІЛІЧА ТА МАРТІНОВИЧА, ПУНКТИ 260-261 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

260. Щоб встановити умову *mens rea* для злочину незаконної праці, обвинувачення має довести, що злочинець мав намір змусити потерпілого виконувати заборонену роботу. Намір може бути продемонстровано прямими явними доказами або, за відсутності таких доказів, висновок може бути зроблено на основі обставин, за яких було виконано роботу.

261. [...] Палата вважає, що злочин незаконної праці військовополонених може бути визначений як умисна дія або бездіяльність, внаслідок якої військовополоненого примушують виконувати роботу, заборонену статтями 49, 50, 51 або 52 Женевської конвенції III.

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ПРЛІЧА ТА ІН., ТОМ I З VI, П. 162 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Злочинець повинен діяти з наміром змусити потерпілу особу виконувати заборонену роботу. Цей елемент *mens rea* можна вивести з обставин, за яких виконується праця.

d. Контекстуальні елементи

436. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁷⁸⁴ та
 - iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁷⁸⁵

⁷⁸³ Визначаючи, що примусова праця осіб, які перебувають під захистом, є «жорстоким поводженням», Судова палата у справі *Бласкіча* постановила, що «жорстоке поводження є умисною дією або бездіяльністю, «яка призводить до серйозних психічних чи фізичних страждань або травми або є серйозною наругою над людською гідністю [...]» Див. МКТЮ, рішення Судової палати у справі *Бласкіча*, п. 186.

⁷⁸⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(v), стаття 8(2)(b)(xv).

⁷⁸⁵ Див. також: [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(v), стаття 8(2)(b)(xv).

- ві. Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях (Статут МКС, стаття (8)(2)(b)(xxvi))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях криміналізовані частиною першою статті 438 КК України, оскільки це охоплюється «іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Щоб засудити особу за цей воєнний злочин, необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець (а) призвав або (b) завербував особу або осіб до складу національних збройних сил, або (с) використовувала особу або осіб для активної участі у бойових діях.
- Особі чи особам не виповнилося п'ятнадцяти років.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав намір (а) призвати або (b) завербувати особу або осіб до складу національних збройних сил, або (с) використовувати особу або осіб для активної участі у бойових діях; АБО
- (d) злочинець усвідомлював, що за звичайного перебігу подій результатом її діянь буде те, що особа або особи будуть призвані або завербовані, або використовуватись для активної участі в бойових діях;
- Злочинець знав або повинен була знати, що такій особі або особам не виповнилося п'ятнадцяти років.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння злочинця були вчинені в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

437. Хоча це прямо не зазначено у статті 438 КК України, набір чи вербування дітей віком до п'ятнадцяти років у склад національних збройних сил або використання їх для активної участі у бойових діях заборонені ратифікованими Україною міжнародними договорами. Крім того, порушення цієї заборони визнано воєнним злочином. Це підтверджує тлумачення статті 438 КК України як такої, що передбачає кримінальну відповідальність за порушення вищевказаної заборони МГП.

438. Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях є порушенням законів ведення війни, визнаних міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Стаття 77(2) Додаткового протоколу I передбачає, що під час міжнародних збройних конфліктів «сторони, що перебувають у конфлікті, вживають усіх практично можливих заходів для того, щоб діти, які не досягли п'ятнадцятирічного віку, не брали безпосередньої участі у бойових діях, і, зокрема, сторони утримуються від вербування їх у свої збройні сили».⁷⁸⁶ МКЧХ визначає цю заборону як частину міжнародного звичаєвого права.⁷⁸⁷ Україна ратифікувала Додатковий протокол I.⁷⁸⁸ Тому для цілей статті 438 КК України заборона набору або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях є порушенням законів ведення війни, визнаних у міжнародному договорі, обов'язковість якого визнана Україною.
439. **Визнання воєнним злочином.** Відповідно до Статуту МКС і Статуту Спеціального суду для Сьєрра-Леоне (СССЛ), порушення набору або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу збройних формувань або їх використання для активної участі у бойових діях є воєнним злочином.⁷⁸⁹ На думку МКЧХ, визнання цього воєнного злочину «відображає розвиток міжнародного звичаєвого права з моменту прийняття Додаткового протоколу I у 1977 році».⁷⁹⁰
440. Зазначені чинники вказують на визнання кримінальної відповідальності за набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях відповідно до статті 438 КК України.

⁷⁸⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 77(2). Стаття 4 Додаткового протоколу II містить аналогічну заборону для неміжнародних збройних конфліктів. [Додатковий протокол II](#), стаття 4(3)(с).

⁷⁸⁷ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 136. Вербування дітей-солдатів](#); [Норма 137. Участь дітей-солдатів у бойових діях](#).

⁷⁸⁸ Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. МКЧХ. База даних МГП. Договори МГП. [Договори та держави-учасники, Додатковий протокол I](#).

⁷⁸⁹ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxvi) (відповідно до якої визнано воєнним злочином і передбачено кримінальну відповідальність за «набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях»); Стаття 8(2)(e)(vii) (відповідно до якої передбачено кримінальну відповідальність за вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до збройних груп або використання їх для активної участі в бойових діях під час неміжнародного збройного конфлікту); [Статут СССР](#), стаття 4(с) (відповідно до якої визнано воєнним злочином і передбачає кримінальну відповідальність за «набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років у склад збройних сил чи груп або їх використання для активної участі у бойових діях»). Щодо актуальності звернення до Статуту МКС та інших авторитетних джерел міжнародного кримінального права для тлумачення статті 438.

⁷⁹⁰ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 136. Визначення воєнних злочинів](#) («Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях. Заборона вербування дітей віком до 15 років у склад збройних сил або їх використання для активної участі в бойових діях була введена в Додатковому протоколі I. Хоча ця заборона є свіжою, включення зазначених діянь до Статуту МКС як воєнних злочинів не викликало суперечок. Законодавством багатьох держав заборонено вербування дітей. Використання дітей для активної участі у бойових діях також заборонено законодавством багатьох держав. Посилання на додаткову практику можна знайти в коментарях до норм 136–137»). (примітки опущено).

- b. Склад набору або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях (об'єктивні елементи)

441. Об'єктивні елементи цього злочину: (1) злочинець (а) призвав або (б) завербував особу або осіб до складу національних збройних сил або (в) використав особу або осіб для активної участі у бойових діях; й (2) особа або особи були віком до п'ятнадцяти років.⁷⁹¹ Набір, вербування та використання для активної участі у бойових діях є окремими кримінальними правопорушеннями.⁷⁹²
442. **Вербування особи чи осіб у склад національних збройних сил.** Вербування визначається як «зарахування до військового формування»⁷⁹³ або «добровільне прийняття дітей віком до п'ятнадцяти років до збройних сил або формувань».⁷⁹⁴ Зокрема, якщо збройне формування не є звичайною військовою організацією, вербування не слід визначати вузько як формальний процес; воно радше має

⁷⁹¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxvi). Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(e)(vii). Як зазначається у судовій практиці та коментарях, відповідні елементи вербування та використання дітей-солдатів у міжнародних і неміжнародних збройних конфліктах є значною мірою подібними, а справи щодо використання або вербування дітей-солдатів підійдуть для тлумачення цих елементів у обох контекстах. Див., напр., МКС, [рішення Судової палати у справі Лубанги](#), п. 568; Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 520, п. 797. Відповідно, цей розділ також міститиме посилання на відповідне прецедентне право, що впливає з контексту неміжнародних збройних конфліктів. Див, *наприклад*, МКС, [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2768 (із посиланням на статтю 8(2)(e)(vii)), що визначає аналогічний злочин, пов'язаний із неміжнародним збройним конфліктом, і зазначенням таких істотних елементів: (i) «злочинець призвав або завербував одну або більше осіб до складу збройних сил або формувань або використовувала одну або більше осіб для активної участі у бойових діях» та (ii) «така особа або особи були віком до п'ятнадцяти років»; МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1103 (містить цитати з Елементів злочинів МКС щодо аналогічного злочину в контексті неміжнародного збройного конфлікту за статтею 8(2)(e)(vii)); МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 1039 (містить цитати з Елементів злочинів МКС щодо аналогічного злочину в контексті неміжнародного збройного конфлікту за статтею 8(2)(e)(vii)); МКС, [рішення Судової палати у справі Лубанги](#), п. 569 (містить цитати з Елементів злочинів в частині статті 8(2)(e)(vii)). СССЛ, [рішення за апеляцією у справі Фофани та Кондеви](#), п. 139 («*Actus reus*» передбачає, що обвинувачений наймав дітей шляхом їх набору чи вербування або що обвинувачений використовував дітей для активної участі у бойових діях); СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 439-440 («злочинець призвав або завербував одну або більше осіб у склад збройних сил або формувань або використовувала одну чи більше осіб для активної участі у бойових діях» і «така особа або особи були віком до п'ятнадцяти років»); СССЛ, *Сесей та ін.* [Рішення Судової палати](#), пункти 190-193 («обвинувачений призвав або завербував одну або більше осіб до складу збройних сил або формувань» і «така особа або особи були віком до п'ятнадцяти років»); СССЛ, [Рішення Судової палати у справі Фофани та Кондеви](#), пункти 195-196 («Обвинувачений добровільно чи примусово завербував одну або більше осіб до складу збройних сил або формувань», і «така особа або особи були віком до п'ятнадцяти років; й обвинувачений використовував одну або більше осіб для активної участі в бойових діях»; і «така особа або особи були віком до п'ятнадцяти років»); СССЛ, *Бріма та ін.* [Рішення Судової палати](#), пункти 729, 733 («злочинець призвав або завербував одну або більше осіб до складу збройних сил або формувань або використовувала одну або більше осіб для активної участі у бойових діях» і «така особа або особи були віком до п'ятнадцяти років»).

⁷⁹² Див. напр. МКС, [Рішення Судової палати у справі Лубанги](#), п. 609 (із посиланням на аналогічний злочин неміжнародного збройного конфлікту постановила: «Зважаючи на використання слова «або» у статті 8(2)(e)(vii), на думку Палати, три альтернативи (а саме набір, вербування та використання) є окремими злочинами»; СССЛ, [рішення за апеляцією у справі Фофани та Кондеви](#), п. 139 («Ці способи вербування дітей відрізняються один від одного, і відповідальність за один не обов'язково виключає відповідальність за інший»).

⁷⁹³ Див., *наприклад*, МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1107.

⁷⁹⁴ Див., *наприклад*, МКС, [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2769. Див. також СССЛ, [рішення за апеляцією у справі Фофани та Кондеви](#), п. 140; СССЛ, *Сесей та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 185; СССЛ, *Бріма та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 735.

включати будь-яку дію, яка передбачає прийняття особи молодше п'ятнадцяти років до складу збройних сил або формувань.⁷⁹⁵ Для доведення факту вербування «має бути зв'язок між діями обвинуваченого та вступом дитини до збройних сил або збройного формування».⁷⁹⁶ Згода дитини не є прийнятним аргументом захисту від звинувачення у вербуванні.⁷⁹⁷

443. З огляду на те, що діти віком до п'ятнадцяти років можуть бути не в змозі дати щиру, інформовану згоду на вступ до збройних сил чи формувань, може бути важко розрізнити добровільний та примусовий набір таких осіб.⁷⁹⁸

444. **Набір особи чи осіб до складу національних збройних сил.** Набір передбачає примусове зарахування осіб на військову службу.⁷⁹⁹ Визначати, чи стався набір особи, необхідно в кожній справі окремо.⁸⁰⁰ Елемент примусу, необхідний для доведення існування набору, може бути підтверджений тим, що особа приєдналася до збройних сил чи формування внаслідок юридичного обов'язку, грубої сили, погрози застосування сили або психологічного тиску, рівнозначного примусу.⁸⁰¹ Разом із тим, доведення того факту, що особа приєдналася проти своєї

⁷⁹⁵ Див. напр. СССЛ, [рішення за апеляцією у справі](#) *Фофани та Кондеви*, п. 144 («У контексті цієї справи, в якій збройне формування не є звичайною військовою організацією, «вербування» не може бути вузько визначено як формальний процес. Апеляційна палата розглядає «вербування» в широкому розумінні як будь-які діяння, які передбачають прийняття дитини до складу ополчення. Такі дії включали б примушування його/її брати участь у бойових діях»).

⁷⁹⁶ СССЛ, [рішення за апеляцією у справі](#) *Фофани та Кондеви*, п. 141.

⁷⁹⁷ Див., наприклад, МКС, [рішення Судової палати у справі](#) *Нтаганди*, п. 1107 («Крім того, згода дитини не є прийнятним аргументом захисту проти звинувачення у вербуванні»). Див. також СССЛ, [рішення за апеляцією у справі](#) *Фофани та Кондеви*, п. 140 («Однак, якщо дитині віком до п'ятнадцяти років дозволяється добровільно приєднатися до збройних сил або формувань, її чи його згода не є правомірною підставою для звільнення від відповідальності»); СССЛ, *Бріма та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 735 («Набір до лав збройних формувань є добровільним актом, і тому згода дитини не є правомірною підставою для звільнення від відповідальності»).

⁷⁹⁸ Див., наприклад, МКС, [Рішення Судової палати у справі](#) *Нтаганди*, п. 1107.

⁷⁹⁹ Див., наприклад, МКС, [рішення за апеляцією у справі](#) *Лубанги*, п. 277 («Звичайним значенням набору є «обов'язкове зарахування осіб на військову службу»); МКС, [рішення судової палати у справі](#) *Онгвена*, п. 2769 («Набір визначається як примусове [...] прийняття дітей віком до 15 років до збройних сил чи формувань»). Див. також СССЛ, [рішення Судової палати у справі](#) *Тейлора*, п. 441, («Набір охоплює будь-які акти примусу, такі як викрадення та примусове вербування дітей збройним формуванням [...]»); СССЛ, *Бріма та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 734 («Натомість Судова палата приймає тлумачення «набору», яке охоплює акти примусу, такі як викрадення та примусове вербування збройним формуванням»).

⁸⁰⁰ Див., наприклад, МКС, [рішення за апеляцією у справі](#) *Лубанги*, п. 282, 286.

⁸⁰¹ Див., наприклад, МКС, [рішення за апеляцією у справі](#) *Лубанги*, п. 278 («Апеляційна палата вважає, що елемент примусу, необхідний для злочину набору, може бути встановлений шляхом доведення того, що особа віком до п'ятнадцяти років приєдналася до збройних сил чи формування внаслідок, зокрема, юридичного обов'язку, грубої сили, погрози застосування сили або психологічного тиску, рівнозначного примусу. Згідно з подальшими поясненнями, Апеляційна палата вважає, що це тлумачення узгоджується з іншими аналогічними положеннями Статуту, які включають елемент примусу, а також з судовою практикою СССЛ»); МКС, [рішення Судової палати у справі](#) *Онгвена*, п. 2769 («Елемент примусу розрізняє обидві форми прийняття до війська; його наявність встановлюється шляхом врахування того, чи були застосовані сила, погроза застосування сили або психологічний тиск такого ступеня та переконання, що можна сказати, що особи були змушені приєднатися до збройних сил чи формування»); МКС, [рішення Судової палати у справі](#) *Нтаганди*, п. 1106 («Існування такого тиску або примусу може бути встановлено шляхом доведення того, що особа приєдналася до збройних сил чи формування внаслідок, зокрема, юридичного обов'язку, грубої сили, погрози застосування сили або психологічного тиску, рівнозначного примусу»). Див. також СССЛ, [рішення Судової палати у справі](#) *Тейлора*, п. 441; СССЛ, *Бріма та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 734. Див., наприклад, МКС, [рішення за апеляцією у справі](#) *Лубанги*, п. 278; МКС, [рішення Судової палати у справі](#) *Онгвена*, п. 2769; МКС, [рішення](#)

волі, не потрібно.⁸⁰² Апеляційна палата МКС постановила, що загальні умови життя населення не можуть самі по собі становити елемент примусу, необхідний для встановлення факту вчинення злочину набору на військову службу.⁸⁰³

445. **Набору і вербування на військову службу є триваючими злочинами.** Набір і вербування дітей віком до п'ятнадцяти років є триваючими правопорушеннями. Вони тривають до тих пір, поки дитина не залишить збройні сили або не досягне віку п'ятнадцяти років.⁸⁰⁴
446. Поняття національних збройних сил не обмежується збройними силами держави. Термін «національні збройні сили» тлумачиться як такий, що не обмежується збройними силами держави.⁸⁰⁵ Таке тлумачення узгоджується зі статтею 43 Додаткового протоколу I, яка передбачає, що сторони міжнародного конфлікту не повинні бути представлені визнаним урядом або державою.⁸⁰⁶
447. Використання дітей віком до п'ятнадцяти років для активної участі в бойових діях. Формулювання «брати активну участь у бойових діях» не обмежується «безпосередньою участю у бойових діях», оскільки останнє використовується в контексті принципу МГП щодо розрізнення між комбатантами та некомбатантами.

[Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1106. Див. також СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), п. 441; СССЛ, [Бріма та ін. Рішення Судової палати](#), п. 734.

⁸⁰² Див., наприклад, МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 301 («На думку Апеляційної палати, з вищеведеного випливає, що відсутність згоди або вимога про те, щоб дії суперечили волі призовника, як правило, не є елементом злочину набору на військову службу, в тому числі за обставин цієї справи»); МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1106 («Набір на військову службу, однак, зазвичай не вимагає доведення того, що особа приєдналася до збройних сил чи формування проти своєї волі»).

⁸⁰³ МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 295 («Отже, Апеляційна палата вважає, що загальні умови життя населення не можуть самі по собі становити елемент примусу, необхідний для встановлення факту вчинення злочину набору на військову службу»).

⁸⁰⁴ Див., наприклад, МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2771 («Набір і використання дітей віком до п'ятнадцяти років є злочином триваючого характеру, який продовжується доти, доки діти залишаються в збройних силах або збройному формуванні; отже, вчинення злочину припиняється, коли діти залишають збройні сили або формування або досягають віку п'ятнадцяти років, залежно від того, що настане раніше»); МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1104 («Набір та вербування є триваючим злочином, вчинення якого відбувається доти, доки дитина залишається частиною збройних сил чи формування або пов'язана з ними, і доки дитина не досягне віку п'ятнадцяти років»); МКС, [рішення Судової палати у справі Лубанги](#), п. 618 («За обставин цієї справи набір і вербування розглядаються разом, незважаючи на попередній висновок Палати про те, що вони становлять окремі правопорушення. Ці правопорушення є триваючими. Вони припиняються лише тоді, коли дитина досягає віку п'ятнадцяти років або виходить зі складу збройних сил чи збройного формування»); СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), п. 443 («Злочин, пов'язаний із набором або вербуванням «є правопорушенням триваючого характеру — одні суди називають його триваючим злочином, а інші — перманентним злочином». Злочин набору або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років продовжує вчинятися, поки дитина залишається в збройних силах або формуванні і, отже, припиняється, коли дитина залишає збройну групу або досягає 15-річного віку»).

⁸⁰⁵ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Лубанги](#), п. 285 («Отже, Палата вважає, що відповідно до статті 8(2)(b)(xxvi) Статуту термін «національні збройні сили» не обмежується збройними силами держави»).

⁸⁰⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 43(1). Див. також Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 525, п. 813.

тами.⁸⁰⁷ Цій фразі радше слід надати «широкого тлумачення».⁸⁰⁸ Потрібно лише «наявність зв'язку між діяльністю та бойовими діями».⁸⁰⁹ Зокрема, «необхідно проаналізувати зв'язок між діяльністю, для якої використовується дитина, та бойовими діями, в яких беруть участь збройні сили або формування злочинця».⁸¹⁰

448. При цьому Апеляційна палата МКС керується переліком діянь, що визначено коментарем до Додаткових протоколів, а також у проектом статуту Підготовчого комітету.⁸¹¹ У коментарі до Додаткових протоколів йдеться про такі діяння: «збір інформації, передача наказів, перевезення боєприпасів і продовольства або диверсії».⁸¹² А проект статуту Підготовчого комітету містив таку пояснювальну виноску:

МКС, РІШЕННЯ ЗА АПЕЛЯЦІЄЮ У СПРАВІ ЛУБАНГИ, П. 334.

Пояснювальна виноска до проекту Статуту Підготовчого комітету МКС:

Слова «використовувати» та «брати участь» були прийняті для того, щоб охопити як безпосередню участь у боях, так й активну участь у воєнних діях, пов'язаних з боями, такими як розвідка, шпигунство, диверсії та використання дітей як приманок, кур'єрів або на військових блокпостах. Вони не охоплюють діяльність, явно не пов'язану з бойовими діями, наприклад доставку продуктів харчування на авіабазу або використання домашнього персоналу в сімейному житті офіцерів. Однак використання дітей для безпосередньої допомоги, наприклад, як носіїв для доставки вантажів на лінію фронту, або діяльність на самій лінії фронту, підпадатиме під цю термінологію.

449. Апеляційна палата та судові палати МКС встановили низку випадків, коли зв'язок між діяльністю, для якої використовувалася дитина або діти віком до п'ятнадцяти років, і бойовими діями був достатнім для доведення того, що дітей використовували для «активної участі у бойових діях». «Безперечно», що використання дітей віком до п'ятнадцяти років для участі в «фактичних боях» демонструє цей зв'язок.⁸¹³ Використання дітей віком до п'ятнадцяти років як

⁸⁰⁷ МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), пункти 324-328 («324. Проте, всупереч твердженням пана Лубанги, Апеляційна палата вважає, що термін «брати активну участь у бойових діях» у статті 8 (2) (e) (vii) Статуту не потрібно тлумачити так само, як термін «активна» або «безпосередня участь» у контексті принципу розрізнення між комбатантами та цивільними особами, як зазначено, зокрема, у спільній статті 3 Женевських конвенцій. [...] 328. Підсумовуючи, Апеляційна палата вважає, що положення міжнародного гуманітарного права не передбачають, що вираз «брати активну участь у бойових діях» слід тлумачити лише як посилання на форми безпосередньої участі в бойових діях, як це розуміється в контексті принципу розрізнення та спільної статті 3 Женевських конвенцій»).

⁸⁰⁸ МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 340; МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1108.

⁸⁰⁹ МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 333.

⁸¹⁰ МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 335; МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2770; МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1108.

⁸¹¹ МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 335 («Визначаючи наявність такого зв'язку, Апеляційна палата керуватиметься переліками видів діяльності, що викладені в коментарі МКЧХ до Додаткових протоколів і в проекті статуту Підготовчого комітету»).

⁸¹² МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 334.

⁸¹³ МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), пункти 336, 340; МКС, [рішення Судової палати у справі Нта-](#)

охоронців військових посадових осіб у зонах конфлікту є використанням їх для активної участі у бойових діях.⁸¹⁴ Використання дітей віком до п'ятнадцяти років для «розвідувальних завдань» або «для збору розвідувальної інформації» також є використанням їх для активної участі у бойових діях.⁸¹⁵

450. МКС також встановив випадки, коли діяльність, для якої використовувалися діти віком до п'ятнадцяти років, не була настільки пов'язана з бойовими діями, щоб довести, що їх використовували для активної участі у бойових діях, зокрема, використання дітей віком до п'ятнадцяти років: (1) для створення підрозділу у збройному формуванні як такого;⁸¹⁶ (2) для охорони затриманих осіб без додаткових деталей, таких як «кого охороняли і де утримували охорнюваних осіб»;⁸¹⁷ (3) для патрулювань, щодо яких «Палата не змогла встановити військову ціль», і стосовно яких виявилось, що патрулювання «було спрямоване на запобігання звичайним злочинам, таким як крадіжки».⁸¹⁸
451. Судові палати СССЛ також застосовували широкий підхід до тлумачення цього злочину:

СССЛ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ТЕЙЛОРА, П. 444

«Використання» дітей для активної участі у бойових діях включає безпосередню загрозу їхньому життю в боях, але також може включати участь у заходах, пов'язаних із боями, наприклад, перенесення вантажів для бойового табору, пошук та/або одержання їжі, боеприпасів чи обладнання, виконання ролі приманки, передача повідомлення, прокладання стежок чи знаходження маршрутів, служба на контрольно-пропускних пунктах або застосування як «живих щитів». Те, чи бере дитина активну участь у бойових діях у таких ситуаціях, оцінюватиметься в кожному випадку окремо.

452. Судові палати СССЛ встановили широкий перелік видів діяльності дітей віком до п'ятнадцяти років, зв'язок яких з бойовими діями був достатнім для доведення того, що цих дітей використовували для «активної участі в бойових діях». Ці дії охоплюють використання дітей віком до п'ятнадцяти років: (1) в активних бойових діях;⁸¹⁹ (2) під час нападів на цивільних осіб і цивільні об'єкти;⁸²⁰ (3) в озброєних патрулях, навіть коли вони перебувають далеко від «фронту»;⁸²¹ (4)

ганди, пункти 1109, 1125, 1128.

⁸¹⁴ МКС, рішення за апеляцією у справі Лубанги, пункти 337, 340. МКС, рішення Судової палати у справі Нтаганди, пункти 1109, 1126, 1129.

⁸¹⁵ МКС, рішення Судової палати у справі Нтаганди, пункти 1127, 1130.

⁸¹⁶ МКС, рішення за апеляцією у справі Лубанги, п. 338.

⁸¹⁷ МКС, рішення Судової палати у справі Нтаганди, п. 1131.

⁸¹⁸ МКС, рішення Судової палати у справі Нтаганди, п. 1132.

⁸¹⁹ СССЛ, рішення Судової палати у справі Тейлора, пункти 1476, 1516, 1523, 1540-1541, 1553.

⁸²⁰ СССЛ, рішення Судової палати у справі Тейлора, пункти 1462, 1489-1490; 1502-1505; 1516, 1526, 1528, 1565, 1575, 1591-1594; СССЛ, Сесей та ін. Рішення Судової палати, пункти 1719-1724.

⁸²¹ СССЛ, рішення Судової палати у справі Тейлора, п. 1523; СССЛ, Сесей та ін. Рішення Судової палати, пункти 1717-1718. Але див. МКС, рішення Судової палати у справі Нтаганди, п. 1132.

для охорони військових об'єктів, зокрема алмазних копалень;⁸²² (5) як шпигунів;⁸²³ (6) як охоронців командирів;⁸²⁴ (7) у виконанні завдань із пошуку продовольства, принаймні там, де був додатковий зв'язок із бойовими діями;⁸²⁵ (8) для перевезення боеприпасів та награвованого.⁸²⁶

453. Судові палати СССЛ також постановили, що певна діяльність, для якої використовувалися діти віком до п'ятнадцяти років, не мала достатнього зв'язку для доведення того, що вони використовувалися для активної участі у бойових діях. Існує загальний консенсус, що використання дітей віком до п'ятнадцяти років для домашньої праці не становить використання їх для активної участі у бойових діях.⁸²⁷ Крім того, на відміну від судового процесу у справі Чарльза Тейлора, судова палата у справі Сесея та ін. постановила, що за обставин цієї справи використання дітей для пошуку їжі не було використанням їх для активної участі в бойових діях.⁸²⁸

454. **Вік до п'ятнадцяти років.** Міжнародні кримінальні трибунали іноді мають труднощі під час визначення віку осіб, які були призвані, завербовані або використовувалися для активної участі у бойових діях. З цього приводу МКС постановив: (1) таке визначення, а також належність доказів, має розглядатися в кожному випадку окремо;⁸²⁹ (2) можливе встановлення віку неідентифікованої особи;⁸³⁰ (3) правове регулювання не вимагає встановлення точного віку потерпілої особи, а віковий елемент злочину вважається встановленим, якщо буде доведено, що потерпілому було менше п'ятнадцяти років;⁸³¹ (4) розмір тіла особи, який розглядається разом із її загальним зовнішнім виглядом, наприклад,

⁸²² СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 1458-1459, 1467-1468, 1495; СССЛ, *Сесея та ін.* [Рішення Судової палати](#), пункти 1725-1728.

⁸²³ СССЛ, *Сесея та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 1729.

⁸²⁴ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 1460, 1486, 1526, 1540-1541, 1581-1582; СССЛ, *Сесея та ін.* [Рішення Судової палати](#), пункти 1731, 1735-1738.

⁸²⁵ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 1461, 1479-1482, 1509, 1519, 1523, 1528, 1546.

⁸²⁶ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 1463, 1524, 1565, 1591-1594.

⁸²⁷ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 1477, 1522; СССЛ, *Сесея та ін.* [Рішення Судової палати](#), пункти 1730, 1739.

⁸²⁸ СССЛ, *Сесея та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 1743.

⁸²⁹ Див., наприклад, МКС, [рішення за апеляцією у справі Онгвена](#), п. 885 («Крім того, Апеляційна палата постановила, що питання про те, чи може палата поза розумним сумнівом встановити, що особа була молодшою за 15 років «за обставин, коли особа та точна дата народження потерпілого невідомі, є питанням факту і його необхідно розв'язувати в кожному випадку окремо з урахуванням конкретних фактів і обставин справи та особи, про яку йдеться мова»).

⁸³⁰ МКС, [рішення за апеляцією у справі Онгвена](#), п. 882 («Апеляційна палата нагадує, що «висновок про віковий елемент злочинів не є сам по собі неприпустимим за обставин, коли потерпіла особа невідома»); МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 197 («А втім, Апеляційна палата вважає, що висновок про віковий елемент злочинів не є сам по собі неприпустимим за обставин, коли потерпіла особа невідома»).

⁸³¹ МКС, [рішення за апеляцією у справі Онгвена](#), п. 882 («Апеляційна палата також визначила, що відповідна правове регулювання, застосовне до злочину набору дітей віком до 15 років до складу збройних сил або формувань і використання їх для активної участі у бойових діях, «не вимагає встановлення точного віку потерпілої особи». Натомість необхідно встановити, «що потерпіла особа не досягла віку п'ятнадцяти років»); МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 198 («Стаття 8 (2) (e) (vii) Статуту та необхідні елементи злочинів, перелічені в цій статті, як це передбачено Елементами злочинів, не вимагають встановлення точного віку потерпілої особи. Навпаки, у тексті лише передбачено, що потерпілій особі має бути менше 15 років. Відповідно, достатньо встановити, що потерпіла особа перебувала у межах певного вікового діапазону, а саме була віком до п'ятнадцяти років»).

у порівнянні з іншими особами у відеофрагменті, може бути визначальним фактором для встановлення того, що особі було менше п'ятнадцяти років;⁸³² і (5) свідку, який не є експертом, дозволено оцінювати вік особи, особливо якщо свідок наводить причини, які дозволяють суддям оцінити його/її висновки.⁸³³

455. Судді СССЛ запровадили власну практику визначення віку дітей-солдатів. Наприклад, принаймні одна судова палата СССЛ постановила, що докази, які свідчать про те, що дітей перевіряли або реєстрували відповідно до їхнього віку, а потім розподіляли у підрозділи для хлопчиків і дівчаток, поза всякими сумнівами доводять, що деяким з них не виповнилося п'ятнадцяти років.⁸³⁴ СССЛ також дійшов висновку, що дітям було менше п'ятнадцяти років, лише на основі зовнішнього вигляду.⁸³⁵

с. **Склад набору або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або їх використання для активної участі у бойових діях (суб'єктивні елементи)**⁸³⁶

456. Суб'єктивні елементи цього злочину: (1) злочинець мав намір (а) призвати або (б) завербувати особу або осіб до складу національних збройних сил або (в) використати особу або осіб для активної участі у бойових діях; АБО (d) злочинець усвідомлював, що за звичайного перебігу подій результатом її/його діянь буде те, що особу або осіб буде призвано, завербовано, або використано для активної участі у бойових діях; та (2) злочинець знав або повинна був знати, що такій особі або особам не виповнилося 15 років.⁸³⁷

⁸³² МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 229 («Апеляційна палата вважає, що розмір тіла особи, порівняно з іншими особами, присутніми на відеофрагменті, може бути визначальним фактором для встановлення того, що особа молодша п'ятнадцяти років, якщо розглядати його у зв'язку з загальним зовнішнім виглядом особи»). Див. також МКС, [рішення за апеляцією у справі Нтаганди](#), пункти 768-769.

⁸³³ МКС, [рішення за апеляцією у справі Онгвена](#), пункти 883-884.

⁸³⁴ Див., наприклад, СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), п. 1378.

⁸³⁵ Див., наприклад, СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 1425, 1431. Див. також СССЛ, *Сесей та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 1702.

⁸³⁶ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте, загальна частина КК України визначає суб'єктивні елементи, притаманні злочинам загалом. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних елементів у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁸³⁷ Див. [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxvi); [Статут МКС](#), стаття 30; Див. також МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2772 («Крім ментальних елементів, зазначених у статті 30, злочинець повинен знати або повинен був би знати, що така особа чи особи були віком до 15 років»); МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), пункти 1103, 1176, 1190-1195; МКС, [рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 1048 («Відповідно, Палата доходить висновку, що у справі на розгляді суду злочинець повинен був умисно використовувати дітей віком до 15 років для активної участі в бойових діях. Такий умисел буде доведено, якщо злочинець діяв умисно або вдався до бездіяльності (1) з метою використання дітей віком до 15 років для активної участі у бойових діях або (2) він або вона усвідомлювали, що така участь відбувалася б за звичайного перебігу подій»); МКС, [рішення Судової палати у справі Лубанги](#), пункти 1013(i), 1018(iii), 1013(i). «Палата вважає, що сторона обвинувачення має встановити, у частині ментальних елементів, що: (i) обвинувачений і принаймні ще одна злочинець мали намір набирати, вербувати або використовувати дітей віком до 15 років для активної участі у бойових діях, або вони усвідомлювали, що під час здійснення спільного плану цей наслідок «настане за звичайного перебігу подій»); СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), п. 439 («злочинець знав або повинен був знати, що така особа або особи не досягли віку 15 років»); СССЛ, *Сесей та ін.* [Рішення Судової палати](#), пункти 190-193 («Обвинувачений знав або мав підстави знати, що такій особі або особам не виповнилося 15 років і що їх можна підготувати або використати в бойових

457. **Знала або повинна була знати, що такій особі або особам не виповнилося 15 років.** Палата попереднього провадження МКС встановила, що стандарт «повинна були знати» дотримано, коли злочинець:

МКС, РІШЕННЯ ПРО ПІДТВЕРДЖЕННЯ ЗВИНУВАЧЕНЬ У СПРАВІ ЛУБАНГИ, П. 358

- i. не знав, що на момент набору, вербування або використання для активної участі у бойових діях потерпілим не виповнилося п'ятнадцяти років; а також
- ii. не мав таких знань, тому що він не діяв з належною обачністю у контексті відповідних обставин (можна стверджувати, що підозрюваний «повинен був знати», лише якщо його або її недостатня обізнаність є результатом невиконання ним/нею обов'язку діяти з належною обачністю).

458. Як показує наступний Практичний приклад, судові палати МКС дійшли висновку, що злочинець знав про вік осіб, які були призвані, завербовані, або яких використовували для активної участі у бойових діях:

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ВИЗНАЧЕННЯ ВІКУ ДІТЕЙ-СОЛДАТІВ. РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ НТАГАНДИ (8 ЛИПНЯ 2019 Р.):

У справі Нтаганди в МКС судова палата встановила на основі відеозображень, що трое дітей, які особисто супроводжували пана Нтаганду, «очевидно» не досягли віку 15 років. Було також встановлено, що він спілкувався зі своїми охоронцями «щодня». Його охоронці (i) «охороняли його резиденцію та територію»; (ii) «супроводжували його в подорожах і під час відвідин військових таборів»; (iii) «разом з ним брали участь у бойових діях». Судова палата також зазначила, що дітей віком до 15 років навчали на радіооператорів у резиденції пана Нтаганди.

Враховуючи частоту контактів пана Нтаганди зі своїми охоронцями, деяким з яких явно не виповнилося 15 років, єдиним розумним висновком було те, що пан Нтаганда знав, що деяким із його охоронців не виповнилося 15 років, і «вони були активними членами СКП/ПСВК (Союзу конголезьких патріотів/Патріотичних сил визволення Конго), забезпечуючи його захист та участь у різноманітних військових заходах».

діях, і [] обвинувачений мав намір призвати або завербувати зазначених осіб до складу збройних сил або збройного формування» [...] «Обвинувачений знав або мав підстави знати, що таким особам не виповнилося 15 років; і [...] Обвинувачений мав намір використати зазначених осіб для активної участі у бойових діях»); СССЛ, [рішення Судової палати у справі Фофани та Кондеви](#), пункти 195-196 («Обвинувачений знав або мав підстави знати, що такій особі або особам не виповнилося 15 років і що їх можна підготувати або використати в боях та [...] обвинувачений мав намір призвати або завербувати зазначених осіб до складу збройних сил чи формування» [...] «Обвинувачений знав або мав підстави знати, що таким особам не виповнилося 15 років; та [...] обвинувачений мав намір використовувати зазначених осіб для активної участі у бойових діях»); СССЛ, *Бріма та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 729 («Злочинець знав або повинен був знати, що такій особі або особам не виповнилося п'ятнадцяти років»).

Судова палата також встановила, що «принаймні тричі» пан Нтаганда закликав молодих людей приєднуватися до СКП/ПСВК, зокрема закликав «батьків і сім'ї віддавати своїх дітей до формування».

Судова палата дійшла такого висновку: «З огляду на вищезазначене, Палата вважає, що пан Нтаганда точно знав, що СКП/ПСВК буде вербувати, навчати та використовувати дітей віком до 15 років у контексті своєї воєнної кампанії проти КОД-К/ВР (Конголезького об'єднання за демократію-Кісангані/Визвольного руху) та громади Ленду».⁸³⁸

459. Судові палати СССЛ встановили, що злочинці повинні були знати, що діти віком до п'ятнадцяти років призивалися, вербувалися або використовувалися для активної участі в бойових діях, на підставі самої лише їх чисельності у відповідних збройних силах або формуваннях⁸³⁹, а також тоді, коли відбувався процес перевірки або реєстрації, безпосередньою ціллю якого було створення «підрозділів маленьких хлопчиків» і «підрозділів маленьких дівчат».⁸⁴⁰
460. Ані подальша демобілізація дітей, ані незнання того, що набір чи вербування дітей-солдатів були незаконними, не скасовують наявності необхідних суб'єктивних елементів. МКС постановив, що дії осіб, які вчинили злочин, щодо демобілізації не скасовують наявності ментального елементу злочину, який полягає в наборі дітей-солдатів.⁸⁴¹ Юридична помилка осіб, що вчинили злочин, яка полягала в переконанні про те, що право дозволяє вербувати дітей до 15 років до складу збройних сил, не усунула, на думку СССЛ, необхідних суб'єктивних елементів злочинів, які стосуються дітей-солдатів.⁸⁴²

d. Контекстуальні елементи

461. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁸⁴³ та
 - iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁸⁴⁴

⁸³⁸ МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), пункти 1190-1194.

⁸³⁹ Див., наприклад, СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 1367, 1393, 1410, 1416, 1418, 1422, 1431, 1438, 1446, 1450, 1455, в різних місцях.

⁸⁴⁰ Див., наприклад, СССЛ, [рішення Судової палати у справі Тейлора](#), пункти 1378, 1419, 1424, в різних місцях, СССЛ, *Сесей та ін.* [Рішення Судової палати](#), пункти 1745-1746.

⁸⁴¹ Див. МКС, [рішення за апеляцією у справі Лубанги](#), п. 525.

⁸⁴² Див. СССЛ, *Бріма та ін.* [Рішення за апеляцією](#), п. 296.

⁸⁴³ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxvi).

⁸⁴⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxvi).

- vii. Умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд (Статут МКТЮ, стаття 2(f); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vi))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за воєнний злочин умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України, оскільки цей злочин підпадає під поняття «порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, позбавила одну або більше осіб права на справедливий і звичайний суд, відмовивши у судових гарантіях, визначених, зокрема, у Третій та Четвертій Женевських конвенціях 1949 року.
- Така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, умисно та свідомо позбавила одну або більше осіб права на справедливий і звичайний суд, відмовивши у судових гарантіях.
- Особа, яка вчинила злочин, знала про фактичні обставини, що визначають статус осіб як таких, що перебувають під захистом відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

462. Стаття 438 КК України не містить прямої згадки про воєнний злочин умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд. Однак такий злочин можна віднести до «порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, це порушення МГП заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною, і визнано воєнним злочином тими ж міжнародними договорами. Отже, можна

зробити висновок, що за таке порушення може бути передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438.

463. Відмова у справедливому судочинстві є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд є порушенням МГП, зазначеним у [Женевській конвенції III](#), [Женевській конвенції IV](#) та [Додатковому протоколу I](#).⁸⁴⁵ Україна є державою-учасницею Женевських конвенцій та Додаткових протоколів до них.⁸⁴⁶
464. **Визнання воєнним злочином.** Умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд є серйозним порушенням Женевської конвенції III, Женевської конвенції IV і Додаткового протоколу I, а отже, є воєнним злочином під час міжнародного збройного конфлікту.⁸⁴⁷ Така криміналізація має статус звичаєвого міжнародного права.⁸⁴⁸ Ці порушення чітко визнано воєнним злочином під час міжнародного збройного конфлікту в статті 2(f) [Статуту МКТЮ](#) та в статті 8(2)(a)(vi) [Статуту МКС](#).⁸⁴⁹
465. Відповідно, можна вважати, що за це правопорушення передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України.

b. **Визначення умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд (об'єктивні елементи)**

466. Об'єктивні елементи умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд передбачають, що (1) особа, яка вчинила злочин, позбавила одну або більше осіб права на справедливий і звичайний суд, відмовивши у судових гарантіях, визначених, зокрема, у Третій та Четвертій Женевських конвенціях 1949 року; та

⁸⁴⁵ Див., зокрема: [Женевська конвенція III](#), статті 84, 86-87, 99-108; [Женевська конвенція IV](#), статті 5, 33; [Додатковий протокол I](#), стаття 75.

⁸⁴⁶ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевські конвенції 1949 року, а 25 січня 1990 року — Додатковий протокол I. МКЧХ. База даних МГП. Договори, держави-учасниці та коментарі. [Україна](#). Заборона умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд також має статус міжнародного звичаєвого права. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 100. Гарантії справедливого судочинства](#).

⁸⁴⁷ [Женевська конвенція III](#), статті 129-130; [Женевська конвенція IV](#), статті 146-147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85(1)-(2), (4)(e), (5).

⁸⁴⁸ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#).

⁸⁴⁹ [Статут МКТЮ](#), стаття 2(f); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(a)(vi). Див. також [Статут МКС](#), статтю 8(2)(c)(iv), яка визнає подібне, але вужче за змістом правопорушення в контексті неміжнародного збройного конфлікту («Винесення вироків і приведення їх до виконання без попереднього рішення, ухваленого створеним у встановленому порядку судом, який забезпечує дотримання всіх судових гарантій, які загально визнані обов'язковими»). Див. також вище пп. 166-182.

(2) така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁸⁵⁰

467. Особа, яка вчинила злочин, позбавила одну або більше осіб права на справедливий і звичайний суд, відмовивши у судових гарантіях, визначених, зокрема, у Третій та Четвертій Женевських конвенціях 1949 року.
468. *Судові гарантії, визначені, зокрема, у Третій та Четвертій Женевських конвенціях 1949 року.* Як показано нижче, [Женевська конвенція III](#) й [Женевська конвенція IV](#) встановлюють численні й деталізовані судові гарантії, спеціально розроблені та застосовні до міжнародних збройних конфліктів, зокрема до окупації. Розробляючи [Статут МКС](#) та [Елементи злочинів МКС](#), держави-учасниці не мали наміру обмежувати судові гарантії лише тими, що передбачені Женевськими конвенціями, про що свідчить використання терміну «зокрема».⁸⁵¹

⁸⁵⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vi); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати](#) у справі *Канга Кека Ієу (псевдонім Дуч)*, п. 459. Див. також для порівняння: [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(c)(iv), злочин винесення вироків і приведення їх до виконання без належної правової процедури під час неміжнародного збройного конфлікту, з іншими елементами («1. Особа, яка вчинила злочин, винесла вирок або привела такі вирок до виконання стосовно однієї чи більше осіб. 2. Така особа або особи були або особами, які вибули зі строю, або цивільними особами, медичним персоналом чи релігійними діячами, які не брали активної участі у бойових діях [...] 4. Не було жодного попереднього рішення, винесеного судом, або суд, який виніс рішення, не був «створеним у встановленому порядку», тобто він не надавав суттєвих гарантій незалежності та неупередженості, або суд, який виніс рішення, не забезпечував усіх інших судових гарантій, які зазвичай визнаються необхідними відповідно до міжнародного права [...]»). На ці елементи значною мірою вплинула стаття 6 [Додаткового протоколу II](#). Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 408-409. Нещодавня судова практика МКС на стадії попереднього провадження дає широке тлумачення винесення вироків і приведення їх до виконання без належної правової процедури. Див. МКС, справа *Аль-Хассана*, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), пункти 358-389.

⁸⁵¹ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 100; Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 345, п. 139.

ПРИКЛАДИ СУДОВИХ ГАРАНТІЙ

- Право підсудного на розгляд його справи незалежним і неупередженим судом.⁸⁵²
- Своєчасне повідомлення та інформування державою, що тримає в полоні, держави-покровительки про будь-яке заплановане судове провадження щодо військовополоненого.⁸⁵³
- Право підсудного бути негайно поінформованим про правопорушення, в яких його звинувачують.⁸⁵⁴
- Права та засоби захисту, як-от право на допомогу кваліфікованого адвоката на власний вибір.⁸⁵⁵
- Право на допомогу компетентного перекладача.⁸⁵⁶
- Принцип законності, *nullum crimen sine lege*.⁸⁵⁷
- Принцип неможливості подвійного притягнення до відповідальності, *ne bis in idem* (тобто не можна судити, засуджувати й карати більше одного разу за одне й те саме діяння).⁸⁵⁸

⁸⁵² [Женевська конвенція III](#), стаття 84; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати](#) у справі *Канга Кека Ієу (псевдонім Дуч)*, пункти 459, 462 («покарання, застосоване до [захоплених військовополонених або цивільних осіб], було явно свавільним. Не було жодних судових процесів [...]»). Див. також аналогічне формулювання в [Додатковому протоколі II](#), стаття 6(1)-(2), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁵³ [Женевська конвенція III](#), стаття 104; Марк Кламберг у Мережі матриць справ Центра досліджень та політики міжнародного права, [Knowledge Hub. Коментар до права Міжнародного кримінального суду](#), оновлено 30 червня 2016 р., стаття 8(2)(a)(vi).

⁸⁵⁴ [Женевська конвенція III](#), стаття 105; [Женевська конвенція IV](#), стаття 71; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(a); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати](#) у справі *Канга Кека Ієу (псевдонім Дуч)*, пункти 459, 462 («Палата зазначає, що не було вжито жодних заходів для перевірки захоплених військовополонених або цивільних осіб, а також не було жодних механізмів інформування їх про причини арешту»). Див. також аналогічне формулювання в статті 6(2)(a) [Додаткового протоколу II](#), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁵⁵ [Женевська конвенція III](#), стаття 99, 105; [Женевська конвенція IV](#), стаття 72; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(a); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати](#) у справі *Канга Кека Ієу (псевдонім Дуч)*, п. 462 («[...] також не було жодних механізмів, які б [...] дозволили [захопленим військовополоненим або цивільним особам] оскаржити підстави [їхнього арешту]»). Див. також аналогічне формулювання в статті 6(2)(a) [Додаткового протоколу II](#), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁵⁶ [Женевська конвенція III](#), стаття 105; [Женевська конвенція IV](#), стаття 72; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁵⁷ [Женевська конвенція III](#), стаття 99; [Женевська конвенція IV](#), статті 65, 67; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(c); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати](#) у справі *Канга Кека Ієу (псевдонім Дуч)*, п. 459. Див. також аналогічне формулювання в статті 6(2)(c) [Додаткового протоколі II](#), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁵⁸ [Женевська конвенція III](#), стаття 86; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(h); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати](#) у справі *Канга Кека Ієу (псевдонім Дуч)*, п. 459; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

- Презумпція невинуватості.⁸⁵⁹
- Право підсудного не визнавати себе винним і не свідчити проти себе.⁸⁶⁰
- Право підсудного надавати докази та, особливо, викликати та допитувати свідків.⁸⁶¹
- Принцип індивідуальної кримінальної відповідальності та заборона колективного покарання.⁸⁶²
- Право підсудного бути присутнім на судовому процесі.⁸⁶³
- Право підсудного на публічне проголошення вироку.⁸⁶⁴
- Право подати апеляцію або скаргу, а також право бути поінформованим про такі права на подання апеляції або скарги.⁸⁶⁵
- Окремі вимоги, що стосуються смертної кари.⁸⁶⁶

⁸⁵⁹ [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(d). Див. також аналогічне формулювання в статті 6(2)(d) [Додаткового протоколу II](#), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁶⁰ [Женевська конвенція III](#), стаття 99; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(f). Див. також аналогічне формулювання в статті 6(2)(f) [Додаткового протоколу II](#), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁶¹ [Женевська конвенція III](#), стаття 105; [Женевська конвенція IV](#), стаття 72; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(g). Марк Кламберг у Мережі матриць справ Центра досліджень та політики міжнародного права, [Knowledge Hub. Коментар до права Міжнародного кримінального суду](#), оновлено 30 червня 2016 р., стаття 8(2)(a)(vi).

⁸⁶² [Женевська конвенція III](#), стаття 87; [Женевська конвенція IV](#), стаття 33; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(2)(d), 75(4)(b); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, *рішення Судової палати у справі Канга Кека Ієу (псевдонім Дуч)*, п. 459. Див. також аналогічне формулювання в статті 6(2)(b) [Додаткового протоколу II](#), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁶³ [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(e). Див. також аналогічне формулювання в статті 6(2)(e) [Додаткового протоколу II](#), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁶⁴ [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(i). Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁶⁵ [Женевська конвенція III](#), стаття 106; [Женевська конвенція IV](#), стаття 73; [Додатковий протокол I](#), стаття 75(4)(j); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, *рішення Судової палати у справі Канга Кека Ієу (псевдонім Дуч)*, пункти 459, 462 («[...] також не було жодних механізмів, які б [...] дозволили [захопленим військовополоненим або цивільним особам] подати апеляцію»). Див. також аналогічне формулювання в статті 6(3) [Додаткового протоколу II](#), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101.

⁸⁶⁶ [Женевська конвенція III](#), статті 100 («Військовополоненим та державам-покровителькам якомога швидше повідомляють про правопорушення, за які передбачено смертну кару законодавством держави, що тримає в полоні. У подальшому за жодне інше правопорушення не може бути встановлено смертної кари без згоди на це держави, від якої залежать військовополонені [...]»), 101 («Якщо військовополоненому винесено смертний вирок, то його не виконують до закінчення строку, що становить, принаймні, шість місяців з дати одержання державою-покровителькою за зазначеною нею адресою докладного повідомлення, передбаченого в статті 107»); [Женевська конвенція IV](#), статті 68 («Якщо особи, що перебувають під захистом, скоюють правопорушення з метою завдання шкоди виключно окупаційній державі і якщо це правопорушення не є замахом на життя чи фізичну недоторканість представників особового складу окупаційних військ чи адміністрації, не становить серйозної колективної загрози й не завдає великої шкоди майну окупаційних військ або адміністрації чи об'єктам, які ними використовуються, то такі особи підлягають інтернуванню або ув'язненню,

- Деякі специфічні інституційні, процесуальні та правові вимоги до судового розгляду справ військовополонених та цивільних осіб на окупованій території.⁸⁶⁷

469. На основі коментарів можна зробити висновок, який підтверджується нещодавньою досудовою практикою МКС, що тлумачення та роз'яснення визначення судових гарантій можуть здійснюватися шляхом звернення до інструментів та рішень у сфері прав людини.⁸⁶⁸

за умови, що строк цього інтернування або ув'язнення є відповідним ступеню важкості скоєного ними правопорушення. Крім того, інтернування або ув'язнення повинні бути єдиними видами покарання, що передбачають позбавлення волі, які застосовуватимуться до осіб, що перебувають під захистом, у разі скоєння ними згаданих вище правопорушень. Суди, дія яких передбачена статтею 66 цієї Конвенції мають право на власний розсуд замінити ув'язнення інтернуванням на той самий строк. Положення про кримінальну відповідальність, ухвалені окупаційною державою згідно зі статтями 64 та 65 можуть передбачати покарання осіб, що перебувають під захистом, через смертну кару лише у разі визнання їх винними у шпіонажі, здійсненні серйозних актів диверсії проти військових об'єктів окупаційної держави або скоєнні умисних правопорушень, які призвели до смерті однієї чи більше осіб, та за умови, що законодавство окупованої території, яке було чинним до початку окупації передбачало покарання через смертну кару за скоєння таких злочинів. [...] У жодному разі смертної кари не може бути призначено особі, що перебуває під захистом, яка на момент скоєння злочину не досягла 18-річного віку», 75 («У жодному разі людина, що була засуджена до смертної кари, не повинна бути позбавлена права звертатися з проханням про помилування. Жодного смертного вироку не буде виконано до завершення шестимісячного періоду з моменту, коли держава-покровителька отримає повідомлення про остаточне рішення суду, що підтверджує смертну кару чи рішення про відмову стосовно помилування. В окремих випадках, коли через надзвичайні обставини виникає підготовлена загроза для безпеки чи для збройних сил окупаційної держави, шестимісячний період до виконання вироку про смертну кару може бути зменшено. Державі-покровительці буде завжди повідомлено про таке скорочення строку, та вона завжди буде мати достатньо часу та можливість звернутися з пропонуванням до компетентних окупаційних органів щодо таких смертних вироків»); Надзвичайні палати в судах Камбоджі, рішення Судової палати у справі *Канга Кека Іеу (псевдонім Дуч)*, п. 462 («здійснювалася політика позасудових страт ув'язнених»); Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 102.

⁸⁶⁷ [Женевська конвенція III](#), статті 84 («Військовополоненого судить лише військовий суд, якщо чинне законодавство держави, що тримає в полоні, не містить чітко викладеного дозволу цивільним судам судити особу зі складу збройних сил держави, що тримає в полоні, за такий самий злочин, що, як стверджується, був скоєний військовополоненим [...]»), 102 («Вирок стосовно будь-якого військовополоненого вважається законним лише тоді, коли його виносять ті самі суди й за тією самою процедурою, що встановлені для осіб зі складу збройних сил держави, що тримає в полоні, та, крім того за умови дотримання положень цієї глави»); [Женевська конвенція IV](#), статті 64 («Кримінальне законодавство окупованої території залишається чинним, за винятком випадків, коли дія його скасовується або призупиняється окупаційною державою, якщо це законодавство становить загрозу безпеці окупаційної держави або є перешкодою виконання цієї Конвенції. Враховуючи згадане вище, та з огляду на необхідність забезпечення ефективного судочинства, суди окупованої території продовжуватимуть виконувати свої функції стосовно розгляду правопорушень, визначених цим законодавством. Окупаційна держава, однак, може поширювати на населення окупованої території дію положень, які є необхідними для виконання нею зобов'язань, що покладаються на неї відповідно до цієї Конвенції, підтримання ефективного управління територією, забезпечення безпеки окупаційної держави, особового складу та власності окупаційних сил та адміністрації, а також об'єктів та комунікаційних ліній, які ними використовуються»), 66 («У разі порушення положень про кримінальну відповідальність, ухвалених окупаційною державою на підставі абзацу другого статті 64, окупаційна держава може передавати підсудних своїм неполітичним військовим судам, які належним чином організовані за умови їхнього розташування на окупованій території. Апеляційні суди повинні функціонувати переважно на території окупованої держави»). Див. Марк Кламберг у Мережі матриць справ Центра досліджень та політики міжнародного права, [Knowledge Hub. Коментар до права Міжнародного кримінального суду](#), оновлено: 30 червня 2016 р., стаття 8(2)(a)(vi).

⁸⁶⁸ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 101-102 («Слід зазначити, що низка положень договорів з прав

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВА ПІДСУДНОГО НА РОЗГЛЯД ЙОГО СПРАВИ НЕЗАЛЕЖНИМ І НЕУПЕРЕДЖЕНИМ СУДОМ.

МКС, СПРАВА АЛЬ-ХАССАНА, RECTIFICATIF À LA DÉCISION RELATIVE À LA CONFIRMATION DES CHARGES, ПУНКТИ 378-380⁸⁶⁹

Оскільки ні Статут МКС, ні Елементи злочинів МКС не визначають поняття незалежності та неупередженості, Палата попереднього провадження роз'яснила ці терміни, спираючись на тлумачення різних правозахисних організацій відповідно до статті 21(3) Статуту МКС.

Палата попереднього провадження заявила, що Суд має бути «незалежним» по відношенню до інших органів влади, тобто до виконавчої та законодавчої гілок влади. Вона зазначила, що Комітет ООН з прав людини вважає, що ситуація, за якої функції та повноваження судової та виконавчої влади не можуть бути чітко розмежовані або за якої виконавча влада має можливість контролювати судову владу або керувати нею, є несумісною з принципом незалежності суду за змістом статті 14(1) [Міжнародного пакту про громадянські та політичні права](#). Палата попереднього провадження МКС також зазначила, що для того, щоб визначити, чи відповідає орган критеріям незалежності, Комітет з прав людини, ЄСПЛ, Міжамериканська комісія з прав людини та Африканська комісія з прав людини й народів беруть до уваги такі чинники: (1) спосіб призначення, (2) тривалість мандату, (3) наявність захисту від зовнішнього тиску та (4) наявність чи відсутність видимості незалежності.

Стосовно значення терміну «неупередженість» Палата попереднього провадження МКС роз'яснила, що судді повинні розв'язувати справи об'єктивно, спираючись на свої знання і совість, без будь-якої тенденційності, упередженості або особистого впливу. Посилаючись на думку низки правозахисних організацій, вона додатково зауважила, що ця вимога також передбачає, зокрема, що суддя не повинен презюмувати вину підсудного і діяти в такий спосіб, який би надавав перевагу інтересам однієї зі сторін. Щоб визначити, чи викликає поведінка судді сумніви в його неупередженості, треба врахувати переконання або особисті інтереси судді в конкретній справі, а також те, чи надає суддя достатні гарантії, які можна об'єктивно перевірити, щоб виключити будь-які законні сумніви в його неупередженості.

470. У ситуації, коли не існує судової системи, установа, яка де-факто функціонує як державна установа і має повноваження затримувати, допитувати та страчувати осіб, зобов'язана дотримуватися права на справедливий суд і судові гарантії, згідно з зазначеним вище.⁸⁷⁰

людини, які містять подібні принципи, можуть бути актуальними в контексті тлумачення цього воєнного злочину, зокрема, оскільки існує дуже обширна і детальна судова практика, що тлумачить ці положення»), 409-410; Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє Edition, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 345, п. 14; МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), пункти 374, 378-380, 383-384, щодо злочину винесення або виконання вироку без належної правової процедури під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(c)(iv) Статуту МКС, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі, або мати загальну значущість в інших аспектах стосовно нього.

⁸⁶⁹ Стосовно злочину винесення вироків і приведення їх до виконання без належної правової процедури під час неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(c)(iv) Статуту МКС, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі, або мати загальну значущість в інших аспектах стосовно нього.

⁸⁷⁰ Надзвичайні палати в судах Камбоджі, рішення Судової палати у справі Канга Кека Іеу (псевдонім Дуч), п. 462; МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 363, стосовно злочину винесення вироків і приведення їх до виконання без належної правової процедури під час неміжнародного

471. Злочин умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд може бути вчинений шляхом дії або бездіяльності.⁸⁷¹ Не потрібно, щоб дії особи, яка вчинила злочин, призвели до реального покарання потерпілої особи; несправедливий і неправомірний судовий розгляд сам по собі є злочином.⁸⁷²
472. Окреме порушення однієї судової гарантії не обов'язково становить злочин умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд. Але може становити. Суд повинен розглянути, за всіма наявними обставинами, питання про те, чи була позбавлена конкретна особа або особи права на справедливий суд внаслідок сукупного впливу чинників, пов'язаних із гарантіями.⁸⁷³
473. Злочин умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд має подібний до злочину у вигляді оголошення скасованими, призупиненими або неприйнятними в суді прав і позовів громадян ворожої сторони.⁸⁷⁴
474. **Особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.** Хоча в Елементах злочинів МКС зазначено, що особи, яким відмовили у праві на справедливий і звичайний суд, повинні бути «захищені

збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(c)(iv) Статуту МКС, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁸⁷¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#) («Практика передбачає додаткову конкретизацію характеру дій, які становлять воєнний злочин [...] Воєнні злочини можуть складатися з дій або бездіяльності. Приклади останньої включають неспроможність забезпечити справедливий суд»); Трифтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 346, п. 143.

⁸⁷² Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 100. Див. також для порівняння: МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), п. 365.

⁸⁷³ Див. [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(c)(iv), Елементи 4-5, виноска 59; МКС, справа Аль-Хассана, [Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges](#), пункти 381-382, 385-386 («Concernant la question du seuil de violation des garanties judiciaires exigé pour qualifier un comportement de crime en application de l'article 8-2-c-iv du Statut, la Chambre note que les Éléments des crimes l'invitent à prendre en compte la procédure dans son ensemble et l'effet cumulatif que peut avoir la violation de plusieurs garanties procédurales ou statutaires. Néanmoins, la Chambre est d'avis que cette approche ne la prive pas en soi de considérer, qu'à la lumière des circonstances, la violation d'une seule garantie judiciaire soit de nature à établir le crime visé à l'article 8-2-c-iv du Statut. En effet, une garantie judiciaire peut être considérée comme cruciale et dès lors porter, à elle seule, atteinte à la conformité de la procédure et caractériser le crime sous l'article 8- 2-c-iv du Statut.»); Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 409. Усі три наведені джерела розглядають злочин винесення вироків і приведення їх до виконання без належної правової процедури під час міжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(c)(iv) [Статуту МКС](#), але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

⁸⁷⁴ Відповідно до [Статуту МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiv). Див. пп. 480-492. Може статися так, що певні діяння можуть кваліфікуватися як і той, і інший злочин одночасно. Коментар припускає, що перший злочин, який полягає у відмові у справедливому судовому розгляді, стосується здебільшого кримінальних справ, тоді як другий злочин, який полягає у позбавленні прав чи, зокрема, права на «позови», охоплює цивільні позови. Крім цього, перший злочин стосується осіб, які перебувають під захистом, як викладено нижче, а другий — громадян ворожої сторони. Див. Марк Кламберг у Мережі матриць справ Центра досліджень та політики міжнародного права, [Knowledge Hub. Коментар до права Міжнародного кримінального суду](#), оновлено 30 червня 2016 р., стаття 8(2)(b)(xiv).

відповідно до однієї або кількох» з чотирьох Женевських конвенцій, на практиці правопорушення стосується наступних двох категорій осіб, що перебувають під захистом:

- Військовополонені ([Женевська конвенція III](#), стаття 4);⁸⁷⁵ або
- Цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є ([Женевська конвенція IV](#), статті 4, 13).⁸⁷⁶

475. *Лояльність певній стороні та контроль цієї сторони над людьми та територією.* У тому, що стосується категорії цивільних осіб за статтею 4 Женевської конвенції IV, формальне/юридичне громадянство не є настільки важливим, як суть відносин між потерпілими та особами, які вчиняють злочин.⁸⁷⁷ Лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій.⁸⁷⁸ В міру того, як сили сторони конфлікту, що здійснюють наступ, поступово встановлюють контроль над територією, цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, за умови, що вони не заявляють про лояльність цій стороні.⁸⁷⁹

⁸⁷⁵ Див.: Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати у справі Канга Кека Ієу \(псевдонім Дуч\)](#), п. 425 («Не менше ніж 345 в'єтнамських військовополонених і цивільних осіб утримувалися на S-21 і були особами, що перебували під захистом Женевської конвенції 1949 року [...] В'єтнамські військовополонені, багато з яких були захоплені на полі бою, увійшли в комплекс S-21 у військовій формі»).

⁸⁷⁶ Див. Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати у справі Канга Кека Ієу \(псевдонім Дуч\)](#), п. 425.

⁸⁷⁷ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Челебічі*, пункти 83-84 («Статтю 4 Женевської конвенції IV слід тлумачити як намір максимально захистити цивільних осіб, які опинилися у вирі міжнародного конфлікту або конфлікту, який набув міжнародного виміру. Тому відповідність вимозі статті 4 щодо громадянства повинна встановлюватися на основі аналізу «суті відносин», а не на основі правової кваліфікації за національним законодавством. У сучасних етнічних конфліктах, для цілей застосування гуманітарного права та статті 4 Женевської конвенції IV зокрема, потерпілі особи можуть «асимілюватися» зовнішньою державою, яка бере участь у конфлікті, навіть якщо вони формально мають таке ж громадянство, як і ті, хто їх захопив. Отже, Апеляційна палата погоджується з апеляційним рішенням у справі *Тадіча* у тому, що «навіть якби за обставинами справи злочинці та потерпілі особи вважалися особами, що мають спільне громадянство, стаття 4 все одно була б застосовною»).

⁸⁷⁸ МКТЮ, [рішення Апеляційної палати](#) у справі *Тадіча*, пункти 165-166 («Цей правовий підхід, що спирається радше на змістовні відносини, ніж на формальні зв'язки, стає дедалі важливішим у сучасних міжнародних збройних конфліктах. Якщо раніше війни велися в основному між усталеними державами, то в сучасних міжетнічних збройних конфліктах на кшталт конфлікту в колишній Югославії в ході конфлікту часто створюються нові держави, і підставою для лояльності може стати етнічна, а не національна приналежність. Або, іншими словами, етнічна приналежність може стати визначальним чинником національної лояльності. За таких умов критерій громадянства є дедалі менш придатним для визначення осіб, які перебувають під захистом. У таких конфліктах не лише текст та історія розроблення Конвенції, але й, що більш важливо, об'єкт і мета Конвенції свідчать про те, що лояльність стороні конфлікту та, відповідно, контроль цієї сторони над особами на певній території можна вважати вирішальним критерієм»). Див. Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати у справі Канга Кека Ієу \(псевдонім Дуч\)](#), п. 426 («Окрім того, через свою реальну чи уявну лояльність до В'єтнаму деякі камбоджійці, переважно зі Східної зони, були ув'язнені та страчені як особи, які підтримували В'єтнам. Хоча вони були громадянами Камбоджі, Комуністична партія Кампучії розглядала їх як прихильників В'єтнаму і як загрозу для Демократичної Кампучії. Відповідно, Палата вважає, що ці камбоджійські в'язні також були особами, які перебували під захистом, у значенні статті 4 Женевської конвенції IV»).

⁸⁷⁹ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), пункти 292 («Відповідно до прецедентного права міжнародних трибуналів, цивільна особа потрапляє «під владу» сторони конфлікту, якщо ця особа перебуває на території, підконтрольній такій стороні»), 293 («Отже, на думку Палати, у міру

с. Визначення умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд (суб'єктивні елементи)⁸⁸⁰

476. Суб'єктивними елементами умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд є такі: (1) особа, яка вчинила злочин, умисно та свідомо позбавила одну або більше осіб права на справедливий і звичайний суд, відмовивши у судових гарантіях; та (2) особа, яка вчинила злочин, знала про фактичні обставини, що визначали статус осіб, як таких, що підлягали захисту відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁸⁸¹
477. Особа, яка вчинила злочин, умисно та свідомо позбавила одну або більше осіб права на справедливий і звичайний суд, відмовивши у судових гарантіях.⁸⁸² Коментатори дотримуються думки про те, що внаслідок використання поняття «умисно» в Статуті МКС до цього правопорушення може застосовуватися нижчий стандарт *mens rea*, оскільки «умисно» зазвичай тлумачиться судовою практикою МКТЮ як таке, що охоплює прямий умисел і безвідповідальність (*dolus eventualis*).⁸⁸³

того, як сили сторони конфлікту, які здійснюють напад, поступово здобувають контроль над селом, що є об'єктом нападу, окремі цивільні особи на цих територіях автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, в значенні статті 4 Женевської Конвенції IV, якщо вони не заявлять про лояльність відповідній стороні») стосовно злочину умисного вбивства відповідно до статті 8(2)(a)(i) [Статуту МКС](#), елемент 2 якої однаково застосовується до умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд відповідно до статті 8(2)(a)(vi), 358 («[Вона] застосовується до тих ситуацій, за яких цивільні особи, що перебувають під захистом, зазнають нелюдського поводження «під владою» сторони конфлікту, і тому також застосовується до випадків нелюдського поводження з особами, що підлягають захисту, з боку сторони, яка здійснює напад, коли такі дії стаються після того, як напад у цілому закінчився і забезпечено припинення спротиву або повний контроль над селом, що зазнало нападу. Окрім того, це положення забороняє особам, які вчиняють злочини, нелюдсько поводитися з особами, що перебувають під захистом, коли ці сили просуваються до районів опору противника в населеному пункті, який є об'єктом нападу») стосовно злочину нелюдського поводження відповідно до статті 8(2)(a)(ii) Статуту, Елемент 2 якого також застосовується до умисного позбавлення військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд відповідно до статті 8(2)(a)(vi).

⁸⁸⁰ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁸⁸¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vi); [Статут МКС](#), стаття 30.

⁸⁸² Цей суб'єктивний елемент впливає зі звичайного наміру та знань відповідно до статті 30 [Статуту МКС](#).

⁸⁸³ Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 346, п. 144; Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 504, п. 1327, виноска 447; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), п. 152 («На думку Судової палати, *mens rea*, що відноситься до всіх порушень статті 2 Статуту, [яка стосується серйозних порушень], охоплює як злочинний умисел, так і безвідповідальність, яку можна порівняти з серйозною злочинною недбалістю») Див. також: Надзвичайні палати в судах Камбоджі, [рішення Судової палати у справі Канга Кека Іеу \(псевдонім Дуч\)](#) п. 460 («Судова практика МКТЮ встановила, що необхідний ментальний елемент цього злочину передбачає як злочинний намір, так і безвідповідальність»); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#) («Ментальний елемент. Міжнародна судова практика вказує на те, що воєнні злочини — це порушення, які вчиняються з власної волі, тобто або умисно (*dolus directus*) або з недбалості (*dolus eventualis*)»); [Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I](#), с. 994, п. 3474 («з власної волі (умисно): підсудний повинен був діяти свідомо і з наміром, тобто з думкою про дію або її наслідки й бажанням («злочинний намір» або «завдалегідь обдуманий злий умисел»); це охоплює поняття «неправомірного наміру» або «безвідповідальності», тобто, ставлення суб'єкта, який, не будучи впевненим у конкретному результаті, допускає можливість його

478. Особа, яка вчинила злочин, знала про фактичні обставини, що свідчили про захищений статус особи відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року. Щодо громадянства цивільних осіб злочинець мав знати тільки те, що потерпілий належав до протилежної сторони конфлікту.⁸⁸⁴

d. Контекстуальні елементи

479. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁸⁸⁵ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁸⁸⁶

настання; з іншого боку, не охоплюється звичайна недбалість або непередбачливість, тобто коли людина діє, не маючи уявлення про вчинок або його наслідки (хоча невжиття необхідних заходів обережності, зокрема, невжиття заходів з пошуку точної інформації, становить злочинну недбалість, яка карається щонайменше дисциплінарними стягненнями»).

⁸⁸⁴ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(і), Елемент 3, виноска 33, застосовується до відповідного елементу кожного злочину згідно зі статтею 8(2)(а). Див. також МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 360, де виноска 33 стосується в ширшому сенсі всіх осіб, які перебувають під захистом чотирьох Женевських конвенцій («Відповідно до виноски 33 Елементів злочинів, не обов'язково, щоб особа, яка вчинила злочин, зробила аналіз і дійшла висновку про те, що потерпіла особа мала правовий захист за будь-якою з чотирьох Женевських конвенцій, а натомість необхідно, щоб особа, яка вчинила злочин, знала, що «потерпіла особа належала до протилежної сторони конфлікту») у контексті злочину нелюдського поводження відповідно до статті 8(2)(а)(іі) [Статуту МКС](#), Елемент 3 якого однаково застосовується до умисного та свідомого позбавлення однієї або більше осіб права на справедливий і звичайний суд за статтею 8(2)(а)(ві).

⁸⁸⁵ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(ві).

⁸⁸⁶ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(а)(ві).

viii. Оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xiv))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки такий злочин підпадає під поняття «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, забезпечила скасування, призупинення або оголошення недопустимими в суді певних прав або позовів.
- Таке скасування, призупинення чи оголошення недопустимими було спрямовано проти громадян ворожої сторони.

2. Суб'єктивний елемент

- Особа, яка вчинила злочин, мала намір, за яким скасування, призупинення чи оголошення недопустимими мало бути спрямовано проти громадян ворожої сторони.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

480. Хоча про це прямо не зазначено у статті 438 КК України, «оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони» можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, такі дії заборонені міжнародними договорами, ратифікованими Україною, і порушення цієї заборони було визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

481. Оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони заборонено статтею 23(h) [Гаазького положення](#)

[1907 року](#).⁸⁸⁷ Україна ратифікувала Гаазьке положення 1907 року.⁸⁸⁸ Крім того, ця заборона є однією з норм міжнародного звичаєвого права, визнаних МКЧХ.⁸⁸⁹

482. Отже, для цілей статті 438 КК України заборона оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони становить порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

483. **Визнання воєнним злочином.** Стаття 8(2)(b)(xiv) [Статуту МКС](#) визначає «оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони» як воєнний злочин, що скоюється під час міжнародних збройних конфліктів. Так само і МКЧХ визнає це правопорушення воєнним злочином відповідно до міжнародного звичаєвого права.⁸⁹⁰

484. Зазначені чинники свідчать про визнання кримінальної відповідальності за оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони відповідно до статті 438 КК України.

b. **Визначення оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони (об'єктивні елементи)**

485. Відповідно до Елементів злочинів МКС, об'єктивними елементами цього злочину є такі: (1) особа, яка вчинила злочин, здійснила скасування, призупинення або оголошення недопустимими в суді певних прав або позовів; та (2) таке скасування, призупинення чи оголошення недопустимими було спрямовано проти громадян ворожої сторони.⁸⁹¹ Воєнний злочин оголошення скасованими, призупиненими або оголошення недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони не розглядався міжнародними трибуналами, а отже, МКС досі не роз'яснив відповідні елементи.⁸⁹²

⁸⁸⁷ [Гаазьке положення 1907 року](#), стаття 23(h) («Оголошувати скасованими, призупиненими або неприйнятними для розгляду у суді права і позови громадян ворожої сторони. Воюючій стороні також забороняється примушувати громадян ворожої сторони брати участь у військових діях, спрямованих проти їхньої власної держави, навіть у випадку, якщо вони перебували на службі такої воюючої сторони до початку війни»).

⁸⁸⁸ 29 травня 2015 року Україна ратифікувала Гаазьке положення 1907 року *Див.* МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

⁸⁸⁹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) («Це було без суперечок включено до Статуту Міжнародного кримінального суду, оскільки вважалося частиною міжнародного звичаєвого права»); Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 444, пункти 514-515.

⁸⁹⁰ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) («Це було без суперечок включено до Статуту Міжнародного кримінального суду, оскільки вважалося частиною міжнародного звичаєвого права»); Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 444, п. 514.

⁸⁹¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiv).

⁸⁹² Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 445-448, п. 516.

486. **Особа, яка вчинила злочин, здійснила скасування, призупинення або оголосила недопустимими в суді певних прав або позовів.** Вузьке формулювання статті 8(2)(b)(xiv) передбачає, що просте «оголошення» прав та позовів скасованими, призупиненими чи недопустимими у суді задовольняє вимоги об'єктивного елементу. Проте, як зазначено в «Елементах складу злочинів МКС», відповідний об'єктивний елемент розуміється як вимога, за якої особа, яка вчинила злочин, «забезпечила» скасування [...] певних прав та позовів». ⁸⁹³ Отже, засоби скасування, призупинення чи оголошення недопустимими не є визначальними; цей елемент скоріше залежить від наслідку у вигляді відмови в доступі до суду в контексті реалізації права або позову. ⁸⁹⁴ Водночас фахівці зазначали, що термін «оголошення» має також включати законодавчі та адміністративні акти, які скасовують права або позови фізичних осіб. ⁸⁹⁵
487. У тому, що стосується «прав чи позовів», ⁸⁹⁶ слід зазначити, що окрім того, що ця категорія охоплює «важливі, суттєві права та позови, а не лише тривіальні, окремі права», ⁸⁹⁷ її точний обсяг залишається відкритим питанням. ⁸⁹⁸ У той час як «позови» стосуються «юридичних претензій та права подавати позови» у розумінні права на доступ до суду, ⁸⁹⁹ незрозуміло, чи обмежується це правопорушення правами/позовами цивільного та господарського характеру, або ж воно охоплює також і основоположні права та гарантії фізичних осіб. ⁹⁰⁰ Проте, на думку фахівців, «загальне формулювання статті 8(2)(b)(xiv) та прецеденти дозволяють розуміти статтю 8(2)(b)(xiv) як таку, що забороняє не тільки скасування тощо майнових та господарських прав, а й інші дискримінаційні заходи та обмеження прав громадян протилежної сторони конфлікту». ⁹⁰¹ Ніщо в зазначеному положенні не обмежує цей захист цивільними позовами/правами та процесами. Отже, це положення, як уявляється, захищає як цивільні, так і

⁸⁹³ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.*, 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 448, п. 531.

⁸⁹⁴ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 448, п. 531.

⁸⁹⁵ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 448, п. 531.

⁸⁹⁶ Стаття 8(2)(b)(xiv) Статуту МКС ідентична положенню статті 23(h) [Гаазького положення 1907 року](#), основними елементами якого є: (1) оголошення скасованими, призупиненими або неприйнятними у суді (2) суттєвих «прав і позовів»; та (3) скасовані, призупинені чи оголошені неприйнятними права та позови належать громадянам ворожої сторони.

⁸⁹⁷ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 448, п. 529.

⁸⁹⁸ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 446, п.п. 523-524.

⁸⁹⁹ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 446, п.п. 523-524.

⁹⁰⁰ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 447, п. 525.

⁹⁰¹ Ця аргументація відповідає положенням німецького проекту Статуту МКС, який містив уточнення про те, що це положення застосовується до економічної війни, а також до дискримінаційних заходів та обмежень прав. Див.: Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 447, п. 528, прим. 832.

кримінальні [процесуальні] «права та позови»⁹⁰², включно з правом на справедливий судовий розгляд.⁹⁰³

488. **Скасування, призупинення чи припинення було спрямовано проти громадян ворожої сторони.** У контексті територіальної сфери застосування визначення цього правопорушення спрямовано на захист будь-яких громадян ворожої сторони конфлікту.⁹⁰⁴ Проте США та Велика Британія, здається, обмежують цю заборону громадянами ворожої сторони конфлікту на окупованій території.⁹⁰⁵
489. Попри це, вказана заборона захищає права та позови всіх або, принаймні, значної частини громадян ворожої сторони⁹⁰⁶ та не поширюється на «окремі випадки припинення прав».⁹⁰⁷ Ця заборона «скоріше спрямована на законодавчі чи загальні адміністративні акти або, можливо, також на судові рішення з широкими наслідками, а не на окремі, поодинокі випадки».⁹⁰⁸
490. Цей злочин не вимагає настання певних наслідків в конкретній справі, що означає, що достатньо юридичного скасування прав і суди не обов'язково мають фактично відмовляти у доступі до прав та можливості подавати позови для того, щоб вимоги об'єктивної сторони були задоволені.⁹⁰⁹

⁹⁰² Але див.: Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 446, п. 523. виноска 824-825 («У 1949 р. Спеціальний касаційний суд Нідерландів також обмежив сферу дії положення цивільними позовами»).

⁹⁰³ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 447, п. 525-526. Ця заборона також стосується статті 8(2)(a)(vi) Статуту МКС, яка захищає права особи та належну правову процедуру. Див.: Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 445, п. 517 (З цією заборонаю пов'язаний «воєнний злочин відмови у праві на справедливий і звичайний суд відповідно до статті 8, п. 2(a)(vi), яка захищає право на належну правову процедуру [...] У той же час стаття 8 п. 2(b)(xiv) стосується більшою мірою законодавчих чи загальних адміністративних актів або, можливо, також судових рішень з широкими наслідками, а не окремих індивідуальних випадків»).

⁹⁰⁴ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 445, п. 519.

⁹⁰⁵ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 445-446, п.п. 519-521. прим. 820.

⁹⁰⁶ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 448, п. 530.

⁹⁰⁷ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 448, прим. 833. Ця заборона не поширюється також на санкції Ради Безпеки ООН, навіть якщо вони зазвичай спрямовані проти всіх або значної частини громадян ворожої сторони конфлікту («коментар також підтверджує, що (дія цих положень) не поширюється на заходи ембарго, вжиті Радою Безпеки ООН на підставі Глави VII Статуту ООН»).

⁹⁰⁸ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 445, п. 517.

⁹⁰⁹ Трифтерер і Амбос (Triffterer and Ambos) (ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 448, п. 531, виноска 836.

- с. Визначення оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони (суб'єктивні елементи)⁹¹⁰

491. Відповідно до «Елементів злочинів МКС», суб'єктивний елемент правопорушення передбачає, що, за наміром порушника, скасування призупинення або припинення мало бути спрямовано проти громадян ворожої сторони.⁹¹¹ Попри відсутність судової практики за цим злочином,⁹¹² коментатори зауважили, що його *mens rea* вимагає «умисної поведінки, спрямованої проти громадян ворожої сторони».⁹¹³

d. Контекстуальні елементи

492. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁹¹⁴ та
 - iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁹¹⁵

⁹¹⁰ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

⁹¹¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiv).

⁹¹² Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статуттом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 268.

⁹¹³ Верле та Ессбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 528, п. 1398. Див. також статтю 30 Статуту МКС («1. Якщо не передбачено інше, особа підлягає кримінальній відповідальності й покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, лише в тому випадку, якщо за ознаками складу злочину він учинений умисно та свідомо. 2. Для цілей цієї статті особа має умисел у тих випадках, коли: а) стосовно діяння ця особа має намір вчинити таке діяння; б) стосовно наслідку ця особа має намір спричинити цей наслідок або усвідомлює, що він настане за звичайного перебігу подій. 3. Для цілей цієї статті «усвідомлення» означає розуміння того, що обставина існує або що наслідок настане за звичайного перебігу подій. «Усвідомлювати» і «свідомо» повинні тлумачитися відповідно»).

⁹¹⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiv).

⁹¹⁵ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiv).

- ix. Незаконна депортація або переміщення (Статут МКС, стаття 8(2)(а)(vii); Статут МКТЮ, стаття 2(g))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за незаконну депортацію або переміщення передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки вона підпадає під поняття «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» та частково «вигнання цивільного населення для примусових робіт».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині незаконної депортації або переміщення необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивний елемент

- Особа, яка вчинила злочин, депортувала або перемістила одну або кілька осіб до іншої держави або до іншого місця.
- Така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2. Суб'єктивний елемент

- Особа, яка вчинила злочин, знала про фактичні обставини, що визначають статус особи чи осіб як таких, що підлягають захисту відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.
- Особа, яка вчинила злочин, мала намір депортувати або перемістити одну або кілька осіб в іншу державу або інше місце або знала, що депортація чи переміщення станеться за звичайного перебігу подій в результаті її дій.
- Особа, яка вчинила злочин, знала про обставини, які зробили цю депортацію незаконною відповідно до Женевської конвенції IV.

3. Контекстуальний елемент

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

493. Хоча це прямо не зазначено у статті 438 КК України, незаконну депортацію або переміщення можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», а також, частково, до «вигнання цивільного населення для примусових робіт», на що посилається частина перша статті 438. Як пояснюється нижче, незаконна депортація чи переміщення заборонені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Порушення цієї заборони визнається воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

494. Незаконна депортація або переміщення є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Стаття 147 [Женевської конвенції IV](#) визнає незаконну депортацію або переміщення особи, яка перебуває під захистом, в ході міжнародного збройного конфлікту серйозним порушенням цієї конвенції.⁹¹⁶ МКЧХ визначає, що ця заборона є елементом міжнародного звичаєвого права.⁹¹⁷ Україна ратифікувала Женевську конвенцію IV.⁹¹⁸ Для цілей статті 438 КК України порушення заборони незаконної депортації або переміщення особи, яка перебуває під захистом, є порушенням законів ведення війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.
495. Незаконна депортація чи переміщення частково підпадає під визначення «вигнання цивільного населення для примусових робіт» за ст. 438 КК України. Як зазначено нижче, військовий злочин незаконної депортації чи переміщення включає переміщення людей за межі або в межах території держави.⁹¹⁹ Отже, принаймні частково це правопорушення також може бути віднесене до «вигнання цивільного населення для примусових робіт», що визначено як окремий злочин на основі статті 438 КК України. Однак, на відміну від конкретного порушення національного законодавства за статтею 438, незаконна депортація чи переміщення не передбачає будь-якого зв'язку з примусовими роботами.
496. **Визнання воєнним злочином.** Незаконна депортація або переміщення осіб, які перебувають під захистом, під час міжнародного збройного конфлікту є серйозним порушенням Женевської конвенції IV і є воєнним злочином.⁹²⁰ Порушення цієї заборони саме в цьому формулюванні було визнано воєнним злочином у статті 2(g) Статуту МКТЮ та в статті 8(2)(a)(vii) Статуту МКС.⁹²¹ На думку МКЧХ, визнання цього воєнного злочину набуло статусу звичаєвого міжнародного права.⁹²²
497. Ці чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за незаконну депортацію та переміщення осіб, що перебувають під захистом, відповідно до статті 438 КК України.

⁹¹⁶ [Женевська конвенція IV](#), стаття 147.

⁹¹⁷ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 129. Акт переміщення осіб](#).

⁹¹⁸ Україна ратифікувала Женевську конвенцію IV 3 серпня 1954 року. МКЧХ. База даних МГП. Договори МГП. Договори та держави-учасники, [Женевська конвенція IV](#).

⁹¹⁹ Див. нижче об'єктивний елемент.

⁹²⁰ [Женевська конвенція IV](#), Статті 146, 147.

⁹²¹ [Статут МКТЮ](#), стаття 2(g); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii). Див. також [Статут МВТ](#) 1945 року (Нюрнберг), стаття 6; [Статут МКС](#), статті 8(2)(b)(viii), 8(2)(e)(viii).

⁹²² МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) (визначення серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, включно з усіма серйозними порушеннями Женевських конвенцій, як воєнних злочинів, а також віднесення незаконної депортації або переміщення до серйозних порушень Женевських конвенцій).

b. Визначення незаконної депортації або переміщення (об'єктивні елементи)

498. Об'єктивними елементами цього злочину для цілей МКС, є те, що (1) особа, яка вчинила злочин, депортувала або перемістила одну або кілька осіб до іншої держави чи іншого місця; та (2) особа чи особи, яких депортували чи перемістили, перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁹²³
499. **Особа, яка вчинила злочин, депортувала або перемістила одну або кілька осіб до іншої держави або до іншого місця.** Цей елемент передбачає: (1) акт депортації або переміщення, який є (2) примусовим та (3) незаконним за своїм характером.
500. *Депортація або переміщення.* **Елементи злочинів МКС** розрізняють два типи винного діяння — «депортацію» і «переміщення». Судова практика МКТЮ уточнює, що «депортація» означає переміщення осіб за межі державних кордонів, що існують де-юре або де-факто, тоді як у разі насильницького переміщення воно може повністю здійснюватися в межах кордонів однієї держави.⁹²⁴ Слід зазначити, що доказ незаконної депортації або переміщення не обов'язково передбачає доведення того факту, що переміщену особу або осіб було переміщено «до «місця, достатньо віддаленого від її первісного місця перебування»». ⁹²⁵ Ба більше, практика МКТЮ та МКС свідчить про те, що визначення цього злочину застосовується у контексті воєнних дій⁹²⁶ та під час окупації.⁹²⁷ Попри значний збіг, конкретний воєнний злочин «депортації або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території» розглядається в іншому розділі Довідника.⁹²⁸
501. *Примусовий характер депортації чи переміщення.* Як акт депортації, так і акт переміщення мають бути вимушеними, примусовими чи, принаймні, недобровільними (примусове виселення).⁹²⁹ Немає необхідності доводити факт застосування сили під час депортації чи переміщення; достатньо того, що де-

⁹²³ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii)-1.

⁹²⁴ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, пункти 47 (стосовно депортації та насильницького переміщення як злочинів проти людяності), 132 (про те, що «складові елементи депортації та насильницького переміщення є ідентичними, незалежно від того, чи є вони воєнним злочином чи злочином проти людяності, але з одним винятком: щоб уважатися серйозним порушенням Женевських конвенцій, правопорушення, пов'язані з насильницьким переміщенням та депортацією, повинні бути скоєні по відношенню до особи, яка користується захистом Женевських конвенцій»); МКТЮ, *Прліч та ін.* [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 300. Верле та Ессбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 510, п. 1351.

⁹²⁵ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 492.

⁹²⁶ Див, *наприклад*, МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, пп. 1, 6 (Суд постановив, що незаконна депортація та переміщення відповідно до статті 8(2)(a)(vii) Статуту МКС не обов'язково потребує наявності окупації).

⁹²⁷ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п.п. 300, 301 (класифікація злочину незаконної депортації та переміщення відповідно до статті 2(g) Статуту МКС у контексті окупації).

⁹²⁸ Див. нижче «Депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території».

⁹²⁹ МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 35; МКС, *Ордер на арешт Санакоєва*, п. 23. Див. також Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, п. 472; Верле і Ессбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 510, п. 1351.

портація/переміщення ґрунтувалися на виборі, який, з огляду на обставини, не був справжнім.⁹³⁰ Апеляційна палата МКТЮ визначила «інші чинники, крім самої сили, які можуть зробити переміщення недобровільним», включно з погрозою застосування сили, «примусу, наприклад, викликаних страхом перед насильством, шантажем, ув'язненням, психологічним тиском або зловживанням владою», «використанням примусового середовища» або «створенням «тяжких умов життя» для певних груп населення, що в результаті не дає можливості цим групам населення залишатися у своїх домівках.⁹³¹

502. Як зазначалося вище, згода потерпілої особи не обов'язково робить переміщення законним, «оскільки обставини, пов'язані з такою згодою, можуть позбавити її будь-якої потенційної цінності».⁹³² «Загалом, утримання людини під вартою в умовах терору і насильства абсолютно виключає будь-яку значущість, яке могла б мати її згода».⁹³³ «Питання про наявність у переміщеної особи справжнього вибору визначається в контексті конкретного випадку».⁹³⁴

⁹³⁰ МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 35; МКС, *Ордер на арешт Санакоєва*, п. 23; МКТЮ, Крстіч *Рішення Судової палати*, п.п. 528-530; МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати*, том I з III, п. 495. Див. також МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Судової палати*, том I з VI, пункти 50 (щодо депортації та насильницького переміщення як злочинів проти людяності), 132 (про те, що «складові елементи депортації та насильницького переміщення є ідентичними, незалежно від того, чи є вони воєнним злочином чи злочином проти людяності, але з одним винятком: щоб уважатися серйозним порушенням Женевських конвенцій, правопорушення, пов'язані з насильницьким переміщенням та депортацією, повинні бути скоєні по відношенню до особи, яка користується захистом Женевських конвенцій») (примітки опущені).

⁹³¹ МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати*, том I з III, п. 495. Див. також МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Судової палати*, том I з VI, пункти 50 (щодо депортації та насильницького переміщення як злочинів проти людяності), 132 (про те, що «складові елементи депортації та насильницького переміщення є ідентичними, незалежно від того, чи є вони воєнним злочином чи злочином проти людяності, але з одним винятком: щоб уважатися серйозним порушенням Женевських конвенцій, правопорушення, пов'язані з насильницьким переміщенням та депортацією, повинні бути скоєні по відношенню до особи, яка користується захистом Женевських конвенцій»).

⁹³² МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Судової палати*, том I з VI, пункти 51 (щодо депортації та насильницького переміщення як злочинів проти людяності), 132 (про те, що «складові елементи депортації та насильницького переміщення є ідентичними, незалежно від того, чи є вони воєнним злочином чи злочином проти людяності, але з одним винятком: щоб уважатися серйозним порушенням Женевських конвенцій, правопорушення, пов'язані з насильницьким переміщенням та депортацією, повинні бути скоєні по відношенню до особи, яка користується захистом Женевських конвенцій»).

⁹³³ МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Судової палати*, том I з VI, пункти 51 (щодо депортації та насильницького переміщення як злочинів проти людяності), 132 (про те, що «складові елементи депортації та насильницького переміщення є ідентичними, незалежно від того, чи є вони воєнним злочином чи злочином проти людяності, але з одним винятком: щоб уважатися серйозним порушенням Женевських конвенцій, правопорушення, пов'язані з насильницьким переміщенням та депортацією, повинні бути скоєні по відношенню до особи, яка користується захистом Женевських конвенцій»).

⁹³⁴ МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати*, том I з III, п. 495.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ЧИННИКИ, ЩО СВІДЧАТЬ ПРО ВІДСУТНІСТЬ СПРАВЖНЬОГО ВИБОРУ. МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ «ПРОКУРОР ПРОТИ КРСТІЧА», ПУНКТИ 147, 524–525, 527 (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНІ)⁹³⁵

Судова палата у справі МКТЮ «Прокурор проти Крстіча» підбила загальний підсумок розгляду доказів, що свідчили про відсутність справжнього вибору в контексті переміщення мешканців-босняків зі Сребрениці.

«147. Водночас незаперечні докази, надані в ході судового процесу, свідчать про те, що у липні 1995 року босняки, що жили в Сребрениці, не мали справжнього вибору щодо того, чи залишити цю територію, чи залишитися жити на ній. Обстріли Сребрениці, особливо 10 та 11 липня 1995 року, та підпали будинків босняків були розраховані на те, щоб налякати населення та змусити його втекти з цього району без жодної надії на повернення. Крім того, саме генерал Младіч ініціював зустрічі у готелі «Фонтана», коли він цілком ясно дав зрозуміти, що хоче, щоб босняки покинули цей район. 12 липня 1995 року, коли тривала організація автобусних колон, генерал Младіч сказав під час перехопленої розмови:

«Вони всі капітулювали та здалися, і ми їх усіх евакуюємо — і тих, хто хоче, і тих, хто не хоче».

Безумовно, з біженцями з числа босняків не радилися і їм не давали вибору щодо того, куди вони зрештою потраплять. Військовий спостерігач ООН у районі Сребрениці свідчив про інцидент, свідком якого він був, коли сербські солдати погрожували застрелити жінку похилого віку, якщо вона не залишить Сребреницю, попри її прохання залишитися. Через цю погрозу та для забезпечення безпеки цієї жінки спостерігачі ООН фізично вивезли її з лікарні Сребрениці, де вона перебувала, та доставили її до Поточарі. Усі ці чинники, на тлі терористичної кампанії, що проводилася Військом Республіки Сербської проти біженців у Поточарі, свідчать про те, що боснійські серби хотіли очистити цей район від босняків».

Далі у пунктах 524-525 свого рішення Судова палата зазначила, що у тих випадках, коли активні бойові дії в районі припинилися до переміщення населення, такі переміщення не були виправдані міркуваннями безпеки населення. Потім палата дійшла такого висновку:

«527. У цьому випадку жодної військової загрози після взяття Сребрениці не було. Атмосфера терору, в якій проводилася евакуація, навпаки, доводить, що переселення здійснювалося в межах добре організованої політики, метою якої було вигнання боснійського мусульманського населення з анклаву. Евакуація була метою сама по собі і ні захист цивільних осіб, ні імперативна військова необхідність не виправдовували цієї дії».

503. *Незаконний характер депортації чи переміщення.*⁹³⁶ Хоча це прямо не згадується в елементах злочинів МКС, переміщення або депортація мають бути незаконними.⁹³⁷ Незаконність має вирішальне значення задля розуміння об'єктивних елементів цього злочину.⁹³⁸ Незаконний характер депортації або переміщення можна визначити на підставі конкретних норм МГП, у тому числі статті 49

⁹³⁵ МКТЮ, Крстіч [Рішення Судової палати](#), п.п. 147, 524-525, 527.

⁹³⁶ Винятки в контексті воєнного злочину депортації та переміщення осіб, які перебувають під захистом, в межах або за межі окупованої території див. нижче «Депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території в межах чи за межі цієї території».

⁹³⁷ МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 33; МКС, *Ордер на арешт Санакоєва*, п. 22. Відповідно до пункту 6 Загального вступу до Елементів злочинів, ті елементи, які були ухвалені, не містять повторення вимоги про незаконність депортації. [Елементи злочинів МКС](#), Загальний вступ, п. 6.

⁹³⁸ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 346, п. 146. Див. також МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 33.

Женевської конвенції IV, застосовної до ситуацій окупації, за яких, у виняткових випадках, є допустимими депортація/переміщення осіб, що перебувають під захистом.⁹³⁹ Стаття 49 Женевської конвенції IV : «окупаційна держава може здійснювати загальну або часткову евакуацію з певної території, якщо це є необхідним для забезпечення безпеки населення або зумовлено особливо вагомими причинами військового характеру».⁹⁴⁰ Така евакуація повинна здійснюватися в «межах окупованої території за винятком випадків, коли цього [евакуації за межі окупованої території] неможливо уникнути з матеріальних причин».⁹⁴¹ Евакуйовані особи повинні, наскільки це практично можливо, отримувати належне житло із задовільними умовами гігієни, здоров'я, безпеки та харчування, а члени сімей не повинні розлучатися.⁹⁴² Зрештою, евакуйовані особи мають бути повернені до своїх будинків, як тільки бойові дії в районі їхнього проживання припиняться.⁹⁴³

504. Важливо також зазначити, що переміщення не вважається законним лише на тій основі, що воно здійснюється відповідно до домовленостей між політичними чи військовими керівниками або за посередництвом МКЧХ чи будь-якої іншої організації. Так само й участь міжнародної організації, такої як ООН чи МКЧХ, в організації переміщення не робить переміщення особи чи осіб законним.⁹⁴⁴
505. **Така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.** Хоча в Елементах злочинів МКС йдеться в широкому сенсі про будь-яких осіб, які перебувають під захистом Женевських конвенцій, той факт, що цей злочин охоплює акти переміщення і депортації як порушення статті 147 Женевської конвенції IV, вказує на те, що, по суті, поняття особи, яка перебуває під захистом, обмежується за цим елементом цивільними особами, які підлягають захисту за статтею 4 Женевської конвенції IV. Відповідно до статті 4 Женевської конвенції IV особи, які перебувають під захистом, визначаються як «ті, хто в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є».⁹⁴⁵ «Сам факт перебування на території сторони конфлікту, або на окупованій території означає, що людина перебуває

⁹³⁹ МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 33; МКС, *Ордер на арешт Санакоєва*, п. 22.

⁹⁴⁰ [Женевська конвенція IV](#), стаття 49. Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 52.

⁹⁴¹ [Женевська конвенція IV](#), стаття 49. Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 52.

Поза контекстом окупації відповідно до статті 45 [Женевської конвенції IV](#), держава, яка здійснює передачу осіб, не повинна передавати особу, яка перебуває під захистом, державі, що приймає, яка не підписала IV Женевську конвенцію, або будь-якій іншій країні, де ця особа має підстави побоюватися переслідувань за політичні чи релігійні вірування. Крім того, держава, що здійснює передачу осіб, повинна переконатися в тому, що держава, що приймає таких осіб, має бажання та спроможність застосовувати Конвенцію, а держава, що здійснює передачу осіб, зберігає «залишкову» відповідальність за будь-яке невиконання цього зобов'язання державою, яка приймає таких осіб).

⁹⁴² [Женевська конвенція IV](#), стаття 49. Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 52.

⁹⁴³ [Женевська конвенція IV](#), стаття 49. Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 52.

⁹⁴⁴ МКТЮ, *Прліч та ін.* [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 54. Див. також МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Стакіча*, п. 137.

⁹⁴⁵ [Женевська конвенція IV](#), стаття 4. Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 346; МКТЮ, *Прліч та ін.* [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 102.

під владою або в «руках» держави-окупанта».⁹⁴⁶ Як особи, що перебувають на території до початку збройного конфлікту або окупації, так і особи, які прибули пізніше, однаково захищені Женевською конвенцією IV.⁹⁴⁷ Особи, які перебувають під захистом відповідно до Женевської конвенції IV, не обов'язково є лише цивільними особами: «[...] в той час, як Женевська конвенція IV насамперед стосується захисту цивільних осіб, проста мова статті 4 містить ширше визначення осіб, які перебувають під захистом, тобто, це всі особи, а не лише цивільні, які потрапили під владу сторони конфлікту або держави-окупанта, громадянами якої вони не є, і які не захищені іншими Женевськими конвенціями».⁹⁴⁸

506. Стаття 4 Женевської конвенції IV уточнює, що особи, які перебувають під захистом, «не є громадянами» сторони конфлікту або держави-окупанта. МКТЮ ухвалив телеологічний підхід до розгляду питань громадянства відповідно до статті 4 Женевської конвенції IV. Якщо конкретно, то «громадянство жертв... необхідно визначати не на основі формальних національних характеристик, а радше на основі аналізу сутнісних відносин, беручи до уваги різну етнічну приналежність жертв і злочинців та їхні зв'язки з іноземною державою, яка здійснила вторгнення».⁹⁴⁹ Такий підхід підживило занепокоєння Апеляційної палати МКТЮ з приводу того, що:

«[...] позбавлення жертв, які, відповідно до внутрішнього законодавства, імовірно, є громадянами тієї ж держави, що і їхні викрадачі, захисту на основі Женевських конвенцій виключно на підставі цього національного законодавства не відповідає б предмету та меті цих конвенцій. Сама їхня мета може бути насправді поставлена під сумнів, якщо надмірна увага приділятиметься формальним юридичним зв'язкам [...]. Палата вважає, що стаття 4 Женевської конвенції IV не може тлумачитися в такий спосіб, який би позбавляв жертв статусу осіб, що перебувають під захистом, лише тому, що вони мають спільне громадянство з особою, яка вчинила злочин. Вони перебувають під захистом допоки не мають жодних зобов'язань перед стороною конфлікту, під чією владою вони опинилися і громадянами якої вони є».⁹⁵⁰

507. Апеляційна палата МКТЮ також відзначила, «що аналіз лояльності, «залежний більше від істотних відносин, ніж від формальних зв'язків, стає дедалі важливішим у сучасних міжнародних збройних конфліктах, [...] [де] етнічна приналежність, а не національність, може ставати основою лояльності»».⁹⁵¹ Такий самий підхід ухвалив і МКС.⁹⁵²

⁹⁴⁶ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 101. З приводу актів депортації та переміщення осіб, які перебувають під захистом, в межах або за межі окупованої території див. нижче «Депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території в межах чи за межі цієї території».

⁹⁴⁷ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з IV, п. 101.

⁹⁴⁸ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 353.

⁹⁴⁹ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 100.

⁹⁵⁰ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, с. 354 (цитуються *Рішення Апеляційної палати у справі Кордіча і Черкеза*, с. 329).

⁹⁵¹ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 355.

⁹⁵² Див. *наприклад*, Ордер МКС на арешт [Санакоева](#), виноска 31.

508. Громадяни держави-союзниці у війні не захищені Женевською конвенцією IV, «коли держава, громадянами якої вони є, має нормальне дипломатичне представництво в державі, під владою якої вони є».⁹⁵³ Це положення застосовується лише в тому випадку, якщо держави є союзниками та підтримують чинні дипломатичні відносини. Щоб визначити, чи це так, необхідно розглядати не лише офіційні дипломатичні відносини між двома державами, а й «реальну ситуацію».⁹⁵⁴
509. Наступні витяги із рішень Судової та Апеляційної палат у справі Прліч та ін. є корисними прикладами визначення статусу особи, що підлягає захисту, відповідно до Женевської конвенції IV.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ВИЗНАЧЕННЯ ТОГО, ЧИ ПЕРЕБУВАЮТЬ ОСОБИ ПІД ЗАХИСТОМ ЧЕТВЕРТОЇ ЖЕНЕВСЬКОЇ КОНВЕНЦІЇ (МКТЮ, ПРЛІЧ ТА ІН., РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ, ПУНКТИ 606–611, ТА МКТЮ, ПРЛІЧ ТА ІН., РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ, ПУНКТИ 355, 359, ВІНОСКИ ОПУЩЕНІ).

Судова палата розглянула питання про те, чи перебували мусульмани ХРО (Хорватської ради оборони) під захистом Четвертої Женевської конвенції (*Прліч та ін.*, Рішення Судової палати, п. 606). Спочатку вона визначила, що вони не були особами, що перебувають під захистом відповідно до інших Женевських конвенцій (*Прліч та ін.*, Рішення Судової палати, п. 607).

Потім вона звернулася до чітких критеріїв Женевської конвенції IV :

«608. Для вирішення питання застосовності Четвертої конвенції необхідно встановити, чи потрапили мусульмани ХРО під владу сторони конфлікту, громадянами якої вони не були. Апеляційна палата чітко встановила, що не національність, а лояльність є критерієм, застосовним для визначення статусу осіб, що перебувають під захистом. У контексті конфліктів у колишній Югославії така лояльність може бути наслідком етнічної приналежності. Отже, у світлі доказів, які є у розпорядженні Палати, доцільно визначити сторону, до якої були лояльними мусульмани ХРО, затримані ХРО.

⁹⁵³ [Женевська конвенція IV](#), стаття 4; див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 346; МКТЮ, *Прліч та ін.* [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 102.

⁹⁵⁴ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 102.

609. Як вказує сама сторона захисту Чоріча, починаючи з 1993 року, мусульмани ХРО сприймалися як загроза безпеці ХРО. З часу нападу АРБіГ на «Північний табір» 30 червня 1993 р., в якому брали участь мусульмани ХРО, керівництво ХРО вважало, що мусульмани-члени ХРО загалом становлять загрозу безпеці ХРО, і наказало їх роззброїти і затримати в масовому порядку. Проте, сторона захисту Чоріча вважає, що ці дії не підпадають під юрисдикцію Трибуналу, оскільки мусульмани ХРО присягнули на вірність ХРО. Мілівой Петкович заявив, що відповідно до наказу, отриманого від Мате Бобана, президента Хорватського Співтовариства Герцег-Босни (ХС Г-Б) і Верховного головнокомандувача ХРО, під час їхньої зустрічі 30 червня 1993 р. він того ж дня дав наказ командувачу Південно-Східної оперативної зони про роззброєння та «ізоляцію» солдатів-мусульман ХРО, а також про «ізоляцію» мусульман, здатних воювати, через загрозу, яку вони становили для безпеки частин ХРО. Мілан Горьянц заявив, що з військового погляду сили ХРО обґрунтовано розглядати солдатів-мусульман у своїх підрозділах як загрозу.⁹⁵⁵

610. Отже, Палата вважає, що принаймні з 30 червня 1993 р. мусульмани ХРО сприймалися ХРО як лояльні АРБіГ.

611. Відповідно, Палата приходить до висновку про те, що мусульмани ХРО, яких ХРО тримала під вартою, починаючи з 30 червня 1993 р., дійсно потрапили під владу ворожої сторони, а отже, були особами, які підлягають захисту за змістом статті 4 Четвертої Женевської конвенції».

Апеляційна палата МКТЮ підтримала цей аналіз, зазначивши:

«355. [...] У цій справі Судова палата зробила правильно, врахувавши лояльність мусульман-членів ХРО, а не лише їхню національність. Крім того, щоб дійти висновку про те, що мусульмани-члени ХРО перебували під захистом Четвертої Женевської конвенції з 30 червня 1993 року, Судова палата спиралася на те, що ХРО вважала мусульман ХРО лояльними до себе. Нагадуючи, що, на думку Апеляційної палати, погляд сторони, яка тримала під вартою, на питання лояльності потерпілої особи, був важливим чинником, Апеляційна палата вважає, що Стоїч, Праляк, Петкович та Чоріч не змогли довести помилку з боку Судової палати».

«359. Апеляційна палата вважає, що Судова палата обґрунтовано дійшла висновку про те, що мусульмани-члени ХРО не можуть вважатися військовополоненими у буквальному розумінні Женевської конвенції (III), оскільки вони формально не належали до АРБіГ, «збройних сил іншої сторони, ніж сторона, яка тримає осіб під вартою». Проте вони могли бути захищені відповідно до Женевської конвенції IV, оскільки фактично перебували під ворожою владою, і «кожна особа, яка перебуває під ворожою владою, повинна мати певний статус відповідно до міжнародного права [...]. Проміжного статусу не існує; ніхто з тих, хто перебуває під ворожою владою, не може бути поза законом».

с. Визначення незаконної депортації або переміщення (суб'єктивні елементи)⁹⁵⁶

510. Відповідно до Елементів злочинів МКС, особа, що вчинила злочин, повинна «знати про фактичні обставини, що встановлюють» статус особи чи осіб, що підлягають захисту відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій

⁹⁵⁵ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 102.

⁹⁵⁶ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. *Див.* статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

1949 року.⁹⁵⁷ Крім того, відповідно до статті 30 [Статуту МКС](#), особа, яка вчинила злочин, повинна мати намір депортувати або перемістити одну або кілька осіб в іншу державу або інше місце або знати, що депортація чи переміщення станеться за звичайного перебігу подій в результаті її дій.

511. На думку МКТЮ, «mens rea для цих злочинів присутня тоді, коли особа, яка вчинила злочин щодо насильницького виселення, мала намір виселити жертв силою. У разі депортації особа, яка вчинила злочин, повинна, крім того, мати намір здійснити переміщення шляхом перетину кордону де-юре чи де-факто».⁹⁵⁸ «Ні депортація, ні насильницьке переміщення не передбачають наміру порушника виселити жертву назавжди».⁹⁵⁹

d. Контекстуальні елементи

512. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;⁹⁶⁰ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.⁹⁶¹

⁹⁵⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii)-1.

⁹⁵⁸ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 58. Див. також МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартиновича*, п. 521 (де постановлено, що стаття 2(g) Статуту МКТЮ потребує доведення «наміру особи, яка вчинила злочин, перемістити іншу особу»).

⁹⁵⁹ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 57. Див. також МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Стакіча*, п. 307.

⁹⁶⁰ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii)-1.

⁹⁶¹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii)-1.

- х. Незаконне позбавлення волі (Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vii); Статут МКТЮ, стаття 2(g))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за незаконне позбавлення волі передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки воно підпадає під поняття «інших порушень законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині незаконному позбавленні волі необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивний елемент

- Особа, яка вчинила злочин, позбавила волі або продовжувала позбавляти волі одну або кілька осіб у певному місці.
- Така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2. Суб'єктивний елемент

- Особа, яка вчинила злочин, знала про фактичні обставини, що визначають статус особи чи осіб як таких, що підлягають захисту відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.
- Особа, яка вчинила злочин, мала намір позбавити волі або продовжити позбавляти волі одну або кілька осіб у певному місці.
- Особа, яка вчинила злочин, знала про обставини, які зробили це позбавлення волі незаконним відповідно до Женевської конвенції IV.

3. Контекстуальний елемент

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

513. Хоча це прямо не згадується у статті 438 КК України, позбавлення волі може бути віднесене до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», та, частково, до «вигнання цивільного населення для примусових робіт», на що посилається частина перша статті 438. Як пояснюється нижче, незаконне позбавлення волі заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Порушення цієї заборони визнається воєнним злочиним. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

514. **Незаконне позбавлення волі є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною.** Стаття

147 [Женевської конвенції IV](#) визнає незаконне позбавлення волі особи, яка перебуває під захистом, в ході міжнародного збройного конфлікту серйозним порушенням цієї конвенції.⁹⁶² МКЧХ відносить різні закони, що стосуються позбавлення волі під час конфлікту, до звичаєвого міжнародного права.⁹⁶³ Україна ратифікувала Женевську конвенцію IV.⁹⁶⁴ Для цілей статті 438 КК України заборона незаконного позбавлення волі особи, яка перебуває під захистом, є порушенням законів ведення війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

515. **Визнання воєнним злочином.** Незаконне позбавлення волі осіб, які перебувають під захистом, під час міжнародного збройного конфлікту є серйозним порушенням Женевської конвенції IV і воєнним злочином.⁹⁶⁵ Порушення цієї заборони було визнано воєнним злочином відповідно до статті 2(g) Статуту МКТЮ та статті 8(2)(a)(vii) Статуту МКС.⁹⁶⁶ На думку МКЧХ, визнання цього воєнного злочину як такого набуло статусу звичаєвого міжнародного права.⁹⁶⁷
516. Ці чинники свідчать на користь визнання того, що незаконне позбавлення волі осіб, що перебувають під захистом, криміналізоване за статтею 438 КК України.

b. Визначення незаконного позбавлення волі (об'єктивні елементи)

517. Об'єктивними елементами цього злочину є такі: (1) особа, яка вчинила злочин, позбавила волі чи продовжувала позбавляти волі одну або кілька осіб у певному місці; та (2) така особа чи особи перебували під захистом однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.⁹⁶⁸
518. Особа, яка вчинила злочин, позбавила або продовжувала позбавляти волі одну або кілька осіб у певному місці. Цей елемент вимагає: (1) акту позбавлення волі, який (2) є незаконним за своїм характером.
519. *Поняття позбавлення волі.* У контексті винного діяння поняття «позбавлення волі» включає будь-які заходи з позбавлення свободи, у тому числі арешт, примусове поселення на визначеній території або інтернування.⁹⁶⁹ У справі «Прліч та інші» Апеляційна палата МКТЮ дійшла висновку про те, що «визначення того, чи була особа позбавлена свободи, залежатиме від обставин кожної конкретної справи і повинна враховувати низку чинників, зокрема тип, тривалість, наслідки та порядок застосування заходів, які, як стверджується, є рівнозначними

⁹⁶² [Женевська конвенція IV](#), стаття 147.

⁹⁶³ МКЧХ. База даних МГП. [Звичаєве право](#). Розділ 37. Особи, позбавлені волі.

⁹⁶⁴ Україна ратифікувала Женевську конвенцію IV 3 серпня 1954 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

⁹⁶⁵ [Женевська конвенція IV](#), Статті 146, 147. Див. також ст. 146, 147.

⁹⁶⁶ [Статут МКТЮ](#), стаття 2(g); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii).

⁹⁶⁷ МКЧХ. База даних МГП. [Звичаєве право](#). Норма 156 (визначення серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, включно з усіма серйозними порушеннями Женевських конвенцій, як воєнних злочинів, а також віднесення незаконного позбавлення волі до серйозних порушень Женевських конвенцій).

⁹⁶⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii)-2.

⁹⁶⁹ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п.п. 471-473.

позбавленню свободи».⁹⁷⁰ У зв'язку з цим МКТЮ дійшов висновку, що поняття позбавлення волі може охоплювати ситуації, коли особи, позбавлені свободи, зберігають певну свободу пересування. В умовах, коли свобода пересування була обмежена певними місцями і полягала в тому, що деякі особи час від часу залишали будинок, щоб знайти харчі або уникнути жорстокого поводження та сексуальних посягань у нічний час, не робило утримання законним.⁹⁷¹ Крім того, практика МКТЮ та МКС свідчить про те, що цей злочин може бути скоєний у контексті бойових дій⁹⁷² та під час окупації.⁹⁷³

520. *Незаконний характер позбавлення волі.* Хоча про це прямо не згадується в Елементах злочинів МКС, позбавлення волі повинно бути незаконним за своїм характером.⁹⁷⁴ Проте незаконність має вирішальне значення задля розуміння об'єктивних елементів цього злочину.⁹⁷⁵ Незаконний характер позбавлення волі можна визначити на підставі конкретних норм МГП (а саме статей 42, 43 і 78 [Женевської конвенції IV](#)), які у виняткових випадках допускають депортацію/переміщення осіб, які перебувають під захистом.⁹⁷⁶
521. Стаття 42 [Женевської конвенції IV](#) дозволяє інтернування або примусове поселення на визначеній території осіб, що перебувають під захистом, «лише тоді, коли це є абсолютно необхідним для забезпечення безпеки держави, яка затримує».⁹⁷⁷ Вона також дозволяє добровільне інтернування, коли цього вимагає ситуація.⁹⁷⁸ Відповідно до статті 43 [Женевської конвенції IV](#), держава, яка тримає під вартою, повинна призначити відповідний суд або адміністративний орган для перегляду рішення про таке інтернування або примусове поселення на визначеній території «якомога швидше». Якщо рішення про інтернування або примусове поселення на визначеній території залишається чинним, це рішення про інтернування або примусове поселення на визначеній території повинно переглядатися періодично, принаймні двічі на рік.⁹⁷⁹

⁹⁷⁰ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 473.

⁹⁷¹ МКТЮ, *Челебічі*, [Рішення Апеляційної палати](#), пп. 473, 513-515.

⁹⁷² *Див.*, наприклад, МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, пп. 1, 6 (Суд постановив, що незаконна депортація та переміщення відповідно до статті 8(2)(а)(vii) Статуту МКС не обов'язково потребує наявності окупації); МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 472 (з посиланням на статтю 42 Женевської конвенції IV, яка застосовується в контексті воєнних дій).

⁹⁷³ МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 14; МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 134, прим. 271 (з посиланням на статтю 42 Женевської конвенції IV, яка застосовується в контексті воєнних дій та окупації).

⁹⁷⁴ МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 13. Відповідно до пункту 6 Загального вступу до Елементів злочинів, ті елементи, які були ухвалені, не містять повторення вимоги про незаконність ([Елементи злочинів МКС](#), Загальний вступ, п. 6).

⁹⁷⁵ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 349, п. 157.

⁹⁷⁶ МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 13.

⁹⁷⁷ *Див. також* МКС, *Ордер на арешт Гучмазова*, п. 13.

⁹⁷⁸ [Женевська конвенція IV](#), стаття 42.

⁹⁷⁹ [Женевська конвенція IV](#), стаття 43. *Див. також* МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, пп. 135-136.

522. Аналогічним чином стаття 78 [Женевської конвенції IV](#), яка застосовується у випадках окупації, також дозволяє інтернування або примусове поселення на визначеній території осіб, що перебувають під захистом, коли держава-окупант, «через причини збереження безпеки визнає це необхідним».⁹⁸⁰ Вона передбачає, що рішення стосовно вимушеного переселення чи інтернування осіб, що перебувають під захистом, повинні бути ухвалені згідно з нормативною процедурою, яка повинна передбачати право на оскарження таких рішень, а рішення стосовно апеляції мають прийматися «в якомога швидші строки», і що такі рішення стануть предметом періодичного перегляду, «по можливості через кожні шість місяців» компетентними органами, що створює держава-окупант.⁹⁸¹
523. На цьому тлі будь-яке позбавлення свободи, яке здійснюється поза законними підставами та процесуальними параметрами, встановленими статтями 42, 43 та 78 [Женевської конвенції IV](#), буде рівносильним *незаконному* позбавленню волі.⁹⁸² Це міркування було підтверджено МКТЮ, який дійшов висновку, що тримання під вартою або позбавлення свободи осіб, які перебувають під захистом, є незаконним за таких обставин: 1) одну або кілька осіб, які перебувають під захистом, ув'язнено з порушенням статей 42 або 78 Женевської конвенції IV ; або 2), навіть якщо затримання спочатку було виправданим, не було дотримано процесуальних гарантій статей 43 і 78 Женевської конвенції IV .⁹⁸³
524. У питанні щодо законних підстав, які виправдовують позбавлення волі, МКТЮ визнав, що сторони конфлікту «можуть вдатися до інтернування або примусового поселення на визначеній території, якщо у них є серйозні чи законні підстави вважати, що відповідна особа внаслідок своїх дій, знань чи кваліфікації становить реальну загрозу теперішній чи майбутній безпеці». Підривна діяльність, що здійснюється на території сторони конфлікту, або дії, що становлять безпосередню допомогу ворожій державі, можуть бути загрозою національній безпеці».⁹⁸⁴ Нещодавня судова практика МКС підтвердила цю аргументацію.⁹⁸⁵ Однак самий лише факт, що особа має громадянство ворожої сторони або іншим чином пов'язана з нею, не є сам по собі такою загрозою безпеці країни, в якій він або вона проживає, яка б вимагала позбавлення його/її свободи.⁹⁸⁶ Крім того, той факт, що чоловік перебуває у призовному віці, не обов'язково виправдовує позбавлення його волі.⁹⁸⁷ «Інтернування та примусове поселення на визначеній території є заходами, що вживаються як виняток, після деталь-

⁹⁸⁰ Див. також МКС, Ордер на арешт [Гучмазова](#), п. 14.

⁹⁸¹ [Женевська конвенція IV](#), стаття 78.

⁹⁸² МКС, Ордер на арешт [Гучмазова](#), пп. 13-14. Див. також Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 349, п. 157.

⁹⁸³ МКТЮ, Прліч та ін., [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 139. Див. також МКТЮ, Рішення Апеляційної палати у справі [Челебічі](#), п. 322.

⁹⁸⁴ МКТЮ, Прліч та ін., [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 134.

⁹⁸⁵ МКС, Ордер на арешт [Гучмазова](#), п. 13.

⁹⁸⁶ МКС, Ордер на арешт [Гучмазова](#), п. 13; МКТЮ, Рішення Апеляційної палати у справі [Челебічі](#), п. 327. Див. також МКТЮ, Прліч та ін., [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п.134.

⁹⁸⁷ МКТЮ, Прліч та ін., [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п.134.

ного вивчення кожного окремої ситуації, і за жодних обставин не можуть бути колективним заходом».⁹⁸⁸

525. У контексті процесуальних гарантій позбавлення волі є незаконним у таких випадках:

- Відсутність судового чи адміністративного органу, який би розглядав у найкоротші терміни рішення про позбавлення волі особи чи осіб. Рішення про те, чи становить позбавлена волі особа загрозу безпеці держави, має ухвалюватися в кожному конкретному випадку індивідуально та в розумні терміни.⁹⁸⁹ Розумні терміни — «мінімальний час, необхідний для проведення розслідувань з метою визначення того, чи має думка про те, що [позбавлені волі особи] становлять загрозу безпеці, будь-яку об'єктивну підставу, на якій би ґрунтувалася «справжня підозра»».⁹⁹⁰
- Відсутність періодичного перегляду (принаймні двічі на рік) для визначення того, чи припинили існувати обставини, які виправдовували позбавлення волі. Згідно з МКТЮ, «основоположним принципом має бути те, що жодна цивільна особа не повинна примусово утримуватися на визначеній території або в таборі для інтернованих довше, ніж цього безумовно вимагає безпека сторони, яка її тримає під вартою».⁹⁹¹

526. Нарешті, МКТЮ визначив три сукупні умови добровільного інтернування: «(1) особа, яка перебуває під захистом, повинна подати запит про це; (2) запит має подаватися через представників держав-покровительок, і (3) він має гарантуватися зацікавленою стороною. Якщо такий запит відповідає цим трьома умовам, то влада держави, в якій він або вона проживає, зобов'язана розглянути його позитивно».⁹⁹²

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ВИЗНАЧЕННЯ НЕЗАКОННОГО УВ'ЯЗНЕННЯ. МКТЮ, СПРАВА ЧЕЛЕБІЧІ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ, ПП. 1131-1141.

У ході так званого судового процесу у справі *Челебічі* в МКТЮ Судова палата встановила, що особи, які перебували під захистом, були незаконно позбавлені волі в таборі для військовополонених Челебічі. У частині озброєних цивільних осіб, які були ув'язнені в таборі для військовополонених Челебічі, Судова палата утрималася від визначення того, чи справді позбавлення волі цієї категорії цивільних осіб було необхідним для забезпечення безпеки тих сил, які здійснювали тримання під вартою, а отже, виправданим відповідно до міжнародного гуманітарного права.⁹⁹³

⁹⁸⁸ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п.135. Див. також МКС, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Челебічі*, п. 1134; МКТЮ, [Ордер на арешт Гучмазова](#), п. 13.

⁹⁸⁹ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п.135.

⁹⁹⁰ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Челебічі*, п. 328.

⁹⁹¹ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 581.

⁹⁹² МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 138.

⁹⁹³ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 1131.

«Однак, очевидно, що позбавлення волі цивільних осіб, ув'язнених у таборі для військовополонених Челебїчі, не може бути виправдане в жодний спосіб. Хоча слід визнати, що державі, яка тримає осіб під вартою, надається широка свобода розсуду у визначенні поведінки, яку вона вважає шкідливою для своєї безпеки, для Судової палати є очевидним те, що декілька цивільних осіб, яких утримували у в'язничному таборі в Челебїчі, не можна обґрунтовано вважати такими, що становлять достатньо серйозну небезпеку для сил, які їх утримують, яка б виправдовувала тримання їх під вартою».⁹⁹⁴

«Схоже, що позбавлення волі цивільних осіб у таборі для військовополонених Челебїчі було не законним заходом безпеки, а колективним заходом, спрямованим проти певної групи осіб, переважно за ознакою їхнього етнічного походження. Як зазначалося вище, сам факт того, що особа є громадянином ворожої сторони або пов'язана з нею, не може розглядатися як загроза безпеці протилежної сторони, в якій вона проживає, а отже, не є поважною причиною її інтернування».⁹⁹⁵

«Навіть якби Судова палата визнала, що початкове позбавлення осіб, ув'язнених у таборі для військовополонених Челебїчі, було законним, тривале позбавлення волі цих цивільних осіб було б порушенням міжнародного гуманітарного права, оскільки затриманим не були надані процесуальні права, передбачені статтею 43 Женевської конвенції IV. Відповідно до цього положення, рішення про застосування заходів тримання під вартою щодо цивільних осіб має бути «якнайшвидше переглянуте відповідним судом або адміністративним органом».⁹⁹⁶

Судова палата також установила, що Військова слідча комісія, створена для розслідування злочинів, ймовірно, скоєних особами, позбавленими волі в таборі, не відповідала вимогам статті 43 Женевської конвенції IV, оскільки ця Комісія: 1) не мала «необхідних повноважень для ухвалення остаточного рішення про звільнення ув'язнених, позбавлення яких волі не могло бути визнано виправданим з будь-якої серйозної причини»; 2) «не мала можливості контролювати фактичне звільнення ув'язнених, звільнення яких пропонували її члени»; (3) підготувала звіт із зазначенням неналежного поведіння з ув'язненими та взяття під варту мирних громадян; та (4) були докази того, що Комісія була фіктивним утворенням⁹⁹⁷ (пункти 1136-1140).

Нарешті, Судова палата не розглянула питання про створення другої комісії пізніше, оскільки вона була створена надто пізно під час позбавлення волі, а протягом більшої частини періоду існування табору для військовополонених Челебїчі не існувало судового органу, який би розглядав питання утримання ув'язнених (п. 1141).

527. Така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року. Хоча в Елементах злочинів МКС йдеться в широкому сенсі про будь-яких осіб, які перебувають під захистом Женевських конвенцій, той факт, що цей злочин охоплює акти переміщення і депортації як порушення статті 147 Женевської конвенції IV, вказує на те, що, по суті, поняття особи, яка перебуває під захистом, обмежується за цим елементом цивільними особами, які підлягають захисту за статтею 4 Женевської конвенції IV. Для цілей Женевської конвенції IV особи, які перебувають під захистом, — це ті цивільні особи, які «в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи

⁹⁹⁴ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебїчі](#), п. 1132.

⁹⁹⁵ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебїчі](#), п. 1134.

⁹⁹⁶ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебїчі](#), п. 1135.

⁹⁹⁷ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Челебїчі](#), пп. 1136-1140.

окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є».⁹⁹⁸ У контексті незаконного позбавлення волі важливо також зазначити, що «[якщо] особа не має права на захист за Третьою конвенцією як військовополонений (або за Першою чи Другою конвенцією), вона обов'язково підпадає під дію IV Конвенції за умови дотримання вимог статті 4».⁹⁹⁹

с. Визначення незаконного позбавлення волі (суб'єктивні елементи)¹⁰⁰⁰

528. Відповідно до елементів злочинів МКС, особа, що вчинила злочин, повинна «знати про фактичні обставини, що встановлюють» статус особи чи осіб, що підлягають захисту відповідно до однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.¹⁰⁰¹ Крім того, відповідно до статті 30 [Статуту МКС](#) особа, що вчинила злочин, повинна мати намір взяти під варту одну або кілька осіб, знаючи, що таке тримання під вартою є незаконним відповідно до Женевської конвенції IV за цих обставин, або усвідомлювати, що таке незаконне тримання під вартою відбуватиметься за звичайного ходу подій на підставі їхніх дій.

529. МКТЮ в цілому не виявив суб'єктивних елементів незаконного позбавлення волі, але постановив, що, якщо обвинувачений має право звільняти затриманих цивільних осіб і не користується цим повноваженням, такий обвинувачений вчиняє незаконне позбавлення волі, якщо в нього/неї не було розумних підстав вважати, що ув'язнені становили реальну загрозу безпеці держави; або він/вона знає, що ув'язненим не були надані необхідні процесуальні гарантії (або безвідповідально ігнорує питання про те, чи дійсно ці гарантії були надані).¹⁰⁰²

d. Контекстуальні елементи

530. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним,¹⁰⁰³ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁰⁰⁴

⁹⁹⁸ [Женевська конвенція IV](#), стаття 4; див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 346; МКТЮ, *Прліч та ін.* [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 102. Детальне обговорення питання щодо осіб, які перебувають під захистом, відповідно до Женевської конвенції IV.

⁹⁹⁹ Див. також МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Челебічі*, п. 271.

¹⁰⁰⁰ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁰⁰¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii)-2.

¹⁰⁰² МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Челебічі*, п. 378.

¹⁰⁰³ Див., наприклад, [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii)-2.

¹⁰⁰⁴ Див., наприклад, [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii)-2.

- xi. Взяття заручників (Статут МКТЮ, статті 2(h) і 3; Статут МКС, стаття 8(2)(a) (viii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за взяття заручників передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки воно підпадає під поняття «інших порушень законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині взяття заручників необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, що вчинила злочин, захопила, затримала чи іншим чином взяла в заручники одну або кілька осіб.
- Особа, що вчинила злочин, погрожувала вбити, поранити або продовжувати утримувати таку особу чи осіб.
- Така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, що вчинила злочин, мала намір примусити державу, міжнародну організацію, фізичну чи юридичну особу або групу осіб вчинити дію або утриматися від дії, при чому така дія або утримання від дії мала бути явною чи неявною умовою безпеки або звільнення особи чи осіб.
- Особа, що вчинила злочин, знала про фактичні обставини, які свідчили про статус цих осіб як таких, що користуються захистом.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

531. Хоча про це прямо не згадується в статті 438 КК України, взяття заручників може бути віднесене до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, такі дії заборонені міжнародними договорами, ратифікованими Україною, і порушення цієї заборони було визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

532. **Взяття заручників є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною.** Стаття 34 [Женевської](#)

[конвенції IV](#) та стаття 75(2)(с) [Додаткового протоколу I](#) забороняють взяття заручників у ході міжнародних збройних конфліктів.¹⁰⁰⁵ Крім того, це є серйозним порушенням [IV Женевської конвенції](#) відповідно до її статті 147.¹⁰⁰⁶ Україна ратифікувала ці договори.¹⁰⁰⁷

533. **Визнання воєнним злочином.** Взяття заручників визнається воєнним злочином в умовах міжнародного збройного конфлікту і має статус порушення міжнародного звичаєвого права.¹⁰⁰⁸ Це серйозне порушення [Женевської конвенції IV](#), і тому воно визнано воєнним злочином. Взяття заручників, перелічене серед серйозних порушень Женевських конвенцій, класифікується як воєнний злочин у статті 8(2)(a)(viii) [Статуту МКС](#) та у статті 2(h) [Статуту МКТЮ](#), при чому обидві є застосовними до міжнародних збройних конфліктів. Паралельно МКТЮ дійшов висновку про те, що взяття заручників можна кваліфікувати як воєнний злочин та як серйозне порушення законів або звичаїв війни відповідно до статті 3 Статуту МКТЮ, яка застосовується до міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів.¹⁰⁰⁹

534. Відповідно, в системі права МКТЮ визнається, що згідно зі звичаєвим міжнародним правом, можливо виділити два окремих воєнних злочини у вигляді взяття заручників, а саме: (1) взяття цивільних осіб як заручників відповідно до статті 2(h) Статуту МКТЮ як серйозне порушення Женевських конвенцій, при чому це визначення є застосовним тільки до цивільних осіб у міжнародних збройних конфліктах; та (2) взяття заручників відповідно до статті 3 Статуту МКТЮ як серйозне порушення законів або звичаїв війни, при чому це визначення є застосовним до будь-якої особи, незалежно від її статусу в міжнародних та неміжнародних збройних конфліктах.¹⁰¹⁰ Окремо слід зазначити, що в кон-

¹⁰⁰⁵ Спільна стаття 3 Женевських конвенцій та стаття 4(2)(с) [Додаткового протоколу II](#) забороняють взяття заручників у ході неміжнародних збройних конфліктів. Див. також МКЧХ, База даних МГП, Звичаєве МГП. [Практика, що стосується норми 96, Україна](#) (з посиланням на Посібник для України щодо застосування норм МГП від 11 вересня 2004 р., де зазначається, що «серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, спрямовані проти людей, включають: [...] взяття заручників»).

¹⁰⁰⁶ Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹⁰⁰⁷ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року, а 25 січня 1990 року — Додатковий протокол I. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁰⁰⁸ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 96. Взяття заручників](#). Див. також СССЛ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Сесей та ін.*, п. 239.

¹⁰⁰⁹ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Бласкіча*, п. 639 («Взяття заручників як серйозне порушення Женевських конвенцій і порушення законів або звичаїв війни розглядалося Судовою палатою у цій справі, а також у рішенні Судової палати у справі *Кордіча та Черкеза*»); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бласкіча*, п. 187 («Взяття заручників заборонено статтею 3(b), спільною для Женевських конвенцій, яка є предметом розгляду статті 3 Статуту»); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 825 («взяття цивільних осіб як заручників (стаття 2) / взяття заручників (стаття 3): як і щодо різних злочинів умисного вбивства, елементи цих двох правопорушень є аналогічними, за винятком умови про те, що потерпілі особи повинні бути особами, що перебувають під захистом, яка міститься у статті 2; тому, якщо всі елементи правопорушень доведені, обвинувачений повинен бути визнаний винним у взятті цивільних осіб як заручників відповідно до статті 2 Статуту») (примітки опущені)..

¹⁰¹⁰ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Караджича* про взяття заручників, п. 21 (де постановляється, що цей злочин поширюється на «всіх затриманих осіб, незалежно від того, чи їх затримання явно вимагалося з метою використання їх як заручників, і незалежно від їхнього попереднього статусу комбатантів»). За винятком особистої сфери застосування, судова практика МКТЮ дійшла висновку про те, що захоплення заручників відповідно до статей 2(h) та 3 Статуту МКТЮ має одні й ті самі об'єктивні та суб'єктивні елементи.

тексті міжнародного збройного конфлікту МКС визнає воєнний злочин взяття заручників лише як серйозне порушення Женевських конвенцій відповідно до статті 8(2)(a)(viii) Статуту МКС.¹⁰¹¹

535. Ці чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за взяття заручників за статтею 438 КК України.

b. Визначення взяття заручників (об'єктивні елементи)

536. Відповідно до Елементів злочинів МКС, об'єктивними елементами цього правопорушення є такі: 1) особа, що вчинила злочин, захопила, взяла під варту або в інший спосіб взяла у заручники одну або кілька осіб; 2) особа, що вчинила злочин, погрозувала вбити, поранити або продовжувати утримувати таку особу або осіб; та 3) така особа чи особи перебували під захистом однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.¹⁰¹² Аналогічно, судова практика МКТЮ відображає такі ж самі елементи воєнних злочинів захоплення заручників за статтями 2(h) та 3 Статуту МКТЮ.¹⁰¹³

537. **Особа, що вчинила злочин, захопила, взяла під варту чи в інший спосіб взяла в заручники одну або кілька осіб.** Цей елемент передбачає: 1) певний ступінь позбавлення свободи («захоплені, утримувані або в інший спосіб узяті в заручники»), 2) незаконний характер.¹⁰¹⁴

¹⁰¹¹ Статут МКС та Статут СССЛ також визначають взяття заручників як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах, [Статут МКС](#), стаття 8(2)(c)(iii); [Статут СССЛ](#), стаття 3(c).

¹⁰¹² **Елементи злочинів МКС**, стаття 8(2)(a)(viii). Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(c)(iii), стосовно того самого порушення в контексті неміжнародних збройних конфліктів. Елементи цього злочину взяті зі статті 1(1) [Міжнародної конвенції про боротьбу із захопленням заручників](#), де йдеться про те, що «Будь-яка особа, яка захоплює або утримує іншу особу й погрожує вбити, завдати пошкодження або продовжувати утримувати іншу особу (далі називається «заручник») для того, щоб примусити третю сторону, а саме: державу, міжнародну міжурядову організацію, будь-яку фізичну, юридичну особу або групу осіб, здійснити чи утриматись від здійснення будь-якого акту як прямої, так і опосередкованої умови для звільнення заручника, вчиняє злочин захоплення заручників [...]». Україна ратифікувала цю Конвенцію 19 червня 1987 року. Див. Збірник договорів Організації Об'єднаних Націй, [Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників](#). Див. Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 352, п. 173.

¹⁰¹³ Див. МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Бласкіча*, п. 639 («Апеляційна палата погоджується з тим, що істотним елементом злочину взяття заручників є використання погроз щодо затриманих з метою отримання поступки або переваги; ситуація взяття заручників виникає, коли особа захоплює або утримує та погрожує вбити, поранити або продовжувати утримувати іншу особу, щоб змусити третю особу вчинити певну дію або утриматися від неї як умову для звільнення цієї особи»); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бласкіча*, п. 158 («За змістом статті 2 Статуту цивільними заручниками є особи, незаконно позбавлені свободи, часто довільно, інколи ж і під загрозою смерті. Проте, як стверджує захист, тримання під вартою може бути законним за деяких обставин, зокрема, для захисту цивільних осіб або коли цього вимагають міркування безпеки. Сторона обвинувачення повинна встановити, що під час ймовірного тримання під вартою дія, що, за твердженнями, була гідна осуду, була вчинена з метою отримання поступки або переваги. Елементи правопорушення аналогічні елементам статті 3(b) Женевських конвенцій, які є предметом статті 3 Статуту») (примітки опущені). Аналогічно, в контексті статті 8(2)(a)(viii) Статуту МКС судова практика МКТЮ так само спиралася на [Міжнародну конвенцію про боротьбу із захопленням заручників](#) для розроблення елементів взяття заручників як воєнного злочину. Див. МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Бласкіча*, прим. 1332.

¹⁰¹⁴ Див. Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 352-353, пп. 175, 176.

538. Позбавлення свободи. Поняття «захоплення, тримання під вартою або взяття в заручники в інший спосіб» передбачає здійснення контролю над особою.¹⁰¹⁵ Коментар МКЧХ до статті 34 Женевської конвенції IV зазначає, що термін «заручники» слід тлумачити «в якомога ширшому сенсі» і визначає його як «громадян держави, що воює, які з власної волі або з примусу перебувають під владою ворога і відповідають своєю свободою чи життям за виконання його наказів та безпеку його збройних сил».¹⁰¹⁶
539. Незаконний характер позбавлення свободи. Хоча про це прямо не згадується в конкретних Елементах злочинів МКС, позбавлення свободи має бути незаконними. Це відповідає пункту 6 Загального вступу до Елементів злочинів, де вказується, що елементи не містять повторення вимог про незаконність,¹⁰¹⁷ а також відповідає практиці МКТЮ та СССЛ щодо цього конкретного воєнного злочину.¹⁰¹⁸ Коментатори зазначали, що існують різні думки щодо того, чи має затримання бути незаконним від самого початку, або ж законне затримання, яке стає незаконним на пізнішому етапі, також може вважатися достатнім для виконання умов цього елемента.¹⁰¹⁹ СССЛ підтримує широке розуміння питання позбавлення свободи, яке включає «законне затримання на початку», яке згодом переростає в незаконне відповідно до формулювання «або іншим чином утримується» в першому елементі цього злочину.¹⁰²⁰ Сфера цього злочину, що має тривалий характер, включає випадки, коли виконані умови інших елементів, а порушник має *mens rea* у період, що настає за законним затриманням.¹⁰²¹

¹⁰¹⁵ Див. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 352, п. 175.

¹⁰¹⁶ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції IV, стор. 229–230. Див. також МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бласкіча*, п. 187; СССЛ, справа *Сесеї та ін.*, [Рішення Судової палати](#), п. 241 («термін «заручник» слід тлумачити в найширшому сенсі»).

¹⁰¹⁷ [Елементи злочинів МКС](#), Загальний вступ, п. 6.

¹⁰¹⁸ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бласкіча*, п. 158 («За змістом статті 2 Статуту цивільні заручники — це особи, яких незаконно позбавлено свободи, найчастіше свавільно, а іноді й під загрозою смерті. [...] Елементи злочину аналогічні елементам статті 3(b) Женевських конвенцій, які є предметом 3 Статуту») (виділено автором); СССЛ, справа *Сесеї та ін.* [Рішення Апеляційної палати](#), п. 598.

¹⁰¹⁹ Див. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 353, пп. 175. (з посиланням, зокрема, на МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бласкіча*, п. 158; МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 312), 903.

¹⁰²⁰ СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесеї та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), п. 598 («[...] інакше бути не могло, бо це означало б, що злочин взяття заручників ніколи не міг би виникнути на основі затримання, що спочатку було законним; так само незаконне викрадення ніколи б не змогло перетворитися на випадок захоплення заручників. Проте конкретний спосіб, за яким людина потрапляє до рук злочинця, не є визначальною характеристикою злочину; це, скоріше, його другорядна ознака. Як встановила Судова палата, першим елементом злочину є те, що особу було «захоплено, затримано або іншим чином взято в заручники». Зі свого боку коментар МКЧХ до Додаткового протоколу II визначає заручника як «особу, яка вільно чи невільно перебуває під владою сторони у конфлікті або її агента» [...]») (примітки опущені) (курсив в оригіналі) (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглядається); див. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, стор. 353, 553, 554, пп. 176, 903.

¹⁰²¹ СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесеї та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), п. 598 («На думку Апеляційної палати, якщо розглядати склад злочину і виключати особу, яка мала *mens rea* в період часу після початкового ув'язнення (потерпілої особи), це означатиме невизнання тривалого характеру цього злочину.») (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також

540. **Особа, що вчинила злочин, погрозувала вбити, поранити або продовжувати тримати під вартою таку особу чи осіб.** У справі Бласкіча Апеляційна палата МКТЮ зазначала, що «основним елементом злочину взяття заручників є погроза, об'єктом якої є ув'язнені особи, в цілях отримання поступки або переваги». ¹⁰²² Цей елемент включає погрозу, яка містить певні умови і об'єктом якої є фізичний та емоційний добробут таких осіб. ¹⁰²³ Погрози можуть бути зроблені явно або в прихованому вигляді. ¹⁰²⁴ Апеляційна палата СССЛ у справі Сесей та ін. уточнила, що «інформування третьої особи про погрозу не є елементом цього правопорушення». ¹⁰²⁵ Проте коментатори висловлюють думку, за якою таке інформування може, однак, бути доказом наміру вдаватися до примусу. ¹⁰²⁶
541. Погрози повинні бути незаконними. Наприклад, якщо звільнення особи не вимагається за законом, і особа перебуває під вартою на законних підставах, загроза продовження тримання такої особи під вартою в контексті переговорів, наприклад, щодо обміну військовополоненими під час бойових дій, не буде протиправною, а отже не буде вважатися взяттям заручників. ¹⁰²⁷
542. **Така особа або особи перебували під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.** Як воєнний злочин, що лежить в основі серйозного порушення Женевської конвенції IV, заборона взяття заручників у міжнародних збройних конфліктах насамперед поширюється на всіх осіб, які мають захист за змістом статті 4 [Женевської конвенції IV](#). ¹⁰²⁸ Це положення передбачає, що особи, які перебувають під захистом — це ті цивільні особи, які «в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації,

застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглядається).

¹⁰²² МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі Бласкіча, п. 639; МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Бласкіча, п. 158 («Сторона обвинувачення повинна встановити, що під час ймовірного тримання під вартою дія, що, за твердженнями, була гідна осуду, була вчинена з метою отримання поступки або переваги») 187 («Щоб кваліфікуватися як заручники, затримані повинні були бути використані для отримання певної вигоди або забезпечення взяття на себе певних зобов'язань стороною конфлікту, іншою особою чи іншою групою осіб»).

¹⁰²³ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Кордіча та Черкеза, п. 313. Див. також СССЛ, Сесей та ін. [Рішення Судової палати](#), п. 242 («Сторона обвинувачення має довести існування загрози, об'єктом якої був заручник, яка була б реалізована, якби певна умова не буде виконана») (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглядається); [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції IV](#), стор. 600 (де цей елемент уточнюється як «загроза продовженням тримання заручника під вартою або його страти»).

¹⁰²⁴ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Сесей та ін.](#), [Рішення Судової палати](#), п. 242 (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁰²⁵ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Сесей та ін.](#), [Рішення Апеляційної палати](#), п. 582 («З умови про те, що загроза має робитися з наміром примушування до чогось, не впливає той факт, що про цю загрозу має бути поінформована третя сторона[...]») (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁰²⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 353, п. 178.

¹⁰²⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 353, п. 177.

¹⁰²⁸ Верле і Есбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1347.

під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є».¹⁰²⁹

543. Лояльність певній стороні та контроль цієї сторони над людьми та територією. Формальне/юридичне громадянство у вузькому сенсі не є настільки важливим, як сутність відносин жертв і злочинців.¹⁰³⁰ Лояльність стороні конфлікту та контроль цієї сторони над особами на певній території можна розглядати як вирішальний критерій.¹⁰³¹ В міру того, як сили сторони конфлікту, що здійснюють наступ, поступово встановлюють контроль над територією, цивільні особи в цих районах, що послідовно захоплюються, автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту, за умови, що вони не заявляють про лояльність цієї сторони.¹⁰³²

¹⁰²⁹ Женевська конвенція IV, стаття 4.

¹⁰³⁰ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Челебічі*, пункти 83-84 («Статтю 4 Женевської конвенції IV слід тлумачити як намір максимально захистити цивільних осіб, які опинилися у вирі міжнародного конфлікту або конфлікту, який набув міжнародного виміру. Тому відповідність умові статті 4 щодо громадянства повинна встановлюватися на основі аналізу «сутності відносин», а не на підставі правової кваліфікації за національним законодавством. У сучасних етнічних конфліктах, для цілей застосування гуманітарного права та статті 4 Женевської конвенції IV зокрема, потерпілі особи можуть «асимілюватися» зовнішньою державою, яка бере участь у конфлікті, навіть якщо вони формально мають те ж саме громадянство, як і ті, хто їх захопив. Отже, Апеляційна палата погоджується з апеляційним рішенням у справі *Тадіча* у тому, що «навіть якби за обставинами справи злочинці та потерпілі особи вважалися особами, що мають спільне громадянство, стаття 4 все одно була б застосовною»).

¹⁰³¹ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Тадіча*, пункти 165-166 («Цей правовий підхід, що спирається радше на змістовні відносини, ніж на формальні зв'язки, стає дедалі важливішим у сучасних міжнародних збройних конфліктах. Якщо раніше війни велися в основному між усталеними державами, то в сучасних міжетнічних збройних конфліктах на кшталт конфлікту в колишній Югославії в ході конфлікту часто створюються нові держави, і підставою для лояльності може стати етнічна, а не національна приналежність. Або, іншими словами, етнічна приналежність може стати визначальним чинником національної лояльності. За таких умов критерій громадянства є дедалі менш придатним для визначення осіб, які перебувають під захистом. У таких конфліктах не лише текст та історія розроблення Конвенції, але й, що більш важливо, об'єкт і мета Конвенції свідчать про те, що лояльність стороні конфлікту та, відповідно, контроль цієї сторони над особами на певній території можна вважати вирішальним критерієм»).

¹⁰³² МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, пункти 292 («Відповідно до прецедентного права міжнародних трибуналів, цивільна особа потрапляє «під владу» сторони конфлікту, якщо ця особа перебуває на території, підконтрольній такій стороні»), 293 («Отже, на думку Палати, у міру того, як сили сторони конфлікту, які здійснюють напад, поступово здобувають контроль над селом, що є об'єктом нападу, окремі цивільні особи на цих територіях автоматично набувають статус осіб, що підлягають захисту в значенні статті 4 Женевської Конвенції IV, якщо вони не заявлять про лояльність відповідній стороні. Тому стаття 8(2)(a)(i) Статуту забороняє умисне вбивство цих цивільних осіб за таких обставин». Її елемент 2 в аналогічний спосіб застосовується до взяття заручників за статтею 8(2)(a)(viii)), 358 («Стаття 8(2)(a)(ii) Статуту, отже, застосовується до тих ситуацій, за яких цивільні особи, що перебувають під захистом, зазнають нелюдського поводження «під владою» сторони конфлікту, і тому також застосовується до випадків нелюдського поводження з особами, що підлягають захисту, з боку сторони, яка здійснює напад, коли такі дії стаються після того, як напад у цілому закінчився і забезпечено припинення спротиву або повний контроль над селом, що зазнало нападу. Крім того, це положення забороняє порушникам нелюдсько поводитися з особами, які перебувають під захистом, коли ці сили просуваються до районів опору противника у селі, що зазнало нападу». тут знову її елемент 2 в аналогічний спосіб застосовується до взяття заручників за статтею 8(2)(a)(viii)).

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ЛОЯЛЬНІСТЬ ДО СТОРОНИ КОНФЛІКТУ, ЗОКРЕМА ЕТНІЧНА ПРИНАЛЕЖНІСТЬ. МКС. СИТУАЦІЯ В ГРУЗІЇ. ОРДЕР НА АРЕШТ САНАКОЄВА (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНІ)

Палата попереднього провадження МКС прийняла тлумачення статті 4 Женевської конвенції IV, що міститься в судовій практиці МКТЮ, згідно з яким «особи, що перебувають під захистом, не повинні визначатися на основі вузької умови щодо громадянства, яка протиставляється зв'язкам, як-от етнічна приналежність, що є більш наближеними до реальності і вказують на реальну лояльність певній стороні конфлікту».¹⁰³³ У ньому зазначалося таке:

«12. Грунтуючись на доказах, Палата має розумні підстави вважати, що в період з 10 по 12 серпня 2008 р. кілька мешканців села, які вважалися етнічними грузинами (далі — «етнічні грузини») або особами зі змішаних шлюбів, і які на той час не втекли, були заарештовані в Цхінвальському районі просто на вулицях або вдома особами, описаними як етнічні осетини, одягненими як співробітники поліції, у військовій формі або в цивільному, іноді разом з росіянами або членами російських збройних сил. [...] Затриманих було доставлено до слідчого ізолятора в Цхінвалі («КПЗ» або «ізолятор»).

13. Палата вважає, що є розумні підстави вважати, що близько 170 осіб були заарештовані і згодом поміщені під варту в ізоляторі, і що більшість з них були цивільними особами, серед яких було багато жінок і людей похилого віку, які опинилися під владою сторони збройного конфлікту, яка була ворожою до сторони, до якої вони, як вважалося, належали (уряд Грузії), через їхнє стверджуване етнічне походження. Отже, є розумні підстави вважати, що більшість вищезгаданих осіб були особами, які перебували під захистом Четвертої Женевської конвенції 1949 року («Четверта Женевська конвенція»).

544. За відсутності судової практики залишається з'ясувати, чи буде визначення злочину у вигляді взяття заручників відповідно до системи права МКС вважатися так само застосовним до осіб, що перебувають під захистом, які не є цивільними особами за змістом Женевської конвенції IV. У будь-якому разі, згідно зі звичаєвим міжнародним правом, воєнний злочин захоплення заручників під час чи то міжнародного, чи то неміжнародного збройного конфлікту не обмежується цивільними особами і його визначення може бути застосовано до будь-якої особи, яка перебуває під захистом Женевських конвенцій,¹⁰³⁴ вклю-

¹⁰³³ МКС, Ордер на арешт Санакоева, п. 13, прим. 22 (цитуються: МКТЮ, Рішення Апеляційної палати у справі Брджаніна, п. 125).

¹⁰³⁴ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. Норма 96. Взяття заручників («Хоча заборона взяття заручників визначена у Четвертій Женевській конвенції і зазвичай пов'язується з утриманням цивільних як заручників, немає жодних вказівок на те що, що цей злочин обмежується взяттям у заручники цивільних осіб. Спільна стаття 3 Женевських конвенцій, Статут Міжнародного кримінального суду та Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників не обмежують цей злочин взяттям у заручники цивільних осіб, а поширюється на взяття у заручники будь-якої особи. Дійсно, в Елементах злочинів Міжнародного кримінального суду це визначення застосовується до взяття в заручники будь-якої особи, що перебуває під захистом Женевської конвенції»). Див. також МКТЮ, Рішення Судової палати у справі Кордіча і Черкеза, п. 825 («взяття цивільних осіб як заручників (стаття 2) / взяття заручників (стаття 3): як і щодо різних злочинів умисного вбивства, елементи цих двох правопорушень є аналогічними, за винятком умови про те, що потерпілі особи повинні бути особами, що перебувають під захистом, яка міститься у статті 2; тому, якщо всі елементи правопорушень доведені, обвинувачений повинен бути визнаний винним у взятті цивільних осіб як заручників відповідно до статті 2 Статуту») (примітки опущені).

чно з військовополоненими.¹⁰³⁵ У справі *Караджича* Апеляційна палата МКТЮ нагадала про «абсолютну заборону брати в заручники будь-яку особу, яка не бере активної участі в бойових діях, а також затриманих осіб, незалежно від їхнього статусу до затримання».¹⁰³⁶ Коментатори зазначають також, що заборона взяття заручників поширюється на «всіх осіб, що перебувають під владою ворожої сторони».¹⁰³⁷

с. Визначення взяття заручників (суб'єктивні елементи)¹⁰³⁸

545. Суб'єктивні елементи цього правопорушення є такими: 1) намір особи, що вчинила злочин, змусити державу, міжнародну організацію, фізичну чи юридичну особу або групу осіб діяти чи відмовитися від дій, при чому такі дії або відмова від дій є умовою безпеки або звільнення особи чи осіб; і 2) особа, що вчинила злочин, знала про фактичні обставини, які свідчили про статус осіб як осіб, що перебувають під захистом.¹⁰³⁹
546. Конкретний умисел — особа, що вчинила злочин, мала намір примусити державу, міжнародну організацію, фізичну чи юридичну особу або групу осіб до дій або утримання від дій, при чому такі дії або відмова від дій були явною або неявною умовою безпеки або звільнення особи або осіб. На додаток до стандарту *mens rea*, передбаченого у статті 30 Статуту МКС, передумовою цього правопорушення є наявність конкретного наміру змусити державу, міжнародну організацію, фізичну чи юридичну особу, чи групу осіб вчинити дію або утриматися від дії, при чому така дія або утримання від дії є явною чи неявною умовою безпеки чи звільнення особи або осіб.¹⁰⁴⁰ Погроза вбити, поранити чи продовжити утримання заручників має «поєднуватися з примусом»,¹⁰⁴¹ і «така погроза має бути задумана як примусовий захід для досягнення виконання

¹⁰³⁵ МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Караджича* щодо взяття заручників, п. 21 («Апеляційна палата вважає, що заборона взяття заручників не може розглядатися як така, що є невластивою Третій Женевській конвенції... захист військовополонених регулюється об'ємним корпусом положень Третьої Женевської конвенції, які, разом узяті, призводять до висновку про те, що будь-яке взяття заручників з числа військовополонених не може не бути порушенням Третьої Женевської конвенції»).

¹⁰³⁶ МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Караджича*, п. 659; *Коментар МКЧХ до Женевської конвенції IV*, с. 231 (де зазначається, що стаття 34 Женевської конвенції IV, «що перебуває у самому кінці низки положень, спільних для чотирьох конвенцій, має абсолютний характер»).

¹⁰³⁷ *Додатковий протокол I*, Стаття 75(1); Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 352, п. 177, включно з виноскою 229.

¹⁰³⁸ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁰³⁹ *Елементи злочинів МКС*, стаття 8(2)(a)(viii); *Статут МКС*, стаття 30.

¹⁰⁴⁰ МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Караджича*, п. 468; МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Кордіча та Черкеза*, п. 313; СССЛ, *Сесей та ін. Рішення Судової палати*, п. 243 (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); Верле і Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, пп. 596 (з посиланням на умисел щодо примушування), 1349.

¹⁰⁴¹ СССЛ, *рішення Судової палати у справі Сесей та ін.*, *Рішення Апеляційної палати*, п. 598 (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

поставленої умови».¹⁰⁴² Цей конкретний умисел відрізняє взяття заручників від позбавлення певної особи свободи як адміністративного чи судового заходу.¹⁰⁴³

547. Цей умисел може з'явитися в правопорушника на пізнішому етапі.¹⁰⁴⁴

СССЛ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ СЕСЕЯ ТА ІН., РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ, П. 597 (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНІ)

З правового погляду необхідний намір може бути присутнім вже тоді, коли певну особу вперше затримано, або ж може з'явитися в якийсь час після того, коли особи вже перебували під вартою. У першому випадку злочин вважається скоєним у момент початкового затримання (за умови, що всі інші умови елементів злочину виконані); в останньому випадку ситуація перетворюється на злочин взяття заручників у момент кристалізації наміру (знову ж таки, за умови, що інші умови елементів злочину виконані).

548. Цей суб'єктивний елемент може містити намір, наприклад, використовувати ув'язнених цивільних осіб «як інструмент для ведення переговорів» і тримати їх під вартою «для того, щоб використовувати для обміну».¹⁰⁴⁵

549. Стосовно наміру «примусити державу», наприклад, I Палата попереднього провадження МКС у «Ситуації в Грузії» встановила, що «[були] розумні підстави вважати, що тримання під вартою та погрози щодо подальшого тримання під вартою осіб, які перебували під захистом, з метою змусити грузинську владу звільнити засуджених-осетинів, було взяттям заручників відповідно до статті 8(2)(a)(viii) Статуту».¹⁰⁴⁶

550. **Особа, що вчинила злочин, знала про фактичні обставини, які свідчили про статус цих осіб як таких, що підлягали захисту.** Особа, яка вчинила злочин, повинна також була знати про статус потерпілої особи як особи, що підлягала

¹⁰⁴² МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 313, СССЛ, *Сесей та ін.* [Рішення Судової палати](#), п. 243 (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁰⁴³ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 96. Захоплення заручників.](#)

¹⁰⁴⁴ СССЛ, *рішення Судової палати у справі Сесея та ін.*, [Рішення Судової палати](#), п. 597 (щодо злочину взяття заручників у контексті неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Караджича*, п. 468 («*Mens rea*, що є передумовою взяття заручників — це намір змусити третю сторону діяти чи утриматися від дій, причому такі дії чи їх відсутність є умовою звільнення ув'язнених осіб. Оскільки суттєвою ознакою злочину захоплення заручників є застосування погроз по відношенню до ув'язнених осіб для отримання поступки або переваги, і ці погрози можуть бути реалізовані в будь-який момент під час ув'язнення, необхідний умисел може бути сформований у момент затримання або він може бути сформований пізніше, після затримання особи» (примітки опущені); Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 353, п. 179.

¹⁰⁴⁵ МКС, *Ордер на арешт Міндзаєва*, п. 31 («Палата вважає, що є розумні підстави вважати, що ув'язнені використовувалися як інструмент ведення переговорів. Крім того, Палата нагадує, що намір тримати цивільних під вартою з метою використання їх для обміну вже, мабуть, був присутнім на момент арештів»); МКС, [Ордер на арешт Гучмазова](#), п. 30; МКС, [Ордер на арешт Санакоєва](#), п. 19.

¹⁰⁴⁶ МКС, [Ордер на арешт Міндзаєва](#), п. 32; МКС, [Ордер на арешт Гучмазова](#), п. 31; МКС, [Ордер на арешт Санакоєва](#), п. 20.

захисту. Усвідомлення статусу особи, що підлягає захисту, не означає, що особа, яка вчинила злочин, повинна була провести оцінювання та дійти висновку, що потерпіла особа була захищена відповідно до будь-якої з чотирьох Женевських конвенцій. Важливими є фактичні обставини, які підтверджують цей статус.¹⁰⁴⁷

d. Контекстуальні елементи

551. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁰⁴⁸ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁰⁴⁹

xii. Переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію чи депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(viii));

552. Цей злочин містить два окремі злочинні діяння з різними об'єктивними та суб'єктивними елементами, а саме: 1) переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію; та 2) депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території. У цьому розділі кожна з вищезгаданих дій буде проаналізована окремо.

¹⁰⁴⁷ Див. також МКС. [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 297 («стаття 8(2)(a)(i) Статуту також передбачає, що особа, яка вчинила злочин, «усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про статус, за яким потерпіла особа перебувала під захистом». Отже, особа, що вчинила злочин, не обов'язково мала здійснювати оцінювання та робити висновок про те, що потерпіла особа насправді була особою, яка перебувала під захистом відповідно до будь-якої із Женевських конвенцій»; її елемент 3 в аналогічний спосіб застосовується до взяття заручників відповідно до статті 8(2)(a)(viii)), 305 («воєнний злочин умисного вбивства, передбачений у статті 8(2)(a)(i) Статуту також передбачає, що злочинець «знає про фактичні обставини, за якими потерпіла особа набула цього статусу осіб, що підлягають захисту». Отже, особа, яка вчинила злочин, не обов'язково мала робити необхідне оцінювальне судження, щоб дійти висновку про те, що потерпіла особа справді мала статус особи, що перебуває під захистом, за будь-якою з Женевських конвенцій 1949 року»; її елемент 3 в аналогічний спосіб застосовується до взяття заручників відповідно до статті 8(2)(a)(viii)). Верле і Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 578.

¹⁰⁴⁸ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(viii).

¹⁰⁴⁹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(viii).

- а. Переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(viii), частково)

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки ця дія підпадає під поняття «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у цьому злочині необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, що вчинила злочин, умисно перемістила, прямо чи опосередковано, частину власного цивільного населення окупаційної держави на окуповану нею територію.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, що вчинила злочин, перемістила, прямо чи опосередковано, частину власного цивільного населення окупаційної держави на окуповану нею територію.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

і. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

553. «Переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію» може бути віднесено до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, це правопорушення заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Крім того, порушення цієї заборони визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.
554. Переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію є серйозним порушенням законів ведення війни, визнаних у міжнародних договорах, які ратифікувала Україна. Це правопорушення заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною, як порушення статті 49(6) Женевської конвенції IV, що було також визнано грубим

порушенням [Додаткового протоколу I](#) за статтею 85(4)(а).¹⁰⁵⁰ МКЧХ визначає цю заборону як елемент міжнародного звичаєвого права.¹⁰⁵¹ Україна є державою-учасницею Додаткового протоколу I.¹⁰⁵² Саме тому для цілей статті 438 КК України заборона переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію є порушенням законів ведення війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

555. **Визнання воєнним злочином.** Будучи серйозним порушенням Додаткового протоколу I, невиконання окупаційною державою заборони на переміщення частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію кваліфікується як воєнний злочин у міжнародному збройному конфлікті.¹⁰⁵³ Так само й МКЧХ визнає таке порушення воєнним злочином.¹⁰⁵⁴ Крім того, стаття 8(2)(b)(viii) [Статуту МКС](#) класифікує порушення заборони на переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію як воєнний злочин у міжнародному збройному конфлікті.
556. Ці чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію відповідно до статті 438 КК України.

- ii. Переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію (об'єктивні елементи)

557. [Елементи злочинів МКС](#) визначають єдиний об'єктивний елемент цього злочину, а саме: порушник прямо чи опосередковано перемістив частину населення окупаційної держави на окуповану нею територію.¹⁰⁵⁵ У наведеному нижче аналізі цей елемент буде проаналізований за його основними складовими, а саме: 1) наявність окупації; 2) особа, яка вчинила злочин / окупаційна держава; 3) переміщення на окуповану територію; 4) прямо чи опосередковано; та 5) частини власного населення окупаційної держави.

558. **Наявність окупації.** В основі злочину переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію¹⁰⁵⁶ лежить наявність окупації, а саме, ситуація, за якої певна «територія перебуває

¹⁰⁵⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 406, пп. 370-371; Верле і Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 513, п. 1358; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 210.

¹⁰⁵¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 130. Переміщення власного цивільного населення на окуповану територію](#).

¹⁰⁵² 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала/приєдналася до Женевської конвенції IV 1949 року, а 25 січня 1990 року — до Додаткового протоколу I. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁰⁵³ [Додатковий протокол I](#), стаття 85(4)(а).

¹⁰⁵⁴ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹⁰⁵⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiii).

¹⁰⁵⁶ Див також п. 557

під реальним контролем армії іноземної держави, і яка поширюється лише на територію, де такий контроль встановлено і може здійснюватися».¹⁰⁵⁷

559. **Окупаційна держава як правопорушник.** У статті 8(2)(b)(viii) «окупаційна держава», схоже, згадується як головний порушник, що скоює цей злочин; у той же час Елементи злочинів МКС не містять подібного посилення на «правопорушника». Разом з тим, формулювання в Елементах злочинів МКС («її власне населення» або «окупована нею територія»)¹⁰⁵⁸ дозволяють припустити, що «правопорушник» ототожнюється з поняттям «окупаційної держави». Як зазначається нижче, цей злочин передбачає кримінальну відповідальність за участь окупаційної держави та її агентів у переміщенні або сприянні переміщенню її цивільного населення.¹⁰⁵⁹
560. **Переміщення на окуповану територію.** На думку коментаторів, «переміщення» за змістом статті 8(2)(b)(viii) стосується фізичного переміщення «певної тривалості». Переміщення, яке здійснюється на обмежений термін (за прикладом «туристичної візи»), не відповідає об'єктивним ознакам складу злочину.¹⁰⁶⁰ Це пов'язано з тим, що відповідне обґрунтування визначення злочину полягає в тому, щоб заборонити будь-які спроби змінити демографічний склад окупованої території для закріплення територіальних претензій.¹⁰⁶¹ Крім того, не має значення, чи є переміщення примусовим або добровільним, оскільки це положення спрямовано на захист населення окупованої території.¹⁰⁶² Однак, якщо переміщення є добровільним, тоді, аби підпадати під ознаки злочину, воно повинно відбуватися бодай за часткової участі окупаційної держави.¹⁰⁶³ Зрештою, переміщення має відбуватися на території, яка перебуває під окупацією.
561. **Прямо чи опосередковано.** Згідно з формулюванням злочинного діяння за статтею 8(2)(b)(viii) та Елементами злочинів МКС форма участі окупаційної держави в переміщенні може бути *прямою або опосередкованою*. Це уточнення включає до складу злочину переміщення, які відбуваються за захоплення або прямої чи непрямої підтримки держави або її агентів, як «політика та заходи, спрямовані на спонукання та полегшення міграції на окуповані території, як

¹⁰⁵⁷ Гаазьке положення 1907 р., стаття 42; МС, [Правові наслідки будівництва стіни на окупованій Палестинській території](#), пп. 78-79; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020 р.\)](#), спільна стаття 2, п. 336.

¹⁰⁵⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiii) (Особа, що вчинила злочин, прямо чи опосередковано перемістила частину населення окупаційної держави на окуповану нею територію) (виділено автором).

¹⁰⁵⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 410, пп. 382; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 211.

¹⁰⁶⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 409-410, п. 378.

¹⁰⁶¹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 407, п. 372; Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 513, п. 1359.

¹⁰⁶² Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 410, п. 381; Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 513-514, п. 1359.

¹⁰⁶³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 410-411, п. 382.

от економічні та фінансові стимули, субсидії та податкові пільги».¹⁰⁶⁴ Додавання уточнення «прямо та опосередковано» до статті 8(2)(b)(viii) викликало суперечки на етапі розробки Статуту МКС, оскільки деякі держави виступили проти, вважаючи, що це необґрунтовано розширить склад злочину і виведе його за межі параметрів початкових норм МГП, а саме, статті 49 (6) [Женевської конвенції IV](#).¹⁰⁶⁵ Проте такі заперечення були відхилені, принаймні, в непрямий спосіб, у *Консультативному висновку про правові наслідки будівництва стіни на окупованій Палестинській території*, де Міжнародний Суд дійшов висновку, що стаття 49 [Женевської конвенції IV](#) «забороняє не лише депортацію чи насильницьке переміщення населення, подібне до того, яке здійснювалося під час Другої світової війни, але також і заходи, які вживає окупаційна держава для організації або заохочення переміщення частини свого населення на окуповану територію».¹⁰⁶⁶

562. Залишається питання про те, чи можна кваліфікувати участь держави як бездіяльність, а саме невжиття заходів щодо запобігання переселенню населення на окуповану територію.¹⁰⁶⁷

563. **Частини власного населення окупаційної держави.** Відповідно до обґрунтування складу злочину, цей компонент спеціально передбачає, що переміщені особи мають належати до населення окупаційної держави.¹⁰⁶⁸ Переміщення збройних сил на окуповану територію для виконання «військових завдань» не відповідає умовам цього елемента, утім, коментатори припустили, що переселення для постійного проживання на окупованій території представників збройних сил разом з їхніми сім'ями підпадає під дію статті 8(2)(b)(viii).¹⁰⁶⁹ Важливо зазначити, що виняток, передбачений статтею 78 [Додаткового протоколу I](#), допускає переміщення дітей на окуповані території за станом здоров'я та медичними показаннями.¹⁰⁷⁰ Крім того, на думку деяких коментаторів, пряме посилення на «частини її власного цивільного населення» у Статуті МКС та Елементах злочинів МКС¹⁰⁷¹ передбачає кількісний поріг, який виключає зі сфери винного діяння злочину діяння переміщення обмеженої кількості осіб.¹⁰⁷²

¹⁰⁶⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 411, п. 383; Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 514, п. 1360; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 211.

¹⁰⁶⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 407-408, п. 373.

¹⁰⁶⁶ МС. [Правові наслідки будівництва стіни на окупованій Палестинській території](#), п. 210.

¹⁰⁶⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 411, п. 383.

¹⁰⁶⁸ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 410, п. 379.

¹⁰⁶⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 410, п. 379.

¹⁰⁷⁰ [Додатковий протокол I](#), стаття 78; Верле та Єсбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 514, п. 1361.

¹⁰⁷¹ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(viii), [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(viii) (виділено автором).

¹⁰⁷² Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 410, п. 380; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 212. Але див. *протилежну*

b. Переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію (суб'єктивні елементи)¹⁰⁷³

564. Елемент злочину *mens rea* передбачає, що правопорушник / окупаційна держава умисно перемістила, прямо чи опосередковано, частину її власного цивільного населення на окуповану нею територію. На думку коментаторів, посилення на термін «навмисне» у контексті статті 85(4)(а) [Додаткового протоколу I](#), мабуть, свідчить про те, що непрямого наміру чи *dolus eventualis* може бути достатньо.¹⁰⁷⁴ Цей нижчий стандарт *mens rea* має особливе значення у разі непрямого переміщення.¹⁰⁷⁵

c. Контекстуальні елементи

565. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁰⁷⁶ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁰⁷⁷

думку: Верле та Єсбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 513, п. 1359.

¹⁰⁷³ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁰⁷⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 410, п. 380. Верле і Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 514, п. 1362.

¹⁰⁷⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 410, п. 380. Верле і Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 514, п. 1362.

¹⁰⁷⁶ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(viii).

¹⁰⁷⁷ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(viii).

- d. Депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території в межах чи за межі цієї території (Статут МКС, стаття 8(2)(b) (viii), частково)

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за депортацію або переміщення всього або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території передбачена кримінальна відповідальність за частиною першої статтею 438 КК України, оскільки це підпадає під поняття «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» або частково під «вигнання цивільного населення для примусових робіт».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у цьому злочині необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, що вчинила злочин, депортувала або перемістила все або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, що вчинила злочин, умисно депортувала або перемістила все або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї окупованої території; або
- Особа, яка вчинила злочин, діяла з усвідомленням того, що така депортація стане результатом її дій та поведінки.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

i. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

566. «Депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території» може бути віднесено до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» та, частково, «вигнання цивільного населення для примусових робіт», на що посилається частина перша статті 438.¹⁰⁷⁸ Як пояснюється нижче, це правопорушення заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Крім того, порушення цієї заборони визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь ін-

¹⁰⁷⁸ Принаймні частково це злочинне діяння також може бути віднесено до категорії «вигнання цивільного населення для примусових робіт» як конкретне діяння, за яке настає кримінальна відповідальність відповідно до статті 438. Однак важливо зазначити, що воєнний злочин «депортації або переміщення всього або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території» не потребує жодного зв'язку з примусовою працею. Див. нижче суб'єктивні та об'єктивні елементи.

терпетації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

567. Депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах або за межі цієї території є серйозним порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Це порушення заборонено міжнародними договорами, які ратифікувала Україна, як порушення статті 49(1)-(5) [Женевської конвенції IV](#), що було також визнано грубим порушенням на основі статті 147, а також [Додаткового протоколу I](#), на основі його статті 85(4)(а).¹⁰⁷⁹ МКЧХ визначає цю заборону як елемент міжнародного звичаєвого права.¹⁰⁸⁰ Україна є державою-учасницею Додаткового протоколу I.¹⁰⁸¹ Отже, для цілей статті 438 КК України заборона на депортацію чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах або за межі цієї території є порушенням законів ведення війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.
568. Депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах або за межі цієї території, що частково підпадає під «вигнання цивільного населення для примусових робіт» відповідно до статті 438 КК України. Як зазначено нижче, військовий злочин включає акти переміщення за межі або в межах території держави.¹⁰⁸² Отже, принаймні частково це правопорушення також може бути віднесене до «вигнання цивільного населення для примусових робіт», що визначено як окремий злочин на основі статті 438 КК України. Однак, на відміну від конкретного внутрішнього правопорушення за статтею 438, військовий злочин не потребує будь-якого зв'язку з примусовими роботами.
569. **Визнання воєнним злочином.** Будучи грубим порушенням Женевської конвенції IV та Додаткового протоколу I, заборона депортації або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території кваліфікується як військовий злочин під час міжнародного збройного конфлікту.¹⁰⁸³ Так само й МКЧХ визнає таке порушення воєнним злочином.¹⁰⁸⁴ Крім того, стаття 8(2)(b)(viii) [Статуту МКС](#) класифікує порушення заборони депортації або переміщення всього чи частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території як військовий злочин під час міжнародного воєнного конфлікту.¹⁰⁸⁵ До певної міри це правопорушення було також кодифіковано за статтею 6(b) [Статуту Нюрнберзького трибуналу](#), який відносив «депортацію для

¹⁰⁷⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 406, пп. 370-371. Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 513, п. 1358. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 210.

¹⁰⁸⁰ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 129. Акт переміщення осіб](#).

¹⁰⁸¹ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала/приєдналася до Женевської конвенції IV 1949 року, а 25 січня 1990 року — до Додаткового протоколу I. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁰⁸² Див. нижче об'єктивний елемент.

¹⁰⁸³ [Женевська конвенція IV](#), стаття 147; [Додатковий протокол I](#), стаття 85(4)(а).

¹⁰⁸⁴ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹⁰⁸⁵ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(viii).

рабської праці або з будь-якою іншою ціллю цивільного населення окупованої території або на окупованій території» до числа воєнних злочинів.¹⁰⁸⁶ Основний злочин є також конкретизацією воєнного злочину «незаконної депортації або переміщення», визначеного як воєнний злочин за статтею 8(2)(a)(vii) [Статуту МКС](#) та статтею 2(g) [Статуту МКТЮ](#), застосовних до міжнародних збройних конфліктів.¹⁰⁸⁷

570. Ці чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за цей злочин за статтею 438 КК України.

ii. Депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території (об'єктивні елементи).

571. [Елементи злочинів МКС](#) визначають єдиний об'єктивний елемент цього злочину, а саме: порушник депортував або перемістив усе або частину населення окупованої території в межах або за межі цієї території.¹⁰⁸⁸ У наведеному нижче аналізі цей елемент розглядатиметься в контексті його основних компонентів, а саме: 1) наявність окупації; 2) депортація чи переміщення в межах або за межі окупованої території; та 3) частини населення окупованої території.

572. Наявність окупації. В основі злочину переміщення окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію¹⁰⁸⁹ лежить наявність окупації, а саме, ситуація, за якої певна «територія перебуває під реальним контролем армії іноземної держави, і яка поширюється лише на територію, де такий контроль встановлено і може здійснюватися».¹⁰⁹⁰

573. **Депортація або переміщення (у межах або за межі окупованої території).** [Елементи злочинів МКС](#) розрізняють два типи винного діяння — «депортацію» і «переміщення». Судова практика МКТЮ містить роз'яснення про те, що «депортація» означає переміщення осіб за межі державних кордонів, а «переміщення» обмежується переселенням, що відбувається в межах державних кордонів.¹⁰⁹¹ Крім того, у справі *Прліч та ін.* Апеляційна палата дійшла висновку про те, що в контексті окупації переміщення за межі окупованої території кваліфікується як «депортація», оскільки переміщення відбулося за межі де-факто кордонів держа-

¹⁰⁸⁶ [Статут Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі](#), стаття 6 (b).

¹⁰⁸⁷ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(a)(vii) («незаконна депортація або переміщення чи незаконне позбавлення волі»); [Статут МКТЮ](#), стаття 2(e) («незаконна депортація, переміщення або арешт цивільної особи»). Див. також Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 411-412, п. 386. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 212.

¹⁰⁸⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiii).

¹⁰⁸⁹ Див також п. 557.

¹⁰⁹⁰ [Гаазьке положення 1907 р.](#), стаття 42; Міжнародний суд, [Консультативний висновок щодо будівництва стіни](#), пп. 78-79; Міжнародний суд, [Рішення про збройну діяльність](#), п. 172; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III \(2020 р.\)](#), спільна стаття 2, п. 336..

¹⁰⁹¹ Верле та Ессбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 510, п. 1351.

ви-окупанта.¹⁰⁹² У будь-якому разі, попри певну смислову різницю, кримінальна відповідальність і за переміщення, і за депортацію поширюється на переміщення як всередині так і за межі окупованої території. Важливо зазначити, що переміщення чи депортація мають бути насильницькими, примусовими або принаймні недобровільними.¹⁰⁹³ На відміну від злочину проти людяності у формі депортації/насильницького переміщення населення відповідно до статті 7(1)(d) Статуту МКС, визначення цього злочину не потребує наявності того факту, що особа/потерпілий проживала на законних підставах на території, з якої вона була переміщена.¹⁰⁹⁴

574. Відповідно до Женевської конвенції IV, депортація або переміщення цивільних осіб може бути виправдана винятковими обставинами, що не підпадають під ознаки злочину. Це може відбуватися в приведених нижче випадках.
575. *Евакуація з особливо вагомих причин військового характеру.* Переміщення/депортація осіб з окупованих територій може бути дозволена, коли з особливо вагомих причин військового характеру потрібна евакуація певних районів для забезпечення безпеки населення (стаття 49(2) Женевської конвенції IV).¹⁰⁹⁵ Евакуація може бути дозволена, коли «територія перебуває в небезпеці внаслідок військових дій або може зазнати інтенсивних бомбардувань» або якщо «наявність осіб, що перебувають під захистом, на цій території ускладнює військові дії».¹⁰⁹⁶ На думку фахівців, посилення на «певну територію», що міститься у статті 49(2) [Женевської конвенції IV](#), передбачає, що евакуація може здійснюватися лише з певної, географічно обмеженої території.¹⁰⁹⁷ Крім того, оскільки такий захід має винятковий і тимчасовий характер, як тільки бойові дії на цій території припиняться, евакуйоване населення має бути негайно повернуто назад.¹⁰⁹⁸

¹⁰⁹² Апеляційне рішення МКТЮ у справі [Прліч та ін.](#), том I з III, п. 300 («Насамперед Апеляційна палата нагадує, що стаття 49 Женевської конвенції IV застосовується до випадків переміщення через фактичні межі окупованої території». У справі *Стакіча* Апеляційна палата постановила, що «actus reus депортації є насильницьким переміщенням осіб шляхом вигнання або інших форм примусу з території, на якій вони перебувають на законних підставах, через державний кордон де-юре або, за певних обставин, кордон де-факто, без підстав, дозволених міжнародним правом» (примітки опущені).

¹⁰⁹³ Див. також Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, п. 472. Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 510, п. 1351.

¹⁰⁹⁴ Верле та Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 510, п. 1351.

¹⁰⁹⁵ Див. також Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 415, п. 404. Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 512, п. 1352. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 212.

¹⁰⁹⁶ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції IV 1958 р., с. 280](#). Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, стор. 415, п. 404.

¹⁰⁹⁷ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 415, п. 404.

¹⁰⁹⁸ [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції IV 1958 р., с. 280-281](#). Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 512, п. 1352. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 213.

576. *Переселення фізичних осіб в межах окупованої території для відбування покарання.* На окупованих територіях допускається ув'язнення осіб (осіб, що перебувають під захистом) в інших місцях, аніж місця їх проживання, для відбування покарання (статті 70(2) і 76 [Женевської конвенції IV](#)).¹⁰⁹⁹ Проте у випадках, пов'язаних з ув'язненням, не допускається переміщення осіб за межі окупованої території. Стаття 76(1) [Женевської конвенції IV](#) конкретно зазначає, що «особи, що перебувають під захистом, обвинувачені в скоєнні злочину, повинні знаходитися в окупованій країні, а в разі засудження повинні там само відбувати строк покарання».¹¹⁰⁰
577. **Частини населення окупованій території.** У пункті 2(b)(viii) статті 8 [Статуту МКС](#) та відповідних [Елементах злочинів МКС](#) не вказується про те, чи повинні потерпілі особи від злочинних діянь бути цивільними особами. Посилання на осіб, що перебувають під захистом, у статті 49(1) [Женевської конвенції IV](#), здається, виключає можливість того, що переміщення осіб, які не входять до цієї категорії, може підпадати під ознаки цього злочину. Однак деякі автори коментарів вважають, що термін «населення» у параграфі 2(b)(viii) статті 8 [Статуту МКС](#) та у відповідних [Елементах злочинів МКС](#) може тлумачитися як такий, що охоплює, у тому числі, депортацію/переміщення людей, що не є цивільними особами.¹¹⁰¹
578. Крім того, деякі коментатори стверджували, що посилання на «частину цивільного населення» у [Статуті МКС](#) та [Елементах злочинів МКС](#)¹¹⁰² виключає кримінальну відповідальність за переміщення чи депортацію окремих осіб.¹¹⁰³ Однак ті ж фахівці припускають, що у будь-якому разі депортації/переміщення невеликої кількості осіб може бути достатньо для цього.¹¹⁰⁴

iii. **Депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території (суб'єктивні елементи)**¹¹⁰⁵

579. Відповідно до статті 30 [Статуту МКС](#), елемент *mens rea* злочинного діяння вимагає від правопорушника або 1) умисної депортації/переміщення всього або частини

¹⁰⁹⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 416, п. 406.

¹¹⁰⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 416, п. 405.

¹¹⁰¹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 414-415, п. 401.

¹¹⁰² Статут МКС, стаття 8(2)(b)(viii), Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(viii) (виділено автором).

¹¹⁰³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 415, п. 402. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 212. Але див. *протилежну думку*: Верле та Єсбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 510, п. 1351.

¹¹⁰⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 415, п. 402.

¹¹⁰⁵ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті

населення окупованої території в межах або за межі окупованої території; або 2) дії з усвідомленням того, що така депортація буде її результатом. Цей злочин не вимагає конкретного наміру.¹¹⁰⁶ На думку коментаторів, посилення на термін «навмисне» у контексті статті 85(4)(а) [Додаткового протоколу I](#), мабуть, свідчить про те, що непрямого наміру чи *dolus eventualis* може бути достатньо.¹¹⁰⁷

iv. Контекстуальні елементи

580. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹¹⁰⁸ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹¹⁰⁹

23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹¹⁰⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Нарт Nomos, 2016, с. 416, п. 408.

¹¹⁰⁷ Верле та Єссбергер (Werle and Jeßberger), *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 511, п. 1353.

¹¹⁰⁸ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(viii).

¹¹⁰⁹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(viii).

- с) Воєнні злочини проти власності
- і. Широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (Статут МКТЮ, стаття 2(d); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(iv))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане воєнною необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо, передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки воно підпадає під поняття «інших порушень законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині «широкомасштабного знищення і привласнення майна, що не викликане воєнною необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо» необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, знищила чи привласнила певне майно.
- Знищення або привласнення було широкомасштабним і вчинялося безглуздо.
- Така власність охоронялася Женевськими конвенціями 1949 року.
- Знищення чи привласнення не було викликане воєнною необхідністю.

2. Суб'єктивні елементи

- У контексті знищення майна особа, яка вчинила злочин, діяла з наміром знищити майно, що підлягає захисту, або легковажно нехтувала ймовірністю його знищення.
- У контексті привласнення майна особа, яка вчинила злочин, діяла з наміром привласнити майно, що підлягає захисту.
- У контексті як знищення, так і привласнення майна особа, яка вчинила злочин, знала про фактичні обставини, за якими це майно підлягає захисту.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

581. Хоча про це прямо не згадується у статті 438 КК України, «широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо», може бути віднесено до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», на що посилається частина перша статті 438. Як пояснюється нижче, ця поведінка заборонена

міжнародними договорами, ратифікованими Україною, і порушення цієї заборони було визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

582. Широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо, є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Знищення та привласнення майна заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною, як грубе порушення Женевських конвенцій ([Женевська конвенція I](#), стаття 50; [Женевська конвенція II](#), стаття 51; [Женевська конвенція IV](#), стаття 147).¹¹¹⁰ МКЧХ визначає цю заборону як елемент міжнародного звичаєвого права.¹¹¹¹ Отже, для цілей статті 438 КК України заборона на широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо, є порушенням законів ведення війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

583. **Визнання воєнним злочином.** Будучи грубим порушенням Женевських конвенцій, порушення заборони широкомасштабного знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо, кваліфікується як воєнний злочин у міжнародному збройному конфлікті.¹¹¹² Так само й МКЧХ визнає таке порушення воєнним злочином.¹¹¹³ Крім того, стаття 6(b) [Статуту](#) Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі, стаття 2(d) [Статуту МКТЮ](#) та стаття 8(2)(a)(iv) [Статуту МКС](#) класифікують порушення заборони широкомасштабного знищення та привласнення майна як воєнний злочин у міжнародному збройному конфлікті.

¹¹¹⁰ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевські конвенції 1949 року. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#). У контексті захисту власності серйозні порушення, зазначені в Женевських конвенціях (I, II і IV), слід розглядати в поєднанні з конкретними видами власності, що підлягають захисту, визначеними в кожній конвенції. Див. [Женевська конвенція I](#), статті 19, 33, 34 (стаціонарні медичні установи та пересувні медичні формування), 20 (плавучі госпіталі), 35 та 36 (медичні транспортні засоби, включно з санітарними повітряними суднами); [Женевська конвенція II](#), статті 22, 24, 25, 33 (військові госпітальні судна), 21 (нейтральні судна, які надають допомогу у проведенні рятувальних робіт), 23 (медичні установи на березі), 27 (судна для проведення прибережних рятувальних операцій та берегові рятувальні засоби та стаціонарні берегові споруди, які використовуються лише цими суднами для виконання їхніх гуманітарних завдань), 28 (лазарети на борту військового корабля), 38 та 39 (медичні транспорти, включно з санітарними повітряними суднами); [Женевська конвенція IV](#), статті 18 (цивільні лікарні), 19, 21 та 22 (стосовно захисту медичного транспорту для цивільних осіб), 33 (стосовно захисту від репресалій стосовно осіб, які перебувають під захистом, та їхнього майна), 53 (стосовно захисту від знищення окупаційною державою рухомого чи нерухомого майна, що є власністю приватних осіб або окупованої держави), 57 (стосовно захисту від постійної реквізиції окупаційною державою громадських лікарень). Див. [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I](#), пп. 2928, 3035; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції II](#), пп. 3037, 3116; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції IV](#), с. 597.

¹¹¹¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 50. Знищення та захоплення майна противника](#); [Норма 51. Державна та приватна власність на окупованій території](#).

¹¹¹² [Женевська конвенція I](#), статті 49-50; [Женевська конвенція II](#), статті 50-51; [Женевська конвенція IV](#), статті 146-147.

¹¹¹³ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 136. Визначення воєнних злочинів](#).

584. Ці чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо, відповідно до статті 438 КК України.

b. Визначення широкомасштабного знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (об'єктивні елементи)

585. Відповідно до судової практики МКТЮ, об'єктивними елементами цього злочину є такі: 1) особа, яка вчинила злочин, знищила чи привласнила певне майно; 2) знищення або привласнення було широкомасштабним і було вчинено безглуздо; 3) таке майно перебувало під захистом однієї або кількох Женевських конвенцій 1949; і 4) знищення чи привласнення не було викликано військовою необхідністю.¹¹¹⁴ [Елементи злочинів МКС](#), хоч і в іншому порядку, перераховують ті ж об'єктивні елементи.¹¹¹⁵

586. **Особа, яка вчинила злочин, знищила чи привласнила певне майно.** Винне діяння знищення та привласнення майна може проявлятися в різних формах. Знищення може здійснюватися шляхом «підпалювання об'єктів, нападу на них чи завдання їм серйозних пошкоджень в інший спосіб».¹¹¹⁶ Залежно від обставин, часткового знищення може бути достатньо, щоб бути кваліфікованим як акт знищення.¹¹¹⁷ Акти привласнення визначаються як «вилучення певної речі з володіння особи, яка мала на неї право, протягом періоду часу, що не є незначним, та проти волі цієї особи або без її згоди».¹¹¹⁸ «Привласнення» не

¹¹¹⁴ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Налетліча та Мартиновича*, п. 577 («Палата вважає, що злочин, передбачений статтею 2(d) Статуту, був скоєний, якщо: i) виконуються загальні умови статті 2 Статуту; ii) майно було знищено в широких масштабах; iii) широкомасштабне знищення стосувалося майна, яке перебуває під загальним захистом Женевських конвенцій 1949 року; широкомасштабне знищення, що не викликане військовою необхідністю, стосувалося майна, розташованого на окупованій території»).

¹¹¹⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(iv) («1. Особа, яка вчинила злочин, знищила чи привласнила певне майно. 2. Знищення чи привласнення майна не було викликано військовою необхідністю. 3. Знищення або привласнення було широкомасштабним і вчиненням безглуздо. 4. Таке майно перебувало під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року»).

¹¹¹⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 340, п. 118. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 83. See also ICC, [Katanga Trial Judgement](#), para. 894 (“Destruction entails acts such as setting ablaze, demolishing, or otherwise damaging property”) (in relation to the offence of “Destroying or seizing the enemy’s property unless such destruction or seizure be imperatively demanded by the necessities of the conflict” in non-international armed conflict under Article 8(2)(e)(xii), the consideration may also apply *mutatis mutandis* to the present crime).

¹¹¹⁷ МКС, [Рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 894 («Палата вважає, що сильно пошкоджене майно може дорівнювати частковому знищенню, а отже, підпадати під визначення знищення») (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» у міжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(xii), але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також Верле і Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, пп. 526, 1393.

¹¹¹⁸ Верле та Єсбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 520, пп. 1379-1380. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 340-341, п. 118 (визначення при-

потребує формальної чи остаточної передачі власності.¹¹¹⁹ Цей злочин також включає привласнення, мотивоване особистим інтересом та особистим використанням.¹¹²⁰

587. **Знищення або привласнення було широкомасштабним і було вчинено безглуздо.** Це правопорушення вимагає певного порогу для виникнення кримінальної відповідальності за знищення або привласнення як за злочин, а саме, його вчинення в широких масштабах і безглуздо.¹¹²¹ Відповідно до судової практики МКТЮ, умова «широкомасштабності» має оцінюватися в конкретних термінах і в кожному випадку окремо.¹¹²² За деяких обставин одиничний випадок знищення/привласнення майна може бути визначений як такий, що є широкомасштабним (наприклад, руйнування лікарні).¹¹²³

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПРИКЛАДИ ЗНИЩЕННЯ/ ПРИВЛАСНЕННЯ МАЙНА, ВИЗНАНІ ШИРОКОМАСШТАБНИМИ ЗА СВОЇМ ХАРАКТЕРОМ (ПРЛІЧ ТА ІН. РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ)

- «Як установила Палата, у період з 24 по щонайпізніше 30 жовтня 1992 року, коли не велися бойові дії, військовослужбовці ХРО та співробітники військової поліції ХРО знищили близько 75 будинків мусульман у місті Прозор, які вони спалили, використовуючи каністри, наповнені бензином, а також знищили інше майно, як-от автомобілі, що належали мусульманам, у той час, як жоден із будинків, що належали хорватам, не було спалено чи пошкоджено. [...] Зважаючи на кількість об'єктів нерухомості, спалених або знищених за кілька днів, Палата вважає, що руйнування були широкомасштабними».¹¹²⁴

власнення як будь-якої поведінки, яка включає позбавлення права власності на об'єкт або власність, як-от «вилучення, отримання або утримання власності, крадіжку, ревізію, грабїж, захоплення або розграбування»). Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 83.

¹¹¹⁹ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 83.

¹¹²⁰ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 129. («Заборона на незаконне та необґрунтоване захоплення майна [...] поширюється як на організовані та систематичні конфіскації, так і на акти привласнення, які здійснюються військовослужбовцями, що діють в особистих інтересах») (примітки опущені).

¹¹²¹ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, пп. 126 («Для того, щоб заборона, викладена у статті 2(d) Статуту, була порушена, знищення майна повинно бути широкомасштабним»), 130 («Для того, щоб вважатися порушенням заборони статті 2(d) Статуту, тою мірою, якою привласнення майна є серйозним порушенням Женевських конвенцій згідно зі статтею 147 Четвертої Женевської конвенції, таке привласнення має бути вчинено в широких масштабах, незаконно і безглуздо»).

¹¹²² МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, пп. 126 («Однак Палата вважає, що критерій масштабності знищення має оцінюватися у світлі обставин справи»), 129 («Критерій масштабності має оцінюватися відповідно до обставин справи»).

¹¹²³ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, пп. 126 («одного інциденту, такого як руйнування лікарні, може бути достатньо для наявності правопорушення за цим пунктом»). Див. також [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, п. 587; [Рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), п. 157; [Рішення Судової палати](#) у справі *Налетіліча і Мартиновича*, п. 576.

¹¹²⁴ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1523 (примітки опущені).

- «Палата також установила, що 17 квітня 1993 року після заняття села Парцані, де не було військових частин АРБіГ, військова поліція та члени спеціальних підрозділів ХРО у співпраці з бригадою Рама підпалили дев'ять мусульманських будинків із загальної кількості близько 26 будинків на тій підставі, що люди, які ховалися у лісах, не реагували на наказ ХРО про складання зброї... Оскільки Палата встановила, що 17 квітня 1993 року дев'ять із 26 будинків у селі Парцані були зруйновані, вона вважає, що руйнування були широкомасштабними».¹¹²⁵
- «Як установила Палата, в ході операції з вигнання мусульман із села Бороєвічі наприкінці липня 1993 року солдати ХРО, захопивши село, спалили та зруйнували багато будинків мусульман, які проживали у селі Бороєвічі. Палата вважає, що військовослужбовці ХРО знищили нерухоме майно, яке належало сільським жителям-мусульманам, що були приватними особами... Палата також переконалася в тому, що знищення цього майна в масштабах цілого села, такого як Бороєвічі, було масштабним».¹¹²⁶

588. **Таке майно перебувало під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року.** Визначення «широкомасштабного знищення і привласнення майна, що не викликано військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо» відповідно до статті 8(2)(a)(iv) Статуту МКС та статті 2(d) Статуту МКТЮ не містить чіткого переліку категорій майна, на які поширюється визначення злочину. Не вся нерухомість підлягає захисту. Ознаки злочину обмежуються конкретним майном, що підлягає захисту від грубих порушень Женевських конвенцій, а саме [Женевської конвенції I](#), стаття 50; [Женевської конвенції II](#), стаття 51; [Женевської конвенції IV](#), стаття 147.¹¹²⁷ Зазначене включає дві конкретні категорії майна, які докладно описані нижче.

589. Перша категорія стосується окремих видів майна, яке перебуває під загальним захистом Женевських конвенцій, зокрема Женевських конвенцій (I, II, IV), незалежно від його розташування.¹¹²⁸ До цієї категорії належать: 1) стаціонарні медичні установи та пересувні медичні формування;¹¹²⁹ 2) плаваючі госпіталі;¹¹³⁰

¹¹²⁵ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1526 (примітки опущені).

¹¹²⁶ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1546 (примітки опущені).

¹¹²⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 339-340, п. 112.

¹¹²⁸ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, п. 586 («Два види власності охороняються відповідно до статті 2(d)... 2. власність, на яку поширюється загальний захист відповідно до Женевських конвенцій 1949 року, незалежно від її розташування»); [Рішення Судової палати](#) у справі *Налетіліча і Мартиновича*, п. 575. («Палата вважає, що два види власності перебувають під захистом від серйозних порушень: і) власність, незалежно від того, розташована вона на окупованій території чи ні, яка перебуває під загальним захистом відповідно до Женевських конвенцій 1949 р., як-от цивільні лікарні, медичні повітряні судна та автомобілі швидкої допомоги») (примітки опущені).

¹¹²⁹ [Женевська конвенція I](#), статті 19, 33, 34. Див. також [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції I](#), п. 2928. МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), прим. 1490 («Кілька положень Женевських конвенцій визначають конкретні види власності, яким надається загальний захист. Наприклад... статті Женевської конвенції II-23 (захист медичних формувань та закладів), 33-34 (захист будівель та матеріалів медичних формувань чи товариств допомоги), 35-37 (захист медичного транспорту)»).

¹¹³⁰ [Женевська конвенція I](#), стаття 20; [Женевська конвенція II](#), статті 22, 24-25, 33. Див. також [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції I](#), пп. 2928, 3035; [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції II](#), пп. 3038, 3116. [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Налетіліча і Мартиновича*, прим. 1436 («Кілька видів власності зазвичай

3) медичні транспортні засоби, включно з санітарними повітряними суднами;¹¹³¹ 4) нейтральні судна, які надають допомогу у проведенні рятувальних робіт;¹¹³² 5) медичні установи на березі;¹¹³³ 5) судна для проведення прибережних рятувальних операцій та берегові рятувальні засоби та стаціонарні берегові споруди, які використовуються лише цими суднами для виконання їхніх гуманітарних завдань;¹¹³⁴ 5) лазарети на борту військового корабля;¹¹³⁵ 5) судна і повітряні судна, що використовуються як медичний транспорт;¹¹³⁶ 6) цивільні лікарні;¹¹³⁷ 7) медичний транспорт для цивільних осіб;¹¹³⁸ 8) захист від репресалій майна осіб, які перебувають під захистом.¹¹³⁹

590. Друга категорія стосується власності на *окупованій території*. До неї входять: 1) рухоме чи нерухоме майно, «що є індивідуальною або колективною власністю приватних осіб чи держави, або інших громадських установ чи соціальних або кооперативних організацій», як зазначено у статті 53 [Женевської конвенції IV](#),¹¹⁴⁰

охороняються Конвенціями, незалежно від будь-якої військової потреби в їх знищенні. Див... статті 22-35... Женевської конвенції II (захист плавучих госпіталів)».

¹¹³¹ [Женевська конвенція I](#), статті 35-36. Див. також [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції I](#), п. 2928. МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), прим. 1490 («Кілька положень Женевських конвенцій визначають конкретні види власності, яким надається загальний захист. Наприклад... статті 35-37... Женевської конвенції I (захист медичного транспорту)»).

¹¹³² [Женевська конвенція II](#), стаття 21; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції II](#), пп. 3038, 3116.

¹¹³³ [Женевська конвенція II](#), стаття 23; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції II](#), пп. 3038, 3116. [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Налетіліча і Мартиновича*, прим. 1436 («Кілька видів власності зазвичай охороняються Конвенціями, незалежно від будь-якої військової потреби в їх знищенні. Див... статті 22-35... Женевської конвенції II (захист плавучих госпіталів)»).

¹¹³⁴ [Женевська конвенція II](#), стаття 27; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції II](#), пп. 3038, 3116. [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Налетіліча і Мартиновича*, прим. 1436 («Кілька видів власності зазвичай охороняються Конвенціями, незалежно від будь-якої військової потреби в їх знищенні. Див... статті 22-35... Женевської конвенції II (захист плавучих госпіталів)»).

¹¹³⁵ [Женевська конвенція II](#), стаття 28; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції II](#), пп. 3038, 3116. Див. також МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Налетіліча і Мартиновича*, прим. 1436 («Кілька видів власності зазвичай охороняються Конвенціями, незалежно від будь-якої військової потреби в їх знищенні. Див... статті 22-35... Женевської конвенції II (захист плавучих госпіталів)»).

¹¹³⁶ [Женевська конвенція II](#), статті 38-39; [Коментар МКЧХ до Женевської конвенції II](#), пп. 3038, 3116. Див. також МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, прим. 1490 («Кілька положень Женевських конвенцій визначають конкретні види власності, яким надається загальний захист. Див... статті 38-39 (захист суден та повітряних суден, що використовуються як медичний транспорт)... Женевської конвенції II»).

¹¹³⁷ [Женевська конвенція IV](#), стаття 18; [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV](#), с. 597. Див. також МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, прим. 1490 («Кілька положень Женевських конвенцій визначають конкретні види власності, яким надається загальний захист. Напр., стаття 18 (захист цивільних лікарень), статті 21 та 22 (захист наземного, морського та повітряного медичного транспорту) Женевської конвенції IV »).

¹¹³⁸ [Женевська конвенція IV](#), статті 19, 21-22; [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV](#), с. 597. Див. також МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, прим. 1490 («Кілька положень Женевських конвенцій визначають конкретні види власності, яким надається загальний захист. Напр., стаття 18 (захист цивільних лікарень), статті 21 та 22 (захист наземного, морського та повітряного медичного транспорту) Женевської конвенції IV »).

¹¹³⁹ [IV Женевська конвенція](#), стаття 33; [Коментар МКЧХ щодо IV Женевської конвенції](#), с. 597.

¹¹⁴⁰ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 586 («Два види власності підлягають захисту відповідно до статті 2 (d)... 1. нерухома чи особиста власність на окупованій території, що належить індивідуально чи колективно приватним особам, чи державі, чи іншим органам державної влади, чи громадським або кооперативним організаціям); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Налетіліча і Мартиновича*, п. 575 («майно, яке підлягає захисту відповідно до статті 53 Женевської конвенції IV, що є нерухомим або особистим майном, яке розташоване на окупованій території, і коли знищення не було абсолютно необхідним під час військової операції»). Див. також [Женевська конвенція IV](#), стаття 18; [Коментар МКЧХ щодо Женевської](#)

та 2) цивільні лікарні, яким надається особливий захист від реквізиції відповідно до статті 57 [Женевської конвенції IV](#).¹¹⁴¹ Важливо зазначити, що, з огляду на особливий характер майна, що належить до цієї другої категорії, для того, щоб визначити наявність злочину, необхідно встановити, що акт знищення/привласнення відбувся на території, яка перебувала під військовою окупацією.¹¹⁴²

591. **Знищення чи привласнення майна не було викликано військовою необхідністю.** «Військова необхідність» є ключовим елементом оцінювання законності дій, яке має проводитися з урахуванням відповідних положень МГП.¹¹⁴³ У судовій практиці МКС зазначається, що військова необхідність полягає в «тих заходах, які необхідні для досягнення цілей війни та які є законними згідно з сучасним правом і звичаями війни».¹¹⁴⁴ З цього випливає, що оцінювання військової необхідності буде проводитися окремо для кожної з норм МГП, які захищають від знищення чи привласнення майна.

592. Важливо відзначити, що не можна посилатися на військову необхідність для виправдання відступу від норми МГП, якщо така можливість прямо не передбачена в самій нормі, і відступати можна лише в тій мірі, в якій це передбачено в самій нормі.¹¹⁴⁵ У цьому контексті оцінювання «військової необхідності» складається з двох етапів:

- По-перше, необхідно визначити, чи допускають норми МГП, які захищають окремі види майна, знищення/привласнення цього майна (перший етап);

[конвенції IV](#), с. 597.

¹¹⁴¹ [Женевська конвенція IV](#), стаття 57; [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV](#), с. 597.

¹¹⁴² Див., напр., справу *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з VI, п. 303 («У тому, що стосується серйозних порушень, пов'язаних із широкомасштабним знищенням та привласненням майна, Апеляційна палата нагадує, що Судова палата постановила, що стаття 2(d) Статуту забезпечує захист певного майна, наприклад, цивільних лікарень та медичних конвоїв, від актів знищення незалежно від того, де таке майно перебуває. Судова палата далі постановила, що захист надається також нерухомому чи особистому, державному чи приватному майну, якщо воно розташовано на окупованій території. Оскільки в обвинувальному висновку містилися твердження про серйозні порушення, пов'язані з широкомасштабним знищенням та привласненням нерухомого чи особистого, державного чи приватного майна, Апеляційна палата вважає, що Судова палата мала потребу в дослідженні питання про те, чи існував у громадах стан окупації в той час, коли сталися такі стверджувані серйозні порушення як масштабне руйнування та привласнення майна») (примітки опущені) (виділено автором).

¹¹⁴³ Верле та Єссбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 524, п. 1388.

¹¹⁴⁴ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 894 (щодо правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» у міжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(e)(xii), але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 81.

¹¹⁴⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 341, п. 119. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 81. Див. також [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 894 (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю» у міжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8 (2)(e)(xii), але це міркування може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

- По-друге, якщо такі норми МГП існують, то необхідно визначити, чи справді відповідні дії виконуються у відповідності до конкретних умов такого положення, тобто, є викликаними військовою необхідністю (другий етап).¹¹⁴⁶

593. Наприклад, згідно зі статтею 19 [Женевської конвенції I](#) медичні формування не можуть бути об'єктами нападу за жодних обставин.¹¹⁴⁷ У цьому випадку знищення або привласнення такого майна не передбачено нормами МГП, і тому його знищення чи привласнення ні в якому разі не може бути виправданим військовою необхідністю.

594. І навпаки, у деяких випадках Женевські конвенції дозволяють знищення чи привласнення певного майна, коли цього вимагає військова необхідність.¹¹⁴⁸ Наприклад, стаття 57 [Женевської конвенції IV](#) дозволяє окупаційній державі, серед іншого, реквізувати громадські лікарні «лише тимчасово і лише в разі нагальної потреби в лікуванні поранених та хворих військовослужбовців».¹¹⁴⁹ Так само стаття 53 [Женевської конвенції IV](#) дозволяє окупаційній державі знищувати власність приватних осіб чи держави, «коли це є необхідним для проведення воєнних операцій».¹¹⁵⁰

595. Загалом відповідно до практики МКТЮ та МКС, оцінювання «військової необхідності» має проводитися в кожному випадку окремо і включати такі міркування:

- чи не залишалось у правопорушника іншого вибору, окрім як здійснити акт знищення або захоплення;¹¹⁵¹
- чи було «знищене або захоплене майно військовим об'єктом до того, як воно потрапило під владу сторони, яка здійснила напад»;¹¹⁵²

¹¹⁴⁶ Верле та Єсбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 524, пп. 1389-1890. Див. також там само, с. 526, п. 1394. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутим Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 83.

¹¹⁴⁷ [Женевська конвенція I](#), стаття 19. Див. також Верле і Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 526, п. 1394.

¹¹⁴⁸ З питань привласнення майна див. справу *Пріч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 130 («Для того, щоб заборона, викладена у статті 2(d) Статуту, була порушена, причому такою мірою, за якої привласнення майна становить грубе порушення Женевських конвенцій відповідно до статті 147 Четвертої Женевської конвенції, таке привласнення, окрім іншого, має бути вчинено в широкому масштабі, а також незаконно і безглуздо. Четверта Женевська конвенція дозволяє окупаційним державам у певних випадках реквізувати приватну власність, таку як продовольство та медикаменти чи медичні вироби, на окупованій території для задоволення потреб своїх окупаційних сил та адміністрації. Реквізиція надлишків продовольства та запасів на користь окупованих регіонів дозволяється за умови, що вона здійснюється пропорційно до ресурсів країни») (примітки опущені).

¹¹⁴⁹ [Женевська конвенція IV](#), стаття 57.

¹¹⁵⁰ [Женевська конвенція IV](#), стаття 53.

¹¹⁵¹ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 894 (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю» у неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)I(xii), але це міркування може так само застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁵² МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 318 (щодо правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю» у неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(b) (xiii), але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

- чи є знищене майно «випадковою шкодою» в контексті нападу, спрямованого на військові об'єкти, і чи не є вона надмірною «щодо конкретної і безпосередньої військової переваги, якої передбачається таким чином досягти».¹¹⁵³ У цих випадках «напад на військову ціль [є] виправданим військовою необхідністю і тим, що пропорційна шкода, завдана цивільному майну як ненавмисний побічний результат не буде становити воєнного злочину».¹¹⁵⁴
- чи «було його знищення або захоплення усе ще необхідним з військових міркувань після того, як ним оволоділа сторона, що здійснювала напад».¹¹⁵⁵

¹¹⁵³ МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1166 («Палата зазначає, що можуть бути випадки, коли напад, спрямований на військовий об'єкт, завдає «випадкової шкоди» цивільному об'єкту, при чому не очікувалося, що шкода буде «надмірною в порівнянні з очікуваною конкретною та безпосередньою військовою перевагою»), стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю» відповідно до статті 8(2)(e) (xii), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 169 («Апеляційна палата також нагадала, що, хоча напади можуть бути вчинені лише на військові об'єкти, «супутня шкода цивільному населенню» сама по собі не є незаконною за умови дотримання звичаєвих правил щодо пропорційності під час бойових дій. Цей принцип пропорційності визначено у статті 51.5(b) Додаткового протоколу I, яка забороняє: напад, котрий, як можна очікувати, попутно потягне за собою втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб та шкоду цивільним об'єктам, або те й інше разом, які були б надмірними щодо конкретної і безпосередньої військової переваги, якої передбачається таким чином досягти»); МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Мартіча*, п. 93.

¹¹⁵⁴ МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1166 («У таких випадках слід розуміти, що напад на військову ціль був виправданий військовою необхідністю і що пропорційні збитки, завдані цивільному майну як ненавмисний побічний результат, не будуть прирівнюватися до знищення як воєнного злочину») (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» відповідно до статті 8(2)(e)(xii), яка застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можна також застосувати *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 169.

¹¹⁵⁵ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 318 (щодо правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» у неміжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(b) (xiii), але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ОЦІНЮВАННЯ ВІЙСЬКОВОЇ НЕОБХІДНОСТІ (СПРАВА ПРЛІЧ ТА ІН., РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ)

- «Палата також установила, що в селі Пал'їке, що складалося з 25 будинків, солдати ХРО 24 жовтня 1992 підпалили як мінімум один будинок мусульман. Палата зазначає, що постріли пролунали тоді, коли солдати ХРО виламали двері будинку. Проте докази не дозволили встановити походження пострілів. Отже, Палата не може виключити можливість того, що мусульмани, які перебували в будинку, брали участь у бойових діях, що зробило будинок законною військовою ціллю для солдатів ХРО. Тому Палата не може проголосити, що будинок був майном, що перебував під захистом Четвертої Женевської конвенції. Отже, Палата не може встановити, що руйнування будинку в Пал'їке 24 жовтня 1992 року було широкомасштабним знищенням майна, що не було викликане військовою необхідністю і було вчинене незаконно та безглуздо, тобто злочином, визнаним статтею 2 Статуту».¹¹⁵⁶
- «Палата вважає, що солдати ХРО зруйнували Мечеть султана Селіма, нерухоме майно, що є колективною власністю приватних осіб чи держави, або інших громадських установ чи соціальних або кооперативних організацій, і ніщо не вказує на те, що це була військова ціль, зокрема й тому, що її було знищено в той день, коли не було боїв між ворожими збройними силами в місті Столац».¹¹⁵⁷

с. Визначення широкомасштабного знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (суб'єктивні елементи)¹¹⁵⁸

596. В ході судової практики МКТЮ було уточнено, що по відношенню актів знищення та привласнення діють різні стандарти *mens rea*.

597. У контексті знищення майна особа, яка вчинила злочин, «повинна була діяти з наміром знищити майно, що підлягає захисту, або легковажно нехтувати ймовірністю його знищення».¹¹⁵⁹ У контексті привласнення майна склад злочину передбачає, що особа, яка його вчинила, діяла «умисно, з усвідомленням і бажанням настання забороненого результату».¹¹⁶⁰

598. Однак, спираючись на термін «безглуздо», коментатори зауважили, що, відповідно застосовного для МКС права, можуть переслідуватися акти як знищення, так і привласнення з непрямим наміром, а саме *dolus eventualis*.¹¹⁶¹

¹¹⁵⁶ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1525 (примітки опущені).

¹¹⁵⁷ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1584 (примітки опущені).

¹¹⁵⁸ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹¹⁵⁹ [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, п. 589.

¹¹⁶⁰ [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, п. 590.

¹¹⁶¹ Верле та Єссбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 523, п. 1387. Див. також там само, с. 527, п. 1395, прим. 623. Див. також Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart

599. У будь-якому разі слід зазначити, що в обох випадках — знищення та привласнення — особа, яка вчинила злочин, повинна бути «обізнаною про фактичні обставини, які свідчили про те, що це [майно] підлягає захисту».¹¹⁶² Крім того, в аспекті суб'єктивного елементу рішення за підсумками оцінки військової необхідності «повинно ухвалюватися з позиції особи, яка планує напад, з урахуванням інформації, наявної в неї на момент нападу».¹¹⁶³

d. Контекстуальні елементи

600. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹¹⁶⁴ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹¹⁶⁵

Nomos, 2016, с. 342, п. 173.

¹¹⁶² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(iv).

¹¹⁶³ *Прліч та ін., Рішення Судової палати*, том I з VI, п. 123 («Питання про наявність знання про те, чи може бути досягнута певна військова перевага, має вирішуватися з позиції особи, яка планує напад, з урахуванням інформації, доступної їй на момент нападу»). Див. також Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 342, п. 124.

¹¹⁶⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(iv).

¹¹⁶⁵ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(a)(iv).

- ii. Розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом (Статут МКТЮ, стаття 3(d), Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xvi))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом, передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статтею 438 КК України, оскільки воно підпадає під поняття 1) «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України»; або частково охоплюється поняттям 2) розграбування національних цінностей на окупованій території.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині «розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом» необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, привласнила певне майно.
- Привласнення було вчинено без згоди власника.

2. Суб'єктивні елементи

1. Відповідно до звичаєвого міжнародного права правопорушення потребує наявності таких елементів:
 - Особа, яка вчинила злочин, знала про незаконне заволодіння майном.
 - Особа, яка вчинила злочин, мала намір заволодіти майном у незаконний спосіб або передбачала таке привласнення як наслідок своїх дій.
2. Відповідно до Статуту МКС це правопорушення потребує вищого стандарту *mens rea*, сформульованого на основі таких елементів
 - Особа, яка вчинила злочин, діяла навмисно з метою привласнення певного майна або знала, що таке позбавлення станеться за звичайного перебігу подій.
 - Особа, яка вчинила злочин, мала намір привласнити таке майно для приватного чи особистого користування.
 - Особа, яка вчинила злочин, знала, що привласнення було вчинено без згоди власника.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

601. «Розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом» (далі — «розграбування») може бути віднесено до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» та/або, принаймні част-

ково, до «розграбування національних цінностей на окупованій території», про що йдеться у частині першій статті 438. Як пояснюється нижче, розграбування заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Крім того, порушення цієї заборони визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

602. **Розграбування є серйозним порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною.** Цей злочин заборонений міжнародними договорами, ратифікованими Україною, будучи насамперед порушенням: 1) [Гаазької конвенції IV 1907 р.](#) та додатку до неї (статті 28 та 47); 2) [Женевської конвенції IV](#) (стаття 33); та 3) [Гаазької конвенції 1954 р. про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту](#) (стаття 4(2)(g)).¹¹⁶⁶ МКЧХ визначає цю заборону як елемент міжнародного звичаєвого права.¹¹⁶⁷ Україна є державою-учасницею Гаазької конвенції IV 1907 р. та додатку до неї, Додаткового протоколу I та Гаазької конвенції 1954 р. про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту.¹¹⁶⁸ Отже, для цілей статті 438 КК України заборона розграбування є порушенням законів та звичаїв війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.
603. Розграбування також може бути частково віднесено до «розграбування національних цінностей на окупованій території», зазначеного в статті 438 КК України як окреме правопорушення. Як зазначається нижче, воєнний злочин «розграбування» включає акти привласнення суспільного майна, яке потрапляє під контроль особи, яка вчинила злочин.¹¹⁶⁹ Отже, розграбування може бути, принаймні частково, віднесено також до «розграбування національних цінностей на окупованій території», визначеного як окремий злочин у статті 438 КК України.
604. **Визнання воєнним злочином.** Стаття 8(2)(b)(xvi) [Статуту МКС](#) визнає порушення заборони на пограбування воєнним злочином (визначеним як «розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом»)¹¹⁷⁰ Розграбування також визначено як воєнний злочин у статті 3(e) [Статуту МКТЮ](#) (як розграбування суспільного або приватного майна; стаття застосовна до міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів)¹¹⁷¹, а також у статті

¹¹⁶⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 452, п. 551. Див. також МКТЮ, Рішення щодо клопотань про виправдання у справах [Хаджигасановича та Кубури](#), п. 37.

¹¹⁶⁷ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 52. Розграбування](#).

¹¹⁶⁸ Україна приєдналася до Гаазької конвенції IV 1907 р. 29 травня 2015 р., ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 р. та приєдналася до Гаазької конвенції 1954 р. про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 6 лютого 1957 р. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹¹⁶⁹ Див. нижче об'єктивний елемент.

¹¹⁷⁰ Відповідний воєнний злочин, який скоюється в неміжнародних збройних конфліктах, зазначено у статті 8(2)(e)(v) [Статуту МКС](#). [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(v) («розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом»).

¹¹⁷¹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання,

6(b) [Статуту](#) Міжнародного військового трибуналу у Нюрнберзі (визначено як розграбування суспільного і приватного майна).¹¹⁷² Так само й МКЧХ визнає розграбування воєнним злочином.¹¹⁷³

605. Ці чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за розграбування за статтею 438 КК України.

b. **Визначення розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом (об'єктивні елементи)**

606. Відповідно до [Елементів злочинів МКС](#), об'єктивними елементами цього злочину є такі: 1) злочинець привласнив певне майно; 2) привласнення майна відбувалося без згоди власника.¹¹⁷⁴ Аналогічно, судова практика МКТЮ визначає ті ж самі елементи відповідного воєнного злочину розграбування суспільного або приватного майна за статтею 3(е) [Статуту МКТЮ](#).¹¹⁷⁵

607. **Особа, що вчинила злочин, привласнила певне майно.** Попередньо слід наголосити, що конкретного визначення «розграбування» не існує, проте коментатори припускають, що цей термін охоплює акти «розкрадання, мародерства та грабунку».¹¹⁷⁶

608. *Привласнення як ознака винного діяння.* Як ознака винного діяння термін «привласнення» ототожнюється з таким визначенням: «вилучення певної речі з володіння особи, яка мала на неї право, протягом періоду часу, що не є незначним, та проти волі цієї особи або без її згоди».¹¹⁷⁷ Розграбування включає всі форми привласнення, зокрема «не лише організоване й систематичне привласнення, але й акти привласнення, скоєні бойовиками у власних інтересах».¹¹⁷⁸

С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 437, п. 486.

¹¹⁷² МКТЮ. [Рішення Судової палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 76 («Безглузде руйнування міст, селищ або сіл або спустошення, не виправдане військовою необхідністю, порушення законів та звичаїв війни, визнане статтею 3(b) Статуту, підпадає під дію статті 6(b) Нюрнберзької хартії»).

¹¹⁷³ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹¹⁷⁴ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvi). Аналогічний злочин, який скоюється у неміжнародних збройних конфліктах, сформульовано у статті 8(2)(e)(v) [Статуту МКС](#) на основі тих самих об'єктивних елементів.

¹¹⁷⁵ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 79 («Судова палата постановила, що сутність злочину визначається так: усі форми незаконного привласнення майна в умовах збройного конфлікту, за які настає індивідуальна кримінальна відповідальність відповідно до міжнародного кримінального права, включно з діями, які традиційно описують як «розграбування». Апеляційна палата погоджується з цією оцінкою», 84 («розграбування відбувається, коли є умисне та незаконне привласнення приватного чи суспільного майна»). Див. також справу *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 180.

¹¹⁷⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 452, п. 553.

¹¹⁷⁷ Верле та Ессбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 520, пп. 1379-1380. Елемент «привласнення» є спільним для воєнних злочинів: 1) «широкомасштабного знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо» відповідно до статті 8(2)(a)(iv) Статуту МКС та статті 2(d) Статуту МКТЮ; 2) «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагається воєнною необхідністю» відповідно до статті 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС..

¹¹⁷⁸ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 1028 («Розграбування міста або населеного пункту включає всі форми привласнення, публічного чи приватного, у тому числі не лише організоване й систематичне привласнення, але й акти привласнення, скоєні бойовиками у власних інтересах») (щодо правопорушення, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування

609. *Географічні межі*. Судова практика МКС також дійшла висновку, що воєнний злочин розграбування може статися лише тоді, коли майно перейшло «під контроль особи, яка вчинила злочин».¹¹⁷⁹ Відповідно до цієї судової практики, зазначений елемент відрізняє розграбування від злочину «знищення або захоплення майна ворога» відповідно до статті 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС, яке може відбутися в будь-який момент конфлікту, а саме до, під час та після нападу.¹¹⁸⁰ Однак у своїй практиці МКТЮ запропонував ширше географічні рамки злочину, зробивши висновок, що «заборона розграбування не обмежується діями, вчиненими на окупованих територіях».¹¹⁸¹
610. *Майно*. «Майно» включає будь-яке майно, «рухоме чи нерухоме, приватне чи суспільне».¹¹⁸² Зокрема, судова практика МКС вказує, що, хоча це прямо не відображено у визначенні правопорушення або у відповідних елементах складу злочинів, лише майно, яке належить «фізичним чи юридичним особам, які пов'язані зі стороною конфлікту, що є супротивною або ворожою до порушника, або які є лояльними до такої сторони», може потрапляти до «периметру» злочину.¹¹⁸³ Відповідно, привласнення майна, що належить фізичним чи юридичним особам, пов'язаним з особою, яка вчинила злочин, або фізичними/юридичними особами третіх держав, або особам, які є лояльними до зазначених осіб, не підпадає під визначення воєнного злочину пограбування.¹¹⁸⁴

може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2763 («Розграбування міста або населеного пункту включає усі форми привласнення майна, включно з привласненнями, вчиненими окремими особами у своїх інтересах, а також актами організованого чи систематичного привласнення») (щодо правопорушення за статтею 8(2)(e)(v), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁷⁹ МКС. [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 330 («воєнний злочин розграбування стається, якщо майно супротивника перейшло під контроль особи, яка вчинила злочин. Тільки тоді особа, яка вчинила злочин, має змогу «привласнити» таке майно»). Аледив. протилежну думку: Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Нарт Номос, 2016, с. 454, п. 562 («Заборона розграбування, очевидно, застосовується не лише до окупованої території у вузькому сенсі, але й до періоду, що передує фактичній окупації території. Відповідно, вона застосовується і під час поточних бойових дій. Це підтверджується тим, що стаття 33 Четвертої Женевської конвенції, в якій вже було закріплено заборону розграбування відповідно до звичаєвого права, є частиною загальних положень Четвертої Женевської конвенції щодо статусу цивільних осіб. Крім того, саме формулювання статті 8 п. 2(b)(xvi), як уже згадувалося, впливає зі статті 28 Гаазької конвенції 1907 року про закони і звичаї війни на суходолі, яка фігурує в Розділі I цієї Конвенції, що стосується засобів та методів ведення війни. Зрештою, елементи злочинів у тому вигляді, в якому вони були ухвалені, не містять жодного натяку на таке обмеження») (примітки опущені).

¹¹⁸⁰ МКС. [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 330 («Оскільки воєнний злочин знищення майна за статтею 8(2)(b)(xiii) Статуту може відбуватися до того, як знищене майно потрапить до рук сторони конфлікту, до якої належить особа, яка вчинила злочин, воєнний злочин розграбування стається, коли майно противника перейшло під контроль особи, яка вчинила злочин. Тільки тоді особа, яка вчинила злочин, має змогу «привласнити» таке майно»).

¹¹⁸¹ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 615.

¹¹⁸² МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 329.

¹¹⁸³ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 329 («Тому розграбоване майно — рухоме чи нерухоме, приватне чи суспільне — повинно було належати фізичним або юридичним особам, які пов'язані зі стороною конфлікту, що є супротивною або ворожою до порушника, або які є лояльними до такої сторони»). Див. також: Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж, стор. 279-280.

¹¹⁸⁴ Верле та Ессбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 522, п. 1384.

611. Умова щодо «великого масштабу»? МКС у своїй практиці дотримується різних підходів до питання про те, чи має воєнний злочин розграбування відбуватися у великому масштабі.¹¹⁸⁵ У справах *Онгвена* і *Нтаганди* судові палати визнали, що «не існує вимоги про те, що привласнення має відбуватися у великих розмірах, перш ніж вважатися злочином розграбування».¹¹⁸⁶ Проте попередня судова практика МКС у справах *Бемби* та *Катанги* припускає, що воєнний злочин у вигляді пограбування «передбачає привласнення майна у «великих розмірах»».¹¹⁸⁷ Така вимога потребує розгляду таких питань: 1) чи спричинили акти розграбування тяжкі наслідки для жертв; 2) чи була велика кількість людей позбавлена свого майна; та 3) контекст, у якому відбулося розграбування.¹¹⁸⁸ Цей останній підхід також відповідає судовій практиці МКТЮ.¹¹⁸⁹

¹¹⁸⁵ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2764 (стосовно правопорушення за статтею 8(2)(e)(v), застосовною до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁸⁶ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2764 («не існує вимоги про те, що привласнення має відбуватися у великих розмірах, перш ніж воно буде вважатися злочином розграбування») (стосовно правопорушення за статтею 8(2)(e)(v), застосовною до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 1044 («Стосовно твердження сторони захисту про те, що розграбування повинно мати «певний широкомасштабний» характер, Палата вважає, що воєнний злочин розграбування, включений до Статуту, не містить такого елементу») (примітка опущена) (щодо злочину за статтею 8 (2)(e)(v), яка застосовується до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁸⁷ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бемби*, п. 117 («Відповідно до рішення Палати попереднього провадження, Палата вважає, що розграбування, відповідно до статті 8(2)(e)(v), виходить за межі «простих спорадичних актів порушення права власності» і включає привласнення майна в «великих масштабах». Стаття 8(2)(e)(v) відноситься до «розграбування міста або населеного пункту», а отже пограбування одного будинку для цього недостатньо» (стосовно правопорушення за статтею 8(2)(e)(v), застосовної до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 909 (стосовно злочину, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовної до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁸⁸ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бемби*, п. 117 («Палата поділяє підхід Палати попереднього провадження, за яким визначення серйозності порушення має здійснюватися з урахуванням конкретних обставин справи. Наприклад, Палата може розглянути питання про те, чи спричинили акти розграбування серйозні наслідки для жертв, навіть якщо ці наслідки не є однаково серйозними для всіх жертв; питання про те, чи була велика кількість осіб позбавлена свого майна; та/або контекст, у якому відбулося розграбування») (примітки опущені) (стосовно правопорушення за статтею 8(2)(e)(v), застосовної до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁸⁹ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 82 («Залишається питання про те, в який момент порушення дійсно тягне за собою тяжкі наслідки для потерпілої особи. Судова палата у справі *Челебичі* послалася на рішення щодо юрисдикції Апеляційної палати у справі *Тадіча*, де та постановила, що існує послідовний зв'язок між грошовою вартістю привласненого майна та тяжкістю наслідків для потерпілої особи. Апеляційна палата погоджується з цим висновком. Однак у ньому наголошується, що оцінювання того, чи досягає майновий об'єкт порогового рівня певної вартості, може проводитися лише у кожному конкретному випадку і лише разом із загальними обставинами злочину») (примітки опущені), 83 («Апеляційна палата, крім того, вважає, що серйозне порушення може бути допущено за обставин, за яких привласнення відбувається по відношенню до великої кількості людей, навіть якщо це не спричинює серйозних наслідків для кожної людини зокрема. У цьому випадку серйозний характер порушення впливає саме із загальних наслідків для цивільного населення, а також з великої кількості вчинених правопорушень». *Див. також* МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), т. I з VI, пп. 181, 182.

612. **Привласнення було вчинено без згоди власника.** Поняття «власник» не потребує оцінки в «юридичному сенсі». ¹¹⁹⁰ У справі *Нтаганди* Судова палата МКС ототожнила «власника» з «особою, у розпорядженні якої було майно». ¹¹⁹¹ Ба більше, у справі *Онгвена* МКС встановив, що «поняття приватної власності та право власності слід розуміти як таке, що охоплює не лише власність окремих осіб, а й муніципальну власність громад. До уваги також повинно братися звичаєве право громади (тобто практики володіння, правові титули та реєстрації)». ¹¹⁹²
613. Привласнення не обов'язково має здійснюватись насильницькими засобами. ¹¹⁹³ Відсутність згоди з боку власника може впливати з конкретних ситуацій або припускатися у зв'язку з ними, включно з ситуаціями примусу та погроз. ¹¹⁹⁴ Якщо незрозуміло, хто є власником майна, «достатньо того, що особа, яка порушила закон, знала, що майно належить комусь іншому, а не їй, а також що будь-яке привласнення має вважатися таким за умови відсутності згоди власника». ¹¹⁹⁵ Аналогічно, «якщо власник майна втік, повинно бути зроблено припущення про те, що таке привласнення було вчинено без згоди власника, якщо немає свідчень про протилежне». ¹¹⁹⁶

с. **Визначення розграбування міста чи населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом (суб'єктивні елементи)** ¹¹⁹⁷

614. По відношенню до воєнного злочину розграбування було прийнято два різні стандарти *mens rea* залежно від джерел права, що були актуальними для кон-

¹¹⁹⁰ МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 1034 («У контексті розграбування Палата вважатиме особу, якій належало майно, «власником». Питання про те, чи була ця особа власником в юридичному сенсі, не має значення для оцінки Палати») (стосовно злочину за статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁹¹ МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 1034 («У контексті розграбування Палата вважатиме особу, якій належало майно, «власником»)» (стосовно злочину, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁹² МКС, *Рішення Судової палати у справі Онгвена*, п. 2766 (стосовно правопорушення, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁹³ МКС, *Рішення Судової палати у справі Бемби*, п. 116 («Палата зазначає, що правова система Суду не включає будь-яких вимог щодо наявності насильства як елемента складу злочину привласнення») (стосовно правопорушення за статтею 8(2)(e)(v), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Протилежна думка: МКТЮ, Мучич та ін., *Рішення Судової палати*, п. 591.

¹¹⁹⁴ МКС, *Рішення Судової палати у справі Бемби*, п. 116 («Відсутність згоди може також впливати з наявності примусу») (стосовно правопорушення згідно зі статтею 8(2)(e)(v), що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁹⁵ МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 1034 (стосовно правопорушення за статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁹⁶ МКС, *Рішення Судової палати у справі Онгвена*, п. 2766 (стосовно правопорушення, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹¹⁹⁷ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного

кретної міжнародної кримінальної юрисдикції, а саме, звичаєвого міжнародного права (МКТЮ) або договірною права (МКС).

615. Міжнародне звичаєве право. У правовій системі МКТЮ, яка ґрунтується на міжнародному звичаєвому праві, умови наявності воєнного злочину задовольняються в разі наявності прямого чи непрямого наміру, а саме: «особа, яка вчинила злочин, діє свідомо та з наміром незаконно заволодіти майном або якщо наслідки її дій можна передбачити».¹¹⁹⁸ У зв'язку з цим у судовій практиці МКТЮ зазначається, що відповідальність за розграбування не має наставати, якщо привласнення здійснюється з міркувань військової необхідності.¹¹⁹⁹
616. Система права МКС. На противагу цьому, Статут МКС та елементи злочинів МКС встановлюють вищий стандарт *mens rea*.¹²⁰⁰ Система права МКС формулює суб'єктивний елемент воєнного злочину розграбування за трьома основними ознаками, передбачаючи, що особа, яка вчинила злочин: 1) мала діяти умисно, щоб привласнити певне майно, або знати, що таке позбавлення майна відбудеться за звичайного перебігу подій;¹²⁰¹ 2) мала намір привласнити таке майно для приватного чи особистого користування;¹²⁰² та 3) знала, що привласнення сталося без згоди власника.¹²⁰³

права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹¹⁹⁸ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Хаджигасановича та Кубури, п. 50 («Елемент *mens rea* правопорушення розкрадання державної чи приватної власності встановлюється, коли особа, яка вчинила злочин, діє свідомо та з наміром незаконно заволодіти майном або якщо наслідки її дій можна передбачити»).

¹¹⁹⁹ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Країшника](#), п. 769 («Певне привласнення майна не може вважатися незаконним. Наприклад, відповідно до міжнародного гуманітарного права існує загальний виняток із заборони привласнення майна як серйозного порушення Женевських конвенцій, коли привласнення вимагається військовою необхідністю»).

¹²⁰⁰ МКС, [Рішення Судової палати у справі Бемби](#), п. 120 («Стосовно концепції привласнення майна для приватного чи особистого користування Палата зазначає, що ця вимога прямо не виражена у звичаєвому чи договірному міжнародному гуманітарному праві та не встановлена як така у практиці інших міжнародних кримінальних трибуналів. Проте, враховуючи однозначне включення цього поняття до Елементів злочинів, Палата вважає, що цієї вимоги має бути дотримано, щоб привласнення майна дорівнювало пограбуванню як воєнному злочину за статтею 8(2)(e)(v)») (щодо злочину за статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до цього злочину).

¹²⁰¹ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 331 («Умова щодо наміру та знання статті 30 Статуту застосовується до воєнного злочину розграбування за статтею 8(2)(b)(xvi). До цього правопорушення відносяться, перш за все, випадки *dolus directus* першого ступеня. Воно також може включати *dolus directus* другого ступеня»); [рішення Судової палати МКС](#) у справі *Катанги*, п. 912 («У цій справі має бути доведено, що правопорушник діяв умисно або утримався від дій: 1) з метою привласнення певного майна або 2) усвідомлюючи, що позбавлення майна відбудеться у звичайному порядку подій») (щодо злочину за статтею 8(2)(e)(v), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁰² Див. Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xiii) МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 332 («Однак це правопорушення додатково потребує двох елементів, або *dolus specialis*. По-перше, має бути вчинено акт фізичного привласнення з наміром позбавити власника його майна. По-друге, акт фізичного привласнення повинен також бути вчинений з наміром використати привласнене майно в приватних чи особистих цілях»; МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 913 («особа, яка вчинила злочин, мала намір «позбавити власника» його майна та «привласнити його [...] в приватних чи особистих цілях»).

¹²⁰³ [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 333 («Зрештою, Елементи злочинів прямо передбачають виправдання протиправної поведінки злочинця, коли злочинець привласнив майно за згодою власника...»); МКС, [Рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 914 («Крім того, відповідно

617. Перша та третя ознаки впливають із прямого застосування статті 30 Статуту МКС у контексті загального стандарту *mens rea*, заснованого на парадигмі «намір і знання». Натомість намір присвоїти таке майно для приватного чи особистого користування спеціально включено до Елементів злочинів МКС, що відображає форму конкретного наміру (*dolus specialis*).¹²⁰⁴ Крім того, у своєму рішенні у справі Бемби Судова палата вказала, що «використання сполучника «або» вказує на те, що він призначений для включення ситуацій, коли злочинець не мав наміру сам користуватися награваним майном».¹²⁰⁵
618. Ще важливішим є те, що ця умова повинна автоматично виключати можливість виправдання злочину розграбування військовою необхідністю (що передбачає використання привласненого майна у військових цілях).¹²⁰⁶ Саме цим вона відрізняє розграбування від законного привласнення майна.¹²⁰⁷

до статті 30(3) Статуту особа, яка порушила закон, також повинна була знати, що привласнення було вчинено без згоди власника») (щодо злочину, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁰⁴ Див. Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xiii) МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 332 (Однак це правопорушення додатково потребує двох елементів або *dolus specialis*. По-перше, має бути вчинено акт фізичного привласнення з наміром позбавити власника його майна. По-друге, акт фізичного привласнення повинен також бути вчинений з наміром використати привласнене майно в приватних чи особистих цілях»; МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 913 («особа, яка вчинила злочин, мала намір «позбавити власника» його майна та «привласнити його [...] в приватних чи особистих цілях»).

¹²⁰⁵ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бемби*, п. 120 (стосовно правопорушення, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁰⁶ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2767 («Привласнення, викликане військовою необхідністю, не може вважатися злочином пограбування. Військова необхідність передбачає, що використання привласненого майна має бути спрямоване на подальші воєнні дії, а отже, воно має використовуватися у військових цілях. Зазначене відрізняється від привласнення для приватного чи особистого користування. Особа, яка вчинила злочин, повинна мати конкретний намір позбавити власника майна та привласнити його для приватного чи особистого користування. Якщо комбатанти присвоюють майно, необхідне для їх виживання, таке як харчові продукти, саме по собі це не робить таке привласнення викликаним військовою необхідністю») (стосовно злочину, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 1030 («Всупереч твердженням захисту Палата вважає, що посилання на «військову необхідність» у примітці 62 до Елементів злочинів не передбачає виключення з абсолютної заборони пограбування, але, натомість, уточнює, що поняття військової необхідності є несумісним з умовою, за якої особа, яка порушила закон, повинна була мати намір скористатися привласненим майном в приватних або особистих цілях, оскільки будь-яка військова необхідність потребувала б того, щоб це використання було спрямоване на сприяння військовим зусиллям, а отже, було використанням у військових цілях. Відповідно, ситуації, за яких особа, яка вчинила злочин, привласнила предмети для особистого користування (тобто для використання нею особисто) або для особистого використання іншою фізичною або юридичною особою, за умови наявності всіх інших правових елементів, є пограбуванням відповідно до статті 8(2)(e)(v)») (примітки опущені) (щодо злочину, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁰⁷ МКС, [Рішення Судової палати у справі Бемби](#), п. 120 («Тому Палата вважає, що умова щодо «особливого наміру», яка впливає з елемента «приватне чи особисте використання», дозволяє їй краще відрізнити пограбування від захоплення чи отримання здобичі або іншого виду привласнення майна, яке за певних обставин може бути вчинено в законний спосіб») (щодо злочину, передбаченого статтею 8(2)(e)(v), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

d. Контекстуальні елементи

619. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹²⁰⁸ та
 - iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹²⁰⁹

¹²⁰⁸ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvi).

¹²⁰⁹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvi).

- iii. Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю (стаття 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС)

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю, передбачена кримінальна відповідальність згідно з частиною першою статті 438 КК України, оскільки воно підпадає під поняття «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю» необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, знищила чи захопила певне майно.
- Таке майно належало ворожій стороні.
- Таке майно перебувало під захистом від знищення чи захоплення відповідно до міжнародного права збройних конфліктів.
- Знищення чи захоплення майна не було викликано військовою необхідністю.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, мала намір знищити/захопити майно противника, знаючи, що таке знищення/захоплення не було викликано військовою необхідністю або знала, що таке знищення/захоплення відбудеться за звичайного перебігу подій в результаті її поведінки.
- Особа, що вчинила злочин, знала про фактичні обставини, що свідчили про статус майна, яке підлягало захисту.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт .
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

620. Хоча це прямо не згадується у статті 438 ККУ, «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю», може бути віднесено до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, ця поведінка заборонена міжнародними договорами, ратифікованими Україною, і порушення цієї заборони

рони було визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

621. Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю, є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, які ратифіковані Україною. Цей злочин заборонений міжнародними договорами, ратифікованими Україною, насамперед як порушення [Гаазького положення](#) відповідно до його статей 23(g), 46, 50, 53 та 56.¹²¹⁰ МКЧХ визначає цю заборону як елемент міжнародного звичаєвого права.¹²¹¹ Отже, для цілей статті 438 ККУ заборона «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю» є порушенням законів ведення війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.
622. **Визнання воєнним злочином.** У статті 8(2)(b)(xiii) [Статуту МКС](#) порушення заборони знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю, визнається воєнним злочином.¹²¹² Певною мірою злочин, передбачений статтею 8(2)(b)(xiii), збігається з воєнним злочином безглузлого руйнування міст, селищ чи сіл або спустошення, не виправданого військовою необхідністю, передбаченим статтею 3(b) [Статуту МКТЮ](#) (застосовною до міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів)¹²¹³, а також зі змістом статті 6(b) [Статуту Міжнародного військового трибуналу у Нюрнберзі](#).¹²¹⁴ Так само й МКЧХ визнає таке порушення воєнним злочином.¹²¹⁵
623. Ці чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення

¹²¹⁰ Україна ратифікувала Гаазьке положення 1907 року 29 травня 2015 року *Див.* МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#). Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 437, п. 486. *Див. також* МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 76.

¹²¹¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 50. Знищення та захоплення майна противника; Норма 51. Державна та приватна власність на окупованій території](#).

¹²¹² Аналогічні воєнні злочини, що скоюються у неміжнародних збройних конфліктах, перелічені у статті 8(2)(e)(xii) [Статуту МКС](#); стаття 8(2)(e)(xii) (знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту).

¹²¹³ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 437, п. 486. Крім того, визначення цього злочину охоплює конкретніший воєнний злочин — «захоплення, знищення або умисне пошкодження культових, благодійницьких, освітніх, художніх та наукових установ, історичних пам'яток, витворів мистецтва та наукових творів» відповідно до статті 3(d) [Статуту МКТЮ](#) (яка є застосовною до міжнародних та неміжнародних збройних конфліктів). Поведінка, визначена статтею 3 Статуту МКТЮ, може вважатися підкатегорією правопорушення, передбаченого статтею 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС. Якщо не зазначено інше, аналіз елементів статті 8(2)(b)(xiii) застосовується *mutatis mutandis* до статті 3(d) Статуту МКТЮ.

¹²¹⁴ МКТЮ. [Рішення Судової палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 76 («Безглузде руйнування міст, селищ або сіл або спустошення, не виправдане військовою необхідністю, порушення законів та звичаїв війни, визнане статтею 3(b) Статуту, підпадає під дію статті 6(b) Нюрнберзької хартії»).

¹²¹⁵ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю, як за воєнний злочин за статтею 438 ККУ.

- b. Визначення знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю (об'єктивні елементи);

624. Відповідно до [Елементів злочинів МКС](#), об'єктивними елементами цього злочину є такі: 1) особа, яка вчинила злочин, знищила або захопила певне майно; 2) таке майно було майном ворожої сторони; 3) таке майно підлягало захисту від знищення чи захоплення згідно з міжнародним правом збройних конфліктів; і 4) знищення або захоплення не було викликано військовою необхідністю.¹²¹⁶ Аналогічно, судова практика МКТЮ визначила, що відповідний воєнний злочин безглузлого руйнування міст, селищ чи сіл або спустошення, не виправданого військовою необхідністю, за статтею 3(b) [Статуту МКТЮ](#) містить такі ж самі елементи.¹²¹⁷
625. Особа, яка вчинила злочин, знищила або захопила певне майно. Стосовно цього елемента необхідно розв'язати два основні питання: 1) визначення знищення/захоплення; 2) поняття «майна».
626. Знищення/захоплення. У контексті визначення винного діяння слід зазначити, що знищення та захоплення можуть відбуватися в різних формах. Знищення відбувається, якщо майно «підпалене, зруйноване, знесене або пошкоджене настільки сильно, що більше не може використовуватися за призначенням».¹²¹⁸ Залежно від обставин, часткового знищення може бути достатньо, щоб бути

¹²¹⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiii). Злочин знищення майна ворога, передбачений статтею 8(2)(e)(xii) [Статуту МКС](#), застосовною до неміжнародних збройних конфліктів, сформульовано за тими ж самими об'єктивними елементами. МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 899 («Роблячи попередній коментар, Палата зазначає, що немає жодних підстав вважати, що складові елементи злочину, визначеного відповідно до статті 8(2)(e)(xii), відрізняються від елементів злочину знищення майна ворога, скоєного в міжнародному збройному конфлікті відповідно до статті 8(2)(b)(xiii)»). Крім того, відповідно до судової практики МКТЮ, більш конкретний воєнний злочин «захоплення, знищення або умисного пошкодження культових, благодійницьких, освітніх, художніх та наукових установ, історичних пам'яток, витворів мистецтва та наукових творів» відповідно до статті 3 (d) [Статуту МКТЮ](#) має аналогічні об'єктивні елементи. МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I із VI, с. 178 (постановляється, що об'єктивні елементи статті 3(d) Статуту МКТЮ передбачають «1) умисну дію або бездіяльність; 2) заподіяння знищення або пошкодження об'єкту майна культурного чи культового призначення; 3) майно не є військовим об'єктом за змістом статті 52 Додаткового протоколу I») (примітки опущені).

¹²¹⁷ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 166 («i) знищення майна відбувається у великих розмірах; ii) знищення не виправдане військовою необхідністю»).

¹²¹⁸ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2775 («По-перше, потрібно, щоб особа, що вчинила злочин, знищила певне майно. Майно, у тому числі рухоме чи нерухоме, приватне чи суспільне, «знищується» внаслідок дії чи бездіяльності, якщо його підпалено, зруйновано, знесено чи настільки сильно пошкоджено, що воно більше не може використовуватися за призначенням») (примітки опущені) (стосовно статті 8(2)(e)(xii), яка застосовується до неміжнародних збройних конфліктів, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також: [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 894 («Знищення означає наявність таких дій як підпал, знесення чи пошкодження майна в інший спосіб») (стосовно статті 8(2)(e)(xii), яка застосовується до неміжнародних збройних конфліктів, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

кваліфікованим як акт знищення.¹²¹⁹ «Захоплення» не має, здається, іншого значення, ніж «привласнення» відповідно до статті 8(2)(а)(iv) Статуту.¹²²⁰ Отже, воно може включати будь-яке діяння, пов'язане з «вилученням певної речі з володіння особи, яка мала на неї право, протягом періоду часу, що не є незначним, та проти волі цієї особи або без її згоди».¹²²¹ Для цього не потрібна формальна або фіксована передача майна.¹²²²

627. Питання, що виникає в контексті тлумачення злочину, полягає в тому, чи вимагає визначення злочину, щоб знищення/захоплення мало широкомасштабний характер. На відміну від воєнного злочину «широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо» за статтею 8(2)(а)(iv) Статуту МКС та статтею 2(d) Статуту МКТЮ¹²²³, тут не існує явної умови щодо масштабності знищення або захоплення. Проте коментатори зауважують, що «окремих порушень прав власності» недостатньо для відповідності елементам злочинів.¹²²⁴ Спочатку підтримавши цей погляд,¹²²⁵ судова практика МКС пізніше не погодилася з тим, що умовою кваліфікації цього правопорушення як воєнного злочину є знищення/захоплення, яке має здійснюватися широко або у великих масштабах.¹²²⁶

¹²¹⁹ МКС, Рішення Судової палати у справі [Катанги](#), п. 891 («Палата вважає, що сильно пошкоджене майно може бути рівнозначним частковому знищенню, а отже підпадати під визначення знищення») (стосовно статті 8(2)(е)(xii), яка застосовується до неміжнародних збройних конфліктів, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також: Верле і Єссбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 526, 1393.

¹²²⁰ Верле та Єссбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 520, п. 1379.

¹²²¹ Верле та Єссбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 520, пп. 1379-1380. Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 340-341, п. 118 (визначення привласнення як будь-якої поведінки, яка включає позбавлення права власності на об'єкт або власність, як-от «вилучення, отримання або утримання власності, крадіжку, ревізію, грабіж, захоплення або розграбування»). Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 83.

¹²²² Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 83 (стосовно правопорушення, передбаченого статтею 8(2)(а)(iv) Статуту МКС). Див. Стаття 8(2)(а)(iv).

¹²²³ Див. Стаття 8(2)(а)(iv).

¹²²⁴ Верле та Єссбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 522, п. 1385. Див. також там же, с. 525, п. 1394. Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 443, п. 508.

¹²²⁵ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 314. («На думку Палати, знищення цивільного майна є злочином за міжнародним правом збройних конфліктів. Стаття 147 Женевської конвенції IV передбачає, що «широкомасштабне руйнування і привласнення власності» є серйозним порушенням. Відповідно до судової практики МКТЮ, для того, щоб бути серйозним порушенням, руйнування, не виправдане військовою необхідністю, має бути широкомасштабним, незаконним і безглуздим. Поняття «широкомасштабний» оцінюється за обставинами справи») (примітка опущена).

¹²²⁶ МКС, Рішення Судової палати у справі [Катанги](#), п. 896 («Палата далі зауважує, що ні Статут, ні Елементи злочинів прямо не передбачають критерію «масштабності» для визначення злочину знищення майна ворога за статтею 8(2)(е)(xii). Насправді ж вони передбачають, відповідно до точних визначень елементу злочинів 8(2)(е)(xii)(1), лише знищення «певного» майна. Отже, Палата вважає, що їй не потрібно брати до уваги цей критерій під час аналізу злочину знищення майна відповідно до статті 8(2)(е)(xii)») (примітки опущені) (стосовно злочину «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» відповідно до статті 8(2)(е)(xii), застосовної

628. *Певне майно*. Термін «майно» включає будь-яке майно, «рухоме чи нерухоме, приватне чи суспільне». ¹²²⁷
629. **Така власність належала ворожій стороні.** Відповідно до судової практики МКС, посилання на «ворожу сторону» вказує на те, що знищене/захоплене майно «повинно належати фізичним або юридичним особам, пов'язаним зі стороною в конфлікті, яка є супротивною або ворожою до особи, яка вчинила злочин, або особам, лояльним такій стороні». ¹²²⁸ Приналежність/лояльність стороні у конфлікті може бути встановлена з урахуванням національності ¹²²⁹, етнічної приналежності або місця проживання/розташування фізичних чи юридичних осіб. ¹²³⁰ Захоплення чи привласнення майна, що належить фізичним чи юридичним особам, пов'язаним з особою, яка вчинила злочин, або з фізичними чи юридичними особами третіх країн, або лояльним до таких осіб, не підпадає під ознаки цього злочину. ¹²³¹
630. **Таке майно підлягає захисту від знищення або захоплення відповідно до міжнародного права збройних конфліктів.** Визначення злочину в статті 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС або статті 3(b) Статуту МКТЮ не містить прямих вказівок на конкретне майно, що підлягає захисту. Те саме стосується основної норми МГП, що лежить в основі визначення злочину, статті 23(g) Гаазького положення, яка загалом забороняє «знищувати або захоплювати власність ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагається військовою необхідністю». ¹²³²
631. Судова практика МКС зазначає, що цей злочин означає знищення/захоплення майна, що *не є* військовими об'єктами, а саме «об'єктами, які через свій характер, розміщення, призначення або використання вносять ефективний вклад у воєнні дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких

до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²²⁷ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 310. Див. також МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2775 («майно, у тому числі рухоме чи нерухоме, приватне чи суспільне») (стосовно злочину «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» відповідно до статті 8(2)(e)(xii), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²²⁸ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі](#) *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 310.

¹²²⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 441-442, п. 503.

¹²³⁰ МКС, [Рішення Судової палати у справі](#) *Катанги*, п. 892 («Відповідне майно має належати «противнику» в конфлікті. На думку Палати, це означає, що майно, що розглядається — рухоме чи нерухоме, приватне чи суспільне — має належати фізичним або юридичним особам, пов'язаним зі стороною в конфлікті, яка є супротивною або ворожою до особи, яка вчинила злочин, або особам, лояльним такій стороні, що встановлюється з урахуванням етнічної приналежності або місця проживання таких фізичних або юридичних осіб») (примітка опущена) (стосовно злочину «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» відповідно до статті 8(2)(e)(xii), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²³¹ Верле та Ессбергер (Werle and Jeßberger). *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-тє видання, Oxford University Press, 2020, с. 522, п. 1383.

¹²³² [Гаазьке положення](#), стаття 23(g).

за існуючих у даний момент обставин дає явну військову перевагу».¹²³³ МКТЮ застосував аналогічний підхід до паралельного воєнного злочину безглузлого руйнування міст, селищ або сіл або спустошення, не виправданого військовою необхідністю, за статтею 3(b) [Статуту МКТЮ](#), уточнивши, що цей злочин означає знищення цивільних об'єктів.¹²³⁴

632. У частині географічного охоплення відповідна судова практика МКС передбачає, що знищення/захоплення не обов'язково пов'язані з конкретною територією чи місцем і можуть відбуватися: 1) в контексті ведення бойових дій проти військових чи цивільних об'єктів;¹²³⁵ або 2) на окупованій території.¹²³⁶ Так само й у судовій практиці МКТЮ міститься аналогічний висновок про те, що склад правопорушення, передбаченого статтею 3(b) Статуту МКТЮ, поширюється на «майно, розташоване на будь-якій території, яку зачіпає збройний конфлікт».¹²³⁷

¹²³³ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 312. Див. також [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2777 («По-третє, таке майно має бути захищене від знищення відповідно до міжнародного права збройних конфліктів. Майно перебуває під захистом міжнародного права, якщо воно не є «військовими об'єктами», а саме «об'єктами, які через свій характер, розміщення, призначення або використання вносять ефективний вклад у воєнні дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких за існуючих у даний момент обставин дає явну воєнну перевагу») (стосовно злочину «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» відповідно до статті 8(2)(e)(xii), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 893 («Щоб підпадати під дію статті 8(2)(e)(xii) Статуту, частково чи повністю знищене майно повинно перебувати під захистом міжнародного права збройних конфліктів, а це означає, що воно не повинно представляти собою «військові об'єкти». Військовими об'єктами є ті «об'єкти, які через свій характер, розміщення, призначення або використання вносять ефективний вклад у воєнні дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких за існуючих у даний момент обставин дає явну воєнну перевагу») (відповідно до статті 8(2)(e)(xii), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі)

¹²³⁴ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Младіча*, том III з IV, п. 3257 («Заборона безглузлого знищення поширюється на майно, розташоване на будь-якій території, яку зачіпає збройний конфлікт. Умова щодо «великого масштабу» знищення може бути виконана, якщо пошкоджено або знищено багато об'єктів, або якщо вартість одного або кількох знищених об'єктів є дуже високою. Військова потреба ніколи не може виправдати завдання ударів по цивільних об'єктах. Цивільні об'єкти визначаються через їх протиставлення військовим об'єктам, причому останні обмежуються тими об'єктами, які за своїм характером, розташуванням, призначенням або використанням роблять ефективний внесок у воєнні дії та повне або часткове знищення, захоплення чи нейтралізація яких залежно від обставин у той час, дає певну військову перевагу. Як правило, знищення, заподіяні до початку бойових дій або після їх припинення, не можуть бути виправдані військовою необхідністю» (виділено автором).

¹²³⁵ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 311 («Стаття 8(2)(b)(xiii) Статуту застосовується не лише тоді, коли напад безпосередньо спрямований на військовий об'єкт, а й тоді, коли він націлений на цивільне майно та знищує його. Отже, це положення містить сценарії, за яких ціллю нападу є завдання удару тільки по цивільних особах або цивільних об'єктах, а також сценарії, за яких напад одночасно спрямований як на військові об'єкти, так і на цивільних осіб або цивільні об'єкти»).

¹²³⁶ Див. також МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 318.

¹²³⁷ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Младіча*, том III з IV, п. 3257; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 74 («хоча майно, що перебуває на ворожій території, не підлягає захисту за Женевськими конвенціями, а отже не є об'єктом злочину широкомасштабного знищення майна, визначеного як серйозне порушення Женевських конвенцій, знищення майна є кримінальним діянням відповідно до статті 3 Статуту»). Див. також справу *Прліч та ін.* [Рішення Судової палати](#), том IV з VI, п. 1264 («У тому, що стосується складових елементів злочинів знищення майна, не виправданого військовою необхідністю, що карається за статтею 2 (d) Статуту, та безглузлого руйнування міст, селищ чи сіл або їх спустошення, не виправданого військовою необхідністю, що карається за статтею 3(b), Палата зазначає, що друге з них не містить суттєво інакших елементів, які були б відсутні в першому. Знищення майна, що не викликано вій-

633. На додачу до загального охоплення поняттям майна, що може бути об'єктом цього злочину, всіх об'єктів, які не є військовими об'єктами, коментатори зауважили, що статті 46, 53, 55 і 56 [Гаазького положення](#) містять додаткові рекомендації щодо визначення майна, яке підлягає захисту й яке входить до обсягу складу злочину, насамперед у тому, що стосується приватної власності та рухомого чи нерухомого майна, розташованого на окупованій території.¹²³⁸ Зокрема:

- *Приватна власність.* Приватна власність вважається такою, що підлягає захисту відповідно до статті 46 [Гаазького положення](#),¹²³⁹ якщо вона не використовувалася у ворожих цілях.¹²⁴⁰ Зокрема, згідно зі статтею 53 [Гаазького положення](#), під час окупації «вся техніка, призначена для передачі новин як на суші, так і на морі чи у повітрі, або для перевезення осіб чи речей, за винятком випадків, які регулюються морським правом, склади зброї та, загалом, всі види військового спорядження, навіть якщо вони належать приватним особам, можуть бути захоплені, але повинні бути повернені з визначеним відшкодуванням після укладення миру».¹²⁴¹
- *Рухоме суспільне майно.* Відповідно до статті 53 [Гаазького положення](#), держава-окупант може конфіскувати рухому власність держави, що може бути використана для військових дій.¹²⁴² Однак це не має відношення до «власності муніципалітетів, релігійних, благодійних, освітніх, мистецьких і наукових установ».¹²⁴³ Відповідно до статті 56 [Гаазького положення](#), таке майно не може бути конфіскувано або знищено державою-окупантом.¹²⁴⁴
- *Нерухоме суспільне майно.* Нерухоме суспільне майно, розташоване на окупованій території, таке як будівлі, ліси, парки та сільськогосподарські угіддя, не може бути конфіскувано або знищено, оскільки у статті 55

ськовою необхідністю, характеризується тим, що знищується майно, яке перебуває під загальним захистом Женевських конвенцій, або яке розташовано на окупованій території, але це не є умовою складу злочину безглузлого знищення міст, селищ чи сіл, або спустошення, не виправданого військовою необхідністю. І навпаки, останнє не містить суттєво інакших елементів, які були б відсутні у складі злочину знищення майна, не викликаного військовою необхідністю» (примітки опущені). Але див. *протилежну думку*: Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 439, п. 497.

¹²³⁸ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 442, п. 497.

¹²³⁹ [Гаазьке положення](#), стаття 46 («Сімейна гідність і права, життя фізичних осіб і приватна власність, а також релігійні переконання і обряди повинні поважатися. Приватна власність не підлягає конфіскації») (виділено автором).

¹²⁴⁰ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 442, п. 505.

¹²⁴¹ [Гаазьке положення](#), стаття 53.

¹²⁴² [Гаазьке положення](#), стаття 53 («Окупаційна армія може заволодіти лише грошима, фондами та цінними паперами, які виключно є власністю держави, складами зброї, транспортними засобами, виробничими запасами та, загалом, всією рухомою власністю держави, що може бути використана для військових дій»).

¹²⁴³ [Гаазьке положення](#), стаття 56.

¹²⁴⁴ У той час як відповідно до статті 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС знищення цих об'єктів підпадає під визначення загального воєнного злочину «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю», у системі права МКТЮ це діяння підпадає під визначення конкретного воєнного злочину «захоплення, знищення або умисне пошкодження культурних, благодійницьких, освітніх, художніх та наукових установ, історичних пам'яток, витворів мистецтва та наукових творів» відповідно до статті 3(d) Статуту МКТЮ. Див., напр., МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Прліч та ін.](#), Том I з IV, пп. 171-175; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі Кордіча та Черкеза, пп. 86-92.

Гаазького положення говориться, що «держава-окупант розглядається лише як управляючий і узуфруктуарій [майна], що належить державі-супротивнику і знаходиться на окупованій території».

634. **Знищення чи захоплення власності не було викликано військовою необхідністю.** Знищення/захоплення власності відповідає ознакам цього злочину, якщо воно не викликано військовою необхідністю. Відповідно до судової практики МКС та МКТЮ, «військова необхідність» ототожнюється з «тими заходами, які необхідні для досягнення цілей війни і які є законними відповідно до сучасного права та звичаїв війни». ¹²⁴⁵

635. У цьому плані, відповідно до практики МКС і МКТЮ, оцінювання «військової необхідності» повинно проводитись у кожному конкретному випадку окремо і повинно включати такі міркування:

- чи не залишалося у правопорушника іншого вибору, окрім як здійснити акт знищення або захоплення; ¹²⁴⁶
- чи було «знищене або захоплене майно військовим об'єктом до того, як воно потрапило під владу сторони, яка здійснила напад»; ¹²⁴⁷
- чи є знищене майно «випадковою шкодою» в контексті нападу, спрямованого на військові об'єкти, і чи не є вона надмірною «щодо конкретної і безпосередньої воєнної переваги, якої передбачається таким чином досягти». ¹²⁴⁸ У цих

¹²⁴⁵ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 894 (стосовно злочину «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» відповідно до статті 8(2)(е)(хii), яка застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 686.

¹²⁴⁶ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 894 (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» за статтею 8(2)(е)(хii), але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 1164 («У питанні прямого посилання у статті 8(2)(е)(хii) на те, що знищення повинно «настійно вимагатися обставинами конфлікту», Палата згодна з Судовою палатою II в тому, що цей вираз встановлює певний поріг і означає, що лише в тому разі, коли особа, що скоїла злочин, не мала іншого вибору, який би дозволяв зберегти об'єкт непошкодженим, знищення може вважатися виправданим військовою необхідністю») (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» за статтею 8(2)(е)(хii), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁴⁷ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 318; Див. також МКС [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1165 («Хоча напади, спрямовані на військові об'єкти або їх руйнування, зазвичай виправдовуються військовою необхідністю, а отже, не потрапляють до сфери дії статті 8(2)(е)(хii), яка застосовується до неміжнародних збройних конфліктів, Палата вважає, що проведення оцінювання у кожному конкретному випадку залишається необхідним») (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» за статтею 8(2)(е)(хii), застосовною до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Щодо статті 3(d) Статуту МКТЮ див.: ІСТУ, *Пріліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I із VI, с. 178 (постановляється, що об'єктивні елементи статті 3(d) Статуту МКТЮ передбачають «1) умисну дію або бездіяльність; 2) заподіяння знищення або пошкодження об'єкту майна культурного чи культурного призначення; 3) майно не є військовим об'єктом за змістом статті 52 Додаткового протоколу I») (виділено автором).

¹²⁴⁸ МКС, [рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 1166 («Палата зазначає, що можуть бути випадки, коли напад, спрямований на військовий об'єкт, завдає «випадкової шкоди» цивільному об'єкту, при чому не очі-

випадках «напад на військову ціль [є] виправданим військовою необхідністю і тим, що пропорційна шкода, завдана цивільному майну як ненавмисний побічний результат не буде прирівнюватися до знищення як воєнного злочину».¹²⁴⁹

- чи «було його знищення або захоплення усе ще необхідним з військових міркувань після того, як ним оволоділа сторона, що здійснювала напад».¹²⁵⁰

636. Стосовно цього судова практика МКТЮ додатково уточнює, що в принципі знищення майна, яке відбулося до або після збройного протистояння, не може бути виправдане військовою необхідністю.¹²⁵¹

кувалося, що шкода буде «надмірною в порівнянні з очікуваною конкретною та безпосередньою військовою перевагою»), стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю» відповідно до статті 8(2)(e) (xii), застосовної до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 313; МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 169 («Апеляційна палата також нагадала, що, хоча напади можуть бути вчинені лише на військові об'єкти, «супутня шкода цивільному населенню» сама по собі не є незаконною за умови дотримання звичаєвих правил щодо пропорційності під час бойових дій. Цей принцип пропорційності визначено у статті 51.5(b) Додаткового протоколу I, яка забороняє: напад, котрий, як можна очікувати, попутно потягне за собою втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб та шкоду цивільним об'єктам, або те й інше разом, які були б надмірними щодо конкретної і безпосередньої воєнної переваги, якої передбачається таким чином досягти»); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 93.

¹²⁴⁹ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 1166 («У таких випадках слід розуміти, що напад на військову ціль був виправданий військовою необхідністю і що пропорційні збитки, завдані цивільному майну як ненавмисний побічний результат, не будуть прирівнюватися до знищення як воєнного злочину») (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» відповідно до статті 8(2)(e)(xii), яка застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можна також застосувати *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 169.

¹²⁵⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 318.

¹²⁵¹ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Младіча*, том III з IV, п. 3257 («Як правило, знищення, заподіяні до початку бойових дій або після їх припинення, не можуть бути виправдані військовою необхідністю»). МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 93 («У принципі, знищення, яке сталося до початку бойових дій чи після їх припинення, не може бути виправдано посиленнями на військову необхідність»). МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), прим. 173 («Однак можуть бути рідкісні випадки, коли превентивне знищення може обґрунтовано потрапляти під визначення «військової необхідності», якщо таке знищення об'єктивно пов'язане з подоланням сил супротивника»).

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ОЦІНЮВАННЯ ВІЙСЬКОВОЇ НЕОБХІДНОСТІ ЗНИЩЕННЯ МАЙНА, ЯКЕ НЕ ВИКЛИКАНО ВІЙСЬКОВОЮ НЕОБХІДНІСТЮ

- **МКС, Рішення про підтвердження звинувачень** у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*: «Докази, надані стороною обвинувачення, також свідчать про те, що знищення не було виправдано військовою необхідністю. Палата має серйозні підстави вважати, що об'єкти, знищені комбатантами Фронту націоналістів та інтеграціоністів / Фронту патріотичного опору Ітурі, були переважно цивільними. З цього приводу Палата нагадує, що у статті 47(2) проекту Протоколу МКЧХ 1970-1971 рр. зазначається, що «об'єкти, призначені для цивільного використання, такі як будинки, житлові приміщення, споруди та транспортні засоби, а також всі об'єкти, які не є військовими об'єктами, не повинні ставати об'єктом нападу, за винятком випадків, коли вони використовуються в основному для забезпечення військових дій». Як згадувалося раніше, знищеним комбатантами майном були переважно будинки, магазини, школи та/або це була суспільна чи приватна власність, що належала цивільному населенню, а отже це не були військові об'єкти, зважаючи на їхнє розташування та призначення».¹²⁵²
- **МКТЮ, Прліч та ін., Рішення Судової палати**: «Як установила Палата, у період з 24 по щонайпізніше 30 жовтня 1992 року, коли не велися бойові дії, військовослужбовці ХРО та співробітники військової поліції ХРО знищили близько 75 будинків мусульман у місті Прозор, які вони спалили, використовуючи каністри, наповнені бензином, а також знищили інше майно, як-от автомобілі, що належали мусульманам, у той час, як жоден із будинків, що належали хорватам, не було спалено чи пошкоджено. Зважаючи на обставини навколо цього знищення, Палата переконалася в тому, що воно не було виправдано військовою необхідністю».¹²⁵³

ЗНИЩЕННЯ МАЙНА, ВИКЛИКАНЕ ВІЙСЬКОВОЮ НЕОБХІДНІСТЮ

- **МКТЮ, Прліч та ін., Рішення Судової палати**: «Палата також установила, що в селі Пал'їке, що складалося з 25 будинків, солдати ХРО 24 жовтня 1992 підпалили як мінімум один будинок мусульман. У зв'язку з цим Палата зазначила, що 24 жовтня 1992 року 18 солдатів ХРО вирушили на пошуки будинків мусульман і взяли у заручники одного мешканця села, а увірвавшись до одного з будинків, де проживали жінка та чоловік похилого віку, солдати кинули всередину гранати і через кілька хвилин підпалили будинок. Палата зазначає, що постріли пролунали тоді, коли солдати ХРО виламали двері будинку. Проте докази не дозволили встановити походження пострілів. Отже, Палата не може виключити можливості того, що знищення будинку було виправдано військовою необхідністю».¹²⁵⁴

- с. Визначення знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються військовою необхідністю (суб'єктивні елементи)¹²⁵⁵

637. **Особа, яка вчинила злочин, умисно і свідомо знищує/захоплює майно су- противника, що не було викликано військовою необхідністю.** Відповідно до

¹²⁵² МКС, *Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 324. (виділено автором).

¹²⁵³ МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Судової палати*, том III з VI, п. 1557 (примітки опущені).

¹²⁵⁴ МКТЮ, *Прліч та ін., Рішення Судової палати*, том III з VI, п. 1558 (примітки опущені).

¹²⁵⁵ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного

застосовного для МКС права, елементи *mens rea* цього злочину передбачають прямий або непрямий умисел, а саме, що діяння порушника була умисними і він 1) мав намір знищити/захопити майно ворога, знаючи, що таке знищення/захоплення не було викликано військовою необхідністю;¹²⁵⁶ або 2) знав, що таке знищення/захоплення відбудеться за звичайного перебігу подій як результат його поведінки.¹²⁵⁷

638. Важливо зазначити, що судова практика МКТЮ щодо відповідних злочинів за статтею 3(b) Статуту МКТЮ (безглузде руйнування міст, селищ чи сіл або спустошення, не виправдане військовою необхідністю), судячи з усього, припускає нижчий стандарт *mens rea* для відповідного воєнного злочину, а саме те, що: (1) особа, що вчинила злочин, діяла з наміром знищити відповідне майно; або (2) *безвідповідально* нехтувала ймовірністю його знищення.¹²⁵⁸ Посилання на

права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹²⁵⁶ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нзуджоло Чуї](#), п. 325 («Палата вважає, що є достатньо доказів для встановлення суттєвих підстав стверджувати про те, що під час спрямування нападу на цивільне населення комбатанти Фронту націоналістів та інтеграціоністів / Фронту патріотичного опору Ітурі: 1) мали намір знищити цивільне майно; 2) знали, що таке знищення не було виправдано військовою необхідністю») (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» за статтею 8(2)(e)(xii), яка застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). У тому, що стосується умови про усвідомлення «військової необхідності», відповідна судова практика МКТЮ за статтею 2(d) Статуту МКТЮ, судячи з усього, передбачає, що рішення щодо цього елементу «повинно ухвалюватися з позиції особи, яка планує напад, з урахуванням інформації, наявної в неї на момент нападу». *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 123 («Питання про наявність знання про те, чи може бути досягнута певна військова перевага, має вирішуватися з позиції особи, яка планує напад, з урахуванням інформації, доступної їй на момент нападу»). Див. також Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 342, п. 124.

¹²⁵⁷ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(b). МКС, [Рішення Судової палати у справі Катанги](#), пп. 899 («Відповідно до статті 30 Статуту, необхідно довести, що особа, яка вчинила злочин, діяла умисно або утрималася від дій: 1) з метою умисного знищення майна або 2) знаючи, що знищення майна відбудеться за звичайного перебігу подій»), 900 («особа, що вчинила злочин, повинна була усвідомлювати той факт, що знищення не було виправдане військовою необхідністю») (стосовно злочину «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» відповідно до статті 8(2)(e)(xii), яка застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1150 («Діяння особи, що вчинила злочин, були навмисними, і ця особа: 1) мала намір спричинити наслідки; або 2) усвідомлювала, що це станеться за звичайного перебігу подій») (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» за статтею 8(2)(e)(xii), яка застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але ці міркування можуть також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁵⁸ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 74 («особа, що вчинила злочин, діяла з наміром знищити відповідне майно, або легковажно нехтуючи ймовірністю його знищення»); МКТЮ, *Прліч та ін.* [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 166(iii). Подібні стандарти *mens rea* застосовуються до статті 3(d) Статуту МКТЮ (див. МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Брджанина](#)) («Щодо вимоги *mens rea* про знищення або спустошення власності згідно зі статтею 3(d), судова практика цього Трибуналу є послідовною й стверджує, що умовою *mens rea* є намір (*dolus directus*). Судова палата вважає, що оскільки релігійні установи користуються мінімальним захистом, який надається цивільним об'єктам, умова *mens rea* для цього правопорушення має бути еквівалентною тій, що стосується знищення або спустошення власності згідно зі статтею 3(b). Отже, Судова палата вважає, що знищення або навмисне пошкодження релігійних

безвідповідальність як на суб'єктивний компонент правопорушення, вочевидь, вказує на те, що згідно з міжнародним звичаєвим правом до злочину може застосовуватися *dolus eventualis*.

639. **Обізнаність з фактичними обставинами, що визначили статус майна.** Крім того, в [Елементах злочинів МКС](#) вказано, що особа, яка вчинила злочин, повинна була «знати про фактичні обставини, які визначають статус майна».¹²⁵⁹ Згідно з практикою МКС, конкретне посилання на *фактичні обставини* відображає те, що «особа, яка вчинила злочин, не зобов'язана робити необхідне оцінювальне судження, щоб дійти висновку про те, що майно насправді є захищеним за міжнародним правом збройних конфліктів».¹²⁶⁰

d. Контекстуальні елементи

640. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувся міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹²⁶¹ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹²⁶²

установ, повинно було бути скоєно умисно, з усвідомленням та бажанням забороненого результату, або з необережного нехтування високою ймовірністю знищення або пошкодження) (виноски опущено).

¹²⁵⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiii)-4.

¹²⁶⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 316.

¹²⁶¹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xii).

¹²⁶² Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiii).

- d) Воєнні злочини нападів на заборонені цілі
- i. Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(i); Статут МКТЮ, стаття 3).

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за воєнний злочин у вигляді умисного спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях, передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України, оскільки він підпадає під поняття «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

ЕЛЕМЕНТИ ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині умисного спрямування нападів на цивільних осіб чи цивільне населення необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, спрямувала напад.
- Об'єктом нападу було цивільне населення як таке або окремі цивільні особи, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, умисно спрямувала напад.
- Особа, яка вчинила злочин, мала намір зробити цивільне населення як таке або окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях, об'єктом нападу.
- Особа, яка вчинила злочин, знала про те, що населення було цивільним, або про те, що цивільні особи не беруть участі у воєнних діях.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

641. Хоча це прямо не зазначено у статті 438 КК України, умисне спрямування нападів на цивільних осіб або цивільне населення (далі — «напади на цивільне населення») можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, напад на цивільне населення є методом ведення війни, забороненим міжнародними документами, ратифікованими Україною. Крім того, порушення цієї заборони визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать

на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

642. Напади на цивільне населення є забороненим методом ведення війни та порушенням міжнародного гуманітарного права, що відображено в міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Заборона прямих нападів на цивільних осіб впливає з принципу розрізнення МГП, який є одним із «основних принципів, що містяться в тексті, і який становить основу гуманітарного права».¹²⁶³ Зокрема, принцип розрізнення цивільних осіб і комбатантів кодифікований у статтях 48 та 51 [Додаткового протоколу I, ратифікованого Україною](#).¹²⁶⁴ Перша з них передбачає, що «для забезпечення поваги й захисту цивільного населення та цивільних об'єктів сторони, що перебувають у конфлікті, повинні завжди розрізняти цивільне населення й комбатантів, а також цивільні й військові об'єкти та відповідно спрямовувати свої дії тільки проти військових об'єктів».¹²⁶⁵ Стаття 51(2) [Додаткового протоколу I](#) конкретизує вищезазначене зобов'язання поважати та захищати цивільне населення, зазначаючи, що «цивільне населення як таке, а також окремі цивільні особи не повинні бути об'єктом нападів».¹²⁶⁶ Отже, для цілей статті 438 КК України заборона нападу на цивільне населення є способом ведення війни та порушенням законів ведення війни, передбачених міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.¹²⁶⁷
643. **Визнання воєнним злочином.** Напад на цивільних осіб, у разі умисного вчинення із заповіданням смерті або серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, є серйозним порушенням [Додаткового протоколу I](#), а отже, воєнним злочином.¹²⁶⁸
644. Крім того, «умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у військових діях» прямо кодифіковано як військовий злочин у статті 8(2)(b)(i) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародних збройних конфліктів.¹²⁶⁹ Хоча це прямо не згадується в [Статуті МКТЮ](#), судова практика МКТЮ визначила, що напад на

¹²⁶³ МС. [Консультативний висновок](#) щодо законності загрози або використання ядерної зброї, п. 78.

¹²⁶⁴ Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#). У контексті неміжнародних збройних конфліктів стаття 13 [Додаткового протоколу II](#) зазначає, що «цивільне населення й окремі цивільні особи користуються загальним захистом від небезпек, що виникають у зв'язку з військовими операціями», та що «цивільне населення як таке, а також окремі цивільні особи не повинні бути об'єктом нападу».

¹²⁶⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 48.

¹²⁶⁶ Див. [Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I](#), п. 1947.

¹²⁶⁷ Принцип розрізнення цивільних осіб і комбатантів також визнається нормою міжнародного звичаєвого права. Див. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 1. Принцип розрізнення цивільних осіб і комбатантів](#).

¹²⁶⁸ [Додатковий протокол I](#), стаття 85(3)(a); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права, [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

¹²⁶⁹ Це правопорушення входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах» відповідно до статті 8(2) [Статуту МКС](#).

цивільне населення є порушенням законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 [Статуту МКТЮ](#).¹²⁷⁰

645. Зазначені чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за напад на цивільне населення відповідно до частини першої статті 438 КК України.

b. Визначення нападу на цивільне населення (об'єктивні елементи)

646. Об'єктивні елементи воєнного злочину передбачають, що (1) особа, яка вчинила злочин, скерувала напад і (2) об'єктом нападу було цивільне населення як таке або окремі цивільні особи, що не брали безпосередньої участі у воєнних діях.¹²⁷¹

647. **Особа, яка вчинила злочин, спрямувала напад.** Практика МКС та МКТЮ спирається на визначення «нападу», що надається в статті 49 [Додаткового протоколу I](#).¹²⁷² Згідно з цією статтею «напади» визначаються як «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони».¹²⁷³ Воєнний злочин нападу на цивільне населення має бути вчинено під час воєнних дій до того, як цивільні особи або цивільне населення потраплять під владу ворожої сторони.¹²⁷⁴

¹²⁷⁰ Див., наприклад, МКС, *Рішення Судової палати у справі Галича*, п. 596 («Судова палата переконана поза розумним сумнівом, що напад на цивільних осіб у значенні статті 3 Статуту було скоєно проти цивільного населення Сараєво протягом періоду, на який поширюється обвинувачення. Стосовно *actus reus* цього злочину, Судова палата визнає, що напад у вигляді снайперського обстрілу та артобстрілів цивільного населення та окремих цивільних осіб, які не беруть участі у воєнних діях, є актами насильства. Таки акти насильства призвели до смерті або серйозних поранень цивільних осіб. Судова палата також вважає, що ці акти були умисно спрямовані проти мирного населення, тобто свідомо вчинені проти мирного населення, або вчинені з недбалості»); МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Бласкіча*, п. 267 («[...] генерал Бласкіч вчинив: — порушення законів і звичаїв війни за статтею 3 Статуту та визнане статтею 51(2) Додаткового протоколу I: незаконні напади на цивільне населення (пункт 3)»); МКТЮ, *Рішення судової палати у справі Кордіча і Черкеза*, п. 834 («[...] Судова палата визнає обвинуваченого Даріо Кордіча відповідальним за статтею 7(1) за такими пунктами: (а) пункт 3 (незаконні напади на цивільних осіб) [...]»).

¹²⁷¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xiii).

¹²⁷² МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 916 («Палата зазначає, що ні Статут, ні Елементи злочинів не містять визначення терміну «напад». З огляду на усталену систему міжнародного права, Палата зазначає, що злочин, описаний у статті 8(2)(e)(i) Статуту, ґрунтується на статті 13(2) Додаткового протоколу II. Цей протокол не містить визначення «нападу», але Додатковий протокол I надає таке визначення, і вважається, що цей термін має таке саме значення в Додатковому протоколі II. Отже, «напад» слід розуміти у значенні статті 49 Додаткового протоколу I як «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони» (стосовно злочину нападу на цивільне населення згідно зі статтею 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Кордіча та Черкеза*, п. 47 («Термін «напад» визначено в статті 49 Додаткового протоколу I як «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони»).

¹²⁷³ [Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I](#), п. 1880 («Визначення, надане Протоколом, має ширшу сферу застосування, оскільки воно — цілком обґрунтовано — охоплює оборонні дії (зокрема, «контратаки»), а також наступальні дії, оскільки й ті, й інші можуть вплинути на цивільне населення. [...] Іншими словами, термін «напад» означає «бойові дії»).

¹²⁷⁴ МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 904 (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, *Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї*, пп. 267, 269 («Воєнний злочин, пе-

648. Крім того, «спрямування» нападу тлумачиться в такий спосіб, «що особа, яка вчинила злочин, вибрала ціль для нападу й ухвалила рішення про напад».¹²⁷⁵
649. **Умова щодо результату.** У питанні про те, чи є наявність конкретного результату умовою скоєння воєнного злочину нападу на цивільне населення, були ухвалені різні підходи залежно від застосовного права — міжнародного звичаєвого права (МКТЮ) або міжнародного договірної права (МКС).
650. [Статут МКС](#) та [Елементи злочинів МКС](#) не вимагають, щоб напади на цивільних осіб чи цивільне населення спричинили конкретні наслідки, такі як смерть або серйозні тілесні ушкодження чи шкоду здоров'ю.¹²⁷⁶

редбачений статтею 8(2)(b)(i) Статуту, є першим у серії воєнних злочинів, основним елементом яких є те, що злочин має бути скоєно під час бойових дій [...] Відповідно, цей злочин застосовується лише до нападів (актів насильства), спрямованих проти окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях, або цивільного населення, яке ще не потрапило в руки супротивної чи ворожої сторони конфлікту, до якої належить особа, що вчинила злочин. [...] На думку Палати, після того, як окрема цивільна особа, що не бере активної участі у воєнних діях, або цивільне населення як таке потрапляє в руки такої супротивної або ворожої сторони конфлікту, акт насильства проти них регулюється не статтею 8(2)(b)(i) Статуту, а іншими положеннями Статуту [.. .]» (виноски опущено).

¹²⁷⁵ МКС, [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2758 (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 744 (стосовно злочину нападу на цивільне населення відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁷⁶ Див. МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 270 («Воєнний злочин, передбачений статтею 8(2)(b)(i) Статуту, вчиняється під час нападу (або акту насильства), оскільки, на відміну від статті 85(3) ДП I, оскільки він не потребує будь-якого реального результату або «шкідливого впливу на цивільне населення або на окремих цивільних осіб, які є об'єктом нападу, і вчиняється шляхом простого початку нападу на цивільне населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях і які ще не потрапили до рук сторони, що нападає». Такі реальні результати включають, *наприклад*, той факт, що напад спричинив смерть або серйозні тілесні ушкодження чи шкоду здоров'ю цивільних осіб, на яких спрямовано напад); МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 904 («[...] стаття 8(2)(e)(i) Статуту не вимагає, щоб у результаті нападу було завдано будь-якої реальної шкоди цивільним особам, і тому злочин може бути вчинено, якщо напад лише розпочато») (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2758 («Не обов'язково заподіювати конкретну шкоду цивільному населенню; злочин є спрямування нападу як таке») (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КАТАНГИ, П. 799 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)¹²⁷⁷

[Судова палата] також вважає, що злочин нападу на цивільне населення забороняє певні діяння і що матеріальна складова злочину є наявною, якщо напад розпочато, а його об'єктом є цивільне населення як таке або окремі цивільні особи, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях; напад не обов'язково повинен призводити до результату. Дійсно, Судова палата вважає, що відсутність умови щодо результату в Елементах злочинів не є випадковою, оскільки в тих випадках, коли така умова існує, Елементи злочинів її артикують та визначають її наслідок.

651. Проте, практикою МКТЮ було визначено, що відповідно до звичаєвого права прямі напади на цивільних осіб повинні досягати порогу шкоди, що вимагається в положенні про серйозні порушення Додаткового протоколу I, а саме «смерті, тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю», щоб підпадати під дію статті 3 (порушення законів і звичаїв війни) [Статуту МКТЮ](#).¹²⁷⁸
652. Об'єктом нападу було цивільне населення як таке або окремі цивільні особи, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях.

¹²⁷⁷ Стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

¹²⁷⁸ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н.Векс; Оксфорд: Hart; Баден-Баден: Nomos, 2016, с. 359, п. 194; МКС, [Рішення Судової палати у справі Галича](#), пп. 56,62 («У підсумку Судова палата визнає, що напад на цивільних осіб складається з елементів, спільних для злочинів, передбачених статтею 3 Статуту, а також з таких конкретних елементів: 1. Акти насильства, спрямовані проти цивільного населення або окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях, що спричинили смерть, тяжкі тілесні ушкодження чи шкоду здоров'ю цивільного населення. 2. Особа, що вчинила злочин, умисно зробила цивільне населення або окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях, об'єктом таких актів насильства. [...] Судова палата зазначає, що напад на цивільне населення може бути кваліфікований за статтею 3 на підставі міжнародного звичаєвого права, а в цьому випадку також і на підставі конвенційного права, і складається з актів насильства, умисно спрямованих проти цивільного населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях, що спричинили смерть, тяжкі тілесні ушкодження чи шкоду здоров'ю цивільного населення»); МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Кордіча та Черкеза](#), пп. 66-67 («Апеляційна палата вважає, що в той час, коли стався незаконний напад, що розглядається у цій справі, не було підстав для висновку про те, що з погляду звичаєвого міжнародного права практика держав або *opinio juris* призвели до перетворення заборон за статтями 51 і 52 Додаткового протоколу I у міжнародні злочини в такий спосіб, що незаконні напади в основному каралися незалежно від наявності серйозних результатів. Державна практика не була врегульованою, оскільки деякі держави вимагали доказів серйозних тілесних ушкоджень, смерті чи шкоди відповідно до свого національного кримінального законодавства, тоді як інші цього не вимагали. З вищезазначених причин Апеляційна палата не переконана в тому, що у відповідний час порушення статей 51 і 52 Додаткового протоколу I призвело до індивідуальної кримінальної відповідальності за статтею 3 Статуту [МКТЮ 1993 року] без спричинення тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, або наслідків, зазначених у статті 3 Статуту, або такої ж тяжкості»); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 70 («Елементом злочину є те, що напади призвели до смерті чи тяжких тілесних ушкоджень цивільного населення під час таких нападів»); МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 191 («Згідно з прецедентною практикою Трибуналу, для того, щоб порушення статті 51 Додаткового протоколу I тягнуло за собою індивідуальну кримінальну відповідальність згідно зі статтею 3 Статуту, воно повинно призвести до смерті або серйозного тілесного ушкодження чи шкоди здоров'ю цивільної потерпілої особи або будь-якого іншого злочинного діяння, зазначеного у статті 3 Статуту, або будь-якого іншого наслідку такої ж тяжкості»).

653. **Цивільні особи.** Практика МКС і МКТЮ базується на визначенні цивільних осіб у Додатковому протоколі I до Женевських конвенцій.¹²⁷⁹ Стаття 50(1) [Додаткового протоколу I](#) визначає цивільних осіб як «будь-яких осіб, що не належать до жодної з категорій осіб, зазначених у статті 4 А(1), (2), (3) та (6) Третьої [Женевської] конвенції та у статті 43 [цього] Протоколу».
654. [Женевська конвенція III](#) надає статус комбатантів та військовополонених таким категоріям осіб:¹²⁸⁰
- особовому складу збройних сил сторони конфлікту, а також членам ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих збройних сил;¹²⁸¹
 - членам інших ополчень, добровольчих загонів та членам організованих рухів опору, які належать до однієї зі сторін конфлікту та відповідають певним вимогам;¹²⁸²
 - членам особового складу регулярних збройних сил, які «заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує»;¹²⁸³ та
 - жителям неокупованої території, які під час наближення ворога озброюються, щоб чинити опір силам загарбника, не маючи часу сформуватися в регулярні війська.¹²⁸⁴
655. На додаток до Женевської конвенції III, стаття 44 [Додаткового протоколу I](#) надає статус комбатантів членам збройних сил, у тому числі якщо комбатант не може відрізнити себе від цивільного населення, але, попри це, він відкрито носить свою зброю під час бойових дій і в той час, коли він перебуває на виду у противника.¹²⁸⁵
656. Особи, що не належать до зазначених категорій осіб, є цивільними особами.

¹²⁷⁹ МКС, Рішення про підтвердження звинувачень у справі [Катанги та Нгуджоло Чуї](#), п. 266, виноска 366; МКТЮ, Рішення Апеляційної палати у справі [Кордіча і Черкеза](#), пп. 48-50; МКТЮ, Рішення судової палати у справі [Галіча](#), п. 47.

¹²⁸⁰ Стаття 4 [Женевської конвенції III](#) визначає категорії осіб, які мають право на статус військовополоненого. Проте, враховуючи, що «комбатанти є найбільшою групою осіб, що мають статус військовополонених, це положення також є значущим для визначення комбатантів». Сассолі, Міжнародне гуманітарне право, правила, розбіжності та розв'язання проблем, що виникають під час війни, Едвард Елгар, 2019 р., с. 252. Як закон захищає під час війни: [військовополонені](#).

¹²⁸¹ [Женевська конвенція III](#), стаття 4(А)(1); [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 979.

¹²⁸² Стаття [4\(А\)\(2\) Женевської конвенції III](#) передбачає, що члени ополчень, добровольчих загонів та членів організованих рухів опору кваліфікуються як комбатанти за умови виконання таких умов: ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих, вони мають постійний відмітний знак, вони носять зброю відкрито, та вони здійснюють свої операції згідно з нормами МГП. Див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), пп. 1001, 1005.

¹²⁸³ [Женевська конвенція III](#), стаття 4(А)(3); [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), п. 1042.

¹²⁸⁴ [Женевська конвенція III](#), стаття 4(А)(6). Див. [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III](#) (2020), пп. 1061, 1065.

¹²⁸⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 44, п. (1) та (3).

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ГАЛИЧА, П. 47 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

З метою захисту жертв збройного конфлікту термін «цивільна особа» визначається негативно як будь-яка особа, яка не є членом збройних сил або організованої військової групи, що належить до сторони конфлікту. У кожному конкретному випадку статус певної людини як цивільної особи визначається на основі доказів.

657. **Цивільне населення.** «Цивільне населення» складається з усіх осіб, які є цивільними.¹²⁸⁶ Наявність серед цивільного населення комбатантів або цивільних осіб, що безпосередньо беруть участь у воєнних діях, не змінює його цивільний статус.¹²⁸⁷ Однак Судова палата МКТЮ у справі *Прліча* вирішила, що «буде необхідно звернути увагу на кількість комбатантів, змішаних із цивільним населенням, і на те, чи вони перебувають у відпустці, щоб визначити, чи присутність комбатантів серед цивільного населення позбавляє це населення його цивільного характеру».¹²⁸⁸
658. Окремі цивільні особи та цивільне населення користуються загальним захистом від небезпек, що виникають унаслідок військових дій.¹²⁸⁹ Крім того, вони залишаються під захистом під час прямих нападів, якщо тільки не беруть безпосередньої участі у воєнних діях.¹²⁹⁰
659. **Безпосередня участь у воєнних діях.** Якщо говорити про практику міжнародних кримінальних трибуналів, то слід зазначити, що Судова палата МКТЮ у справі *Галича* вважала, що ««безпосередня» участь у воєнних діях означає акти війни,

¹²⁸⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 50(2). Див. також: МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Галича*, п. 49 («Цивільне населення включає всіх осіб, що є цивільними [...]». Використання виразу «цивільне населення як таке» у статті 51(2) Додаткового протоколу I вказує на те, що «населення ніколи не повинно використовуватися як ціль або тактична ціль») (виноски опущено); МКС, *Рішення Судової палати у справі Катанги*, п. 801 («Термін «цивільне населення» означає «цивільних осіб як групу») (виноски опущено) (стосовно злочину нападу на цивільних осіб згідно за статтею 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, що розглядається); МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 921 («Об'єктом нападу може бути або «цивільне населення», іншими словами, група цивільних осіб») (виноски опущено) (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁸⁷ МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Галича*, п. 50 («Присутність окремих комбатантів серед населення не змінює його цивільного характеру») (виноски опущено); МКТЮ, *Рішення відповідно до норми 98bis у справі Стругара*, п. 50 («Наявність серед населення, на яке спрямовано напад, певних осіб, що не є цивільними, не змінює характер такого населення»); МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 921 («Присутність серед цивільного населення деяких членів збройних сил або цивільних осіб, що безпосередньо беруть участь у воєнних діях, не позбавляє його цивільного характеру») (виноски опущено) (стосовно правопорушення нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, яка застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁸⁸ МКТЮ, *Прліч та ін.*, *Рішення Судової палати*, том I з VI, п. 187.

¹²⁸⁹ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(1).

¹²⁹⁰ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(2) та (3).

що за своїм характером або метою можуть завдати реальної шкоди особовому складу або матеріальній частині збройних сил противника».¹²⁹¹

660. Зважаючи на те, що МГП інструменти не зазначають, які дії можуть вважатися безпосередньою участю,¹²⁹² МКЧХ пропонує додаткові вказівки щодо цього. Зокрема, безпосередня участь стосується «конкретних дій, вчинених особами під час бойових дій між сторонами збройного конфлікту».¹²⁹³ Крім того, цивільна особа бере безпосередню участь у бойових діях, якщо її дії сукупно відповідають таким критеріям:

- a. «дія повинна імовірно негативно вплинути на військові операції або військовий потенціал сторони збройного конфлікту або, як альтернатива, спричинити смерть, поранення осіб або руйнування об'єктів, що захищаються від безпосереднього нападу (поріг шкоди);
- b. має існувати прямий причинно-наслідковий зв'язок між дією та шкодою, яка, ймовірно, буде наслідком цієї дії або скоординованої військової операції, невіднятною частиною якої є ця дія (прямий причинний зв'язок); та
- c. дія має бути конкретно спрямована на те, щоб безпосередньо спричинити необхідний поріг шкоди на підтримку однієї сторони конфлікту та на шкоду іншій (зв'язок із стороною, що воює)».¹²⁹⁴

661. Цивільні особи, які беруть безпосередню участь у воєнних діях, втрачають захист від безпосереднього нападу на час такої участі.¹²⁹⁵ Лише активна участь у воєнних діях може (тимчасово) призупинити захист цивільних осіб від безпосереднього нападу.¹²⁹⁶ Це єдиний виняток з абсолютної заборони спрямовувати напади на цивільних осіб чи цивільне населення.¹²⁹⁷

¹²⁹¹ МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Галича*, п. 48.

¹²⁹² МКЧХ. Як закон захищає під час війни? [Безпосередня участь у бойових діях](#).

¹²⁹³ МКЧХ. [Пояснювальні вказівки щодо поняття «безпосередня участь у воєнних діях». Частина 1. Рекомендації МКЧХ щодо тлумачення міжнародного гуманітарного права стосовно поняття безпосередньої участі у воєнних діях](#).

¹²⁹⁴ [МКЧХ](#). Рекомендації щодо тлумачення поняття «безпосередня участь у воєнних діях», с. 46.

¹²⁹⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(3); МКЧХ. [Пояснювальні вказівки](#) щодо поняття «безпосередня участь у воєнних діях», с. 26. Див. також: МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Галича*, п. 48 («Захист від нападу, який надається окремим цивільним особам статтею 51 Додаткового протоколу I, призупиняється, якщо й на той час, коли вони безпосередньо беруть участь у воєнних діях») (виноски опущено).

¹²⁹⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(3); МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 883 («[...] Відповідно до МГП цивільні особи підлягають захисту, і вони втрачають цей захист лише через активну участь у воєнних діях та на час такої участі») (стосовно злочину нападу на цивільних осіб згідно зі статтею 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹²⁹⁷ МКТЮ, *Прліч та ін.*, *Рішення Судової палати*, том I з VI, абз. 189 («[...] Апеляційна палата зазначила, що заборона нападів на цивільних осіб є абсолютною»); МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Бласкіча*, п. 109 («Апеляційна палата підкреслює, що в міжнародному звичаєвому праві існує абсолютна заборона нападів на цивільних осіб»); МКТЮ, *Рішення апеляційної палати у справі Драгоміра Мілошевича*, п. 53 («У міжнародному звичаєвому праві існує абсолютна заборона нападів на цивільних осіб, включно з нападами невідбиркового характеру») (виноски опущено).

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ГАЛИЧА, П. 130 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Апеляційна палата раніше підкреслювала, що «у міжнародному звичаєвому праві існує абсолютна заборона нападів на цивільних осіб» і що «норму щодо заборони нападу на цивільних осіб і цивільні об'єкти не може бути порушено через військову необхідність». Отже, Судова палата правильно постановила, що заборона нападів на цивільних осіб і цивільне населення «не містить жодних винятків [і] не передбачає відступу від цієї норми через посилення на військову необхідність».

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КАТАНГИ, П. 800 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)¹²⁹⁸

Палата нагадує, що [заборона безпосереднього скерування нападу на цивільних осіб] за жодних обставин не може усуватися військовою необхідністю. Отже, заборона безпосереднього нападу на цивільне населення є абсолютною і поширюється як на міжнародні, так і на неміжнародні збройні конфлікти.

662. Напади невибіркового характеру. Невибіркові напади — це напади, що не спрямовані на конкретний військовий об'єкт, або що застосовують засоби й методи ведення війни, що не можуть бути спрямовані на конкретний воєнний об'єкт, або застосовують засоби й методи ведення війни, дія яких не може бути обмежена.¹²⁹⁹ Напади, під час яких кілька чітко відокремлених та відмінних військових цілей розглядаються як єдині, або напади, що, як очікується, завдадуть надмірної шкоди цивільному життю чи інфраструктурі, є також нападами невибіркового характеру.¹³⁰⁰ Цей тип нападів може бути прирівняний до нападів на цивільне населення. Однак такий висновок не є автоматичним, а має робитися в кожному конкретному випадку.¹³⁰¹

¹²⁹⁸ Стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(е)(і) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

¹²⁹⁹ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(4).

¹³⁰⁰ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(5), підпункти а і в.

¹³⁰¹ МКС, *Рішення Судової палати у справі Катанги*, п. 802 («Слід зазначити, що напади невибіркового характеру, заборонені нормою звичаю, можуть кваліфікуватися як умисні напади на цивільне населення або окремих цивільних осіб, особливо якщо шкода, заподіяна цивільним особам, настільки велика, що Палата вважає, що особа, що вчинила злочин, збиралася зробити об'єктом нападу цивільні цілі. Використання зброї невибіркового характеру може, зокрема, свідчити про те, що напад було спрямовано на цивільне населення або окремих цивільних осіб. У зв'язку з цим Палата зазначає, що напад невибіркового характеру не означає автоматично напад на цивільне населення згідно зі статтею 8(2)(е)(і), оскільки суб'єктивний елемент є вирішальним щодо другої справи») (виноски опущено) (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(е)(і) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том I з VI, п. 190 («Апеляційна палата постановила, що напад із застосуванням зброї, яка за своїм характером не може відрізнити військові об'єкти від цивільних об'єктів, може бути рівнозначним безпосередньому нападу на цивільних осіб. Таке визначення буде робитися в кожному конкретному випадку на основі наявних доказів») (виноски опущено).

**МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ [МАРТІЧА](#), П. 69
(ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)**

[...] Напади невибіркового характеру, тобто напади, які однаково шкодять цивільним особам або цивільним об'єктам та військовим об'єктам, також можуть кваліфікуватися як безпосередні напади на цивільних осіб. У зв'язку з цим можна зробити висновок про безпосередній напад на цивільних осіб, виходячи з невибіркового характеру використаної зброї.

**МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ [НТАГАНДИ](#), П. 921
(ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)¹³⁰²**

[Военний злочин] може охоплювати напади, що здійснюються невибірково, тобто спрямовані на територію, а не на конкретні об'єкти, або без спрямування на конкретні військові об'єкти чи осіб, які беруть безпосередню участь у воєнних діях, якщо особи, що вчинила злочин, було відомо про присутність цивільних осіб на відповідній території. Він також може включати напади, розпочаті без вжиття необхідних запобіжних заходів для захисту цивільного населення або окремих цивільних осіб. Отже, використання зброї, що за своєю суттю діє невибірково, в районі, де присутні цивільні особи, може бути нападом, спрямованим на цивільне населення або окремих цивільних осіб.

663. **Випадкова шкода / непропорційні напади.** Як визнається у витягу з наведеного нижче рішення, у практиці МКС воєнним злочином не буде завдання випадкової шкоди цивільному населенню або шкоди, спричиненої нападами на військові об'єкти.¹³⁰³

¹³⁰² Стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

¹³⁰³ МКС, *Рішення Судової палати у справі Катанги*, п. 802 («Важливо [...] встановити, що основним об'єктом нападу було цивільне населення або окремі цивільні особи. Отже, ситуації, в яких напад спрямовано на військовий об'єкт, а цивільні особи постраждали випадково, не підпадають під дію статті 8(2)(e)(i)») (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОНГВЕНА, П. 2760 (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНО)¹³⁰⁴

Цивільне населення або окремі цивільні особи повинні бути *головним* об'єктом «нападу»; не достатньо того, що напад, спрямований на військові об'єкти, випадково зачіпає цивільних осіб. Зусилля щодо дотримання норм міжнародного гуманітарного права мають важливе значення в цьому контексті, включно з принципом розрізнення між законними цілями та особами чи об'єктами, які перебувають під захистом, та обов'язком вживати запобіжних заходів. Залежно від обставин, цивільне населення все ще може кваліфікуватися як основний об'єкт нападу в ситуації, коли відбувається напад на змішану військово-цивільну позицію.

с. Визначення нападу на цивільних осіб (суб'єктивні елементи)¹³⁰⁵

664. Суб'єктивні елементи воєнного злочину згідно зі [Статутом МКС](#) передбачають, що особа, що вчинила злочин, (1) умисно скерувала напад; (2) особа, що вчинила злочин, мала намір зробити об'єктом нападу цивільне населення як таке або окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях; і (3) особа, що вчинила злочин, знала про цивільний статус населення або окремих цивільних осіб.¹³⁰⁶

МКС, РІШЕННЯ ПРО ПІДТВЕРДЖЕННЯ ЗВИНУВАЧЕНЬ У СПРАВІ КАТАНГИ ТА НГУДЖОЛО ЧУЇ, П. 271 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Що стосується суб'єктивних елементів, крім стандартної вимоги щодо *mens rea*, передбаченої статтею 30 Статуту, особа, що вчинила злочин, повинна мати намір зробити об'єктом нападу окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях, або цивільне населення. Отже, це правопорушення найперше може бути скоєне з *dolus directus* першого ступеня.

665. Зокрема, в контексті наміру зробити об'єктом нападу цивільних осіб чи цивільне населення Судова палата МКС у справі Катанги постановила таке:

¹³⁰⁴ Стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(е)(і) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

¹³⁰⁵ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹³⁰⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(i); [Статут МКС](#), стаття 30; МКС, [Рішення Судової палати у справі Катанги](#), п. 808 («Щоб встановити суб'єктивну сторону злочину, особа, що вчинила злочин, повинна (1) умисно скерувати напад; (2) передбачати, що об'єктом нападу стане цивільне населення або окремі цивільні особи; (3) бути обізнаною про цивільний характер населення або цивільних осіб, які не беруть участі у воєнних діях; і (4) бути обізнаною про фактичні обставини, що свідчать про наявність збройного конфлікту») (виноска опущено) (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(е)(і) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КАТАНГІ, П. 806 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)¹³⁰⁷

Палата зазначає [...], що стаття 8(2)(е)(і)(3) Елементів злочинів передбачає наступний конкретний суб'єктивний елемент: «Особа, що вчинила злочин, мала на меті намір зробити об'єктом нападу цивільне населення як таке або окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у військових діях». На думку Палати, цей конкретний елемент є, по суті, повторенням статті 30(2)(а). Дійсно, Палата вважає, що другий елемент Елементів злочинів, а саме те, що «об'єктом нападу було цивільне населення як таке або окремі цивільні особи, що не брали безпосередньої участі у військових діях», має розглядатись як діяння.

666. У тому, що стосується МКТЮ, судова практика Трибуналу визнала вимогу *mens rea*, визнану в положенні про серйозні порушення [Додаткового протоколу I](#), а саме: умисно зробити цивільне населення або окремих цивільних осіб об'єктом нападу.¹³⁰⁸

МКТЮ, ПРЛІЧ ТА ІН., РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ, ТОМ 1, П. 192 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

У тому, що стосується суб'єктивної сторони, необхідної для встановлення злочину нападу на цивільне населення, прецедентне право Трибуналу встановило, що особа, що вчинила злочин, повинна діяти з умислом, що охоплює *dolus eventualis*, але виключає недбалість. [...] Отже, щоб існував умисел, особа, що вчинила злочин, повинна діяти свідомо та умисно, тобто усвідомлювати свої дії та їхні наслідки та мати на меті їх реалізацію. *Dolus eventualis* має місце тоді, коли особа, що вчинила злочин, не бувши впевненою в тому, що результату буде досягнуто, погоджується з ним у випадку, якщо він стається. Поведінка є недбалою, коли особа, що вчинила злочин, діє, не маючи на увазі дії чи її наслідків.

¹³⁰⁷ Стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(е)(і) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

¹³⁰⁸ [Додатковий протокол I](#), стаття 85(3)(а); [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 3474 («[...] з власної волі (умисно): підсудний повинен був діяти свідомо і з наміром, тобто з думкою про дію або її наслідки й бажанням («злочинний намір» або «заздалегідь обдуманний злий умисел»); це охоплює поняття «неправомірного наміру» тобто, ставлення суб'єкта, який, не будучи впевненим у конкретному результаті, допускає можливість його настання; з іншого боку, не охоплюється звичайна недбалість або непередбачливість, тобто коли людина діє, не маючи уявлення про вчинок або його наслідки (хоча невжиття необхідних заходів обережності, зокрема, невжиття заходів з пошуку точної інформації, становить злочинну недбалість, яка карається щонайменше дисциплінарними стягненнями)» (виноски опущено). Див. також МКТЮ, Рішення Судової палати у справі [Галича](#), п. 62 («Судова палата вважає, що напад на цивільне населення може підпадати під статтю 3 згідно з міжнародним звичаєвим правом, а в цьому випадку також згідно з конвенційним правом, і складається з актів насильства, умисно спрямованих проти цивільного населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у військових діях, що спричинили смерть, тяжкі тілесні ушкодження чи шкоду здоров'ю цивільного населення») (виноски опущено); МКТЮ, Рішення Апеляційної палати у справі [Стругара](#), п. 270 («[...] Вимога *mens rea* виконується, якщо було доведено, що акти насильства, які становлять цей злочин, були умисно спрямовані проти цивільних осіб, тобто або умисно проти них, або через безвідповідальність») (виноски опущено).

667. Висновок про намір зробити об'єктом нападу окремих цивільних осіб або цивільне населення як таке може бути зроблений на основі різних чинників, які включають «засоби та методи, використані під час нападу, кількість і статус жертв, дискримінаційний характер нападу або, залежно від обставин, характер дії, що становить напад».¹³⁰⁹

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ СТРУГАРА, П. 271 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

«Умисел зробити об'єктом нападу цивільних осіб можна довести на основі прямих чи непрямих доказів. [...] Визначення того, чи були цивільні особи об'єктом нападу, є предметом аналізу в кожному конкретному випадку на основі різноманітних чинників, які включають засоби та метод, застосовані під час нападу, відстань між потерпілою особою та джерелом вогню, бойові дії, що тривали під час і в місці інциденту, наявність військових дій або військових об'єктів поблизу інциденту, статус жертв, їхній зовнішній вигляд, а також характер злочинів, скоєних під час нападу».

668. У тому, що стосується цивільного статусу особи, сторона обвинувачення повинна встановити, що «за обставин, які склалися на відповідний час, розумна особа не могла вважати, що особа чи група, на яку вона напала, [...] брала безпосередню участь у бойових діях».¹³¹⁰

¹³⁰⁹ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 807 (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(е)(і) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 921 («[Воєнний злочин] може включати напади, що здійснюються невибірково чинном, тобто шляхом спрямування нападу на територію, а не на конкретні об'єкти, або без спрямування на конкретні військові об'єкти чи осіб, що беруть безпосередню участь у воєнних діях, якщо особі, що вчинила злочин, було відомо про присутність цивільних осіб на відповідній території. Він також може включати напади, розпочаті без вжиття необхідних запобіжних заходів для захисту цивільного населення або окремих цивільних осіб. Отже, використання зброї, що за своєю суттю діє невибірково, в районі, де присутні цивільні особи, може становити напад, спрямований на цивільне населення або окремих цивільних осіб») (виноски опущено) (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(е)(і) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Галича](#), п. 132 («[...] судова палата мала право в кожному конкретному випадку ухвалювати рішення про те, що невибірково характер нападу може допомогти їй у визначенні того, чи був напад спрямований проти цивільного населення»); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Мартіча*, п. 69 («Зокрема, напади невибіркового характеру, тобто напади, що однаково шкодять цивільним особам або цивільним об'єктам та військовим об'єктам, також можуть кваліфікуватися як безпосередні напади на цивільних осіб. У зв'язку з цим можна зробити висновок про безпосередній напад на цивільних осіб, виходячи з невибіркового характеру використаної зброї») (виноски опущено).

¹³¹⁰ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 921 (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(е)(і) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародного збройного конфлікту, це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Див. також МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 48 («Апеляційна палата зазначає, що імперативне твердження «у разі сумніву» обмежується очікуваною поведінкою військового. Однак, якщо йдеться про кримінальну відповідальність останнього, тягар доведення того, чи є особа цивільною, покладається на сторону обвинувачення») (виноски опущено); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Галича*, п. 50 («Судова палата розуміє, що особа не повинна ставати об'єктом нападу, якщо з огляду на обставини, в яких перебуває особа, що планує напад, і зокрема, на інформацію, доступну останній, нерозумно вважати, що потенційна ціль є комбатантом»).

669. Крім того, військовий злочин нападу на цивільних осіб може бути скоєно, коли особа, що вчинила злочин, мала намір одночасно здійснювати напад на військові та цивільні об'єкти.¹³¹¹

МКС, РІШЕННЯ ПРО ПІДТВЕРДЖЕННЯ ЗВИНУВАЧЕНЬ У СПРАВІ КАТАНГИ ТА НГУДЖОЛО ЧУЇ, ПП. 272-274 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

272. [...] Щойно особи, що вчинили злочин, починають напад з наміром зробити його об'єктом окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у військових діях, або на цивільне населення, злочин вважається скоєним. Це стається у випадку, коли єдиною ціллю нападу є окремі цивільні особи, що не беруть безпосередньої участі у військових діях, або цивільне населення.

273. Злочин також є скоєним, коли особа, що вчинила злочин, здійснює напад із двома чіткими конкретними цілями: (i) здійснити напад на військовий об'єкт у значенні статей 51 і 52 ДП I і одночасно (ii) здійснити напад на цивільне населення або окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у військових діях, які проживають поблизу. У такому випадку злочин вчиняється, якщо напад здійснюється на село, яке має значну військову цінність через своє стратегічне розташування, і якщо у селі перебувають дві різні цілі:

(i) захисні сили противника або ворожої сторони, що контролюють село (тобто, якщо лише поразка цих сил дозволить стороні, що нападає, встановити контроль над селом); і
(ii) цивільне населення села, якщо воно є прихильним противнику або ворожій стороні, яка контролює село, що змушує сили, що атакують, вважати «знищення» цього цивільного населення найкращим методом для забезпечення контролю над селом, щойно воно захоплене.

274. Такий другий тип випадків слід відрізнити від інших ситуацій, у яких напад розпочинається з конкретною метою атакувати лише військовий об'єкт, хоча й з усвідомленням того, що випадкова втрата життя чи поранення цивільних осіб буде або може бути наслідком такого нападу.

¹³¹¹ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 802 («Палата вважає, що наявність злочину може бути встановлено, навіть якщо військова операція також була спрямована на законний військовий об'єкт») (виноски опущено) (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Нтаганди*, п. 923 («Частина нападів під час таких штурмів могла становити вогонь по бійцях противника та військових об'єктах. Однак Палата визнає, що під час своєї операції солдати армії UPC/FPLC без розбору атакували всіх представників ленду, як цивільних, так і військових. Армія UPC/FPLC не робила жодної різниці між ними, оскільки окрім нападу на сили противника, вона фактично також мала намір здійснити напад на цивільних осіб народності ленду. За оцінкою Палати, хоча солдати армії UPC/FPLC дійсно мали намір здійснити напад на APC та інших бійців ленду в Монгбвалу, оскільки це впливає з цілей організації та наданих наказів, але вони так само мали намір атакувати цивільних осіб. Цивільне населення ленду в населених пунктах Монгбвалу та Сайо було одним з об'єктів нападу. [...]») (стосовно злочину нападу на цивільних осіб відповідно до статті 8(2)(e)(i) Статуту МКС, що застосовується до міжнародного збройного конфлікту, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

d. Контекстуальні елементи

670. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним,¹³¹² та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹³¹³

- ii. Умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ii); Статут МКТЮ, стаття 3)

ЗАСТОСОВНІСТЬ. За воєнний злочин умисного спрямування нападів на цивільні об'єкти (далі — «нападу на цивільні об'єкти») може бути передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України, оскільки він підпадає під поняття «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

ЕЛЕМЕНТИ ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині нападів на цивільні об'єкти необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивний елемент

- Особа, яка вчинила злочин, спрямувала напад.
- Об'єктом нападу були цивільні об'єкти, тобто об'єкти, які не є військовими.

2. Суб'єктивний елемент

- Особа, яка вчинила злочин, умисно спрямувала напад.
- Особа, яка вчинила злочин, умисно зробила об'єктом нападу цивільні об'єкти.
- Особі, яка вчинила злочин, було відомо про цивільний статус об'єктів.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

a. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

671. Хоча про це прямо не зазначено у статті 438 КК України, умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти («напади на цивільні об'єкти») можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними

¹³¹² Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(i).

¹³¹³ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(i).

договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено в частині першій статті 438. Як пояснюється нижче, напади на цивільні об'єкти заборонено міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Крім того, порушення цієї заборони визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

672. Напади на цивільні об'єкти є порушенням міжнародного гуманітарного права, відображеного в міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Заборона прямих нападів на цивільні об'єкти впливає з принципу розрізнення МГП, який є одним із «основних принципів, що містяться в тексті, що становить основу гуманітарного права».¹³¹⁴ Зокрема, принцип розрізнення цивільних та військових об'єктів кодифікований у статтях 48 та 52 [Додаткового протоколу I](#), ратифікованого Україною.¹³¹⁵ Перша з них передбачає, що «для забезпечення поваги й захисту цивільного населення та цивільних об'єктів сторони, що перебувають у конфлікті, повинні завжди розрізняти цивільне населення й комбатантів, а також цивільні й воєнні об'єкти та відповідно спрямовувати свої дії тільки проти воєнних об'єктів».¹³¹⁶ Стаття 52(1) [Додаткового протоколу I](#) підтверджує імунітет цивільних об'єктів, зазначаючи, що «цивільні об'єкти не повинні бути об'єктом нападу або репресалій».¹³¹⁷ Отже, для цілей статті 438 КК України заборона спрямування нападів на цивільні об'єкти є порушенням законів та звичаїв війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.¹³¹⁸

673. **Визнання воєнним злочином.** Напади на цивільні об'єкти чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(ii) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародного збройного конфлікту.¹³¹⁹ Хоча це прямо не згадується в [Статуті МКТЮ](#), судова практика МКТЮ визначила, що напад на цивільні об'єкти є порушенням законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 [Статуту МКТЮ](#).¹³²⁰

¹³¹⁴ МС. [Консультативний висновок](#) щодо законності загрози або використання ядерної зброї, п. 78.

¹³¹⁵ Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#). Стосовно неміжнародних збройних конфліктів, стаття 13 [Додаткового протоколу II](#) прямо не забороняє напади на цивільні об'єкти. Однак стверджувалося, що загальний захист, який надається цивільному населенню та окремим цивільним особам на основі статті 13(1) [Додаткового протоколу II](#), є достатньо широким, щоб включати таку заборону. Див. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 7. Принцип розрізнення цивільних та військових об'єктів](#). Див. також: МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Стругара](#), п. 224 («Палата [...] робить висновок, що попри відсутність положення, подібного до статті 52 у Додатковому протоколі II, загальне правило, яке забороняє напади на цивільні об'єкти, також застосовується до внутрішніх конфліктів»).

¹³¹⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 48.

¹³¹⁷ Див. [Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I](#), п. 2011.

¹³¹⁸ Принцип розрізнення цивільних та військових об'єктів також визнається нормою міжнародного звичаєвого права. Див. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 7. Принцип розрізнення цивільних та військових об'єктів](#).

¹³¹⁹ Це правопорушення входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах» відповідно до статті 8(2) [Статуту МКС](#). У Статуті МКС немає еквівалентного злочину в контексті неміжнародного збройного конфлікту.

¹³²⁰ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі [Бласкіча](#), п. 267-268 («[...] генерал Бласкіч скоїв: — порушення законів і звичаїв війни, передбачене статтею 3 Статуту та визнане статтею 52(1) Додаткового протоколу I: незаконні напади на цивільні об'єкти (пункт 4)»); МКТЮ, [Рішення судової палати](#) у справі [Кордіча і Черкеза](#), п. 834 («[...] Судова палата визнає обвинуваченого Даріо Кордіча відповідальним за статтею 7(1) за такими пунктами: (а)

674. Зазначені чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за напад на цивільні об'єкти відповідно до частини першої статті 438 КК України.

b. Визначення нападу на цивільні об'єкти (об'єктивні елементи)

675. Об'єктивними елементами воєнного злочину є такі: (1) особа, яка вчинила злочин, спрямувала напад; і (2) об'єктом нападу були цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими.¹³²¹

676. **Особа, яка вчинила злочин, спрямувала напад.** Відповідно до статті 49 [Додаткового протоколу I](#) «напад» означає «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони».¹³²²

677. **Умова щодо результату.** У питанні про те, чи є наявність конкретного результату умовою нападу на цивільні об'єкти, були ухвалені різні підходи залежно від застосовного права — міжнародного звичаєвого права (МКТЮ) або міжнародного договірної права (МКС).

678. [Статут МКС](#) та [Елементи злочинів МКС](#) не містять вимоги про те, що напади на цивільні об'єкти мають спричинити певний результат, наприклад фактичну шкоду цивільним об'єктам.¹³²³

679. Утім, МКТЮ на підставі своєї судової практики встановив, що, відповідно до звичаєвого права, для того, щоб прямі напади на цивільні об'єкти підпадали під дію статті 3 (порушення законів і звичаїв війни) [Статуту МКТЮ](#), вони повинні завдавати шкоди.¹³²⁴ У питанні розміру шкоди, яка повинна бути завдана,

[...] пункт 4 (незаконні напади на цивільні об'єкти) [...]»); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Стругара*, п. 289 («[...] Палата визнає, що ознаки злочину нападів на цивільне населення та цивільні об'єкти встановлено»).

¹³²¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(ii).

¹³²² Для отримання додаткової інформації див. воєнний злочин нападу на цивільних осіб.

¹³²³ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н.Векс; Оксфорд: Hart; Баден-Баден: Nomos, 2016, с. 365, п. 215; («Як і у випадку воєнного злочину нападу на цивільних осіб, елементи не містять умови щодо наявності певного спричиненого результату — всупереч практиці МКТЮ»); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) («Більшість воєнних злочинів пов'язана зі смертю, пораненнями, знищенням або незаконним заволодінням майном. Однак, щоб вважатися воєнними злочинами, не всі такі дії мають обов'язково призвести до фактичної шкоди особам або об'єктам. Це стало очевидним під час підготовки Елементів злочинів для Міжнародного кримінального суду. Було вирішено, *наприклад*, що достатньо розпочати напад на цивільних осіб або цивільні об'єкти, навіть якщо щось несподівано завадило спричиненню смерті або серйозних поранень під час нападу»).

¹³²⁴ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бласкіча*, п. 180 («[...] Судова палата вважає, що напад повинен був спричинити загибель та/або серйозні тілесні ушкодження цивільного населенню або завдати шкоди цивільним об'єктам»); МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, пп. 66-67 («Апеляційна палата вважає, що в той час, коли стався незаконний напад, що розглядається у цій справі, не було підстав для висновку про те, що, з погляду звичаєвого міжнародного права, практика держав або *opinio juris* призвели до перетворення заборон за статтями 51 і 52 Додаткового протоколу I у міжнародні злочини в такий спосіб, що незаконні напади в основному каралися незалежно від наявності серйозних результатів. Державна практика не була врегульованою, оскільки деякі держави вимагали доказів серйозних тілесних ушкоджень, смерті чи шкоди відповідно до свого національного кримінального законодавства, тоді як інші цього не вимагали. З вищезазначених причин Апеляційна палата не переконана, що у відповідний час порушення статей 51 і 52 Додаткового протоколу I призводило до індивідуальної кримінальної відповідальності за статтею 3 Статуту,

Апеляційна палата МКТЮ у справі *Кордіча та Черкеза* постановила, що «злочин незаконного нападу на цивільні об'єкти не потребує доказів конкретного обсягу руйнувань цивільних об'єктів, якщо існують докази, які поза розумним сумнівом доводять той факт, що напади на цивільні об'єкти здійснювались умисно».¹³²⁵

680. **Об'єктом нападу були цивільні об'єкти.** У практиці МКС та МКТЮ «цивільні об'єкти» визначаються з посиланням на статтю 52(1) [Додаткового протоколу I](#), де зазначено, що «цивільними об'єктами є всі ті об'єкти, які не є воєнними об'єктами».¹³²⁶ Стаття 52(2) [Додаткового протоколу I](#) визначає воєнні об'єкти як «об'єкти, які через свій характер, розміщення, призначення або використання вносять ефективний вклад у воєнні дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких за існуючих у даний момент обставин дає явну воєнну перевагу».
681. Оскільки в судовій практиці стаття 52(2) [Додаткового протоколу I](#) використовується для визначення воєнних об'єктів, МГП може бути джерелом додаткових вказівок щодо тлумачення цього поняття. З огляду на наведене вище визначення, для того, щоб об'єкт кваліфікувався як військовий, він має відповідати двом критеріям одночасно.¹³²⁷
682. По-перше, через свій характер, розміщення, призначення або використання об'єкт має робити ефективний внесок у воєнні дії.¹³²⁸ Вищезазначені кваліфікаційні характеристики аналізуються нижче:

без спричинення смерті, тяжкого тілесного ушкодження чи шкоди здоров'ю, або наслідків, зазначених у статті 3 Статуту, або наслідків аналогічної тяжкості. Отже, у своєму рішенні Апеляційна палата вважатиме, що кримінальна відповідальність за незаконний напад на цивільних осіб або цивільні об'єкти вимагає доказів у вигляді результату, який випливає з незаконного нападу» (виноски опущено); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Стругара*, п. 280 («[...] Апеляційна палата підтвердила, що кримінальна відповідальність за незаконні напади потребує доказу у вигляді результату, а саме загибелі чи поранення цивільних осіб або пошкодження цивільних об'єктів») (виноски опущено).

¹³²⁵ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 453.

¹³²⁶ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 53 («Стаття 52(1) Додаткового протоколу I прямо забороняє напади або репресалії по відношенню до цивільних об'єктів. Вона визначає цивільні об'єкти як «всі ті об'єкти, які не є військовими об'єктами». Крім того, стаття 52(1) визначає, що воєнні об'єкти «обмежуються тими об'єктами, які через свій характер, розміщення, призначення або використання вносять ефективний вклад у воєнні дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких за існуючих у даний момент обставин дає явну воєнну перевагу»); МКТЮ, [Рішення відповідно до норми 98bis](#) у справі *Стругара*, п. 62 («Стосовно пункту 5 Палата зазначає, що цивільні об'єкти користуються таким же рівнем захисту, що й цивільне населення. Стаття 52 Додаткового протоколу I передбачає, що «цивільні об'єкти не повинні бути об'єктом нападу або репресалій» та «цивільними об'єктами є всі ті об'єкти, які не є воєнними об'єктами». «Воєнні об'єкти «обмежуються тими об'єктами, які через свій характер, розміщення, призначення або використання вносять ефективний вклад у воєнні дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких за існуючих у даний момент обставин дає явну воєнну перевагу» (виноски опущено). МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онґвена*, п. 2777 (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» за статтею 8(2)(e)(xii) Статуту МКС, але це міркування може також застосовуватися *tutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹³²⁷ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н.Веєк; Оксфорд: Hart; Баден-Баден: Nomos, 2016, с. 363 пп. 210-211; [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2018.

¹³²⁸ [Додатковий протокол I](#), стаття 52(2).

- «Характер»: ця категорія стосується об'єктів, що мають «якісь притаманні їм властивості, що *eo ipso* роблять ефективний внесок у воєнні дії». ¹³²⁹
- «Розташування»: об'єкти, які за своїм характером не мають військового призначення, проте внаслідок свого розташування сприяють воєнним діям, підпадають під цю категорію. ¹³³⁰
- «Призначення»: ця категорія стосується «запланованого майбутнього використання об'єкта» для підтримки воєнних дій. ¹³³¹
- «Використання»: до цієї категорії належать об'єкти цивільного характеру, які спрямовано на «реальне використання у воєнних цілях». ¹³³² У зв'язку з цим у практиці МКТЮ зазначається, що «[у] разі сумніву в тому, чи використовується для ефективної підтримки воєнних дій об'єкт, який зазвичай призначений для цивільних цілей, наприклад, місце відправлення культу, житловий будинок чи інші житлові будови або школа, слід робити припущення про те, що такий об'єкт не використовується у воєнних цілях». ¹³³³

683. По-друге, руйнування, захоплення або нейтралізація об'єкта має забезпечувати певну воєнну перевагу в обставинах, що існують у відповідний момент. ¹³³⁴ На додаток до того факту, що перевага має мати воєнний характер, ¹³³⁵ використання формулювань «певний» і «в обставинах, що існують у відповідний момент» виключає воєнні переваги, що є «можливими або невизначеними». ¹³³⁶ До того ж, термін «певна воєнна перевага» тлумачиться як таке, що означає воєнну перевагу, «передбачувану як результат нападу загалом, а не лише як результат окремих чи конкретних складових нападу». ¹³³⁷ Крім того, Судова палата у справі Онгвена визначила, що «наявність «воєнної переваги» у результаті дії

¹³²⁹ Дінштайн. *Ведення бойових дій згідно з правом міжнародних збройних конфліктів*. 4-е видання, Кембридж: Cambridge University Press, 2022, с. 127, п. 361.

¹³³⁰ Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I, п. 2021.

¹³³¹ Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I, п. 2022.

¹³³² Дінштайн. *Ведення бойових дій згідно з правом міжнародних збройних конфліктів*. 4-те видання, Кембридж: Cambridge University Press, 2022, с. 129, п. 363. Див. також: Мельцер, *Міжнародне гуманітарне право*. Розгорнений вступ, МКЧХ, 2016, с. 93 («Очікуваний негативний вплив на цивільне населення нападу на об'єкт подвійного призначення не має значення для його класифікації як воєнного об'єкта [...]»). Щодо застосування принципу пропорційності до об'єктів подвійного призначення див. воєнний злочин надмірної випадкової загибелі, поранення або шкоди.

¹³³³ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 53; МКТЮ, [Рішення відповідно до норми 98bis](#) у справі *Стругара*, п. 62 («У разі сумніву щодо того, чи використовується об'єкт у цивільних або воєнних цілях, об'єкт вважається таким, що не використовується у воєнних цілях»).

¹³³⁴ [Додатковий протокол I](#), стаття 52(2).

¹³³⁵ Див.: Дінштайн. *Ведення бойових дій згідно з правом міжнародних збройних конфліктів*. 4-те видання, Кембридж: Cambridge University Press, 2022, с. 122, пп. 344-345.

¹³³⁶ Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I, п. 2024; Див. також [Рішення Судової палати у справі Онгвена](#), п. 2777 («[...] така перевага має бути однозначною і в жодному разі не може бути невизначеною чи можливою») (виноска опущено) (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» за статтею 8(2)(e)(xii) Статуту МКС, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹³³⁷ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-те видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 362-363, п. 211.

необхідно оцінювати з погляду нападника по відношенню до кожного об'єкта, на який здійснювався напад [...]».¹³³⁸

684. Цивільні об'єкти можуть ставати об'єктами нападу лише в тому випадку, якщо та у той час, коли вони стають воєнними об'єктами, тобто роблять ефективний внесок у воєнні дії через своє розташування, призначення або використання, а їх знищення забезпечує певну військову перевагу в обставинах, що склалися на відповідний момент.¹³³⁹ На воєнну необхідність не можна посилалися як на виняток із норми про заборону нападів на цивільні об'єкти.¹³⁴⁰

с. Визначення нападу на цивільні об'єкти (суб'єктивні елементи)¹³⁴¹

685. Суб'єктивні елементи воєнного злочину згідно зі Статутом МКС передбачають, що: (1) особа, що вчинила злочин, умисно скерувала напад; (2) особа, що вчинила злочин, мала намір зробити об'єктом нападу цивільні об'єкти; і (3) особа, що вчинила злочин, знала про цивільний статус об'єктів.¹³⁴²

686. Для тлумачення суб'єктивних елементів див. інформацію про воєнний злочин нападу на цивільних осіб.¹³⁴³

¹³³⁸ МКС, Рішення Судової палати у справі Онгвена, п. 2777 (стосовно правопорушення «знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту» за статтею 8(2)(e)(xii) Статуту МКС, але це міркування може також застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹³³⁹ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 364, п. 213.

¹³⁴⁰ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н.Веєк; Оксфорд: Hart; Баден-Баден: Nomos, 2016, с. 364, п. 213 («Коли заборона нападу на цивільні об'єкти є абсолютною, немає підстав для посилення на воєнну необхідність») (виноска опущено); МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Стругара*, п. 330 («Апеляційна палата погоджується з тим, що згідно з попередньою судовою практикою елемент відсутності виправдання воєнною необхідністю, присутній у злочині спустошення, не виправданого воєнною необхідністю (пункт 4), насправді відсутній у злочині нападу на цивільні об'єкти (пункт 5)») (виноска опущено).

¹³⁴¹ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹³⁴² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(ii); [Статут МКС](#), стаття 30; МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 808 («Щоб встановити суб'єктивну сторону злочину, особа, що вчинила злочин, повинна (1) умисно скерувати напад; (2) передбачати, що об'єктом нападу стане цивільне населення або окремі цивільні особи; (3) бути обізнаною про цивільний характер населення або цивільних осіб, які не беруть участі у воєнних діях; і (4) бути обізнаною про фактичні обставини, що свідчать про наявність збройного конфлікту») (виноска опущено); Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н.Веєк; Оксфорд: Hart; Баден-Баден: Nomos, 2016, с. 365, п. 216 («Стосовно необхідної суб'єктивної сторони злочину, можна зробити посилання на пояснення щодо воєнного злочину нападу на цивільне населення [...]. Такий самий підхід застосовувався *mutatis mutandis* по відношенню до всіх злочинів, що включали незаконні напади») (виноска опущено).

¹³⁴³ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н.Веєк; Оксфорд: Hart; Баден-Баден: Nomos, 2016, с. 365, п. 216 («Стосовно необхідної суб'єктивної сторони злочину, можна зробити посилання на пояснення щодо воєнного злочину нападу на цивільне населення [...]. Такий самий підхід застосовувався *mutatis mutandis* по відношенню до всіх злочинів, що включали незаконні напади») (виноска опущено).

687. У тому, що стосується МКТЮ, згідно з практикою Трибуналу, напади на цивільні об'єкти повинні здійснюватися «умисно з усвідомленням їхнього характеру, або коли неможливо було не знати, що напад здійснювався на [...] цивільні об'єкти».¹³⁴⁴

d. Контекстуальні елементи

688. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹³⁴⁵ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹³⁴⁶

¹³⁴⁴ МКТЮ, [Рішення відповідно до норми 98bis](#) у справі *Стругара*, п. 63; МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Стругара*, п. 283 («Отже, Палата приходить до висновку, що злочин нападів на цивільних осіб або цивільні об'єкти, будучи злочином, що підпадає під сферу дії статті 3 Статуту, є, в контексті свого *actus reus*, нападом, спрямованим проти цивільного населення або окремих цивільних осіб, або цивільних об'єктів, що спричиняє загибель та/або серйозні поранення цивільного населення або завдає шкоди цивільним об'єктам. У тому, що стосується *mens rea*, такий напад мав бути здійснений з наміром зробити об'єктом нападу цивільне населення або окремих цивільних осіб, або цивільні об'єкти»); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), п. 180 («Цивільне майно — це будь-яке майно, яке не може законно вважатися військовою ціллю. Такий напад мав бути здійснений умисно, з усвідомленням його характеру, або коли неможливо було не знати, що напад на цивільні особи чи цивільні об'єкти здійснювався не внаслідок воєнної необхідності»).

¹³⁴⁵ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(ii).

¹³⁴⁶ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(ii).

- iii. Умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(iv); Статут МКТЮ, стаття 3)

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за воєнний злочин «умисного вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою» (далі — «непропорційний напад») передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки він підпадає під поняття «інших порушень законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

ЕЛЕМЕНТИ ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині непропорційного нападу необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, спрямувала напад.
- Напад був таким, що мав призвести до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіяти шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, і така загибель чи шкода була б явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, умисно вдалася до нападу.
- Особа, яка вчинила злочин, знала, що напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, і така загибель чи шкода будуть явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

689. Хоча це прямо не зазначено у статті 438 КК України, воєнний злочин «умисного вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової

загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою» («непропорційний напад») можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, такі дії заборонені міжнародними договорами, ратифікованими Україною, і порушення цієї заборони було визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

690. Напад, який здійснюється з усвідомленням того, що він може призвести до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Принцип пропорційності, кодифікований у статтях 51(5)(b) та 57(2)(a) (iii) [Додаткового протоколу I](#) (ратифікованого Україною) забороняє напади на воєнні об'єкти, «котрі, як можна очікувати, викличуть випадкові втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб і завдасть випадкової шкоди цивільним об'єктам або те й інше разом, що було б надмірним щодо конкретної і прямої воєнної переваги, яку передбачається одержати».¹³⁴⁷ Принцип пропорційності застосовується, коли напад спрямований на військовий об'єкт, та йдеться про випадкові наслідки, що очікуються від такого нападу.¹³⁴⁸ Беручи до уваги те, що випадкова шкода цивільному населенню та цивільній інфраструктурі часто неминуча під час воєнних дій, принцип пропорційності «встановлює обмеження щодо допустимого ступеня випадкової шкоди цивільного характеру, пояснюючи, яким чином повинні бути збалансовані військова необхідність та міркування гуманності у таких ситуаціях».¹³⁴⁹
691. Принцип пропорційності «є елементом правової рамки, що спрямована на на реалізацію загального зобов'язання про постійне піклування під час проведення військових операцій про збереження життя цивільних осіб та цивільних об'єктів».¹³⁵⁰ На додаток до принципів розрізнення та запобіжних заходів під

¹³⁴⁷ Коментар МКЧХ щодо [Додаткового протоколу I](#), п. 2205. Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#). Стосовно неміжнародних збройних конфліктів, «хоча Додатковий протокол II не містить прямого посилання на дотримання принципу пропорційності під час нападу, стверджується, втім, що він є невід'ятним принципом гуманності, застосовність якого до Протоколу було чітко закріплено в його преамбулі, а отже, як наслідок, принцип пропорційності не можна ігнорувати під час застосування Протоколу». Див. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 14. Пропорційність нападу](#).

¹³⁴⁸ Коментар МКЧХ щодо [Додаткового протоколу I](#), п. 2212; МКЧХ, [Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом](#). Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 8.

¹³⁴⁹ МКЧХ, [Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом](#). Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 8.

¹³⁵⁰ Емануела-К'яра Гілард, [Пропорційність під час ведення воєнних дій: оцінки випадкової шкоди](#), Chatham House, грудень 2018 р., с. 8, п. 22.

час нападу, правила захисту природного середовища є частиною вищезгаданої правової рамки.¹³⁵¹ Зокрема, стаття 35(3) [Додаткового протоколу I](#) забороняє застосування «методів або засобів ведення воєнних дій, які мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть масштабної, довготривалої та серйозної шкоди природному середовищу». Стаття 55(1) [Додаткового протоколу I](#) повторює наведену вище заборону та пов'язує «масштабну, довготривалу та серйозну шкоду» природному середовищу зі здоров'ям або виживанням цивільного населення.¹³⁵² Отже, відповідно до статті 438 КК України, напад, який здійснюється з усвідомленням того, що він може призвести до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

692. **Визнання воєнним злочином.** У разі умисного вчинення та заподіяння смерті або тяжкого тілесного ушкодження чи шкоди здоров'ю, «здійснення невибіркового нападу на цивільне населення або цивільні об'єкти з усвідомленням того, що такий напад спричинить надмірні втрати життя, поранення цивільних осіб або шкоду для цивільних об'єктів» є серйозним порушенням [Додаткового протоколу I](#) й, отже, воєнним злочином.¹³⁵³
693. [Статут МКС](#) визнає порушення заборони нападів, які, як очікується, призведуть до надмірної випадкової загибелі, поранень або шкоди воєнним злочином, що скоюється у міжнародних збройних конфліктах.¹³⁵⁴ Хоча це прямо не згадується в [Статуті МКТЮ](#), практика МКТЮ містить розгляд застосування принципу пропорційності під час винесення судових рішень щодо воєнного злочину нападів на цивільних осіб або цивільні об'єкти (за статтею 3 [Статуту](#)),¹³⁵⁵ а також воєнного злочину безглузлого руйнування, не виправданого військовою необхідністю (за статтею 3 [Статуту](#)).¹³⁵⁶

¹³⁵¹ Емануела-К'яра Гіллард, [Пропорційність під час ведення воєнних дій: оцінки випадкової шкоди](#), Chatham House, грудень 2018 р., с. 8, п. 22.

¹³⁵² [Додатковий протокол I](#), стаття 55(1) («При веденні воєнних дій має бути виявлена турбота про захист природного середовища від широкої, довгочасної і серйозної шкоди. Такий захист включає заборону використання методів або засобів ведення війни, що мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть такої шкоди природному середовищу й тим самим завдадуть шкоди здоров'ю або виживанню населення»). [Див. також Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2133 («У той час, як стаття 35 «(Основні норми)» порушує проблему з точки зору методів ведення війни, стаття 55 зосереджується на виживанні населення, а отже, хоча ці два положення певною мірою збігаються, і їх зміст є подібним, вони не дублюють одне одного») (виноски опущено).

¹³⁵³ [Додатковий протокол I](#), стаття 85(3)(b); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права, [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

¹³⁵⁴ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv). Це правопорушення входить до переліку «інших серйозних порушень законів і звичаїв війни, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах» відповідно до статті 8(2) [Статуту МКС](#). Статут МКС не передбачає еквівалентного злочину для неміжнародного збройного конфлікту.

¹³⁵⁵ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Галича*, пп. 57-58; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Галича*, п. 190; МКТЮ, справа *Прліч та ін.* [Рішення Судової палати](#), том III з VI, пп. 1686, 1686; МКТЮ, справа *Прліч та ін.* [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 561.

¹³⁵⁶ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, пп. 1582-1584; *Див.* МКТЮ, справа *Прліч та ін.* [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 411.

694. Зазначені чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за непропорційні напади за статтею 438 КК України.

b. Визначення непропорційного нападу (об'єктивні елементи)

695. Заподіяння випадкової шкоди цивільним особам або цивільним об'єктам часто є неминучим під час бойових дій.¹³⁵⁷ Однак, як постановила Судова палата МКТЮ у справі Купрескіча, «будь-яка випадкова (і ненавмисна) шкода цивільним особам не повинна бути непропорційною по відношенню до безпосередньої військової переваги, отриманої внаслідок військового нападу».¹³⁵⁸

696. Об'єктивними елементами воєнного злочину непропорційного нападу є такі: 1) особа, яка вчинила злочин, здійснила напад; і 2) напад був таким, що призвів би до (а) випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або шкоди цивільним об'єктам чи (б) масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, і така загибель або шкода була б явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою.¹³⁵⁹

697. Цей злочин стосується нападів, спрямованих проти військової цілі, та побічних наслідків, які очікуються від такого нападу.¹³⁶⁰

698. **Особа, яка вчинила злочин, здійснила напад.** Відповідно до статті 49 [Додаткового протоколу I](#) «напад» означає «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони».¹³⁶¹ Було визначено, що термін «здійснити напад» має ширше значення, ніж термін

¹³⁵⁷ МКЧХ, [Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом](#). Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 8.

¹³⁵⁸ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Купрескіча](#), п. 524; МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Мартіча](#), п. 69 («Заборона нападати на цивільне населення не виключає можливості дозволених жертв серед цивільного населення внаслідок нападу, спрямованого на військові цілі. Проте такі втрати не повинні бути непропорційними по відношенню до конкретної та прямої воєнної переваги, яку передбачалося одержати перед нападом») (виноска опущено); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Галича](#), п. 58 («[...] Після встановлення військового характеру цілі командири повинні вирішити, чи очікується, що удар по цій цілі «спричинить випадкову втрату життя, поранення цивільних осіб, пошкодження цивільних об'єктів або поєднання таких наслідків, яке буде надмірним щодо очікуваної конкретної та прямої воєнної переваги». Якщо очікуються такі втрати, напад не слід здійснювати») (виноска опущено); МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Галича](#), п. 190 («[...] Відповідно до принципу розрізнення, сторони, що воюють, повинні завжди розрізняти цивільне населення та комбатантів, цивільні та воєнні об'єкти, і, відповідно, спрямовувати напади лише на військові цілі. Ці принципи встановлюють абсолютну заборону скерування нападу на цивільних осіб у міжнародному звичаєвому праві, але не виключають можливості дозволених жертв серед цивільного населення внаслідок проведення воєнних операцій. Однак ці втрати не повинні бути непропорційними по відношенню до конкретної та прямої військової переваги, яку передбачалося одержати перед нападом (принцип пропорційності)») (виноска опущено).

¹³⁵⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv).

¹³⁶⁰ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Галича](#), п. 58 («[...] Після встановлення військового характеру цілі командири повинні вирішити, чи очікується, що удар по цій цілі «спричинить випадкову втрату життя, поранення цивільних осіб, пошкодження цивільних об'єктів або поєднання таких наслідків, яке буде надмірним щодо очікуваної конкретної та прямої воєнної переваги». Якщо очікуються такі втрати, напад не слід здійснювати»); МКЧХ, [Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом](#). Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 8.

¹³⁶¹ Для отримання додаткової інформації див. воєнний злочин нападу на цивільних осіб.

«спрямувати напад», що використовується у формулюванні воєнного злочину у вигляді нападу на цивільних осіб і цивільні об'єкти,¹³⁶² оскільки перший термін охоплює й фазу планування.¹³⁶³

699. Напад був таким, що призвів би до (а) випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або шкоди цивільним об'єктам чи (б) масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу.
700. Коментатори стверджують, що формулювання «напад був таким, що він міг спричинити», підтверджує, що воєнний злочин непропорційного нападу згідно зі Статутом МКС не передбачає вимоги результату.¹³⁶⁴
701. Випадкова шкода. Типи випадкової шкоди, зазначені в статті 51(5)(b) Додаткового протоколу I та загально сприйнятті МКТЮ, включають «втрати життя серед цивільного населення», «поранення цивільних осіб» та «шкоду цивільним об'єктам».¹³⁶⁵ Стосовно непрямих або віддалених (кумулятивних) наслідків, а саме «наслідків, які не є прямими та негайними наслідками нападу, але, однак, є результатом нападу», обговорюється питання про те, чи слід їх враховувати під час оцінювання пропорційності як випадкову шкоду.¹³⁶⁶ МКЧХ та інші коментатори припускають, що під час оцінки пропорційності слід зважати на віддалені (кумулятивні) наслідки нападу, якщо вони викликані нападом і передбачувані на момент планування та початку нападу.¹³⁶⁷
702. Об'єкти подвійного призначення. Об'єкт подвійного призначення — це воєнний об'єкт, який має цивільну частину чи компонент (наприклад, квартири в будин-

¹³⁶² Для отримання додаткової інформації див. воєнний злочин нападу на цивільних осіб.

¹³⁶³ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 162.

¹³⁶⁴ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*, Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 162; Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 378, п. 251.

¹³⁶⁵ МКТЮ, Рішення Судової палати у справі Галича, п. 58 «([...] випадкову втрату життя, поранення цивільних осіб, пошкодження цивільних об'єктів або поєднання таких наслідків [...])»; Емануела-К'яра Гіллард. Пропорційність під час ведення воєнних дій: оцінки випадкової шкоди, Chatham House, грудень 2018 р., с. 27, п. 90.

¹³⁶⁶ МКЧХ. Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом. Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 43-44, 46-47.

¹³⁶⁷ МКЧХ. Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом. Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 45; Емануела-К'яра Гіллард, Пропорційність під час ведення воєнних дій: оцінки випадкової шкоди, Chatham House, грудень 2018 р., с. 25, («Випадкова шкода, яку необхідно враховувати під час оцінювання пропорційності, стосується шкоди: «а. яка не сталася б, якби не було нападу, за винятком шкоди, яка — не спричинена фізичними наслідками нападу; та — яка є результатом поведінки іншого учасника, і б. яку можна було розумно передбачити на момент початку нападу на основі інформації, яку нападник мав або, за обґрунтованих очікувань, міг мати за відповідних обставин»). Дослідницька група Асоціації міжнародного права з питань ведення військових дій у 21-му столітті. Ведення бойових дій і міжнародне гуманітарне право: виклики війни у 21-му столітті, 93 Міжнародні юридичні дослідження, Військово-морський коледж ВМС США, с. 353 («Що стосується розгляду непрямих наслідків нападу для цілей принципу пропорційності, основне питання, яке може бути поставлене, полягає в тому, чи йдеться про те, наскільки далеко непряма випадкова шкода фактично (географічно чи в часі) віддалена від початкового нападу (місця), чи це радше питання передбачуваності. [Дослідницька група] погодилася з тим, що передбачуваність є значущим критерієм і що, відповідно, існує зобов'язання брати до уваги всю непряму шкоду, яку може розумно передбачити достатньо поінформована особа»).

ку, підвал якого використовується як склад боєприпасів), або який одночасно використовується як цивільний об'єкт чи виконує функцію цивільного об'єкта (наприклад, у випадку мосту або електростанції, яка використовується як у військових, так і в цивільних цілях).¹³⁶⁸ Традиційно принцип пропорційності стосується випадкової шкоди, заподіяної цивільним особам або цивільним об'єктам, що самі по собі не є військовими цілями. Стосовно об'єктів подвійного призначення були висловлені різні погляди на те, чи слід під час оцінювання пропорційності враховувати шкоду, що може бути завжана цивільній функції об'єкта подвійного призначення, та шкоду, заподіяну цивільному населенню.

703. Судова палата МКТЮ у справі Прліча та ін. розглядала застосування принципу пропорційності до об'єкта подвійного призначення (Старого мосту в Мостарі).¹³⁶⁹ Зокрема, Судова палата встановила, що руйнування Старого мосту: (1) стало перешкодою в доступі цивільного населення до речей, необхідних для виживання, і «[призвело] до серйозного погіршення гуманітарної ситуації для населення»; та (2) «мало дуже значний психологічний вплив на мусульманське населення Мостара». ¹³⁷⁰ На підставі вищезазначеного Судова палата постановила, «що вплив на мусульманське цивільне населення Мостара був непропорційним порівняно з конкретною та прямою військовою перевагою, очікуваною від руйнування Старого мосту». ¹³⁷¹ Однак Апеляційна палата МКТЮ у тій самій справі Прліч та ін. відкинула підхід Судової палати та встановила, що, оскільки Старий міст був військовою ціллю, шкода цивільним функціям Старого мосту не повинна була враховуватися під час оцінювання пропорційності. ¹³⁷²
704. Зараз деякі коментатори все ще вважають, що, враховуючи те, що об'єкт подвійного призначення є військовою ціллю, шкоду, спричинену цивільним функціям цього об'єкта, не слід враховувати під час оцінювання пропорційності. ¹³⁷³ Однак більшість коментаторів (включно з МКЧХ) стверджують, що «хоча об'єкт

¹³⁶⁸ МКЧХ, [Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом](#). Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 37-38.

¹³⁶⁹ МКЧХ, [Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом](#). Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 38.

¹³⁷⁰ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1583.

¹³⁷¹ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1584 («Тому Палата вважає, що хоча руйнування Старого мосту ХРО могло бути виправданим військовою необхідністю, шкода для цивільного населення була безперечною та значною. Отже, вона постановила більшістю голосів суддів, за окремої думки судді Антонетті, що вплив на мусульманське цивільне населення Мостара був непропорційним порівняно з конкретною та прямою військовою перевагою, очікуваною від руйнування Старого мосту»).

¹³⁷² МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 411 («Крім того, Апеляційна палата (суддя Покар висловив окрему думку), зазначає, що, описуючи шкоду, заподіяну цивільному населенню, під час визначення того, чи був скоєний злочин безглузлого руйнування, Судова палата не зробила жодних висновків щодо іншого майна, що було в супутній спосіб зруйновано внаслідок нападу на Старий міст. Натомість, дійшовши висновку про те, що напад на Старий міст був непропорційним, Судова палата встановила, що напад призвів до ізоляції мусульманського населення в Мостарі та спричинив дуже значний психологічний вплив. Отже, оскільки у правових висновках Судової палати за пунктом 20 констатувалася відсутність руйнування майна, не виправданого військовою необхідністю, Апеляційна палата (з окремою думкою судді Покара), доходить висновку про те, що необхідний елемент складу злочину не був у наявності) (виноски опущено).

¹³⁷³ МКЧХ, [Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом](#). Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 37.

подвійного призначення є військовою ціллю, результат нападу на цивільну частину чи компонент об'єкта [...] або нападу, спрямованого на одночасне цивільне використання чи функцію об'єкта [...] слід також брати до уваги під час оцінювання пропорційності».¹³⁷⁴

705. *Масштабна, довготривала та серйозна шкода навколишньому природному середовищу.* Не існує відповідної судової практики МКТЮ чи МКС з цього питання. Разом із тим, фінальна доповідь Комітету, створеного для розгляду питання бомбардувань Союзної Республіки Югославії силами НАТО, містить таке:

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. МКТЮ, ФІНАЛЬНА ДОПОВІДЬ ПРОКУРОРОВІ ВІД КОМІТЕТУ, СТВОРЕНОГО ДЛЯ РОЗГЛЯДУ ПИТАННЯ БОМБАРДУВАНЬ СОЮЗНОЇ РЕСПУБЛІКИ ЮГОСЛАВІЇ СИЛАМИ НАТО, ПП. 14-15, 18-19, 21-22 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

14. Бомбардування силами НАТО завдало певної шкоди навколишньому природному середовищу. Наприклад, повідомлялося, що атаки на промислові об'єкти, такі як хімічні та нафтопереробні заводи, спричинили викид забруднюючих речовин, хоча точні масштаби такого викиду наразі невідомі. Основними правовими положеннями, застосовними до захисту навколишнього середовища під час збройного конфлікту, є стаття 35(3) Додаткового протоколу I [...] та стаття 55 [...].
15. [...] Статті 35(3) і 55 мають дуже високий поріг застосування. Умови їх застосування є вкрай жорсткими, а обсяг і зміст — неточними. Наприклад, зазвичай вважається, що статті 35(3) і 55 стосуються лише дуже серйозної шкоди. До прикметників «масштабний, довготривалий та серйозний», які використовуються в Додатковому протоколі I, додається слово «та», а це означає, що подія має відповідати цій потрібній сукупній нормі. Отже, було б надзвичайно важко розробити аргумент *prima facie* на основі цих положень, навіть якщо припустити, що вони застосовні. Наприклад, вважається, що поняття «довготривалої» шкоди в [Додатковому протоколі I 1977 р.] слід вимірювати роками, а не місяцями, і що звичайна шкода на полі бою, як, наприклад, та, якої було завдано Франції під час Першої світової війни, не підпадає під їх [положень статей 35(3) і 55 Додаткового протоколу I 1977 р.] дію.
- [...]
18. Навіть якщо об'єктом нападу є загальноновизнані законні військові цілі, існує потреба в уникненні надмірної довготривалої шкоди економічній інфраструктурі та навколишньому природному середовищу з подальшим несприятливим впливом на цивільне населення. Дійсно, військові цілі не повинні бути об'єктами нападу, якщо напад, ймовірно, спричинить супутню шкоду навколишньому природному середовищу, яка буде надмірною порівняно з прямою військовою перевагою, очікуваною від нападу.

¹³⁷⁴ МКЧХ, [Принцип пропорційності в нормах, що регулюють ведення воєнних дій згідно з міжнародним гуманітарним правом](#). Міжнародна зустріч експертів, 22-23 червня 2016 р., с. 37-38.

19. Важко оцінити відносну цінність отриманої військової переваги та шкоди навколишньому природному середовищу, а застосування принципу пропорційності легше сформулювати, ніж застосувати на практиці. Застосовуючи цей принцип, необхідно оцінити важливість цілі у порівнянні з очікуваною випадковою шкодою: якщо ціль є достатньо важливою, підвищений ступінь ризику для навколишнього природного середовища може бути виправданим.

[...]

21. Військову цінність цілі слід розглядати у зв'язку з обставинами, що склалися у відповідний час. Якщо існує можливість вибору зброї або засобів здійснювання нападу, командувач повинен вибрати ті, які з найбільшою ймовірністю допоможуть уникнути або принаймні мінімізувати випадкову шкоду. [...] Операційна реальність визнається в Статуті Міжнародного кримінального суду, який є авторитетним результатом розвитку міжнародного звичаєвого права з цього приводу, і де у статті 8(2)(b)(iv) заподіяння випадкової шкоди навколишньому середовищу визначено як злочин, лише якщо напад розпочато умисно з усвідомленням того, що він спричинить широкомасштабну, довготривалу та серйозну шкоду навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною порівняно до конкретної та прямої загальної очікуваної військової переваги. Використання слова «явно» гарантує, що особу буде притягнуто до кримінальної відповідальності лише у випадках, коли надмірність побічної шкоди була очевидною.

22. [...] Для того, щоб умову пропорційності було дотримано, атаки на військові об'єкти, про які відомо, або можна обґрунтовано припустити, що вони завдають серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, мають, щоб вважатися законними, передбачати отримання дуже значної військової переваги. Дії, які призводять до масштабного руйнування навколишнього природного середовища, особливо якщо вони не слугують явній та важливій військовій меті, будуть вважатися щонайменше сумнівними.

706. Система МГП також містить важливі рекомендації. Згідно з коментарем МКЧХ, «концепцію природного середовища слід розуміти в найширшому сенсі, який означає біологічне середовище, в якому живе населення».¹³⁷⁵ Більше того, Додатковий протокол I забороняє щавдавати «масштабну, довготривалу та серйозну шкоду» навколишньому природному середовищу; і ці критерії мають бути задоволені сукупно.¹³⁷⁶ Отже, як зазначає один з коментаторів, «лише ті напади, які здійснюються з усвідомленням того, що це завдасть масштабної, серйозної та довготривалої шкоди навколишньому природному середовищу, і які будуть явно надмірними порівняно з очікуваною військовою перевагою» мають вважатися воєнним злочином».¹³⁷⁷

¹³⁷⁵ Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I, п. 2126.

¹³⁷⁶ Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I, п. 1457; МКТЮ, Фінальна доповідь Прокуророві від Комітету, створеного для розгляду питання бомбардувань Союзної Республіки Югославії силами НАТО, п. 15. Див. також Трифтерер та Амбос (за ред.). Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 379, п. 253 («Деякі автори, такі як Лоуренс і Шмітт, навіть стверджують, що, ґрунтуючись на тлумаченні Додаткового протоколу I, положення МКС стає навіть «фактично недейсним», оскільки норму ДП I, за словами Шмітта, «майже неможливо виконати за будь-яких обставин, за винятком найбільш кричущих») (виноски опущено).

¹³⁷⁷ Трифтерер та Амбос (за ред.). Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар. 3-тє видання, München: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 379, п. 253.

707. Смерть, поранення або збитки будуть тоді такого масштабу, який буде явно надмірним порівняно з конкретною та прямою загальною очікуваною військовою перевагою.
708. *Конкретна і пряма загальна військова перевага.* Згідно з коментарем МКЧХ, терміни «конкретний» і «прямий» означають, «що відповідна перевага має бути значною та відносно близькою, а перевагу, яка є ледь помітною і може виявитися лише в довгостроковій перспективі, не слід враховувати». ¹³⁷⁸ В [Елементах злочинів МКС](#) уточнюється, що термін «конкретна і пряма загальна військова перевага» стосується «військової переваги, яку могла передбачити особа, яка вчинила злочин, у відповідний час» і яка «може бути або не бути пов'язаною з об'єктом нападу в часі або географічно». ¹³⁷⁹ Слово «загальна» не використовується в статті 51(5)(b) [Додаткового протоколу I](#), яка забороняє «напад, котрий, як можна очікувати, попутно потягне за собою втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб та шкоду цивільним об'єктам, або те й інше разом, які були б надмірними щодо конкретної і безпосередньої воєнної переваги, якої передбачається таким чином досягти». МКЧХ стверджував, що значення, надане фразі «конкретна і пряма загальна військова перевага» в [Елементах злочинів МКС](#), уже закріплено в статті 51(5)(b) [Додаткового протоколу I](#). ¹³⁸⁰ Отже, як зазначає один з коментаторів, використання терміну «загальна» не слід розуміти як внесення змін до наявних правових норм. ¹³⁸¹
709. Крім того, висловлювалося припущення, що термін «конкретна і пряма військова перевага» стосується військової переваги, яка очікується в результаті нападу загалом, а не лише від окремих його елементів. ¹³⁸²

¹³⁷⁸ Коментар МКЧХ щодо [Додаткового протоколу I](#), п. 2209.

¹³⁷⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv), вин. 36.

¹³⁸⁰ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 169-170. На Римській конференції МКЧХ висловив такі погляди щодо використання терміну «загальний» («Слово «загальний» може створити враження про додання додаткового невизначеного елемента до формулювання, яке ретельно обговорювалося під час Дипломатичної конференції 1974-1977 р., результатом якої став Додатковий протокол I до Женевських конвенцій 1949 р., і це формулювання загалом визнано таким, що відображає звичаєве право. Використання цього додаткового слова, здається, полягає в тому, щоб вказати на те, що певна ціль може мати важливу військову перевагу, яку можна відчуті протягом тривалого періоду часу і яка може вплинути на воєнні дії в інших районах, а не лише в тих, що розташовані поблизу самої цілі. Оскільки це значення вже міститься в чинному формулюванні Додаткового протоколу I, включення слова «загальна» є зайвим») (виноски опущено).

¹³⁸¹ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 169. Щоб ознайомитись з протилежною точкою зору, див.: Геллер та Лоренс «[Межі статті 8\(2\)\(b\)\(iv\) Римського статуту. Перший екоцентричний екологічний воєнний злочин](#)», 20 Джорджтаунський огляд екологічного права, с. 19-20 («Міжнародний Комітет Червоного Хреста наполягав на тому, що включення терміну «загальна» не впливає на значення вимоги, але такий погляд, швидше за все, є неправильним. Історія розроблення Конвенції свідчить про те, що слово «загальна» було включено, щоб гарантувати, що концепція військової переваги включатиме переваги, які «планувалося матеріалізувати пізніше та в іншому місці», як зазначено у виносі 36 до Елементів, де пояснюється, що «конкретна і пряма загальна військова перевага» означає перевагу, яка «може бути або не бути пов'язаною в часі чи географічно з об'єктом нападу». Однак таке розуміння військової переваги розширює початковий намір, за яким до Протоколу I було включено «конкретну та пряму військову перевагу», що мало «показати, що відповідна перевага повинна бути значною і відносно близькою, і що переваги, які будуть з'являтися лише в довгостроковій перспективі, не враховуватимуться») (виноски опущено).

¹³⁸² Боте. *Нові правила для жертв збройних конфліктів. Коментар до двох Додаткових протоколів 1977 року до Же-*

710. *Явно надмірна*. Стверджувалось, що використання терміну «явно» в [Статуті МКС](#) та [Елементах злочинів МКС](#), яке не використовується в [Додатковому протоколі I](#), не вносить змін до наявних правових норм.¹³⁸³
711. Визнаючи, що принцип пропорційності «дозволяє мати досить широку свободу суджень», коментар МКЧХ стверджує, що «тлумачення повинно передусім бути питанням здорового глузду та добросовісності військових командирів».¹³⁸⁴ У справі Галича Судова палата МКТЮ постановила, що «для визначення того, чи був напад пропорційним, необхідно перевірити, чи могла поінформована особа, яка перебуває в обставинах, в яких перебуває реальний порушник, розумно використовуючи доступну їй інформацію, очікувати надмірних жертв серед цивільного населення в результаті нападу».¹³⁸⁵

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПРИКЛАДИ ЗАСТОСУВАННЯ ПРИНЦИПУ ПРОПОРЦІЙНОСТІ

(чи буде випадкова загибель, поранення чи шкода, спричинена нападом, мати такий масштаб, який буде явно надмірним в порівнянні з конкретною та прямою загальною військовою очікуваною перевагою)

У справі *Галича* Судова палата МКТЮ розглядала напад на автостоянку, де в той час тривав футбольний матч і були присутні військовослужбовці, які не були на службі.¹³⁸⁶ Судова палата вирішила, що «хоча кількість військових, присутніх на грі, була значною, очевидно, що атака на натовп із приблизно 200 осіб, у тому числі багатьох дітей, спричинить надмірні випадкові смерті та поранення цивільних осіб в порівнянні з прямою та конкретною очікуваною військовою перевагою».¹³⁸⁷

невських конвенцій 1949 року. 2-ге видання, Brill, 2013, с. 352.

¹³⁸³ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 169.

¹³⁸⁴ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), пп. 2208, 2210.

¹³⁸⁵ МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Галича*, п. 58; МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Бошкоскі та Гарчуловського*, п. 357 («При визначенні того, чи був напад на військові цілі пропорційним, необхідно прийняти погляд особи в обставинах, коли реальний порушник планує напад та розумно використовує доступну йому інформацію») (виноска пропущена).

¹³⁸⁶ МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Галича*, пп. 386-387.

¹³⁸⁷ МКТЮ, *Рішення Судової палати у справі Галича*, п. 387.

У справі *Готовини*¹³⁸⁸ Судова палата вважала, що обстріл квартири Мартіча «міг порушити його здатність пересуватися, спілкуватися та командувати, а отже, забезпечив явну воєнну перевагу».¹³⁸⁹ Однак розташування квартири в цивільній зоні «створювало значний ризик великої кількості жертв і поранень серед цивільного населення, а також пошкодження цивільних об'єктів», який, на думку Судової палати, «був надмірним у порівнянні з очікуваною військовою перевагою, отриманою внаслідок стрілянини у двох місцях, де, на думку ХР, перебував Мартіч».¹³⁹⁰ Рішення Судової палати було скасовано в апеляційному порядку. Апеляційна палата постановила, що «аналіз нападів на Мартіча як на законну військову ціль, здійснений Судовою палатою, не ґрунтувався на конкретному оцінюванні відносної військової переваги та не зробив жодних висновків щодо завданих збитків або втрат».¹³⁹¹

У справі *Прліч та ін.* Судова палата МКТЮ постановила, що «зона, в якій були розташовані явні військові цілі, такі як штаб АРБІГ, була невеликим житловим районом із високою щільністю населення, куди ХРО насильно перемістила велику кількість мусульман з західного Мостара».¹³⁹² Отже, «неодноразові обстріли з важкої артилерії мали б призвести до людських втрат серед цивільного населення, поранень цивільних осіб і пошкодження майна», що, на думку Судової палати, «було надмірним у порівнянні з конкретною та прямою очікуваною воєнною перевагою».¹³⁹³ Стосовно вищезазначеного висновку Апеляційна палата вирішила, що Судова палата припустилася помилки в застосуванні права, оскільки не визначила очікувану військовою перевагою.¹³⁹⁴

с. Визначення непропорційного нападу (суб'єктивні елементи)¹³⁹⁵

712. Застосовне для МКС право встановлює наступні суб'єктивні елементами воєнного злочину: 1) особа, яка вчинила злочин, здійснила напад умисно та свідомо; і 2) особа, яка вчинила злочин, знала, що напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою.¹³⁹⁶

713. Особа, яка вчинила злочин, здійснила напад умисно та свідомо.¹³⁹⁷

¹³⁸⁸ Стосовно незаконних нападів на цивільних осіб як основного діяння злочину проти людяності у вигляді переслідування.

¹³⁸⁹ МКТЮ, *Готовина та ін.* [Рішення Судової палати](#), том II з II, п. 1910.

¹³⁹⁰ МКТЮ, *Готовина та ін.* [Рішення Судової палати](#), том II з II, п. 1910.

¹³⁹¹ МКТЮ, *Готовина та ін.* [Рішення Апеляційної палати](#), п. 82.

¹³⁹² МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1686.

¹³⁹³ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), том III з VI, п. 1686.

¹³⁹⁴ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 561.

¹³⁹⁵ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹³⁹⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv); [Статут МКС](#), стаття 30.

¹³⁹⁷ Цей суб'єктивний елемент впливає зі звичайного наміру та знань відповідно до статті 30 [Статуту МКС](#).

714. Особа, яка вчинила злочин, знала, що напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою. У контексті другого суб'єктивного елемента до [Елементів злочинів МКС](#) було додано виноску, згідно з якою «елемент «знання» передбачає, що особа, яка вчинила злочин, зробила оцінювальне судження, як це описано в елементі».¹³⁹⁸ Крім того, «оцінювання цього оцінювального судження має ґрунтуватися на належній інформації, яка була доступна особі, яка вчинила злочин, на той час».¹³⁹⁹ Як зазначає один коментатор, «[...] здається, між державами-учасницями було досягнуто згоди щодо того, що ця виноска не повинна призводити до виправдання нерозсудливої особи, яка вчинила злочин, якій чудово відомо про очікувану воєнну перевагу та очікувану випадкову шкоду, але яка не замислюється над оцінюванням можливої надмірності випадкових травм чи пошкоджень».¹⁴⁰⁰ Стверджувалося, що невиконання такого оцінювання фактично означає винесення оцінювального судження, тобто порушника можна визнати винним, якщо суд визнає шкоду надмірною.¹⁴⁰¹
715. У межах права МКТЮ, у справі Галича, Судова палата МКТЮ постановила, що «для встановлення *mens rea* непропорційного нападу обвинувачення має довести [...], що напад було здійснено умисно та зі знанням обставин, що призвели до очікування надмірних жертв серед цивільного населення».¹⁴⁰²

d. Контекстуальні елементи

716. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним,¹⁴⁰³ та
 - iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁴⁰⁴

¹³⁹⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv), вин. 37.

¹³⁹⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv), вин. 37.

¹⁴⁰⁰ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 165.

¹⁴⁰¹ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 165.

¹⁴⁰² МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Галича, п. 59.

¹⁴⁰³ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv).

¹⁴⁰⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv).

- iv. Напад на незахищені й такі, що не є військовими цілями, міста, села, помешкання або будівлі чи їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(v))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Можна вважати, що за воєнний злочин нападу на незахищені місця передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки воно підпадає під поняття «інших порушень законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

ЕЛЕМЕНТИ ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині нападу на незахищені місця необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, здійснила напад на одне або більше міст, сіл, помешкань або будівель.
- Був відсутнім спротив окупації таких міст, сіл, помешкань або будівель.
- Такі міста, села, житло чи будівлі не були військовими цілями.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, умисно здійснила напад на одне або більше міст, сіл, помешкань або будівель.
- Особа, яка вчинила злочин, знала про відсутність спротиву окупації таких міст, сіл, помешкань або будівель.
- Особа, яка вчинила злочин, знала, що такі міста, села, житло чи будівлі не були військовими цілями.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

717. Хоча про це прямо не згадується в статті 438 КК України, напад на незахищені місця може бути віднесено до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, такі дії заборонені міжнародними договорами, ратифікованими Україною, і порушення цієї заборони було визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.
718. Напад на незахищені місця є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Стаття 25 [Гаазького положення](#) (ратифікованого Україною) прямо забороняє «напад або бомбарду-

вання будь-якими засобами незахищених міст, сіл, житлових приміщень або будівель».¹⁴⁰⁵ Вищезазначена заборона повторюється у статті 59 [Додаткового протоколу I](#), ратифікованого Україною, яка також визначає, коли територія кваліфікується як «необоронювана місцевість».¹⁴⁰⁶ Ці положення спрямовані на те, щоб запобігти нападам на місця, які ворог міг би зайняти, не нападаючи на них.¹⁴⁰⁷ Отже, для цілей статті 438 КК України заборона нападу на незахищені місця є порушенням законів та звичаїв війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.¹⁴⁰⁸

719. **Визнання воєнним злочином.** Напад на необоронювані місцевості у разі умисного вчинення із заподіянням смерті, тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'я є серйозним порушенням Додаткового протоколу I, а отже, воєнним злочином.¹⁴⁰⁹ [Статут МКТЮ](#) та [Статут МКС](#) також визнають воєнним злочином порушення заборони нападів на незахищені населені пункти під час міжнародних збройних конфліктів.¹⁴¹⁰
720. Зазначені чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за напад на незахищені місця відповідно до частини першої статті 438 КК України.

b. Визначення нападу на незахищені місця (об'єктивні елементи)

721. Об'єктивними елементами воєнного злочину є такі: (1) особа, яка вчинила злочин, здійснила напад на одне або декілька міст, сіл, помешкань чи будівель; (2) був відсутній спротив окупації таких міст, сіл, помешкань або будівель; і (3) такі міста, села, помешкання чи будівлі не були військовими цілями.¹⁴¹¹
722. **Особа, яка скоїла злочин, здійснила напад на одне або більше міст, сіл, помешкань або будівель.** Відповідно до статті 49 [Додаткового протоколу I](#) «напад» означає «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються

¹⁴⁰⁵ 29 травня 2015 року Україна ратифікувала Конвенцію IV 1907 року про закони та звичаї війни на суходолі та Додаток до неї. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁴⁰⁶ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2263. Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁴⁰⁷ Верле та Есбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1456.

¹⁴⁰⁸ Принцип нападу на незахищені населені пункти також визнається нормою міжнародного звичаєвого права. Див. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 37. Відкриті міста та незахищені населені пункти](#).

¹⁴⁰⁹ [Додатковий протокол I](#), стаття 85(3)(d); [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 3490; МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права, [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

¹⁴¹⁰ [Статут МКТЮ](#), стаття 3(с); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(v). Статут МКС визнає порушення заборони нападу на незахищені місця лише в контексті міжнародного збройного конфлікту. Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) («Напади на незахищені населені пункти та демілітаризовані зони. Ця практика є воєнним злочином, оскільки такі напади є нападами на цивільне населення або на цивільні об'єкти, а саме руйнуванням майна противника, яке не вимагається потребами конфлікту»).

¹⁴¹¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(v).

вони під час наступу чи під час оборони».¹⁴¹² В [Елементах злочинів МКС](#) не повторюються терміни «бомбардування» «будь-якими засобами», що включені в статтю 25 [Гаазького положення](#) та статтю 8(2)(b)(v) [Статуту МКС](#).¹⁴¹³ Роз'яснення, що могло б бути досягнуте через використання цих термінів, було визнано зайвими, оскільки термін «напад» визначено в статті 49 [Додаткового протоколу I](#).¹⁴¹⁴

723. **Був відсутній спротив окупації таких міст, сіл, помешкань або будівель.** Термін «відсутній спротив окупації» прирівнюється до поняття «незахищений» або «необоронюваний» у значенні статті 59(2) [Додаткового протоколу I](#).¹⁴¹⁵ Відповідно до статті 59(2) [Додаткового протоколу I](#), місцевість вважається необоронюваною, якщо вона розташована «поблизу або в зоні зіткнення збройних сил» і відкрита для окупації.¹⁴¹⁶ Навпаки, «місця, розташовані не в безпосередній зоні бойових дій або поблизу неї, не вважаються незахищеними, оскільки вони не можуть бути легко зайняті ворогом».¹⁴¹⁷ Крім того, мають бути виконані такі критерії: «1) всі комбатанти, а також мобільні бойові засоби та мобільне воєнне спорядження мають бути евакуйовані; 2) стаціонарні воєнні установки або споруди не повинні використовуватися з ворожою метою; 3) ні влада, ні населення не повинні здійснювати ворожих дій; 4) не повинно чинитися жодних дій на підтримку воєнних операцій».¹⁴¹⁸ Стаття 59 [Додаткового протоколу I](#) передбачає, що сторони конфлікту можуть використовувати односторонні заяви для повідомлення про статус місцевості як необоронюваної.¹⁴¹⁹ Однак заборона нападу на незахищені місця є все одно актуальною навіть за відсутності заяви.¹⁴²⁰

¹⁴¹² Для отримання додаткової інформації див. воєнний злочин нападу на цивільних осіб.

¹⁴¹³ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 177.

¹⁴¹⁴ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 177.

¹⁴¹⁵ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*, Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 178; Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Nomos, 2016, с. 381, п. 261 («Єдиний елемент, який має значення, це відсутність спротиву окупації такої території. Останній критерій є таким, що конкретно визначає поняття «необоронюваних місцевостей») (виноска опущено).

¹⁴¹⁶ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2268; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*, Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 181; Верле та Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 549, п. 1458.

¹⁴¹⁷ Верле та Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 549, п. 1458.

¹⁴¹⁸ [Додатковий протокол I](#), стаття 59(2); [Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I](#), пп. 2270-2272 («Чотири визначені умови [...], не потребують розлогих коментарів. Те, що всі комбатанти й військова техніка повинні бути виведені, є очевидним фактом. Стаціонарні військові об'єкти не повинні використовуватися з будь-якою воєнною метою. Отже, біженці можуть знаходити прихисток у казармах, але військові станції управління повітряним рухом не повинні працювати. Зрозуміло, що заводи, розташовані в такому місці, повинні утримуватися від виробництва зброї, боєприпасів та інших предметів військового призначення. Також зрозуміло, що дороги та залізниці, які проходять через незахищений населений пункт, не повинні використовуватися для пересування комбатантів або військової техніки, навіть у транзитних цілях»).

¹⁴¹⁹ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2263.

¹⁴²⁰ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2267.

724. **Такі міста, села, житло чи будівлі не були військовими цілями.** Стаття 52(2) [Додаткового протоколу I](#) визначає військові об'єкти як «об'єкти, які через свій характер, розміщення, призначення або використання вносять ефективний вклад у військові дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких за існуючих у даний момент обставин дає явну військову перевагу».¹⁴²¹ Вимога про те, що незахищені населені пункти не є військовими цілями, є унікальною для Статуту МКС і, як відзначають коментатори, вона може здатися зайвою або непотрібною.¹⁴²² Коментатори дійсно припустили, що за своєю природою незахищений населений пункт не може кваліфікуватися як військова ціль, з огляду на те, що «ворог умисно виключив таке місце зі сфери своїх військових дій»;¹⁴²³ отже, незахищена територія не може відігравати певну роль у військових діях.¹⁴²⁴ Натомість інші коментатори стверджували, що в конкретних ситуаціях незахищені зони можуть кваліфікуватися як військові об'єкти. Це можливо, наприклад, коли стаціонарні військові об'єкти залишаються в незахищеній зоні, і «зі стратегічних або тактичних міркувань [їх] може знадобитися знищити».¹⁴²⁵ Крім того, в [Елементах злочинів МКС](#) уточнюється, що «присутність у населеному пункті осіб, які перебувають під особливим захистом відповідно до Женевських конвенцій 1949 року, або сил поліції, які залишилися там з єдиною метою підтримання правопорядку, сама по собі не робить населений пункт військовою цілью».¹⁴²⁶

с. Визначення нападу на незахищені місця (суб'єктивні елементи)¹⁴²⁷

725. Суб'єктивними елементами воєнного злочину є такі: (1) особа, яка вчинила злочин, умисно здійснила напад на одне або декілька міст, сіл, помешкань чи будівель; (2) особа, яка вчинила злочин, знала про відсутність спротиву оку-

¹⁴²¹ Для отримання додаткової інформації див. воєнний злочин нападу на цивільні об'єкти.

¹⁴²² Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Нарт Номос, 2016, с. 381, п. 263; Верле та Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 549, п. 1458.

¹⁴²³ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*, Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 183; Верле та Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 549, п. 1458 («По-перше, незахищені місця зазвичай не є військовими цілями, оскільки ворог виключив їх зі сфери своїх військових дій, будь-який бажаний воєнний успіх може бути досягнутий простою окупацією») (виноска опущено).

¹⁴²⁴ Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 183.

¹⁴²⁵ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Нарт Номос, 2016, с. 381, п. 263.

¹⁴²⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(v), вин. 38. Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембридж: Cambridge University Press, 2003, с. 178. («Наголошувалось, що додавання цієї виноски не дозволить зробити висновок а contrario про те, що, стосовно інших злочинів, до яких не включена ця виноска, присутність осіб, які перебувають під особливим захистом відповідно до Женевських конвенцій 1949 року, або сил поліції, які залишилися з єдиною метою підтримання правопорядку, сама по собі робить населений пункт військовою цілью»).

¹⁴²⁷ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

пації таких міст, сел, помешкань або будівель; і (3) особа, яка вчинила злочин, знала, що такі міста, села, помешкання чи будівлі не є воєнними об'єктами.¹⁴²⁸

d. Контекстуальні елементи

726. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁴²⁹ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁴³⁰

¹⁴²⁸ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(v); Статут МКС, стаття 30.

¹⁴²⁹ Див. також Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(v).

¹⁴³⁰ Див. також Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(v).

- v. Умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є військовими цілями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ix))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є військовими цілями (далі — «напад на будівлі, що підлягають захисту») окремо не передбачено статтею 438 КК України. Однак воно підпадає під поняття «інших порушень законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для визнання особи винною у воєнному злочині нападу на будівлі, що підлягають захисту, необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, спрямувала напад.
- Об'єктом нападу були одна або кілька будівель, призначених для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, госпіталі та одне або кілька місць зосередження хворих і поранених.
- Об'єктом нападу не є військові цілі.

2. Суб'єктивні елементи

- Особа, яка вчинила злочин, умисно спрямувала напад.
- Особа, яка вчинила злочин, мала намір зробити об'єктами нападу будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених, які не є військовими цілями.
- Особа, яка вчинила злочин, знала, що будівлі призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, є історичними пам'ятниками, госпіталями та місцями зосередження хворих і поранених, а не є військовими цілями.

3. Контекстуальні елементи

- Існує міжнародний збройний конфлікт.
- Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

727. Хоча про це прямо не згадується в статті 438 КК України, умисний напад на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених, за умови, що вони не є військовими цілями (далі — «напад на будівлі, що підлягають захисту»), може бути віднесений до «інших порушень

законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Як пояснюється нижче, такі дії заборонені міжнародними договорами, ратифікованими Україною, і порушення цієї заборони було визнано воєнним злочином. Ці чинники свідчать на користь інтерпретації статті 438 КК як такої, що встановлює кримінальну відповідальність за порушення цієї заборони МГП.

728. Напад на будівлі, що підлягають захисту, є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Стаття 27 [Гаазького положення](#), ратифікованого Україною, передбачає, що «під час облоги та бомбардування повинні бути вжиті всі необхідні заходи, щоб зберегти, за можливості, будівлі, призначені для релігійних, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених, за умови, що вони у відповідний час не використовуються в для військових цілей».¹⁴³¹ Женевські конвенції 1949 року, Додатковий протокол I до Женевських конвенцій та Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту (усі ратифіковані Україною) також надають захист вищезазначеним будівлям і місцям. Наприклад, стаття 12 [Додаткового протоколу I](#) вимагає, щоб медичні формування «в будь-який час користувалися повагою та захистом і не були об'єктом нападу».¹⁴³² Крім того, у статті 13 [Додаткового протоколу I](#) зазначено, що «захист, на який мають право цивільні медичні формування, припиняється лише в тому разі, якщо вони використовуються, крім їхніх гуманітарних функцій, для вчинення дій, що завдають шкоди противнику. У таких випадках «надання захисту може, однак, бути припинено тільки після попередження із встановленням у відповідних випадках розумного строку й після того, як таке попередження не було взято до уваги».¹⁴³³ Якщо говорити про культурні цінності, то слід зазначити, що Стаття 1 [Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту](#) визначає їх «як рухоме або нерухоме майно, яке має велике значення для культурної спадщини кожного народу» і вимагає поваги до та захисту об'єктів, які підпадають під наведене вище визначення.¹⁴³⁴ Крім того, стаття 53(а) [Додаткового протоколу I](#) забороняє, серед іншого, «здійснювати будь-які ворожі акти, спрямовані проти історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культів, які є культурною або духовною спадщиною народів».¹⁴³⁵

¹⁴³¹ Див. також [Гаазьке положення](#), стаття 56 («Власність муніципалітетів, релігійних, благодійних, освітніх, мистецьких і наукових установ, навіть якщо вона належить державі, визнається як приватна власність. Будь-яке захоплення, знищення чи навмисне пошкодження установ такого типу, історичних пам'яток, творів мистецтва та науки забороняється та повинно підлягати судовому переслідуванню»). Україна приєдналася до Гаазької конвенції IV 1907 року 29 травня 2015 року. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁴³² Див. також [Женевську конвенцію I](#), статті 19-23; [Женевську конвенцію II](#), статті 22, 23, 34, 35; [Женевську конвенцію IV](#), статті 18, 19. Україна ратифікувала Женевські конвенції 1949 року та Додатковий протокол I 3 серпня 1954 року та 25 січня 1990 року, відповідно. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁴³³ [Додатковий протокол I](#), стаття 13.

¹⁴³⁴ Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту (1954 р.), статті 1, 2 і 4. Україна ратифікувала Гаазьку конвенцію про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 6 лютого 1957 р. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁴³⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 53. Заборони відповідно до статті 53 Додаткового протоколу I застосовуються

729. МКЧХ також визнав, що заборона нападів на культурні цінності окремо захищає «будівлі, призначені для релігійних, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, якщо вони не є військовими цілями», а також що «майно, яке має велике значення для культурної спадщини кожного народу» є принципом міжнародного звичаєвого права.¹⁴³⁶
730. Відповідно, для цілей статті 438 КК України напад на будівлі, що підлягають захисту, є порушенням законів та звичаїв війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.
731. **Визнання воєнним злочином.** Стаття 8(2)(b)(ix) [Статуту МКС](#) вважає «умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є військовими цілями» серйозним порушенням законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах.¹⁴³⁷ Подібним чином МКЧХ зараховує до воєнних злочинів напад на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, та на історичні пам'ятники.¹⁴³⁸
732. Зазначені чинники свідчать на користь визнання кримінальної відповідальності за напад на будівлі, що підлягають захисту, відповідно до частини першої статті 438 КК України.

b. Визначення нападу на будівлі, що підлягають захисту (об'єктивні елементи)

733. Об'єктивними елементами воєнного злочину нападу на будівлі, що підлягають захисту, в межах системи права МКС є такі: (1) особа, що вчинила злочин скерувала напад; (2) об'єктом нападу була одна чи більше будівель, призначених

«без шкоди для положень Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту». Стаття 16 [Додаткового протоколу II](#) (також ратифікованого Україною) забороняє «чинити будь-які ворожі акти, спрямовані проти тих історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культу, які становлять культурну або духовну спадщину народів, та використовувати їх для підтримки воєнних зусиль» в неміжнародних збройних конфліктах.

¹⁴³⁶ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 38. Напади на культурні цінності](#) («Кожна сторона конфлікту повинна поважати культурні цінності. А. Під час військових дій необхідно приділяти особливу увагу, щоб уникнути пошкодження будівель, призначених для релігійних, мистецьких, наукових, освітніх або благодійних цілей, та історичних пам'яток, якщо вони не є військовими цілями. В. Майно, яке має велике значення для культурної спадщини кожного народу, не повинне бути об'єктом нападу, якщо тільки цього не вимагає військова необхідність»).

¹⁴³⁷ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(ix); [Елементи злочинів МКС, с. 15](#). Див. також [Статут МКС](#), статтю 8(2)(e)(iv), яка застосовується в контексті неміжнародного збройного конфлікту. Стаття 3(d) Статуту МКТЮ визначає як воєнний злочин «захоплення, руйнування або умисне пошкодження установ, призначених для релігійних, благодійних, освітніх, мистецьких та наукових цілей, історичних пам'ятників, творів мистецтва та науки». Попри схоже формулювання, стаття 3(d) МКТЮ та стаття 8(2)(b)(ix) Статуту МКС збігаються лише частково. Хоча стаття 3(d) Статуту МКТЮ стосується об'єктів, аналогічних тим, що розглядаються у статті 8(2)(b)(ix) Статуту МКС, вона відрізняється в частині діянь, оскільки передбачає «захоплення, руйнування або умисного пошкодження» будівель, що підлягають захисту, а не звичайного нападу. Проте практика МКТЮ щодо статті 3(d) Статуту МКТЮ може допомогти у тлумаченні цього злочину в частині визначення об'єктів, що охороняються.

¹⁴³⁸ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених; та (3) будівлі, що підлягають захисту, які стали об'єктом нападу, не є військовими цілями.¹⁴³⁹

734. **Особа, яка вчинила злочин, спрямувала напад.** Згідно практики Судової палати МКС у справі *Нтаганди*, напад визначається через посилення на статтю 49(1) [Додаткового протоколу I](#) як «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони».¹⁴⁴⁰ Судова палата додала, що «злочин у вигляді нападу на об'єкти, що підлягають захисту, належить до категорії злочинів, вчинених під час фактичного ведення воєнних дій».¹⁴⁴¹ Отже, Судова палата встановила, що акти насильства щодо об'єктів, що підлягають захисту, які сталися після закінчення фактичного ведення воєнних дій, не є нападом.¹⁴⁴²
735. Це правопорушення передбачає лише, що «особа, яка вчинила напад, здійснила напад на об'єкт, який підлягає захисту, і при цьому не потрібно визначати, чи спричинив напад певну шкоду або призвів до знищення відповідного об'єкта».¹⁴⁴³
736. Об'єктом нападу були одна або кілька будівель, призначених для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених.

¹⁴³⁹ [Елементи злочинів МКС, с. 15.](#)

¹⁴⁴⁰ МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1136. Апеляційна палата підтримує висновок Судової палати щодо цього. Див. [Рішення Апеляційної палати у справі Нтаганди](#), п. 1163 («Апеляційна палата більшістю голосів, за окремої думки судді Ібаньеса Карранса, визнає, що апеляційну скаргу Прокурора слід відхилити»), п. 1164 («Суддя Морісон та суддя Хофманські вважають, що термін «напад», використаний у статті 8(2)(e)(iv) Статуту, означає «збройні дії», і що Судова палата не помилилася, не застосувавши інше визначення «нападу» (виноска опущено); Додаток 1: [Окрема думка судді Говарда Морісона та судді Пйотра Хофманські щодо апеляційної скарги Прокурора](#); Додаток 4: [Окрема думка судді Соломі Балунгі Босса щодо апеляційної скарги Прокурора](#) (стосовно нападу на будівлі, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, що наразі розглядається). Див., однак, МКС, [Рішення судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1136, вин. 3147 («Щодо воєнного злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, висновки Палати не стосуються тлумачення «нападу» згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), якщо об'єктами нападу є культурні об'єкти, які мають особливий статус. Вона зазначає, що захист таких об'єктів відповідно до МГП ґрунтується на інших базових нормах»). Див. також суперечливу судову практику, що існувала до [Рішення апеляційної палати у справі Нтаганди](#); МКС, [Рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), пп. 15-16; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Аль-Хассана](#), пп. 521-522 (обидва рішення стосовно злочину нападу на будівлі, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁴¹ МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1136 (стосовно злочину нападу на будівлі, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁴² МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1141 («Палата не вважає, що розграбування об'єктів, що підлягають захисту, зокрема, в цьому випадку, лікарні Монгбвалу, є «актом насильства проти ворога» і, отже, воно не є нападом у значенні статті 8(2)(e)(iv) Статуту»), п. 1142 («Крім того, зважаючи на те, що напад на церкву в Сайо стався через деякий час після штурму, а отже, не під час фактичного ведення воєнних дій, Палата визнає, що першого елементу статті 8(2)(e)(iv) Статуту немає в наявності») (стосовно злочину нападу на будівлі, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁴³

737. *Будівлі*. Слід зазначити, що в визначенні злочину міститься посилання на «одну або кілька будівель», а отже, це позбавляє захисту окремі об'єкти *рухомого* майна. Судячи з усього, це визначення виключає, наприклад, історичне, релігійне, освітнє, мистецьке, наукове або благодійне рухоме майно, яке охороняється [Конвенцією про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту](#).¹⁴⁴⁴
738. *Будівлі, що підлягають захисту*. Визначення злочину стосується кілької категорії будівель, які є особливо захищеними¹⁴⁴⁵: (1) культурних об'єктів; (2) будівель релігійного призначення; (3) будівель освітнього призначення; та (4) госпіталів та місць зосередження нужденних.¹⁴⁴⁶ Щоб потрапляти під захист, «об'єкти, на які було здійснено напад, повинні виконувати функцію будівель, призначених для релігійних чи освітніх цілей, госпіталів та місць зосередження хворих і поранених на момент нападу».¹⁴⁴⁷
739. **Культурні цінності**. У Гаазькій конвенції про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту використовується інша термінологія («рухоме або нерухоме майно, яке має велике значення для культурної спадщини кожного народу») та Додатковому протоколі I («історичні пам'ятники, твори мистецтва або місця відправлення культу, які становлять культурну або духовну спадщину народів»), використовується різна термінологія для визначення культурних цінностей, але «основна ідея, [що лежить в основі двох положень,] є однаковою».¹⁴⁴⁸ Прикладами таких будівель є Старе місто Дубровника,¹⁴⁴⁹ мавзолеї Тімбукту,¹⁴⁵⁰

¹⁴⁴⁴ Див. Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 419, п. 420.

¹⁴⁴⁵ Верле та Есбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1435.

¹⁴⁴⁶ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 419, п. 420.

¹⁴⁴⁷ МКС, *Рішення Судової палати у справі Нтаганди*, п. 1146 (стосовно злочину нападу на будівлі, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁴⁸ МКТЮ, *Рішення Судової палати* у справі *Стугара*, п. 307 («Гаазька конвенція 1954 року захищає майно, яке «має велике значення для культурної спадщини кожного народу». У Додаткових протоколах йдеться про «історичні пам'ятки, твори мистецтва або місця поклоніння, які становлять культурну або духовну спадщину народів». У Рішенні Апеляційної палати у справі *Кордіча*, з посиланням на коментар МКЧХ до статті 53 Додаткового протоколу I, зазначено, що попри цю різницю в термінології, основна ідея [що лежить в основі двох положень] є однаковою. Питання про те, чи можуть існувати чіткі розбіжності в цьому аспекті, не має відношення до фактажу цієї справи. Палата обмежить свій розгляд майном, яке підлягає захисту за вищевказаними документами (надалі — «культурні цінності»)» (виноска опущено) (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, що наразі розглядається).

¹⁴⁴⁹ МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати* у справі *Стругара*, п. 279 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, *Рішення Судової палати* у справі *Йокіча*, пп. 51 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, *Рішення Судової палати* у справі *Стругара*, п. 232 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁵⁰ МКС, *Рішення Судової палати* у справі *Аль Махді*, пп. 34-39, 46-47 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

мечеті,¹⁴⁵¹ навчальні¹⁴⁵² та релігійні¹⁴⁵³ заклади. Хоча це і не вимагалось від них, багато Судових палат наголошували на спільній важливості захисту культурних цінностей в ході визначення того, чи підлягали будівлі захисту.¹⁴⁵⁴ Деякі судові палати МКТЮ навіть оголосили такі будівлі культурними цінностями або «культурною спадщиною людства».¹⁴⁵⁵ Однак будівлі не мають класифікуватися як культурні цінності, щоб їх можна було розглядати як об'єкт воєнного злочину. Простіше кажучи, коли будівля вважається культурною цінністю, напад на неї може стати приводом для обвинувачення за цією статтею, і статус будівлі з погляду її культурної цінності розглядати не потрібно. Проте статус будівлі як культурної цінності може розглядатися як основа для визначення того, чому певна пам'ятка підлягає захисту відповідно до цього положення.¹⁴⁵⁶

740. Напади на деякі з цих будівель, що підлягають захисту, також можуть кваліфікуватися як інші воєнні злочини. На додаток до більш загального злочину нападу на цивільні об'єкти,¹⁴⁵⁷ «госпіталі та місця зосередження хворих і поранених» також можуть підлягати захисту згідно зі статтею 8(2)(b)(xxiv) [Статуту МКС](#),

¹⁴⁵¹ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Аль Махді*, пп. 34-39, 46-47 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁵² МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 92 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁵³ МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бласкіча*, пп. 185, 419-423 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, пп. 640-658 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁵⁴ МКС, [Рішення Судової палати у справі](#) *Аль Махді*, пп. 39, 78-81 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, пп. 85-92 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі](#) *Йокіча*, пп. 23, 46-55 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі](#) *Кордіча та Черкеза*, пп. 359-362 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі); розгляд визначення культурних цінностей див. у: Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: C.H. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 418-419, пп. 415-417.

¹⁴⁵⁵ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі](#) *Йокіча*, п. 51; МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 360.

¹⁴⁵⁶ Наприклад, під час розгляду статусу будівлі, що підлягає захисту, призначеної для освітніх цілей, відповідно до цього положення, Апеляційна палата МКТЮ постановила, «що Судова палата помилилася, коли вважала, що «освітні заклади, безсумнівно, є нерухомим майном, яке має велике значення для культурної спадщини народів» оскільки спеціальні норми, що застосовуються до культурних цінностей, не можна тлумачити як такі, що застосовуються до всіх освітніх установ, таких як школи. Див. МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі](#) *Кордіча та Черкеза*, п. 92 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁵⁷ Див. також: У справі *Брджаніна* Судова палата МКТЮ визнала, що «злочин руйнування або умисного пошкодження релігійних установ певною мірою збігається зі злочином незаконних нападів на цивільні об'єкти», за винятком того факту, «що об'єкт руйнування або умисного пошкодження релігійних установ є більш конкретним». Див.: МКТЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, п. 596 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

що криміналізує «умисне спрямування нападів на об'єкти або персонал, що використовує емблеми, передбачені Женевськими конвенціями».¹⁴⁵⁸

741. **Будівлі, що підлягають захисту, які є об'єктами нападу, не є військовими цілями.** Будівлі/культурні цінності, що підлягають захисту, є цивільними об'єктами.¹⁴⁵⁹ Захист будівлі/культурного майна як цивільного об'єкту припиняється тоді, коли будівля стає військовим об'єктом.¹⁴⁶⁰ У судовій практиці МКС використовувалася стаття 52(1) Додаткового протоколу I, яка визначає військові об'єкти як «об'єкти, які через свій характер, розміщення, призначення або використання вносять ефективний вклад у військові дії і повне або часткове руйнування, захоплення чи нейтралізація яких за існуючих у даний момент обставин дає явну військову перевагу».¹⁴⁶¹
742. Як зазначається у статті 52(3) Додаткового протоколу I і як це визнано з боку МКТЮ, припускається, що цивільні об'єкти не є військовими об'єктами: «Стаття 52(3) Додаткового протоколу I передбачає, що в разі сумніву в тому, чи не використовується об'єкт, який звичайно призначений для цивільних цілей, наприклад, місце відправлення культу, житловий будинок чи інші житлові будови або школа, для ефективної підтримки військових дій, передбачається, що такий об'єкт використовується в цивільних цілях».¹⁴⁶²
743. Крім того, будівлі, що підлягають захисту, не втрачають такого статусу лише через своє розташування поблизу військових цілей.¹⁴⁶³ Однак, як визнав МКТЮ,

¹⁴⁵⁸ Див. розділ про напад на об'єкти, що використовують емблеми, які підлягають захисту.

¹⁴⁵⁹ Наприклад, стаття 53 Додаткового протоколу I, яка захищає культурні об'єкти та місця відправлення культів, поміщена в розділ III Протоколу, що має назву «Цивільні об'єкти»; Блог МКЧХ. [Які об'єкти особливо охороняються згідно з МГП?](#); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 596 («Релігійні установи повинні вважатися такими, що мають цивільний характер і користуються загальним захистом, на який ці об'єкти мають право відповідно до статті 52 Додаткового протоколу I. Згідно зі статтею 52 Додаткового протоколу I, релігійні установи як цивільні об'єкти загалом не повинні бути об'єктами нападу») (виноски опущено) (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁶⁰ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Стугара](#), п. 310 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁶¹ МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1146 («В принципі, відповідно до МГП усі цивільні об'єкти підлягають захисту, окрім тих «об'єктів, які за своїм характером, розміщенням, призначенням або використанням роблять ефективний внесок у військові дії, та чиє повне або часткове руйнування, захоплення або нейтралізація за обставин, що панують на цей момент, дає явну військову перевагу») стосовно злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, під час міжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e) (iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, що наразі розглядається); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 8 МКЧХ. Визначення військових цілей](#).

¹⁴⁶² Див., наприклад, МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 596, вин. 1508 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі). Стаття 52(3) Додаткового протоколу I («У разі сумніву в тому, чи не використовується об'єкт, який звичайно призначений для цивільних цілей, наприклад, місце відправлення культу, житловий будинок чи інші житлові будови або школа, для ефективної підтримки військових дій, передбачається, що такий об'єкт використовується в цивільних цілях»).

¹⁴⁶³ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Стугара](#), п. 310 («Проте, усталена практика Трибуналу, яка підтверджує виняток щодо «військових цілей», який узгоджується з винятками, визнаними Гаазьким положенням 1907 року та Додатковими протоколами, переконує Палату в тому, що захист, що надається культурним цінностям, припиняється, якщо такі об'єкти використовуються у військових цілях. Крім того, з огляду на відмінності між рішеннями Судової палати у справах *Бласкіча* та *Налетіліча*, зазначених вище (щодо вико-

«у такому випадку практичним результатом може бути неможливість встановити той факт, що дії, які спричинили знищення або пошкодження культурних цінностей, були «спрямовані проти» цієї культурної цінності, а не військового об'єкта чи факту військового використання об'єкта в безпосередній близькості від неї».¹⁴⁶⁴

ПРАКТИЧНІ ПРИКЛАДИ ЧИ БУЛА КУЛЬТОВА СПОРУДА ВІЙСЬКОВИМ ОБ'ЄКТОМ МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ **БРДЖАНІНА**, ПП. 340-341 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

«Докази, згадані в рішенні Судової палати щодо релігійних об'єктів, знищених на території АРК у 1992 році, не свідчать про те, що будь-які з цих об'єктів могли використовуватися у військових цілях, або що їх повне чи часткове руйнування давало явну військову перевагу силам боснійських сербів. В апеляції Брджанін не посилається на такі докази. Навпаки, є докази того, що ці об'єкти були знищені в ході етнічної чистки території від мусульман і хорватів. Це узгоджується з висновками Судової палати щодо «умисної кампанії спустошення релігійних і культурних установ боснійських мусульман і боснійських хорватів», що «було лише ще одним елементом масштабнішого нападу». Однак кінцевою метою було виселення населення та знищення їхніх будинків». [...] Сам спосіб, в який багато місць було пошкоджено або зруйновано, включно з часом, необхідним для мінування церков, мечетей і мінаретів та їх підризу (або спалення), свідчить про те, що ці об'єкти не становили військової загрози, а натомість систематично знищувалися через їхнє релігійне значення для етнічних груп, які були об'єктами нападу. Нічого не вказує на те, що їх руйнування дало будь-яку перевагу в ослабленні військових сил, які протистояли боснійським сербам, покращило позиції боснійських сербів або було в інший спосіб виправдано військовою необхідністю».

ристання безпосереднього середовища, в якому перебувають культурні цінності, у військових цілях), і якщо залишити осторонь будь-які наслідки питання про нагальну військову необхідність, найкращим поглядом, судячи з усього, є той, за яким саме використання культурних цінностей, а не їх розташування, визначає, чи будуть культурні цінності позбавлені захисту, і коли це відбудеться. Отже, всупереч твердженням сторони захисту, Палата вважає, що особливий захист, який надається культурним цінностям, не може втрачатися лише внаслідок військової діяльності або наявності військових об'єктів в безпосередній близькості від культурної цінності» (виноски опущено) (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, що наразі розглядається); МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Нателіча та Мартіновича](#), п. 604 («Палата, відповідно, відкидає думку про те, що установи, що підлягають захисту, «не повинні знаходитися поблизу військових об'єктів». Палата не погоджується з думкою про те, що сам факт того, що установа знаходиться в «безпосередній близькості від військового об'єкта», виправдовує її знищення») (виноски опущено) (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, що наразі розглядається).

¹⁴⁶⁴ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Стугара](#), п. 310 (стосовно статті 3(d) Статуту МКТЮ, але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

ЧИ БУВ ГОСПІТАЛЬ ВІЙСЬКОВИМ ОБ'ЄКТОМ? МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ НТАГАНДИ, П. 1147 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)¹⁴⁶⁵

Оскільки в медичному центрі Сайо були присутні особи, які потребували лікування, Палата вважає, що під час нападу медичний центр використовувався як медичний заклад. Докази, надані Палаті, не свідчать про те, що медичний центр у Сайо під час нападу використовувався будь-яким способом, який міг би зробити недійсним його статус об'єкта, що підлягає захисту, і перетворити його на військову ціль. Отже, Палата дійшла висновку, що медичний центр у Сайо кваліфікувався як об'єкт, що підлягає захисту, для цілей статті 8(2)(e)(iv) Статуту

с. Визначення нападу на будівлі, що підлягають захисту (суб'єктивні елементи)¹⁴⁶⁶

744. Суб'єктивні елементи воєнного злочину нападу на будівлі, що підлягають захисту, згідно з системою права МКС передбачають, що особа, що вчинила злочин: (1) умисно скерувала напад; (2) мала намір зробити об'єктом нападу будівлі, що підлягають захисту; і (3) знала, що будівлі призначено для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, вони є історичними пам'ятниками, госпіталями або місцями зосередження хворих і поранених та не є військовими цілями.¹⁴⁶⁷
745. Особа, яка вчинила злочин, умисно спрямувала напад.¹⁴⁶⁸
746. Особа, яка вчинила злочин, умисно скерувала напад на будівлі, що підлягають захисту, та знала, що ці будівлі призначено для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, вони є історичними пам'ятниками, госпіталями або місцями зосередження хворих і поранених та не є військовими цілями. У справі Нтаганда Судова палата МКС зазначила, що «потрібно продемонструва-

¹⁴⁶⁵ Стосовно злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі.

¹⁴⁶⁶ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁴⁶⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(ix); Статут МКС, стаття 30. МКС, Рішення Судової палати у справі Катанги, п. 808 («Для того, щоб суб'єктивна сторона злочину вважалася встановленою, особа, що вчинила злочин, повинна була (1) умисно скерувати напад; (2) передбачати, що об'єктом нападу стане цивільне населення або окремі цивільні особи; (3) бути обізнаною про цивільний характер населення або цивільних осіб, які не беруть участі у воєнних діях; і (4) бути обізнаною про фактичні обставини, що свідчать про наявність збройного конфлікту») (виноски опущено); Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н.Веєк; Оксфорд: Hart; Баден-Баден: Nomos, 2016, с. 365, п. 216 («у питанні необхідних ментальних елементів злочину можна послатися на пояснення, надані у контексті воєнного злочину нападу на цивільне населення [...]. Такий самий підхід застосовувався *mutatis mutandis* по відношенню до всіх злочинів, що включали незаконні напади») (виноски опущено).

¹⁴⁶⁸ Цей суб'єктивний елемент впливає зі звичайного наміру та знань відповідно до статті 30 Статуту МКС.

ти, що особа, яка вчинила злочин, мала намір здійснити напад на будівлю або місце, призначене для виконання однієї з конкретних функцій, перелічених у [визначенні злочину нападу на будівлі, що підлягають захисту], а не на будь-який об'єкт, що не є військовою ціллю».¹⁴⁶⁹

747. Оцінюючи умисел особи, що вчинила злочин, у справі Аль Махді, Судова палата МКС розглянула такі питання: чи були будівлі, що підлягають захисту, в переліку об'єктів під захистом ЮНЕСКО,¹⁴⁷⁰ значення будівлі, що підлягає захисту, для місцевого населення,¹⁴⁷¹ характер нападу (тобто *modus operandi*,¹⁴⁷² осіб, що вчинили злочин, час злочину,¹⁴⁷³ зброю, що використовувалась, рівень руйнування),¹⁴⁷⁴ а також визнання вини¹⁴⁷⁵.

d. Контекстуальні елементи

748. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Відбувався міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Дії сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним,¹⁴⁷⁶ та
- iii. Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁴⁷⁷

¹⁴⁶⁹ МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 1147 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁷⁰ МКС, [Рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 39 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що охороняються, під час неміжнародного збройного конфлікту, згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі), 46.

¹⁴⁷¹ МКС, [Рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 46 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що охороняються, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁷² МКС, [Рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 48 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що охороняються, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁷³ МКС, [Рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 47 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁷⁴ МКС, [Рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), пп. 47-48 (стосовно злочину нападу на об'єкти, що підлягають захисту, під час неміжнародного збройного конфлікту згідно зі статтею 8(2)(e)(iv), але це міркування також може застосовуватися *mutatis mutandis* до злочину, який розглянуто в цьому розділі).

¹⁴⁷⁵ МКС, [Рішення Судової палати у справі Аль Махді](#).

¹⁴⁷⁶ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(ix).

¹⁴⁷⁷ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(ix).

е) Воєнні злочини із застосуванням заборонених засобів і методів ведення війни

- і. Вбивство або поранення особи, яка вибула зі строю (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vi))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. За воєнний злочин вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю (*hors de combat*), передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки він охоплюється «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Вбивство або поранення осіб, які вибули зі строю, як воєнний злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець своєю дією чи бездіяльністю вбив або поранив одну особу або кілька осіб, чи заподіяв смерть одній або кільком особам.
- Така особа або особи були особами, які вибули зі строю.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел убити, заподіяти смерть або завдати поранень, або усвідомлював, що за звичайних обставин наслідком його дії чи злочинної бездіяльності будуть смерть або поранення.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про статус потерпілої особи як такої, що вибула зі строю.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

749. У статті 438 КК України прямо не згадується вбивство або поранення осіб, які вибули зі строю. Однак це правопорушення охоплюється «застосуванням засобів ведення війни, заборонених міжнародними договорами», що згадано у частині першій статті 438. Україна ратифікувала договори, які забороняють вбивство або поранення осіб, які вибули зі строю. Відповідно, таке правопорушення також можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», що також згадано у частині першій статті 438. Це порушення визнано воєнним злочином. Отже, згадане порушення є злочином за статтею 438.

750. Вбивство або поранення осіб, які вибули зі строю — це спосіб ведення війни, заборонений міжнародними договорами, та порушення правил ведення війни, визнаних міжнародними договорами, які ратифікувала Україна. Напади на осіб, які вибули зі строю — це заборонений «метод ведення війни».¹⁴⁷⁸ Норма про це серйозне порушення МГП є застосовною до міжнародних збройних конфліктів і викладена в статті 23(с) [Гаазького положення](#).¹⁴⁷⁹ Це порушення також впливає зі статті 35(2) загалом і, статті 41 зокрема, [Додаткового протоколу I](#).¹⁴⁸⁰ Україна є державою-учасницею Гаазької конвенції (IV) 1907 року з Положенням, що є додатком до неї, та Додаткового протоколу I.¹⁴⁸¹ Відповідно, порушення цієї заборони може також підпадати під «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», відповідно до частини прешої статті 438.
751. Визнання воєнним злочином. Окрім того, це порушення визнається воєнним злочином за звичаєвим міжнародним правом. Згадані діяння визнаються воєнним злочином, оскільки є грубими порушеннями Додаткового протоколу I відповідно до його статті 85.¹⁴⁸² У Дослідженні звичаєвого права МКЧХ вважається, що таку поведінку криміналізовано також і за звичаєвим правом.¹⁴⁸³ Міжнародний військовий трибунал у Нюрнберзі вважав, що порушення Положення, яке є додатком до Гаазької конвенції 1907 року (IV) є воєнними злочинами, оскільки до початку Другої світової війни ці договірні норми були закріплені у звичаєвому праві.¹⁴⁸⁴
752. З рештою, вбивство або поранення осіб, які вибули зі строю, чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(vi) [Статуту МКС](#).¹⁴⁸⁵
753. Отже, за вбивство або поранення осіб, які вибули зі строю, передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України.

¹⁴⁷⁸ МКЧХ. [Збірник прикладів: Як право захищає під час війни?](#) Глосарій від А до Я «Методи ведення війни»; Кальшовен і Зегвельд. *Обмеження на ведення війни: вступ до міжнародного гуманітарного права*. 4-е видання, МКЧХ і Cambridge University Press, 2011, с. 33, 37–38, 92, 96–97.

¹⁴⁷⁹ [IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі \(«Гаазьке положення»\)](#), стаття 23, п. с).

¹⁴⁸⁰ [Додатковий протокол I](#), стаття 35 п. 2, стаття 41.

¹⁴⁸¹ Україна приєдналася до Гаазької конвенції 1907 року (IV) 29 травня 2015 року та ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. МКЧХ. База даних МГП. Договори, держави-учасниці та коментарі, [Гаазька конвенція 1907 року \(IV\)](#); [Додатковий протокол](#). Зауважимо, що правові норми щодо цього порушення мають також статус міжнародного звичаєвого права. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 47. Напади на осіб, які вибули зі строю](#).

¹⁴⁸² [Додатковий протокол I](#), Стаття 85(1)–(3)(e), (5).

¹⁴⁸³ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Серйозні порушення міжнародного гуманітарного права є воєнними злочинами](#).

¹⁴⁸⁴ МВТ у Нюрнберзі, *Герінг та ін. Рішення, винесене 30 вересня та 1 жовтня 1946 р.* Цит. за: 22 «Суд над головними німецькими військовими злочинцями: матеріали Міжнародного військового трибуналу, що засідав у Нюрнберзі, Німеччина», с. 445, 467.

¹⁴⁸⁵ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(vi).

b. Склад «вбивства» або «поранення» осіб, які вибули зі строю (об'єктивні елементи)

754. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець вбив, заподіяв смерть або поранив одну або більше осіб; та (2) така особа або особи *вибули зі строю*.¹⁴⁸⁶
755. Злочин, який полягає у вбивстві або пораненні осіб, які вибули зі строю,¹⁴⁸⁷ має такий самий склад вбивства однієї або більше осіб, що й воєнний злочин умисного вбивства.¹⁴⁸⁸ Відповідно, судова практика, присвячена розгляду умисних вбивств, може допомогти в тлумаченні цього спільного елемента щодо вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю. Однак є важливі відмінності, зокрема (1) вбивство не є обов'язковим елементом цього воєнного злочину, достатньо лише поранення осіб, які вибули зі строю; і (2) цей злочин обмежується певним типом потерпілих осіб у певній ситуації, а саме особами, переважно учасниками бойових дій, які стали особами, що вибули зі строю.
756. **Злочинець вбив або поранив одну особу або кілька осіб, чи заподіяв смерть одній або кільком особам.** На відміну від злочину умисного вбивства, завдання ушкоджень достатньо для вчинення злочину вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю. Вбивство передбачає більш суворе покарання згідно з частиною другою статті 438 КК України, але воно не обов'язково є елементом складу цього злочину.
757. Як і у випадку з умисним вбивством, вбивство або поранення осіб, які вибули зі строю, може бути скоєно шляхом дії, а також — принаймні теоретично — бездіяльності. Щоб довести вчинення цього злочину, повинні бути докази того, що одна або більше осіб загинули або отримали тілесні ушкодження «в результаті» дій або бездіяльності злочинця. Іншими словами, має існувати причинно-наслідковий зв'язок між дією або бездіяльністю злочинця і смертю або пораненням потерпілої особи.¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vi).

¹⁴⁸⁷ Відповідно до статті 8(2)(b)(vi) [Статуту МКС](#).

¹⁴⁸⁸ Див. також [Статут МКС](#), стаття 8(2)(a)(i), 8(2)(c)(i).

¹⁴⁸⁹ Щодо «умисного вбивства» за статтею 2(a) та 3 [Статуту Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії \(МКТЮ\)](#), що за аналогією застосовно до «вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю» за статтею 8(2)(b)(vi) [Статуту МКС](#): МКТЮ, [рішення за апеляцією](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 36 («Апеляційна палата нагадує, що елементами умисного вбивства відповідно до статті 2 Статуту є смерть потерпілої особи в результаті діяння (діянь) обвинуваченого»); МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Челебічі*, п. 424 («Першу з них можна назвати *actus reus* — фізичним діянням, необхідним для вчинення злочину. По відношенню до вбивства будь-якої природи таким *actus reus*, очевидно, є смерть потерпілої особи в результаті діянь обвинуваченого. Судова палата не вважає за потрібне зупинятися на цьому питанні, хоча і зазначає, що як бездіяльність, так і конкретні дії можуть бути елементами *actus reus*»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), пункти 381 («Смерть настала внаслідок дії чи бездіяльності обвинуваченого, або особи чи осіб, за дії чи бездіяльності яких обвинувачений несе кримінальну відповідальність»), 382 («*Actus reus* полягає в дії або бездіяльності обвинуваченого, що призвело до смерті потерпілої особи»); див. далі: Трифферер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 390—391, п. 305 («Формулювання «вбивство або поранення» передбачає, що результатом має бути смерть або тілесні ушкодження»), 306 («Хоча стверджується, що бездіяльність може призвести до кримінальної відповідальності за Римським статутом, не зовсім зрозуміло, за яких обставин це може бути застосовано до статті 8 (2)(b)(vi). Виглядає доречним те, що вбивство або поранення особи, яка вибула зі

758. Однак поведінка злочинця не обов'язково повинна бути єдиною причиною смерті або поранення потерпілої особи. Достатньо, щоб дії або бездіяльність злочинця суттєво сприяли смерті або пораненню особи (осіб).¹⁴⁹⁰
759. **Така особа або особи вибули зі строю.** Статус особи, яка вибула зі строю, визначено у статті 41 (2) Додаткового протоколу I.

ДОДАТКОВИЙ ПРОТОКОЛ I, СТАТТЯ 41. «ГАРАНТІЇ ОСОБАМ СУПРОТИВНОЇ СТОРОНИ, ЯКІ ВИБУЛИ ЗІ СТРОЮ».

1. Заборонено нападати на особу, яку визнано чи яку за даних обставин належить визнати особою, яка вибула зі строю.
2. Вибулою зі строю вважається будь-яка особа, якщо вона:
 - а) перебуває під владою супротивної сторони;
 - б) ясно виражає намір здатися в полон; або
 - в) непритомна чи яким-небудь іншим чином виведена із строю внаслідок поранення чи хвороби й тому не здатна оборонятися, за умови, що в будь-якому разі ця особа утримується від ворожих дій і не намагається втекти.

760. Значення такого захисту та цього злочину полягає в тому, що їх застосування відбувається в інтервалі від моменту, коли особи фактично стають особами, що вибули зі строю на полі бою, до моменту включно, коли вони отримують безпечніший статус, наприклад, визначальний статус військовополоненого.¹⁴⁹¹ Це обмежує методи ведення війни й пов'язує їх із захистом, якщо/коли особи стають беззахисними, зокрема через поранення чи хворобу, і якщо/коли особи

строю, внаслідок бездіяльності може за певних обставин становити військовий злочин, визначений статтею 8(2)(b)(vi). Це, здається, так і є, принаймні, тією мірою, в якій злочинець, по-перше, має необхідні ментальні елементи злочину, зокрема, знає, що комбатант вибув зі строю й усе одно має намір вбити його або поранити, а, по-друге, коли бездіяльність є порушенням обов'язку за гуманітарним правом, за винятком, *наприклад*, випадків, коли обставини не дозволяють виконати цей обов'язок або поставили б злочинця у невідгідне становище чи наразили б його на надмірну небезпеку. Отже, відмова в наданні медичної допомоги пораненому військовополоненому, заморювання такого полоненого голодом до смерті або ненадання допомоги в рятуванні потерпілих осіб корабельної аварії порушує зобов'язання за гуманітарним правом і тому може становити військовий злочин, визначений статтею 8(2)(b)(vi) Римського статуту».

¹⁴⁹⁰ Щодо умисного вбивства за статтею 8(2)(a)(i) [Статуту МКС](#), що за аналогією застосовно до «вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю» за статтею 8(2)(b)(vi) [Статуту МКС](#): МКС, *Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 296 («Палата також погоджується з висновком МКТЮ про те, що «діяння обвинуваченого мають бути істотною причиною смерті потерпілої особи»). Щодо умисного вбивства за статтею 2(a) та/або 3 [Статуту Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії \(МКТЮ\)](#), що за аналогією застосовно до «вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю» за статтею 8(2)(b)(vi) [Статуту МКС](#): МКТЮ, *рішення Судової палати у справі Брджаніна*, п. 382 («Обвинуваченню потрібно лише довести поза розумним сумнівом, що діяння обвинуваченого значною мірою сприяли смерті потерпілої особи»); МКТЮ, *рішення Судової палати у справі Караджича*, п. 446 («Щодо необхідного причинно-наслідкового зв'язку, вимога про те, що смерть мала настати «внаслідок» дії або бездіяльності особи, яка вчинила злочин, не означає, що це має бути єдиною причиною смерті потерпілої особи; достатньо, щоб «діяння особи, яка вчинила злочин, істотно сприяли смерті потерпілої особи»).

¹⁴⁹¹ Трифферер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 383—388, п. 269, 275, 283, 291, 293; див. [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), с. 484—485 п. 1612.

перебувають у руках супротивної сторони, зокрема, в кінцевому підсумку, як військовополонені.¹⁴⁹²

761. З коментарів випливає, що потерпілими від злочину можуть бути як комбатанти, так і цивільні особи, які брали безпосередню участь у бойових діях, а потім стали особами, які вибули зі строю.¹⁴⁹³

КОМЕНТАР МКЧХ ЩОДО ДОДАТКОВОГО ПРОТОКОЛУ I, С. 486–487 П. 1618–1619:

[с]олдат, який бажає показати, що він більше не здатний брати участь у бою, або що він має намір припинити бій, складає зброю і підіймає руки. Інший спосіб — припинити вогонь, підняти білий прапор і вийти з укриття з піднятими руками, незалежно від того, чи йдеться про екіпаж танка, гарнізон форту, чи про комбатантів у полі у військовому камуфляжі. Коли комбатанта застають зненацька, він може підняти руки, щоб показати, що здається, навіть якщо він все ще, можливо, має з собою зброю [...].

Якщо йдеться про повітря, то загалом є прийнятним, коли екіпаж, який бажає повідомити про свій намір припинити бойові дії, робить це, помахавши крилами й відкривши кабіну пілота (якщо це можливо). У морі треба припинити вогонь та спустити прапор. Ці заходи можна доповнити радіосигналами, які передають на міжнародних частотах за позивними.

762. Для докладнішого розгляду статті 41 Додаткового протоколу I та критеріїв визначення осіб, які вибули зі строю та здаються в полон, зазначимо таке:
- особа не обов'язково повинна мати певний правовий статус або дотримуватися певних формальностей під час здачі в полон; але, з іншого боку
 - будь-який намір здатися в полон має бути виражений чітко і недвозначно, як показано у двох випадках нижче:

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД 1. ЄСПЛ, СПРАВА «КОНОНОВ ПРОТИ ЛАТВІЇ», РІШЕННЯ ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ

Заявник був засуджений судами Латвії у 2000–2004 роках за воєнні злочини часів Другої світової війни, коли він був членом загону радянських червоних партизанів.¹⁴⁹⁴

¹⁴⁹² Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I, с. 482 п. 1603; див. також Трифферер та Амбос (за ред.). Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар. 3-тє видання, С.Н.Бекк Hart Nomos, 2016, с. 384, п. 275.

¹⁴⁹³ Трифферер та Амбос (за ред.). Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар. 3-тє видання, С.Н.Бекк Hart Nomos, 2016, с. 383–385, 387–388, пп. 270, 279–280, 282, 292, 294; див. також ЄСПЛ, Справа «Кононов проти Латвії», Рішення Великої палати. Щодо визначення комбатантів, цивільних осіб та безпосередньої участі останніх у бойових діях див. Женеvський конвенцію III, стаття 4; Женеvський конвенцію I, статті 43–44, 50–51(3); Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I, с. 619, п. 1944; Мельцер і МКЧХ, Посібник з тлумачення поняття «безпосередня участь у воєнних діях» за міжнародним гуманітарним правом, 2009.

¹⁴⁹⁴ ЄСПЛ, Справа «Кононов проти Латвії», Рішення Великої палати, пункти 3, 14, 30, 38, 39.

ЄСПЛ спирався на фактичні висновки латвійських судів.¹⁴⁹⁵ Зокрема, на те, що у 1944 році заявник та його підрозділ здійснили каральну експедицію до села Мазіє-Бати, яке на той час перебувало під німецькою адміністрацією, підозрюючи, що деякі мешканці видали німцям іншу групу партизанів.¹⁴⁹⁶ Підрозділ увійшов до Мазіє-Бати та, знайшовши зброю, зокрема гвинтівки й гранати, надані німцями, підпалив будівлі; напав на селян, бив їх і розстрілював, убивши кількох з них, зокрема жінок, одна з яких була вагітною.¹⁴⁹⁷ Ніхто з них не був озброєний і не чинив опору.¹⁴⁹⁸ Оскільки факти були спірними, ЄСПЛ виходив з фактичної гіпотези, найбільш сприятливої для заявника.¹⁴⁹⁹ А саме з того, що селяни були «колаборантами», «цивільними особами, які брали участь у бойових діях», або навіть «комбатантами».¹⁵⁰⁰

Заявника було засуджено за статтею 68-3 Кримінального кодексу Латвії.¹⁵⁰¹ Стаття 68-3 наводить приклади воєнних злочинів, але щодо точних складів посилається на «відповідні правові конвенції».¹⁵⁰² Відповідно, засудження заявника ґрунтувалося на міжнародному праві в тому вигляді, в якому воно існувало в 1944 році.¹⁵⁰³ На думку ЄСПЛ, стаття 23(с) Гаазького положення 1907 року містить достатньо чітку правову основу для того, щоб вважати вбивство, завдання тілесних ушкоджень і жорстоке поводження з селянами порушенням правила, що захищає ворога, який вибув зі строю, в цьому випадку — ворога, який не брав участі в бойових діях і не мав із собою зброї.¹⁵⁰⁴ Таким особам не було потрібно мати певний правовий статус або формально здаватися в полон.¹⁵⁰⁵ Якби мешканці села були комбатантами, вони й тоді мали б право на захист як військовополонені, що перебували під контролем заявника та його підрозділу.¹⁵⁰⁶ Відповідно, ЄСПЛ дійшов висновку, що діяння Заявника були на момент вчинення воєнними злочинами, що були визначені як такі законами і звичаями війни з достатнім ступенем доступності й передбачуваності.¹⁵⁰⁷

¹⁴⁹⁵ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 15, 38, 189-191.

¹⁴⁹⁶ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 15-16, 22-24.

¹⁴⁹⁷ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 17-19, 38, 191-192.

¹⁴⁹⁸ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 17-19, 38, 191.

¹⁴⁹⁹ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 21, 188, 193-194.

¹⁵⁰⁰ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 22, 31, 33, 36-37, 146, 165, 192-194, 201-203, 216.

¹⁵⁰¹ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 32, 35, 38, 47-51, 196.

¹⁵⁰² ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 47-48, 51, 196.

¹⁵⁰³ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 47-51, 52, 85, 91, а також 196, 199.

¹⁵⁰⁴ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 191, 203-204, 216.

¹⁵⁰⁵ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 216.

¹⁵⁰⁶ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 201-202, 216.

¹⁵⁰⁷ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), пункти 216. Див. також там само, п. 235.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД 2. ЄСПЛ, СПРАВА «КОРБЕЙ ПРОТИ УГОРЩИНИ», РІШЕННЯ ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ (БАЗА ЗЛОЧИНУ Є ІНШОЮ, АЛЕ ПРИКЛАД Є ЗНАЧУЩИМ, ЗА АНАЛОГІЄЮ, ДЛЯ СТАТТІ 8(2)(В)(VI) СТАТУТУ МКС «ВБИВСТВО АБО ПОРАНЕННЯ ОСІБ, ЯКІ ВИБУЛИ ЗІ СТРОЮ»)

Заявника було засуджено судами Угорщини за участь у придушенні заворушень у м. Тата під час революції 1956 року.¹⁵⁰⁸

За даними угорських судів, він командував загоном із 15 осіб, який мав завдання відновити контроль над будівлею поліції, яку захопили повстанці.¹⁵⁰⁹ Він стріляв і наказав своїм підлеглим стріляти в повстанців, і кілька людей було вбито або поранено.¹⁵¹⁰

Заявника було засуджено на підставі того, що національне законодавство Угорщини трактує ці вбивства як так звані «злочини проти людства», які, за припущенням, підпадають під дію Спільної статті 3 Женевських конвенцій [так в оригіналі].¹⁵¹¹ Засудження ґрунтувалося на міжнародному праві.¹⁵¹² Ухвалюючи рішення про те, чи був злочин, за який заявника було засуджено, визначений з достатньою доступністю та передбачуваністю, ЄСПЛ розглянув питання про те, чи можна на підставі власних висновків національних судів обґрунтовано стверджувати, що потерпіла особа інкримінованого заявника злочину не брала активної участі у збройному протистоянні та склала зброю в такий спосіб, щоб її вбивство вважалося забороненим відповідно до прийнятих стандартів міжнародного права.¹⁵¹³

Висновки національних судів засвідчили, що загиблий таємно носив із собою пістолет і не подавав чітких і недвозначних сигналів про намір здатися.¹⁵¹⁴ Замість цього він почав жваву сварку із Заявником, а потім витягнув пістолет з невідомими намірами.¹⁵¹⁵ Саме після цього його застрелили.¹⁵¹⁶ Відповідно до загальноприйнятих стандартів міжнародного права, що діяли на той час, ЄСПЛ не міг стверджувати, що загиблий міг вважатися таким, що склав зброю.¹⁵¹⁷ Не було доведено можливості передбачити, що діяння заявника становили злочин за міжнародним правом.¹⁵¹⁸

с. Склад «вбивства» або «поранення» осіб, які вибули зі строю (суб'єктивні елементи)¹⁵¹⁹

763. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується наступними елементами:
(1) злочинець мав умисел убити, заподіяти смерть або поранити, або ж усві-

¹⁵⁰⁸ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 2, 9, 11, 20, 27, 35.

¹⁵⁰⁹ ЄСПЛ, *Справа «Кононов проти Латвії»*, [Рішення Великої палати](#), п. 11–12, 21.

¹⁵¹⁰ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 15, 21.

¹⁵¹¹ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 21, 74, 76.

¹⁵¹² ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 23. Див. також там само, п. 73.

¹⁵¹³ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 73–77, 86–90.

¹⁵¹⁴ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 14, 88, 90–91.

¹⁵¹⁵ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 14–15, 91.

¹⁵¹⁶ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 91.

¹⁵¹⁷ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 91.

¹⁵¹⁸ ЄСПЛ, *Справа «Корбей проти Угорщини»*, [Рішення Великої палати](#), п. 95.

¹⁵¹⁹ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним

домлював, що за звичайного перебігу подій наслідком його дії чи бездіяльності будуть смерть або поранення; і (2) злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про статус потерпілої особи як такої, яка вибула зі строю.¹⁵²⁰

764. Знову ж таки, злочин вбивства або поранення осіб, що вибули зі строю,¹⁵²¹ має такий самий елемент, що й військовий злочин, який полягає в умисному вбивстві,¹⁵²² а саме, намір вбити або заподіяти смерть, або намір заподіяти тяжкі тілесні ушкодження з усвідомленням того, що за звичайного перебігу подій наслідком буде смерть. Відповідно, судова практика, присвячена розгляду умисних вбивств, може допомогти в тлумаченні цього спільного елемента по відношенню до вбивства або поранення осіб, які *вибули зі строю*.
765. Злочинець мав намір убити, заподіяти смерть або поранення, або усвідомлював, що за звичайного перебігу подій наслідком його дії чи бездіяльності будуть смерть або поранення.
766. Як і у випадку зі злочином умисного вбивства, вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю, існує суб'єктивний елемент, який відповідає вимогам кваліфікації злочину як вбивства згідно з кримінальним законодавством України.¹⁵²³
767. **Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про статус жертви як особи, що вибула зі строю.**¹⁵²⁴ У деяких коментарях висловлюється думка про те, що забороняється напад не тільки на осіб, які вибули зі строю, але й на тих, кого за певних обставин слід визнати особами, які вибули зі строю, тобто на тих, кого розсудлива людина повинна була б визнати такими.¹⁵²⁵
768. Це відповідає формулюванню статті 41(1) [Додаткового протоколу I](#), і може бути правильним з погляду порушень МГП. Однак для винесення обвинувального вироку за військовий злочин необхідно довести умисел та усвідомлення особи, яка вчинила злочин, зокрема обізнаність про фактичні обставини, що визначають статус особи, яка вибула зі строю, відповідно до норм кримінального

злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁵²⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vi); [Статут МКС](#), стаття 30.

¹⁵²¹ Відповідно до статті 8(2)(b)(vi) [Статуту МКС](#).

¹⁵²² Див. також статті 8(2)(a)(i), 8(2)(c)(i) [Статуту МКС](#).

¹⁵²³ Див. КК України, статті 23–25, 115–118.

¹⁵²⁴ [Статуту МКС](#), стаття 30(3); [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vi), елемент 3.

¹⁵²⁵ Щодо умисного вбивства за статтями 2(a), 3 та/або 5(a) [Статуту МКС](#), що за аналогією застосовно до «вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю» за статтею 8(2)(b)(vi) [Статуту МКС](#): МКТЮ, [рішення за апеляцією](#) у справі *Прліча* та ін., п. 2793 («*mens rea* вбивства потребує наявності дії або бездіяльності з умислом убити, чи заподіяти тяжкі тілесні ушкодження з обґрунтованим усвідомленням того, що це може призвести до смерті»); МКТЮ, [рішення за апеляцією](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 36 («обвинувачений (...) мав умисел заподіяти смерть або тяжкі тілесні ушкодження, про які він мав, за розумним припущенням, знати, що вони можуть призвести до смерті»); МКТЮ, [рішення за апеляцією](#) у справі *Челебічі*, п. 422 («з метою заподіяння смерті або тяжких тілесних ушкоджень, про які він мав, за розумним припущенням, знати, що вони можуть призвести до смерті»). Див. також МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, п. 381 («намір вбити, або заподіяти тяжкі тілесні ушкодження чи серйозні травми, якщо було обґрунтоване усвідомлення того, що така дія або бездіяльність може призвести до смерті»); Трифферер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 390, п. 302.

правосуддя.¹⁵²⁶ Фактичні помилки виключають кримінальну відповідальність, якщо відсутні елементи суб'єктивної сторони, необхідні для вчинення злочину.¹⁵²⁷

d. Контекстуальні елементи

769. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁵²⁸ та
 - iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁵²⁹

¹⁵²⁶ [Статуту МКС](#), стаття 30; [Додатковий протокол I](#), стаття 85(3)(e).

¹⁵²⁷ Щодо умисного вбивства за статтями 2(a) та 3 [Статуту МКТЮ](#), що за аналогією застосовно до вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю, за статтею 8(2)(b)(vi) [Статуту МКС](#): МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Челебічі*, п. 433 («Судова палата також керується простим, звичайним значенням слова «умисний», яке міститься в Короткому Оксфордському словнику англійської мови, а саме: «навмисний, усвідомлений». Виходячи з цього, немає жодних суттєвих розбіжностей між використанням терміну «умисне вбивство» та його французьким відповідником «l'homicide intentionnel». (...) Суть, що впливає з використання цієї термінології в обох мовах, полягає в тому, що смерть не повинна бути випадковим наслідком діянь обвинуваченого»); МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, п. 386 («Судова палата вважає, що *mens rea* вбивства та умисного вбивства не вимагає попереднього обмірковування»).

¹⁵²⁸ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vi).

¹⁵²⁹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vi).

ii. Неналежне використання розпізнавальних знаків (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин неналежного використання розпізнавальних знаків криміналізований за частиною першою статті 438 КК України, оскільки він охоплюється «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Неналежне використання розпізнавальних знаків як воєнний злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець використовував розпізнавальний знак, який можна віднести до одного з чотирьох типів або категорій знаків.
- Таке використання було неналежним.
- Наслідком діянь стала смерть або тяжкі тілесні ушкодження особи.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел вчинити діяння, пов'язані з використанням розпізнавального знака, у спосіб, описаний в елементах, наведених вище, залежно від типу або категорії знака, та/або мав намір спричинити наслідки, пов'язані з таким використанням, як описано в елементах, наведених вище, залежно від типу або категорії знака.
- Злочинець знав або, залежно від типу або категорії знака, мав знати про заборону неналежного використання знака.
- Злочинець знав, що його діяння можуть призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень осіб.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

770. У статті 438 КК України прямо не згадано неналежне використання розпізнавальних знаків. Однак це правопорушення охоплюється «застосуванням засобів ведення війни, заборонених міжнародними договорами», як це зазначено у частині першій статті 438. Верховна Рада України ратифікувала документи, які забороняють неналежне використання розпізнавальних знаків. Відповідно, таке правопорушення також охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це також згадано у частині першій статті 438. Це порушення визнано воєнним злочином. Отже, такі діяння є воєнними злочинами за статтею 438.

771. Неналежне використання розпізнавальних знаків є методом ведення війни та порушенням правил і звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Неналежне використання розпізнавальних емблем та знаків — заборонений «метод ведення війни».¹⁵³⁰ Це серйозне порушення МГП у контексті міжнародних збройних конфліктів, основою якого є стаття 23 пункт f) [Гаазького положення](#).¹⁵³¹ Це порушення також закріплено у статті 37(1) (a), (d), 38 та 39(2) [Додаткового протоколу I](#).¹⁵³² Україна є державою-учасницею Гаазької конвенції (IV) 1907 року та Положення, що є додатком до неї, а також Додаткового протоколу I.¹⁵³³ Відповідно, порушення цієї заборони охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», відповідно до першої частини статті 438.

772. **Визнання воєнним злочином.** Окрім того, це порушення визнається воєнним злочином за звичаєвим міжнародним правом. Частково це порушення визнається воєнним злочином і грубим порушенням Додаткового протоколу I, відповідно до статті 85, у частині розпізнавальних емблем Червоного Хреста/Червоного Півмісяця або інших захисних знаків, визнаних Женевськими конвенціями

¹⁵³⁰ МКЧХ. [Збірник прикладів: як право захищає під час війни?](#) Глосарій від А до Я «Методи ведення війни»; Кальшовен і Зегвельд. *Обмеження на ведення війни: вступ до міжнародного гуманітарного права*. 4-е видання, МКЧХ і Cambridge University Press, 2011, с. 33, 37–38, 92, 96.

¹⁵³¹ [Гаазьке положення](#), стаття 23(f) («Крім заборон, передбачених спеціальними конвенціями, особливо забороняється [...] неналежним чином використовувати прапор парламентаря, національний прапор чи військові знаки розрізнення та форму ворога, а також відмітні знаки за Женевською конвенцією»), 24 («Військові хитрощі і застосування заходів, необхідних для отримання інформації про супротивника і країну, визнаються дозволеними»).

¹⁵³² [Додатковий протокол I](#), статті 37(1)(a), (d) («1. Заборонено вбивати, завдавати поранення або брати в полон противника, вдаючись до віроломства [...] Прикладами такого віроломства є такі діяння: (a) симулювання наміру вести переговори під прапором парламентаря або симулювання капітуляції [...] (d) симулювання володіння статусом, що надає захист, шляхом використання знаків, емблем або форменого одягу Організації Об'єднаних Націй, нейтральних держав, які не є сторонами, що перебувають у конфлікті»), 37(2) («2. Воєнні хитрощі не заборонені. Такими хитрощами є діяння, спрямовані на те, щоб призвести противника до помилки чи спонукати його діяти необачно, але які не порушують будь-яких норм міжнародного права, застосовуваних у період збройних конфліктів, і які не є віроломними, оскільки вони не обманюють довіри супротивної сторони щодо захисту, який надається цим правом [...]»), 38 («1. Заборонено використовувати не за призначенням розпізнавальну емблему Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Лева і Сонця або інші емблеми, знаки та сигнали, передбачені Конвенціями або цим Протоколом. Також заборонено умисно зловживати під час збройних конфліктів іншими міжнародно визнаними захисними емблемами, знаками та сигналами, включаючи прапор перемир'я та захисну емблему культурних цінностей. 2. Заборонено використовувати розпізнавальну емблему Організації Об'єднаних Націй, крім як з дозволу цієї Організації»), 39(2) («Заборонено використовувати прапори, військові емблеми, військові відзнаки або формений одяг супротивних сторін під час нападу або для прикриття воєнних дій, сприяння цим діям, захисту або утруднення їх»).

¹⁵³³ Україна приєдналася до Гаазької конвенції 1907 року (IV) 29 травня 2015 року та ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. МКЧХ. База даних МГП. Договори, держави-учасниці та коментарі. [Гаазька конвенція 1907 року \(IV\)](#); [Додатковий протокол I](#). Зауважимо, що це порушення також має статус порушення міжнародного звичаєвого права. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 58. Неналежне використання білого прапора парламентаря](#), [Норма 59. Неналежне використання розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями](#), [Норма 60. Неналежне використання емблем або форменого одягу Організації Об'єднаних Націй](#), [Норма 61. Неналежне використання інших міжнародно визнаних емблем](#), [Норма 62. Неналежне використання прапорів або військових емблем, військових відзнак або форменого одягу супротивних сторін](#).

або Додатковим протоколом I.¹⁵³⁴ Дослідження звичаєвого права МКЧХ вважає криміналізацію цього порушення звичаєвим.¹⁵³⁵ Міжнародний військовий трибунал (МВТ) у Нюрнберзі вважав, що порушення Положення, яке є додатком до Гаазької конвенції 1907 року (IV) є воєнним злочинами, оскільки ці договірні норми закріплені у звичаєвому праві.¹⁵³⁶

773. З рештою, неналежне використання розпізнавальних знаків чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(vii) [Статуту МКС](#).¹⁵³⁷

774. Отже, неналежне використання розпізнавальних знаків за передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України.

b. Склад неналежного використання розпізнавальних знаків (об'єктивні елементи)

775. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець використав розпізнавальний знак, який можна віднести до одного з чотирьох типів або категорій знаків; (2) таке використання було неналежним, подробиці чого залежать від типу або категорії знака та контексту; і (3) діяння призвели до смерті або тяжких тілесних ушкоджень.¹⁵³⁸

776. Злочинець використовував розпізнавальний знак, який можна віднести до одного з чотирьох типів або категорій знаків. А саме, злочинець використав прапор перемир'я;¹⁵³⁹ прапор, військові відзнаки або формений одяг супротивної сторони;¹⁵⁴⁰ прапор, військові відзнаки або формений одяг Організації Об'єд-

¹⁵³⁴ [Додатковий протокол I](#), стаття 85(1), (3)(f), (5).

¹⁵³⁵ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) («До воєнних злочинів належать такі серйозні порушення міжнародного гуманітарного права: [...] неналежне використання розпізнавальних емблем, що вказують на захищений статус, яке призвело до смерті або серйозних тілесних ушкоджень; неналежне використання прапора, військових відзнак або форменого одягу супротивника, що призвело до смерті або серйозних тілесних ушкоджень; вбивство або поранення супротивника шляхом віроломства»). Див також Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 392, п. 312 («Стаття 85 п. 3 (f) Додаткового Протоколу I вважає серйозним порушенням, яке призводить до смерті або тяжких тілесних ушкоджень, віроломне використання на порушення статті 37 Додаткового Протоколу I, захисних знаків, визнаних Женевськими конвенціями або Додатковим протоколом I, який також охоплює, серед іншого, розпізнавальні емблеми Організації Об'єднаних Націй, але виключає знаки супротивника»), с. 398, п. 340 («На відміну від прапора перемир'я та розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями які ідентифікують, *наприклад*, некомбатантів або осіб, які вибули зі строю, а також знаків ООН, які вказують на особливий статус, прапор, військові відзнаки або формений одяг супротивника не вказують на будь-який статус, що надає захист згідно з гуманітарним правом»), також с. 400–401, п. 345, включно з виноскою 531, п. 350, включно з виноскою 543.

¹⁵³⁶ МВТ у Нюрнберзі, *Герінг та ін.*, [Рішення, винесене 30 вересня та 1 жовтня 1946 р.](#) Цит. за: 22 «Суд над головними німецькими військовими злочинцями: матеріали Міжнародного військового трибуналу, що засідав у Нюрнберзі, Німеччина», с. 445, 467.

¹⁵³⁷ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii).

¹⁵³⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-1, -2, -3, та -4.

¹⁵³⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-1, Елемент 1.

¹⁵⁴⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-2, Елемент 1.

наних Націй (ООН);¹⁵⁴¹ або розпізнавальні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями.¹⁵⁴²

Прапор перемир'я має білий колір. Він вказує на намір спілкуватися або вести переговори з супротивником, але також використовується на позначення призупинення бойових дій, зазвичай на певний час, або капітуляції.¹⁵⁴³

Прапори, військові відзнаки або формений одяг Організації Об'єднаних Націй включають синій прапор ООН, значки ООН і каски ООН. До них можна також віднести інші розпізнавальні знаки, що ідентифікують особовий склад військового, поліцейського або цивільного компонентів ООН або її спеціалізованих установ, а також транспортні засоби, судна, літальні апарати, будівлі або інші об'єкти ООН або її спеціалізованих установ.¹⁵⁴⁴

Розпізнавальні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями, — це насамперед зображення червоного хреста, червоного півмісяця, а також червоного кристала або емблеми Третього протоколу.¹⁵⁴⁵ Вони ідентифікують медичний і духовний персонал, медичні підрозділи та транспорт, а також особовий склад і майно організацій Міжнародного руху Червоного Хреста і Червоного Півмісяця.¹⁵⁴⁶

777. У коментарі зазначається, що неналежне використання вищезазначених знаків або передання їхнього змісту за допомогою сучасних засобів комунікації, наприклад, радіо, може бути включено до сфери дії цих норм *mutatis mutandis*.¹⁵⁴⁷
778. Використання було неналежним, подробиці чого залежать від типу чи категорії знака та контексту.
779. *Неналежне використання прапора парламентаря.* Що стосується прапора парламентаря, то злочинець використав його для того, щоб імітувати намір вести переговори, коли такого наміру у нього не було.¹⁵⁴⁸ Коментар припускає, що

¹⁵⁴¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-3, Елемент 1.

¹⁵⁴² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-4, Елемент 1.

¹⁵⁴³ Див. [Гаазьке положення](#), стаття 32; Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 392, 397, п. 309, 335.

¹⁵⁴⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 401–402, п. 354.

¹⁵⁴⁵ Див. зображення у pdf-версії МКЧХ Додаткового протоколу I, [Додаток I](#), стаття 4, Рис. 2; та [Додатковий протокол III](#), статті 2–3, Додаток. Червоний лев і сонце не використовуються жодною державою з 1980 року. Для більш детального пояснення та історії цих та інших емблем див.: МКЧХ. База даних МГП. Договори, держави-учасниці та коментарі, [Додатковий протокол III](#).

¹⁵⁴⁶ [Женевська конвенція I](#), статті 24–27, 38–44; [Женевська конвенція II](#), статті 22, 24–25, 27, 36–39, 41–44; [Женевська конвенція IV](#), статті 18–22; [Додатковий протокол I](#), статті 8, 18, 22–23.

¹⁵⁴⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 397, п. 336; Дьорман, *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: Джерела та коментарі*, Cambridge University Press, 2003, с. 199; посилання в мережі матриць справ CILRAP CMN, [Хаб знань: Дайджест засобів доказування](#), стаття 8(2)(b)(vii)-1-3.

¹⁵⁴⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-1, Елемент 2; також [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), с. 458, п. 1552 («Підняття білого прапора без причини або з єдиною метою відвернути увагу від воєнної операції, що триває, або з іншими цілями, що суперечать праву збройних конфліктів, такими як погроза,

фраза «у спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів» прирівнюється до неправомірного отримання військової переваги.¹⁵⁴⁹

780. *Неналежне використання прапорів, військових відзнак або форменого одягу супротивної сторони.* Щодо прапорів, військових відзнак або форменого одягу супротивної сторони, злочинець використовував їх під час нападу в спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів.¹⁵⁵⁰ Коментар припускає, що фраза «у спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів» прирівнюється до неправомірного отримання військової переваги.¹⁵⁵¹ Треба зазначити, що заборона МГП використання цих предметів частково залежить від того, де їх використовують: під час війни в повітрі, на морі або на суходолі.
781. Під час війни в повітрі неправдиві знаки завжди є та завжди були заборонені.¹⁵⁵² Під час війни на морі допускаються неправдиві знаки до нападу.¹⁵⁵³ У війні на суші: (1) зрозуміло, що під час нападу не можна використовувати неправдиві знаки; (2) не зовсім зрозуміло, якою мірою можна використовувати неправдиві знаки, окрім як під час нападу, включно з підготовкою та подіями, що ведуть до неї.¹⁵⁵⁴
782. Окрім того, для України, згідно зі статтею 39(2) [Додаткового протоколу I](#) «[з]аборонено використовувати прапори, військові емблеми, військові відзнаки або формений одяг супротивних сторін під час нападу або для прикриття, бойових дій, сприяння цим діям, захисту або утруднення їх».¹⁵⁵⁵

що пощади не буде, є порушенням і може призвести до санкцій»).

¹⁵⁴⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 394–395, 397, п. 322, 326, 335.

¹⁵⁵⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-2, Елемент 2.

¹⁵⁵¹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 394–395, 398, п. 321–322, 326, 341.

¹⁵⁵² Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 400, п. 346, включно з виноскою 539.

¹⁵⁵³ [Додатковий протокол I](#) стаття 39(3) («Ніщо в цій статті або пункті 1 d статті 37 не торкається існуючих, загальнозвизнаних норм міжнародного права, застосовуваних до [...] використання прапорів під час збройних конфліктів на морі»); [Посібник Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі](#), стаття 110 («Воєнні хитрощі дозволені. Однак військовим кораблям та допоміжним суднам заборонено розпочинати атаку під чужим прапором»); Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 400, п. 345, а також виноска 532–534; цитування з: Політакіс, «Стратегіями та заборона віроломства з окремим посиленням на закони війни на морі» 45 *Австрійський журнал публічного і міжнародного права* 253, с. 272–301, 307.

¹⁵⁵⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 398, 400–401, п. 341, 347.

¹⁵⁵⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 39(2) (виділено автором). Див. також довідкову інформацію в [Коментарі МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), с. 466–467, пункти 1573–1575; Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 398, п. 340.

**ПРИКЛАД НЕНАЛЕЖНОГО ВИКОРИСТАННЯ ПРАПОРІВ,
ВІЙСЬКОВИХ ВІДЗНАК АБО ФОРМЕНОГО ОДЯГУ СУПРОТИВНОЇ
СТОРОНИ: СПРАВА № 3271 ЩОДО НІДЕРЛАНДІВ, ПРИМІТКА I/66
Д-РА ЛІТАВСЬКІ, ЮРИСТА¹⁵⁵⁶**

Обвинувачений німецький офіцер наказав обвинуваченому солдату та чотирьом іншим солдатам провести операцію, яка передбачала: (1) переодягання у форму голландської королівської кінної поліції, (2) вирушення до голландського залізничного мосту на кордоні в день нападу Німеччини на Нідерланди; та (3) знімання вибухового заряду, який там було закладено, щоб перешкодити переходу мосту німцями.

Комітет I Комісії ООН з воєнних злочинів визнав такий обман воєнними хитроцями або стратагемою, визнаними статтею 24 Гаазького положення 1907 року; але такими, що були використані неналежно під час фактичного нападу або оборони в порушення статті 23(f) Гаазького положення. Поняття «нападу» чи «оборони» тлумачилися розширено і включали носіння голландської уніформи під час вторгнення та бойових дій загалом.

783. *Неналежне використання прапорів, військових відзнак або форменого одягу Організації Об'єднаних Націй.* Щодо прапорів, військових відзнак або форменого одягу ООН, злочинець використовував їх у спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів.¹⁵⁵⁷ Коментар припускає, що фраза «у спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів» прирівнюється до неправомірного отримання військової переваги.¹⁵⁵⁸
784. *Неналежне використання розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями.* Злочинець використав розпізнавальні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями, у бойових цілях, тобто в цілях, безпосередньо пов'язаних з бойовими діями, які не включають медичну, релігійну або аналогічну діяльність, у спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів.¹⁵⁵⁹ Коментар припускає, що фраза «у спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів» прирівнюється до неправомірного отримання військової переваги.¹⁵⁶⁰

¹⁵⁵⁶ [справа № 3271](#) щодо Нідерландів, [Примітка I/66](#) д-ра Літавські, юриста; Комісія ООН з воєнних злочинів, Історія Комісії ООН з воєнних злочинів і розвиток законів війни, 1948, с. 490–491. Для ілюстрації юридичних та фактичних труднощів під час розгляду дозволених хитрощів в порівнянні з забороненим неналежним використанням див. також: Генеральний суд військової адміністрації в Американській зоні окупації Німеччини, *Скорцені та ін.*, [судовий процес](#), 18 серпня — 9 вересня 1947 р.; у виданні: Комісія ООН з воєнних злочинів, Том IX. Юридичні звіти про судові процеси над військовими злочинцями 90, 1949, с. 90-93; див. також справу *Скорцені та ін.*, [Огляд](#), 14 квітня 1948 р.

¹⁵⁵⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-3, Елемент 2; також [Додатковий протокол I](#), стаття 38(2) («Заборонено використовувати розпізнавальну емблему Організації Об'єднаних Націй, крім як з дозволу цієї Організації» (виділено автором).

¹⁵⁵⁸ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 394–395, п. 322, 326.

¹⁵⁵⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-4, Елемент 2, включно з виноскою 42.

¹⁵⁶⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 394–395, 404, п. 321–322, 326, 361.

ПРИКЛАД ЗАСУДЖЕННЯ ЗА НЕНАЛЕЖНЕ ВИКОРИСТАННЯ РОЗПІЗНАВАЛЬНИХ ЕМБЛЕМ, ВСТАНОВЛЕНИХ ЖЕНЕВСЬКИМИ КОНВЕНЦІЯМИ: СУД ТИМЧАСОВОЇ ВІЙСЬКОВОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ США В ДАХАУ, НІМЕЧЧИНА, [СУДОВИЙ ПРОЦЕС НАД ХАЙНЦЕМ ХАГЕНДОРФОМ](#)¹⁵⁶¹

Обвинуваченого було звинувачено у тому, що він «неправомірно використав емблему Червоного Хреста в зоні бойових дій, відкривши вогонь по американських солдатах з ворожої машини швидкої допомоги з такою емблемою».

Суд встановив, що німецька машина швидкої допомоги на великій швидкості проїхала через село Хенъелез. Обвинувачений, її пасажир, здійснив кілька пострілів у кількох американських солдатів. Суд не прийняв заяву обвинуваченого про те, що саме американські солдати обстріляли з кулемета його машину швидкої допомоги, а він не стріляв.

Обвинуваченого було засуджено на підставі статті 23(f) Гаазького положення 1907 року та Женевської конвенції 1929 року. У коментарі до справи зазначено, що «неправомірно використання емблеми Червоного Хреста є конкретним порушенням умов Гаазької та Женевської конвенцій. Важко уявити собі більш кричуще неправомірно використання емблеми, ніж стрільба зі зброї з машини швидкої допомоги персоналом, який сам був захищений такими емблемами та конвенціями, за відсутності нападу на нього».

785. **Наслідком діянь стала смерть або тяжкі тілесні ушкодження.** Зазначене в [Статуті МКС](#) та [Елементах злочинів](#) формулювання «*призвела до*» може передбачати менш прямий причинно-наслідковий зв'язок, ніж у статті 85 п. 3 Додаткового протоколу 1, яка вимагає, щоб неналежне використання розпізнавальних знаків «стало причиною» смерті або тяжких тілесних ушкоджень.¹⁵⁶² У зв'язку з цим у коментарі зазначається, що не обов'язково, щоб особа, яка неналежно використовує знак, сама вбила або поранила потерпілу особу (потерпілих); вбити та поранити потерпілу особу може будь-хто інший.¹⁵⁶³ Смерть або тяжкі тілесні ушкодження можуть стати результатом діянь будь-якої особи внаслідок неналежного використання знаку.¹⁵⁶⁴ Що стосується посилання на «тяжкі

¹⁵⁶¹ Суд тимчасової військової адміністрації США в Дахау, Німеччина, [Судовий процес над Хайнцем Хагендорфом](#); Комісія ООН з воєнних злочинів, Том XIII Юридичні звіти про судові процеси над військовими злочинцями 146, с. 146–148.

¹⁵⁶² Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 395, п. 328.

¹⁵⁶³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 395, п. 328 («Згідно зі статтею 8 п. 2 (b) (vii) Римського статуту, і на відміну від воєнного злочину, який полягає у віроломному вбивстві або пораненні, не обов'язково, щоб особа, яка неналежно використовує знак, або будь-хто з її сторони в конфлікті, вбила або поранила супротивника.»); [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), с. 448, п. 1532 («[Пункт 1 статті 38 Додаткового протоколу I] стосується лише самої заборони, але, на відміну від першого речення статті 37 «(Заборона віроломства)», вона має абсолютний характер»).

¹⁵⁶⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 393 п. 319 («[На відміну від злочину, який полягає у віроломному вбивстві або пораненні осіб відповідно до статті 8(2)(b)(xi) Статуту МКС, де] особою, яку вбили або поранили, має бути особа, чий довіру зрадили, [...] або принаймні хтось з її сторони конфлікту, [...] [злочин, пов'язаний з неналежним використанням розпізнавальних знаків, що призвів до смерті або серйозних тілесних ушкоджень за] статтею 8 п. 2 (b) (vii) застосовується до вбивства або поранення будь-якої особи як до (навіть неумисного,

тілесні ушкодження», далі в коментарі зазначається, що термін «ушкодження» зазвичай використовується для позначення фізичних ран або пошкоджень, а не шкоди психічному здоров'ю.¹⁵⁶⁵ Зазначене в [Статуті МКС](#) та [Елементах злочинів](#) формулювання «тяжкі тілесні ушкодження» передбачає вищий рівень тяжкості, ніж «ушкодження».

с. **Склад неналежного використання розпізнавальних знаків (суб'єктивні елементи)**¹⁵⁶⁶

786. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець мав намір вчинити діяння, пов'язані з використанням розпізнавального знака, в описаний вище спосіб, залежно від типу або категорії знака, та/або мала намір спричинити наслідки, пов'язані з таким використанням, як це описано вище, залежно від типу або категорії знака; (2) злочинець знав або, залежно від типу або категорії знака, мав знати про заборону неналежного використання знака; (3) злочинець знав, що його діяння можуть призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень.¹⁵⁶⁷
787. Злочинець мав намір вчинити діяння, пов'язані з використанням розпізнавального знака, в описаний вище спосіб, залежно від типу або категорії знака, та/або мав намір спричинити наслідки, пов'язані з таким використанням, як це описано вище, залежно від типу або категорії знака. Цей елемент умисності («мав намір») стосується діянь та/або їх наслідків. Цей елемент є окремим від інших двох елементів *mens rea*, зокрема: (1) «знав або мав знати» про заборону неналежного використання знака; та (2) «знаючи, що діяння можуть призвести» до смерті або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, про що йдеться нижче.
788. **Злочинець знав або мав знати про заборону неналежного використання знака.** Цей суб'єктивний елемент «знав або мав знати» стосується всіх «видів» злочину, окрім пов'язаних зі знаками ООН.¹⁵⁶⁸ Елемент «знав або мав знати» відповідає кримінальному законодавству України.¹⁵⁶⁹ Щодо прапорів, військових відзнак або форменого одягу ООН, необхідно, щоб злочинець фактично знав про забо-

див. нижче) наслідку неналежного використання»).

¹⁵⁶⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 395, п. 327 («Стаття 8 327 п. 2 (b) (vii) Римський статут передбачає, що неналежне використання розпізнавального знака «має призводити до смерті або серйозних тілесних ушкоджень». Це формулювання частково впливає зі статті 85 п. 3 Додаткового протоколу I, де передбачено результат у вигляді «смерті або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю». Чи є завдання серйозної шкоди здоров'ю достатнім за Римським статутом? Хоча Римський статут чітко не виключає таке тлумачення, термін «ушкодження» зазвичай використовується для позначення фізичних ран або ушкоджень, а не шкоди психічному здоров'ю»).

¹⁵⁶⁶ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁵⁶⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-1, -2, -3, та -4; [Статут МКС](#), стаття 30.

¹⁵⁶⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-1, -2, та -4, Елемент 3.

¹⁵⁶⁹ КК України, статті 23–25.

рону їх використання, оскільки відповідні заборони ООН мають непостійний і регулятивний характер.¹⁵⁷⁰

789. **Злочинець знав, що його діяння можуть призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень.** Цей суб'єктивний елемент «усвідомлення того, що діяння *можуть* призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень» є ментальним елементом нижчого рівня, ніж усвідомлення того, що за звичайного перебігу подій діяння *призведуть* до смерті або тяжких тілесних ушкоджень, відповідно до статті 30(3) Статуту МКС.¹⁵⁷¹

790. Якщо тяжкі тілесні ушкодження або смерть не є передбачуваним наслідком діянь злочинця, тоді його діяння не становитимуть воєнного злочину неналежного використання розпізнавальних знаків.¹⁵⁷²

d. Контекстуальні елементи

791. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁵⁷³ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁵⁷⁴

¹⁵⁷⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii)-3, Елемент 3.

¹⁵⁷¹ [Статут МКС](#), стаття 30(3) («Для цілей цієї статті «усвідомлення» означає розуміння того, що [...] наслідок настане за звичайного перебігу подій. «Усвідомлювати» і «свідомо» повинні тлумачитися відповідно»). Див. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 396–397, п. 332.

¹⁵⁷² Відповідно до [Статуту МКТЮ](#), статті 2(a) та 3 «умисне вбивство»: МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 433 («смерть не повинна бути випадковим наслідком діянь обвинуваченого»).

¹⁵⁷³ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii).

¹⁵⁷⁴ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii).

- iii. Віроломне вбивство або поранення осіб, що належать до ворожої нації чи армії (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xi))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. За військовий злочин, пов'язаний із віроломним вбивством або пораненням осіб, передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки він охоплюється «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Віроломне вбивство або поранення осіб як військовий злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець викликав довіру однієї чи кількох осіб або примусив їх повірити, що вони мають право на захист або зобов'язані надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів.
- Злочинець вбив, поранив таку особу або осіб, або заподіяв їм смерть.
- Злочинець скористався такою довірою, щоб убити або поранити таку особу чи осіб.
- Така особа або особи належали до супротивної сторони.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел зрадити довіру щодо захисту відповідно до норм міжнародного права, що застосовуються під час збройного конфлікту.
- Злочинець мав умисел убити, заподіяти смерть або поранити або усвідомлював, що за звичайного перебігу подій наслідком його діянь будуть смерть або поранення.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

792. У статті 438 КК України прямо не згадано віроломне вбивство або поранення осіб. Однак це правопорушення охоплюється «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами», як це передбачено частиною першою статті 438. Україна ратифікувала документи, які забороняють віроломне вбивство або поранення осіб. З огляду на це, таке правопорушення також можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це також передбачено частиною першою статті 438. Це порушення визнано військовим злочином. Отже, згадані діяння є злочином за статтею 438 КК України.

793. Віроломне вбивство або поранення осіб — це спосіб ведення війни, заборонений міжнародними договорами, та порушення правил ведення війни, визнаних міжнародними договорами, які ратифікувала Україна. Для цього злочину терміни «treacherous» («віроломний, зрадницький») та «perfidious» («віроломний») можна розуміти як синоніми.¹⁵⁷⁵ Віроломство є забороненим «методом ведення війни».¹⁵⁷⁶ Це серйозне порушення МГП встановлено статтею 23(b) [Гаазького положення](#).¹⁵⁷⁷ Це порушення також закріплено у статті 37 [Додаткового протоколу I](#).¹⁵⁷⁸ Україна є державою-учасницею Гаазької конвенції (IV) 1907 року та Положення, що є додатком до неї, а також Додаткового протоколу I.¹⁵⁷⁹ З огляду на це, така заборона може також підпадати під «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», відповідно до частини першої статті 438.
794. **Визнання воєнним злочином.** Вбивство або поранення шляхом віроломства визнається воєнним злочином міжнародним звичаєвим правом. У Дослідженні звичаєвого права МКЧХ криміналізація таких діянь вважається звичаєвою.¹⁵⁸⁰ Віроломне використання розпізнавальних емблем або захисних знаків, вчинене умисно, яке призвело до смерті або тяжких тілесних ушкоджень, також є грубим порушенням Додаткового протоколу I, а тому визнається воєнним злочином.¹⁵⁸¹ Міжнародний військовий трибунал (МВТ) у Нюрнберзі вважав, що порушення Положення, яке є додатком до Гаазької конвенції 1907 року (IV), є воєнними злочинами, оскільки ці договірні норми закріплені у звичаєвому праві.¹⁵⁸²
795. З рештою, віроломне вбивство або поранення осіб чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(xi) [Статуту МКС](#).¹⁵⁸³

¹⁵⁷⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 426–428, пункти 450, 452 і наступні. (Приклад, «[...] Деякі автори вважають, що заборону ["treachery"] («віроломство, зрадянство») в] статті 23 (b) Гаазького положення було замінено або частково змінено [забороною "perfidy"] («віроломство») в] статтях 37–39 Додаткового протоколу I. Інші вважають, що статтю 23 (b) Положень Гаазьких конвенцій сьогодні слід тлумачити як таку, що посилається на поняття "perfidy" («віроломства»)), 455 («терміни "treachery" («віроломство, зрадянство») та "perfidy" («віроломство») можна розуміти як синоніми»).

¹⁵⁷⁶ МКЧХ. Збірник прикладів: як право захищає під час війни? Глосарій від А до Я «Методи ведення війни», ([посилання](#)); Кальшовен і Зегвельд. *Обмеження на ведення війни: вступ до міжнародного гуманітарного права*. 4-е видання, МКЧХ і Cambridge University Press, 2011, с. 33, 37–38, 92, 94–95.

¹⁵⁷⁷ [Гаазьке положення](#), статті 23(b), 24.

¹⁵⁷⁸ [Додатковий протокол I](#), стаття 37.

¹⁵⁷⁹ Україна приєдналася до Гаазької конвенції 1907 року (IV) 29 травня 2015 року та ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. МКЧХ, База даних МГП, [Гаазька конвенція 1907 року \(IV\)](#); [Додатковий протокол I](#). Зауважимо, що це порушення також має статус порушення міжнародного звичаєвого права. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 65. Заборонено вбивати, завдавати поранення або брати в полон противника, вдаючись до віроломства](#).

¹⁵⁸⁰ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹⁵⁸¹ [Додатковий протокол I](#), стаття 85(1), (3)(f), (5).

¹⁵⁸² МВТ у Нюрнберзі, *Герінг та ін., Рішення, винесене 30 вересня та 1 жовтня 1946 р.* «Суд над головними німецькими військовими злочинцями: матеріали Міжнародного військового трибуналу, що засідав у Нюрнберзі, Німеччина». Частина 22 (22 серпня 1946 р. — 1 жовтня 1946 р.), с. 445, 467.

¹⁵⁸³ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi) (міжнародний збройний конфлікт). *Див. також* статтю 8(2)(e)(ix) (неміжнародний збройний конфлікт).

796. Отже, віроломне вбивство або поранення осіб передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України.

b. Склад віроломного вбивства або поранення осіб (об'єктивні елементи)

797. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець викликав довіру однієї або кількох осіб або примусив їх повірити, що вони мають право на захист або зобов'язані надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів; (2) злочинець вбив або поранив таку особу або осіб, або заподіяв їй/їм смерть; (3) злочинець скористався такою довірою, щоб убити або поранити таку особу чи осіб; (4) така особа або особи належала(и) до супротивної сторони.¹⁵⁸⁴

798. Злочинець викликав довіру однієї чи кількох осіб або примусив їх повірити, що вони мають право на захист і зобов'язані надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів. Формулювання цього першого елемента безпосередньо запозичене зі статті 37(1) Додаткового протоколу I.¹⁵⁸⁵ Стаття 37(1) містить невичерпний перелік діянь, які є прикладами віроломства.

ДОДАТКОВИЙ ПРОТОКОЛІ, СТАТТЯ 37. ЗАБОРОНА ВІРОЛОМСТВА

1. [...] Віроломством вважаються дії, спрямовані на те, щоб викликати довіру противника і примусити його повірити, що він має право на захист і зобов'язаний надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів, з метою обману такої довіри. Прикладами такого віроломства є дії:
 - (a) симулювання наміру вести переговори під прапором перемир'я або симулювання капітуляції;
 - (b) симулювання виходу із строю внаслідок поранення або хвороби;
 - (c) симулювання володіння статусом цивільної особи або некомбатанта; і
 - (d) симулювання володіння статусом, що надає захист, шляхом використання знаків, емблем або форменого одягу Організації Об'єднаних Націй, нейтральних держав, які не є сторонами, що перебувають у конфлікті.

799. Під час збройних конфліктів, коли комбатанти не виділяються від цивільного населення, як це від них вимагається, вони не вчиняють віроломства, якщо відкрито носять зброю під час бойових дій і в той час, коли вони перебувають

¹⁵⁸⁴ Елементи злочинів МКС, статті 8(2)(b)(xi), 8(2)(e)(ix). Див. також Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I, с. 435–436, п. 1500.

¹⁵⁸⁵ Див. також Посібник Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі, п. 111 («Віроломство є забороненим. Віроломством вважаються діяння, спрямовані на те, щоб викликати довіру супротивника і примусити його повірити, що він має право на захист і зобов'язаний надати такий захист згідно з нормами міжнародного права, застосовуваного в період збройних конфліктів, з метою обману такої довіри. Віроломні діяння охоплюють початок нападу із симулюванням: (a) статусу звільненої, цивільної, нейтральної особи, або статусу особи, захищеної ООН; (b) капітуляції або зазнання лиха шляхом, наприклад, подачі сигналу лиха або посадки екіпажу на рятувальні плоті»).

на виду у супротивника в ході розгортання в бойові порядки, що передують початку нападу.¹⁵⁸⁶

800. Атаки терористів-смертників можуть бути прирівняні до злочину віроломного вбивства або поранення осіб.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. АТАКИ ТЕРОРИСТІВ-СМЕРТНИКІВ МОЖУТЬ БУТИ ПРИРІВНЯНІ ДО ВІРОЛОМСТВА. МКС. СИТУАЦІЯ В ІСЛАМСЬКІЙ РЕСПУБЛІЦІ АФГАНІСТАН, РІШЕННЯ ПРО ДОЗВІЛ НА ПРОВЕДЕННЯ РОЗСЛІДУВАННЯ¹⁵⁸⁷

Обвинувачення у своєму запиті про надання дозволу на проведення розслідування¹⁵⁸⁸ стверджувало, що Талібан та інші озброєні угруповання вчинили воєнні злочини, зокрема віроломне вбивство або поранення осіб,¹⁵⁸⁹ на підставі матеріальних фактів, які включали «напади на персонал Організації Об'єднаних Націй, неурядових організацій та гуманітарних установ; напади терористів-смертників, що призвели до вбивства або поранення військовослужбовців збройних сил Афганістану та військовослужбовців Міжнародних сил сприяння безпеці в Афганістані («МССБ») [...], а також використання дітей-солдатів у низці випадків в атаках терористів-смертників».¹⁵⁹⁰

Палата попереднього провадження переконалася в наявності достатніх підстав вважати, що інциденти, які лежать в основі клопотання, дійсно сталися і можуть становити злочини, які підпадають під юрисдикцію МКС.¹⁵⁹¹ Зокрема і в тому, що «такі інциденти можуть бути кваліфіковані [...] як воєнні злочини — [зокрема] [...] віроломне вбивство або поранення осіб [...]».¹⁵⁹² (Палата попереднього провадження відхилила клопотання з інших причин, на тій підставі, що розслідування не відповідало б інтересам судочинства, яке тоді підлягало проміжному оскарженню.¹⁵⁹³)

¹⁵⁸⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 44(3) («Для сприяння посиленню захисту цивільного населення від наслідків бойових дій комбатанти зобов'язані відрізнити себе від цивільного населення в той час, коли вони беруть участь у нападі або у воєнній операції, що є підготовкою до нападу. Однак у зв'язку з тим, що під час збройних конфліктів бувають такі ситуації, коли через характер бойових дій озброєний комбатант не може відрізнити себе від цивільного населення, він зберігає свій статус комбатанта за умови, що в таких ситуаціях він відкрито носить свою зброю: а) під час кожного воєнного зіткнення, і b) в той час, коли він перебуває на виду у противника в ході розгортання в бойові порядки, що передують початку нападу, в якому він повинен взяти участь. Діяння, що відповідають вимогам цього пункту, не розглядаються як віроломні в значенні статті 37, пункт 1 (с)»). Визначення термінів «комбатанти» та «цивільні особи» див. далі в [Женевській конвенції III](#), стаття 4; [Додатковий протокол I](#), статті 43–44, 50–51.

¹⁵⁸⁷ МКС. [Рішення щодо розслідування ситуації в Афганістані](#).

¹⁵⁸⁸ Відповідно до [Статуту МКС](#), стаття 15(3).

¹⁵⁸⁹ Відповідно до [Статуту МКС](#), стаття 8(2)(e)(ix) (неміжнародний збройний конфлікт).

¹⁵⁹⁰ МКС. [Рішення щодо розслідування ситуації в Афганістані](#), пункти 18–20.

¹⁵⁹¹ Відповідно до [Статуту МКС](#), статті 15(4), 53(1)(a).

¹⁵⁹² МКС. [Рішення щодо розслідування ситуації в Афганістані](#), пункти 48, 60–61.

¹⁵⁹³ МКС. [Рішення щодо розслідування ситуації в Афганістані](#), п. 96, положення п. 32; див. МКС. Ситуація в Афганістані. [Рішення щодо апеляції на рішення про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Ісламській Республіці Афганістан](#), 5 березня 2020 року.

801. У статті 37(2) Додаткового протоколу I викладено і перераховано невичерпний перелік діянь, які є прикладами допустимих воєнних хитрощів, що не становлять віроломства.

ДОДАТКОВИЙ ПРОТОКОЛ I, СТАТТЯ 37. ЗАБОРОНА ВІРОЛОМСТВА

[...] 2. Воєнні хитрощі не заборонені. Такими хитрощами є дії, спрямовані на те, щоб призвести противника до помилки чи спонукати його діяти необачно, але які не порушують будь-яких норм міжнародного права, застосовуваних у період збройних конфліктів, і які не є віроломними, оскільки вони не обманюють довіри супротивної сторони щодо захисту, який надається цим правом. Прикладами хитрощів є такі дії: використання маскуванню, пасток, обманні операції та дезінформація.

(виділено автором)

802. У коментарі припускається, що воєнні хитрощі як наведено вище або додатково включати: (1) введення супротивника в оману щодо військової сили, розташування сил і планів; (2) використання невеликих підрозділів для імітації великих сил; (3) розміщення муляжів зброї, установок або транспортних засобів; (4) раптові атаки або імітацію бездіяльності; та (5) передачу неправдивих або оманливих повідомлень або сигналів.¹⁵⁹⁴
803. **Злочинець вбив або поранив таку особу або осіб, або заподіяв їй/їм смерть.** Злочин віроломного вбивства або поранення осіб¹⁵⁹⁵ має такий самий елемент вбивства однієї або більше осіб, що й воєнний злочин умисного вбивства.¹⁵⁹⁶ Відповідно, судова практика, присвячена розгляду умисних вбивств, може допомогти в тлумаченні цього спільного елемента по відношенню до віроломного вбивства або поранення осіб.
804. На відміну від злочину умисного вбивства, поранення достатньо для вчинення злочину віроломного вбивства або поранення осіб. Вбивство передбачає більш суворе покарання згідно з частиною другою статті 438 КК України, але воно не обов'язково є елементом складу цього злочину. Як і у випадку з умисним вбивством, віроломне вбивство або поранення осіб може бути скоєно шляхом дії, а також — принаймні теоретично — шляхом бездіяльності. Щоб довести вчинення цього злочину, повинні бути докази того, що одна або більше осіб загинули або отримали тілесні ушкодження «в результаті» діянь злочинця. Іншими словами, має існувати причинно-наслідковий зв'язок між діянням злочинця, і смертю або пораненням потерпілої особи.¹⁵⁹⁷

¹⁵⁹⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 429 п. 461, включно з виноскою 712; з посиланням на дуже великий перелік у [Коментарі МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), с. 443-444, п. 1521.

¹⁵⁹⁵ Відповідно до [Статуту МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi).

¹⁵⁹⁶ Див. також [Статут МКС](#), стаття 8(2)(a)(i), 8(2)(c)(i).

¹⁵⁹⁷ Щодо умисного вбивства за статтями 2(a) та 3 [Статуту МКТЮ](#), що за аналогією застосовується до віроломного

805. Однак поведінка злочинця не обов'язково повинна бути єдиною причиною смерті або поранення потерпілої особи. Достатньо, щоб діяння злочинця суттєво сприяли смерті або пораненню особи (осіб).¹⁵⁹⁸
806. **Така особа або особи належали до супротивної сторони.** Цей елемент злочину означає належність потерпілої особи до супротивної «сторони».¹⁵⁹⁹ Але формулювання [Статуту МКС](#) вимагає, щоб потерпіла особа належала до «ворожої нації чи армії».¹⁶⁰⁰ Коментар підтверджує, що під цим елементом треба розуміти комбатантів противника, а також цивільне населення ворожої країни.¹⁶⁰¹

с. **Склад віроломного вбивства або поранення осіб (суб'єктивні елементи)**¹⁶⁰²

807. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець мав намір зрадити довіру щодо захисту відповідно до норм міжнародного права, що застосовуються під час збройного конфлікту; та (2) злочинець мав намір убити, заподіяти смерть або поранити, або усвідомлював, що за звичайного перебігу подій наслідком його діянь будуть смерть або поранення.¹⁶⁰³

вбивства або поранення осіб за статтею 8(2)(b)(xi) [Статуту МКС](#): МКТЮ, [рішення за апеляцією](#) у справі *Кордіча та Черкеза*, п. 36 («Апеляційна палата нагадує, що елементами умисного вбивства відповідно до статті 2 Статуту є смерть потерпілої особи в результаті діяння (діянь) обвинуваченого»); МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Челебічі*, п. 424 («Першу з них можна назвати *actus reus* — фізичним діянням, необхідним для вчинення злочину. По відношенню до вбивства будь-якої природи таким *actus reus*, очевидно, є смерть потерпілої особи в результаті дій обвинуваченого. Судова палата не вважає за потрібне зупинятися на цьому питанні, хоча зазначає, що бездіяльність, а також конкретні дії можуть задовольнити елемент *actus reus*»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), пункти 381 («Смерть настала внаслідок дії чи бездіяльності обвинуваченого, або особи або осіб, за дії чи бездіяльності яких обвинувачений несе кримінальну відповідальність»), 382 («*Actus reus* полягає в дії або бездіяльності обвинуваченого, що призвели до смерті потерпілої особи»).

¹⁵⁹⁸ Щодо умисного вбивства за статтею 8(2)(a)(i) [Статуту МКС](#), що за аналогією застосовується до віроломного вбивства або поранення осіб за статтею 8(2)(b)(xi) [Статуту МКС](#): МКС, Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги та Нгуджоло Чуї*, п. 296 («Палата також погоджується з висновком МКТЮ про те, що «поведінка обвинуваченого має бути вагомю причиною смерті потерпілої особи»). Приклади, відповідно до статті 2(a) та/або 3 [Статуту МКС](#) «умисне вбивство», які є, однак, значущими, за аналогією, для статті 8(2)(b)(xi) [Статуту МКС](#) «віроломне вбивство або поранення осіб»: МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Брджаніна*, п. 382 («Обвинуваченню потрібно лише довести поза розумним сумнівом, що поведінка обвинуваченого значною мірою сприяла смерті потерпілої особи»); МКТЮ, [рішення Судової палати](#) у справі *Караджича*, п. 446 (неміжнародний збройний конфлікт) («У питанні необхідного причинно-наслідкового зв'язку вимога про те, що смерть мала настати «внаслідок» дії або бездіяльності особи, яка вчинила злочин, не передбачає того, що це має бути єдиною причиною смерті потерпілої особи; достатньо, щоб «поведінка особи, яка вчинила злочин, істотно сприяла смерті потерпілої особи»).

¹⁵⁹⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi), Елемент 5.

¹⁶⁰⁰ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi).

¹⁶⁰¹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Hart Nomos, 2016, с. 432, п. 466.

¹⁶⁰² У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁶⁰³ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi), див. також 8(2)(e)(ix); [Статут МКС](#), стаття 30; [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), с. 435–436, п. 1500.

808. Злочинець мав намір зрадити довіру або віру щодо захисту, який надається відповідно до норм міжнародного права, що застосовуються під час збройного конфлікту. Сфера злочину віроломного вбивства або поранення осіб¹⁶⁰⁴ перетинається зі сферою злочину неналежного використання розпізнавальних знаків, що призводить до смерті або серйозних тілесних ушкоджень.¹⁶⁰⁵ Певні діяння можуть кваліфікуватися за сукупністю злочини.¹⁶⁰⁶ І навпаки, цей суб'єктивний елемент відрізняє цей злочин віроломного вбивства або поранення осіб, зокрема, неправомірного використання розпізнавальних знаків, від злочину неналежного використання розпізнавальних знаків, що призвело до смерті або серйозних тілесних ушкоджень; останнє потребує наявності ментального елемента нижчого рівня, наближеного до недбалості щодо забороненого характеру неналежного використання знака.¹⁶⁰⁷
809. Злочинець мав намір убити, заподіяти смерть або поранити або усвідомлював, що за звичайного перебігу подій наслідком його діянь будуть смерть або поранення.¹⁶⁰⁸ Злочин віроломного вбивства або поранення осіб¹⁶⁰⁹ має такий самий елемент прямого¹⁶¹⁰ або непрямого умислу як і воєнний злочин умисного вбивства. Відповідно, судова практика, присвячена розгляду умисних вбивств, може допомогти в тлумаченні цього спільного елемента по відношенню до віроломного вбивства або поранення осіб. Однак, як і у випадку об'єктивних елементів, тут є важливі відмінності. Зокрема, умисел спричинити смерть не є обов'язковим елементом цього воєнного злочину. Достатньо умислу направленого на поранення осіб.
810. Отже, якщо поранення або смерть є випадковими (не є передбачуваним наслідком діянь злочинця), то діяння злочинця не буде вважатися віроломним вбивством або пораненням осіб. З іншого боку, для встановлення воєнного злочину, пов'язаного з віроломним убивством або пораненням осіб, попереднє обмірковування не є обов'язковим.¹⁶¹¹

¹⁶⁰⁴ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi).

¹⁶⁰⁵ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii).

¹⁶⁰⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 426, п. 449.

¹⁶⁰⁷ Див., наприклад, Дослідження звичаєвого права МКЧХ, [Норма 65. Віроломство](#) («Визначення віроломства [...] Цей елемент конкретного наміру зрадити довіру супротивника відрізняє віроломство від неналежного використання, роблячи віроломство більш серйозним порушенням міжнародного гуманітарного права»). Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 428, п. 458.

¹⁶⁰⁸ [Статут МКС](#), стаття 30.

¹⁶⁰⁹ Відповідно до [Статуту МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi).

¹⁶¹⁰ Див. також статті 8(2)(a)(i), 8(2)(c)(i) [Статуту МКС](#).

¹⁶¹¹ Приклад, відповідно до статей 2(а) та 3 [Статуту МКТЮ](#) «умисне вбивство», який є, однак, значущим, за аналогією, для статті 8(2)(xi) [Статуту МКС](#) «віроломне вбивство або поранення осіб»: МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Челебічі](#), п. 433 («Судова палата також керується простим, звичайним значенням слова «умисний», яке міститься в Короткому Оксфордському словнику англійської мови, а саме: «навмисний, усвідомлений». Виходячи з цього, немає жодних суттєвих розбіжностей між використанням терміну «умисне вбивство» та його французьким відповідником «l'homicide intentionnel». (...) Суть, що впливає з використання цієї термінології в обох мовах, полягає в тому, що смерть не повинна бути випадковим наслідком дій обвинуваченого»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Брджаніна](#), п. 386 («Судова палата вважає, що *mens rea* вбивства та умисного вбивства не вимагає попереднього обмірковування»).

d. Контекстуальні елементи

811. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁶¹² та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁶¹³

iv. Заява про те, що пощади не буде (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. За заяву про те, що пощади не буде, передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України, оскільки вона охоплюється «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Заяву про те, що пощади не буде, як військовий злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець заявив про те, що нікого не залишать у живих, або наказав нікого не залишати в живих.
- Така заява або такий наказ мали на меті залякування ворога або ведення бойових дій з тим розрахунком, що ніхто не залишиться в живих.
- Злочинець здійснював фактичне командування або контроль над підпорядкованими йому силами, яких стосувалися заява або наказ.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел заявити або дати наказ не давати пощади, щоб залякати ворога або вести бойові дії з тим розрахунком, що ніхто не залишиться в живих.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

a. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

812. Стаття 438 КК України прямо не передбачає кримінальної відповідальності за заяву про те, що пощади не буде. Однак, як зазначено нижче, такі діяння охо-

¹⁶¹² Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi).

¹⁶¹³ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xi).

плюються «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», та на які посилається частина перша статті 438 КК України.

813. Заява про те, що пощади не буде, як метод ведення війни або як порушення правил ведення війни, визнаних міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Заява про те, що пощади не буде (також відома як відмова у пощаді), є «методом ведення війни», забороненим МГП.¹⁶¹⁴ Норма про це порушення МГП застосовується до міжнародних збройних конфліктів і закріплена у статті 23(d) [Гаазького положення](#).¹⁶¹⁵ Ця заборона міститься також у статті 40 [Додаткового протоколу I](#), відповідного до якого особам заборонено «віддавати наказ не залишати нікого в живих, погрожувати цим противнику або вести бойові дії в такий спосіб».¹⁶¹⁶ Україна є державою-учасницею Гаазької конвенції IV 1907 року та Положення, що є додатком до неї, а також Додаткового протоколу I.¹⁶¹⁷

814. **Визнання воєнним злочином.** Заява про те, що пощади не буде, визнається воєнним злочином у міжнародному збройному конфлікті.¹⁶¹⁸ Після Першої світової війни Комісія з питань відповідальності винних у війні, яку було створено в контексті Версальської конференції, внесла таку заяву до переліку порушень законів і звичаїв війни, які могли бути предметом кримінального переслідування.¹⁶¹⁹ Заява про те, що пощади не буде, також була об'єктом судового переслідування у справах після Другої світової війни.¹⁶²⁰ Такі діяння визнано воєнним злочином у міжнародних збройних конфліктах на основі статті 8(2) (b)(vi) [Статуту МКС](#).¹⁶²¹ Нормативно-правова база та практика МКС можуть бути додатковим джерелом тлумачення для оцінювання обсягу та складу злочину, передбачених статтею 438 КК України.

815. Отже, за заяву про те, що пощади не буде, передбачена кримінальна відповідальність відповідно до частини 1 статті 438 КК України.

¹⁶¹⁴ МКЧХ. [Збірник прикладів: як право захищає під час війни?](#) Глосарій від А до Я «Методи ведення війни»; Кальшовен і Зегвельд. *Обмеження на ведення війни: вступ до міжнародного гуманітарного права*. 4-е видання, МКЧХ і Cambridge University Press, 2011, с. 37–38.

¹⁶¹⁵ [Гаазьке положення](#), стаття 23(с). Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 46. Накази чи погрози про те, що пощади не буде](#).

¹⁶¹⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 40.

¹⁶¹⁷ Україна приєдналася до Гаазької конвенції 1907 року (IV) 29 травня 2015 року та ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. МКЧХ, База даних договорів МГП, [Гаазька конвенція 1907 року \(IV\)](#); [Додатковий протокол I](#).

¹⁶¹⁸ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#). Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 46. Накази чи погрози про те, що пощади не буде](#).

¹⁶¹⁹ Доповідь, представлена на Версальській попередній конференції Комісією з питань відповідальності винних у війні та виконання покарань, Версаль, 29 березня 1919 р.

¹⁶²⁰ Див., наприклад, Канадський військовий суд в Ауріху, Німеччина. [Справа Арденського абатства: судовий процес над бригадефюрером С.С. Куртом Майером](#), 10-28 грудня 1945 р.; Комісія ООН з воєнних злочинів, Том IV. Юридичні звіти про судові процеси над військовими злочинцями. 97 (1948), с. 98, 101-102, 106; США, Військовий трибунал у Нюрнберзі, [Справа фон Лееба \(Суд над німецьким командуванням\)](#), Рішення від 28 жовтня 1948 р., с. 6.

¹⁶²¹ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(vii). Заяву про те, що пощади не буде, визнано воєнним злочином і в неміжнародному збройному конфлікті. Див. [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(x).

b. Склад заяви про те, що пощади не буде (об'єктивні елементи)

816. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець заявив про те, що нікого не залишать у живих, або наказав нікого не залишати в живих, (2) щоб залякати ворога або вести бойові дії з тим розрахунком, що нікого не залишать у живих. Окрім того, (3) злочинець має здійснювати фактичне командування або контроль.
817. **Злочинець заявив про те, що ніхто не залишиться в живих, або наказав нікого не залишати в живих.** Відповідно до МГП та елементів злочинів, передбачених у Статуті МКС, забороняється «заявляти» або «наказувати» про те, що не буде пощади життю ворогів.¹⁶²² Заява або наказ не обов'язково повинні мати певну форму і можуть бути зроблені публічно або приватно.¹⁶²³
818. У тому, що стосується змісту заяви або наказу, в них повинно бути зазначено або висловлено, що «ніхто не залишиться в живих». Вираз «пощади не буде» безпосередньо запозичений зі статті 23(d) [Гаазького положення](#), тоді як стаття 40 [Додаткового протоколу I](#) спирається на більш сучасне формулювання «ніхто не залишиться в живих», яке міститься в Елементах злочинів МКС.¹⁶²⁴ Отже, «заяву про те, що пощади не буде», треба розуміти як заяву/наказ «нікого не залишати в живих», що означає відмову пощадити життя переможених супротивників, зокрема цивільних осіб та осіб, які вибули зі строю.¹⁶²⁵
819. Злочинець зробив заяву / надав наказ для залякування ворога або ведення бойових дій з тим розрахунком, що ніхто не залишиться в живих. Цей елемент може мати дві форми. По-перше, заяву/наказ використовували як погрозу супротивникам, щоб спровокувати їхню здачу в полон або залякати їх.¹⁶²⁶ У цьому випадку це можна вважати вимогою, за якою наказ/заява має бути «відданий/зроблена відкрито».¹⁶²⁷ По-друге, заяву/наказ роблять для того, щоб забезпечити ведення бойових дій, не залишаючи нікого в живих.¹⁶²⁸ Остання заборона демонструє важливість принципу, за яким військове насильство має бути суворо обмежено тим, що є необхідним у плані бойових дій, і що ніхто не може відмовитися надавати пощаду.¹⁶²⁹

¹⁶²² [Гаазьке положення](#), стаття 23(c); [Додатковий протокол I](#), стаття 40; [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b) (xii).

¹⁶²³ Див. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, п. 472; Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1483.

¹⁶²⁴ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xii).

¹⁶²⁵ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 1591, 1593.

¹⁶²⁶ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 1594; також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 46. Накази чи погрози про те, що пощади не буде](#). Див. також Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 433–434, п. 472.

¹⁶²⁷ Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1483.

¹⁶²⁸ Верле і Єсбергер, *Принципи міжнародного кримінального права*, 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1483.

¹⁶²⁹ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 1591–1592.

820. **Ненадання пощади має усічений склад злочину.** Оскільки злочин є незавершеним, заява або наказ не обов'язково мають бути виконані.¹⁶³⁰ Об'єктивним елементом є заява або наказ самі по собі. Отже, не потрібно, щоб бойові дії фактично велися взагалі або ж були спрямовані на те, щоб не залишати живих, або щоб цивільні особи або особи, які вибули зі строю, були вбиті в результаті заяви/наказу не залишати нікого в живих. Якщо такі заяву або наказ буде виконано, такі діяння, ймовірно, будуть прирівняні, на додаток до злочину відмови в пощаді, до інших воєнних злочинів, зокрема до вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю, та умисного вбивства.¹⁶³¹
821. **Злочинець здійснював фактичне командування або контроль.** Елементи злочину, відповідно до Статуту МКС, передбачають, що злочинець здійснював фактичне командування або контроль над підпорядкованими збройними силами, яким адресувалися заява або наказ.¹⁶³² У той час як, відповідно до МГП, заборони заявляти, що пощади не буде, повинні дотримуватися всі, хто бере участь у бойових діях,¹⁶³³ відповідний воєнний злочин відображає більш вузьку сферу застосування.¹⁶³⁴ Дійсно, цей елемент було внесено, щоб уникнути кримінального переслідування за заяви, які не були серйозними або не могли бути фактично виконані, оскільки порушник не мав повноважень або впливу на збройні сили, які повинні були виконати заяву або наказ.¹⁶³⁵

с. Склад заяви про те, що пощади не буде (суб'єктивні елементи).¹⁶³⁶

822. Суб'єктивна сторона цього злочинку полягає в тому, що злочинець свідомо і умисно заявив або наказав не давати пощади.¹⁶³⁷ Окрім того, заяву/наказ має бути зроблено/віддано для залякування ворога або ведення бойових дій з тим розрахунком, що ніхто не залишиться в живих.¹⁶³⁸

¹⁶³⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 436, п. 481–482.

¹⁶³¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#). Кнут Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Cambridge University Press, 2003, с. 246–247; Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 436, п. 481–482.

¹⁶³² [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xii).

¹⁶³³ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 46. Накази або погрози про те, що пощади не буде](#). Короткий виклад («Хоча всі, хто бере безпосередню участь у бойових діях, повинні дотримуватися цієї норми, на практиці вона буде особливо актуальною для командирів»).

¹⁶³⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 485, п. 480.

¹⁶³⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 485, п. 480.

¹⁶³⁶ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁶³⁷ Верле і Есбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1485.

¹⁶³⁸ Верле і Есбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п.1485; Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 436, п. 483.

823. Оскільки заява про те, що пощади не буде, має формальний склад, не потрібно й доводити, що злочинець мав намір убити, заподіяти смерть або поранити потерпілих осіб, або усвідомлювала, що за звичайного перебігу подій наслідком його дії чи бездіяльності будуть смерть або поранення, що вимагається для воєнних злочинів, які полягають у вбивстві або пораненні осіб, що вибули зі строю, та умисному вбивстві.¹⁶³⁹

d. Контекстуальні елементи

824. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁶⁴⁰та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁶⁴¹

¹⁶³⁹ Див. також п. 749-769, 207-226.

¹⁶⁴⁰ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xii).

¹⁶⁴¹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xii).

- v. Використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від воєнних операцій (Статут МКТЮ, стаття 3; Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxiii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. За воєнний злочин використання цивільного населення або інших захищених осіб як «живих щитів» передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

ЕЛЕМЕНТИ ЗЛОЧИНУ. Використання захищених осіб як «живих щитів», необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець перемістив одну чи кілька цивільних осіб або інших осіб, які перебувають під захистом міжнародного права збройних конфліктів, або в інший спосіб скористався місцем перебування таких осіб.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець вчинив умисно та свідомо об'єктивний елемент злочину.
- Злочинець мав умисел захистити військовий об'єкт від нападу або прикрити військові операції, сприяти або перешкоджати їм.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

825. У статті 438 КК України прямо не згадано використання осіб, які перебувають під захистом, як «живих щитів». Однак, такі діяння охоплюються «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», на які посилається частина перша статті 438 КК України.

826. Використання цивільних та інших осіб, які перебувають під захистом, для прикриття воєнних об'єктів є порушенням засобів ведення війни, відображених у міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Використання цивільних і осіб, які перебувають під захистом, як «щитів» кваліфікується як серйозне порушення МГП у міжнародних збройних конфліктах, оскільки використання присутності захищених осіб для того, щоб зробити територію або збройні сили

невразливими для нападу, є способом ведення війни, забороненим МГП.¹⁶⁴² Ця заборона відображена в кількох міжнародних договорах, ратифікованих Україною:¹⁶⁴³ стаття 23 [Женевської конвенції III](#) (щодо військовополонених), стаття 28 [Женевської конвенції IV](#) (щодо цивільного населення, яке перебуває під захистом), стаття 51(7) [Додаткового протоколу I \(щодо цивільного населення\)](#), та стаття 12(4) [Додаткового протоколу I \(щодо медичних формувань\)](#).¹⁶⁴⁴ Стаття 51(7) [Додаткового протоколу I](#) впливає з основоположного принципу розрізнення [[Додатковий протокол I](#), стаття 48], та захисту, що надається цивільним особам від небезпек, пов'язаних з воєнними операціями [[Додатковий протокол I](#), стаття 51(1)].¹⁶⁴⁵ Тож, використання захищених осіб як «щитів» є порушенням правил ведення війни, визнаних міжнародними документами, ратифікованими Україною.

827. **Визнання воєнним злочином.** Використання цивільних осіб або інших осіб, які перебувають під захистом, для прикриття воєнних об'єктів визнається воєнним злочином у контексті міжнародного збройного конфлікту.¹⁶⁴⁶ Це порушення чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(xxiii) Статуту МКС, що застосовується до міжнародних збройних конфліктів.¹⁶⁴⁷ МКТЮ вирішив, що використання захищених осіб як «щитів», є нелюдським або жорстоким поведінням і посяганням на особисту гідність.¹⁶⁴⁸ Ці злочини підпадають під

¹⁶⁴² [Додатковий протокол I](#), стаття 51(7); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 97. «Живі щити»](#); МКЧХ. Як право захищає під час війни? [«Живі щити»](#); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹⁶⁴³ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року, а 25 січня 1990 року — [Додатковий протокол I](#). Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁶⁴⁴ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 97. «Живі щити»](#). У тому, що стосується неміжнародних збройних конфліктів, заборона використання «живих щитів» міститься у пункті першому статті 13 [Додаткового протоколу II](#) («цивільне населення та окремі цивільні особи користуються загальним захистом від небезпек, що виникають у зв'язку з воєнними операціями»). Див. [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу II](#), п. 4772 («Здійснення [загального захисту цивільного населення] потребує вжиття запобіжних заходів як від сторони, що здійснює напад, на етапах планування, ухвалення рішень і дій, так і від сторони, що зазнає нападу. Наприклад, військові споруди не повинні умисно розміщуватися в районах з високою щільністю проживання цивільного населення для використання його як «живого щита» або щоб змусити супротивну сторону відмовитися від нападу. Не слід забувати і про інші заходи безпеки, які прямо не викладені в Протоколі II»).

¹⁶⁴⁵ Шмітг, [«Живі щити» в міжнародному гуманітарному праві](#)», 47 *Колумбійський журнал транснаціонального права* 292, с. 302; Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 540, п. 744.

¹⁶⁴⁶ Див. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) («Використання «живих щитів» заборонено міжнародним звичаєвим правом, а також визнано воєнним злочином Міжнародним трибуналом щодо колишньої Югославії так само, як нелюдське чи жорстоке поведіння або як посягання на особисту гідність. Його включення до Статуту Міжнародного кримінального суду не викликало суперечок»). (виноски опущені).

¹⁶⁴⁷ [Статут МКС](#) не відносить використання осіб, які перебувають під захистом, як «живих щитів» до воєнних злочинів у неміжнародних збройних конфліктах. Замість цього можна було б використати статтю 8 (2)(c)(iii) Статуту, яка забороняє захоплення заручників у неміжнародних збройних конфліктах. Див. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 540, п. 745.

¹⁶⁴⁸ МКТЮ визначив, що використання військовополонених як «живих щитів» є нелюдським поведінням, яке визначається як серйозне порушення [Женевської конвенції III](#). Див. МКТЮ, [рішення за апеляцією у справі Бласкіча](#), п. 653 («використання військовополонених або затриманих цивільних осіб як «живих щитів» [...] заборонено положеннями Женевських конвенцій і може становити нелюдське або жорстоке поведіння відповідно до статей 2 і 3 Статуту [МКТЮ 1993 р.], якщо наявні інші елементи цих злочинів»); МКТЮ, [рішен-](#)

статті 2 і 3 Статуту МКТЮ (серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 року і порушення законів і звичаїв війни).

828. Отже, використання присутності цивільної чи іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту воєнних об'єктів від нападу є забороненим методом ведення війни або порушенням правил ведення війни, визнаних міжнародними документами, ратифікованими Україною, а також є визнаним на міжнародному рівні воєнним злочином. Відповідно, за використання «живих щитів» передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України.

b. Склад використання осіб, які перебувають під захистом, як «живих щитів» (об'єктивні елементи)

829. Об'єктивна сторона цього злочину полягає в тому, що злочинець перемістив одну або більше цивільних осіб або інших захищених осіб, або в інший спосіб скористався розташуванням таких осіб.¹⁶⁴⁹

830. **«Живі щити».** За визначенням МКЧХ, термін «живий щит/живі щити» стосується ситуацій, «коли присутність цивільних осіб або переміщення цивільного населення, добровільне чи недобровільне, використовується для захисту військових об'єктів від нападу або для прикриття воєнних операцій, сприяння чи перешкоджання їм».¹⁶⁵⁰ У судовій практиці МКТЮ, відповідно до якої використання захищених осіб як «щитів» є нелюдським або жорстоким поведінням і посяганням на особисту гідність,¹⁶⁵¹ термін «живі щити» використовувався в більш обмеженому сенсі та означав «розміщення або утримання осіб у районах, де вони можуть зазнати впливу бойових дій, щоб захистити певні території або види діяльності від військових операцій чи збройного нападу».¹⁶⁵²

[ня суду у справі Бласкіча](#), п. 716 («Судова палата вважає, що 20 квітня 1993 року жителі села Гачіце служили «живим щитом» для штабу обвинуваченого у Вітезі. [...] Оскільки вони були цивільними мусульманами або мусульманами, які більше не брали участі в бойових діях, Судова палата вирішує, що цим актом вони зазнали нелюдського поведіння (пункт 19) і, як наслідок, жорстокого поведіння»); МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовскі](#), п. 229 («використання затриманих як «живого щита» або для копання окопів є посяганням на особисту гідність, захищену статтею 3 Статуту»). У цьому випадку діяння, про які йшлося, були визнані «посяганням на особисту гідність», що є порушенням Спільної статті 3 Женевських конвенцій 1949 року. Див. Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 503-504, п. 743; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 800 («Судова палата також встановила, що під час тримання під вартою мусульман без будь-яких виправдань використовували в якості заручників і «живого щита», а також змушували рити окопи, і що в результаті цієї діяльності деякі з них були вбиті або поранені. Отже, Судова палата визнає, що затриманих боснійських мусульман було незаконно ув'язнено та піддано нелюдському поведінню»).

¹⁶⁴⁹ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xxiii).

¹⁶⁵⁰ МКЧХ. Як право захищає під час війни? **«Живі щити»**. Про переміщення осіб, які перебувають під захистом, має віддаватися наказ компетентних органів сторони міжнародного збройного конфлікту і таке переміщення має здійснюватися відповідно до їхніх інструкцій. Див. [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 1988.

¹⁶⁵¹ МКТЮ, [рішення Апеляційної палати у справі Бласкіча](#), п. 653; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Бласкіча](#), п. 716; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовскі](#), п. 229; МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Кордіча та Черкеза](#), п. 800.

¹⁶⁵² МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Младіча](#) (Том III з V), п. 3245.

831. **Особи, які перебувають під захистом.** Особи, які перебувають під захистом Женевських конвенцій I-IV 1949 року:
- військовослужбовці, які є пораненими, хворими та/або такими, що зазнали корабельної аварії в морі; [[Женевська конвенція I](#), стаття 13; [Женевська конвенція II](#), стаття 13];
 - медичний і духовний персонал [[Женевська конвенція I](#), статті 24, 25, 26; [Женевська конвенція II](#), статті 36 і 37; [Женевська конвенція IV](#), стаття 20];
 - військовополонені; [[Женевська конвенція III](#), стаття 4];
 - цивільні особи, які в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є; [[Женевська конвенція IV](#), стаття 4].
832. Використання осіб, які перебувають під захистом, як «живих щитів» може бути як «активним» (переміщення осіб, які перебувають під захистом, у певне місце), так і «пасивним» (використання переваг місця їх перебування).¹⁶⁵³
833. Як визнається у витягах із судових рішень нижче, цей військовий злочин не передбачає, що захищені особи, яких використовували як «живих щитів», обов'язково зазнають шкоди.

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ БЛАСКІЧА, П. 654 (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНО):

«Використання затриманих осіб, які перебувають під захистом, як «живих щитів» є порушенням положень Женевських конвенцій незалежно від того, чи зазнали фактично ці «живі щити» нападу або шкоди. Насправді, ця заборона спрямована на захист затриманих осіб від ризику заподіяння їм шкоди, а не тільки від самої шкоди».

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ КАРАДЖИЧА (ТОМ I З IV), П. 525 (ПРИМІТКИ ОПУЩЕНО):

«Заборона на використання «живих щитів» не залежить від фактичної шкоди чи нападу».

834. На думку коментаторів, об'єктивний елемент злочину не вимагає отримання злочинцем будь-якої військової переваги від використання «живого щита». ¹⁶⁵⁴
835. Що стосується добровільних «живих щитів», то питання про те, чи порушує їх використання заборону щодо «живих щитів», є предметом дискусій. Деякі коментатори вважають, що присутність справді добровільних «живих щитів» поблизу військових об'єктів або особового складу, які можуть стати мішенню в

¹⁶⁵³ Шмітт, «[Живі щити](#)» в міжнародному гуманітарному праві», 47 Колумбійський журнал транснаціонального права 292, с. 302.

¹⁶⁵⁴ Ван Шаак. [Право і політика використання «живих щитів»](#). За ред. Вільямса і Форда. Складні простори бойових дій: право збройних конфліктів і динаміка сучасної війни. Oxford University Press, 2018, с. 788.

інший спосіб, не призводить до порушення МГП з боку сторін, що воюють.¹⁶⁵⁵ У будь-якому випадку, як зазначає один коментатор, злочин не обов'язково передбачає, що учасники бойових дій переміщують осіб, які перебувають під захистом, до військовослужбовців або воєнних об'єктів; переміщення воєнних об'єктів до місця розташування осіб, які перебувають під захистом, також відповідало б об'єктивним елементам.¹⁶⁵⁶ За таких обставин недоречно обговорювати питання про те, чи були особи, які перебувають під захистом, в цьому місці добровільно до того, як учасники бойових дій перемістили туди свій особовий склад або об'єкти, які могли б стати мішенню.¹⁶⁵⁷

¹⁶⁵⁵ Шмітт. «Живі щити» в міжнародному гуманітарному праві. 47 Колумбійський журнал транснаціонального права 292, с. 318, 322; Верховний суд Ізраїлю. [Рішення у справі «Громадський комітет проти катування в Ізраїлі та ін. проти уряду Ізраїлю та ін.»](#), п. 36 («Якщо [цивільні особи, які виконують роль «живого щита»] роблять це з власної волі, внаслідок підтримки терористичної організації, їх треба розглядати як осіб, які беруть безпосередню участь у бойових діях»). Див. також: США. [Посібник Міністерства оборони з воєнного права](#), с. 270 («На підставі фактів та обставин конкретної справи командир може визначити, що особи, кваліфіковані як добровільні «живі щити», беруть безпосередню участь у бойових діях»).

¹⁶⁵⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 504-505, п. 748.

¹⁶⁵⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 504-505, п. 748.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ВИПАДКИ ВИКОРИСТАННЯ ОСІБ, ЯКІ ПЕРЕБУВАЮТЬ ПІД ЗАХИСТОМ, ЯК «ЖИВИХ ЩИТІВ»

Практика МКТЮ кваліфікує такі діяння як «використання живих щитів»:

- «Забезпечення фізичної присутності або утримання миротворчих сил проти їхньої волі на об'єктах, які є потенційними повітряними цілями НАТО, включно з бункерами для боєприпасів, радіолокаційними станціями та центрами зв'язку».¹⁶⁵⁸
- «Затриманих змушували виконувати різні небезпечні військові завдання [...], зокрема копати окопи, будувати оборонні структури з мішків з піском, переносити поранених або вбитих [...] солдатів, переносити боєприпаси і вибухівку через лінію зіткнення та розміщувати їх перед [військовими] позиціями».¹⁶⁵⁹
- Використання затриманих як «живого щита» для захисту військових штабів від обстрілів.¹⁶⁶⁰
- Примушування затриманих «переходити лінію зіткнення в камуфляжній формі та з дерев'яними гвинтівками в розпал воєнної операції із застосуванням важкої артилерії та постійними обстрілами з обох сторін».¹⁶⁶¹

- Використання затриманих «як «живих щитів» у різних місцях [...] для забезпечення капітуляції сіл, жителі яких були переважно мусульманами».¹⁶⁶²
- «Затриманим боснійським мусульманам наказали провести сербські сили через заміновану територію, щоб забрати тіла загиблих».¹⁶⁶³
- Затриманих використовували як «живі щити», «щоб забрати мертвих і поранених солдатів».¹⁶⁶⁴

с. Використання осіб, які перебувають під захистом, як «живих щитів» (суб'єктивні елементи)¹⁶⁶⁵

836. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно і свідомо перемістив одну чи кілька цивільних осіб або інших

¹⁶⁵⁸ МКТЮ. [Обвинувальний висновок у справі Караджича та Младича](#), п. 47.

¹⁶⁵⁹ МКТЮ. [Другий змінений обвинувальний акт у справі Налетіліча та Мартиновича](#), п. 37.

¹⁶⁶⁰ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Блашкіча](#), п. 716.

¹⁶⁶¹ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Налетіліча та Мартиновича](#), пункти 283, 288.

¹⁶⁶² МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Алексовскі](#), пункти 122, 138.

¹⁶⁶³ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Караджича \(Том I з IV\)](#), п. 2534. У цьому випадку використання осіб, які перебувають під захистом, як «живі щити» було визнано актом утиску та злочином проти людства. *Там само*, п. 2538.

¹⁶⁶⁴ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Младича](#) (Том. 2 з 5), п. 1550. Як і у випадку, наведеному вище, використання «живих щитів» було визнано «дією, що лежить в основі утиску як злочину проти людства». *Там само*, п. 3387.

¹⁶⁶⁵ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. *Див.* статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

осіб, які перебувають під захистом, або в інший спосіб скористалася місцем перебування таких осіб; і (2) мав намір захистити військовий об'єкт від нападу або прикрити військові операції, сприяти або перешкоджати їм.¹⁶⁶⁶

837. Злочинець умисно і свідомо перемістив цивільних осіб або інших осіб, що перебувають під захистом, або скористався місцем перебування таких осіб. Цей елемент передбачає «усвідомлене використання фізичної присутності або фізичного пересування цивільних осіб в цілях прикриття військових операцій своєї сторони, спрямованих проти дій супротивника, або сприяння таким операціям, або для перешкоджання військовим операціям супротивника».¹⁶⁶⁷

838. Злочинець мав намір захистити військовий об'єкт від нападу або прикрити військові операції, сприяти або перешкодити їм. Для встановлення цього елементу не обов'язково, щоб напад або операцію було фактично стримано.¹⁶⁶⁸

d. Контекстуальні елементи

839. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁶⁶⁹ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁶⁷⁰

¹⁶⁶⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxiii); [Статут МКС](#), стаття 30; Трифферер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, п. 751. Судова практика МКТЮ не визначила *tempus reus* для використання осіб, які перебувають під захистом, як «живі щити». Див. МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Караджича \(Том I з IV\)](#), п. 526, виноска 1690.

¹⁶⁶⁷ Боте. Нові правила для потерпілих від збройних конфліктів. Коментар до двох Додаткових протоколів 1977 року до Женевських конвенцій 1949 року. 2-ге видання, Brill, 2013, с. 357.

¹⁶⁶⁸ Ван Шаак. [Право і політика використання «живих щитів»](#). За ред. Вільямса і Форда. Складні простори бойових дій: право збройних конфліктів і динаміка сучасної війни. Oxford University Press, 2018, с. 788.

¹⁶⁶⁹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xii).

¹⁶⁷⁰ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xii).

- ві. Застосування отрути або отруєної зброї, заборонених газів, рідин, матеріалів чи засобів (Статут МКТЮ, стаття 3(a); Статут МКС, стаття 8(2)(b) (xvii)-(xviii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. За воєнні злочини, пов'язані із застосуванням отрути або отруєної зброї, задушливих, отруйних або інших газів, передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України, оскільки вони охоплюються «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Застосування отрути або отруєної зброї, задушливих, отруйних або інших газів характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець застосував речовину або зброю, яка внаслідок її застосування вивільняє речовину.
- Ця речовина внаслідок своїх токсичних властивостей за звичайного перебігу подій викликає смерть або серйозну шкоду здоров'ю.

АБО

- Злочинець застосував газ чи іншу аналогічну речовину чи засіб.
- Газ, речовина або засіб унаслідок своїх задушливих або токсичних властивостей за звичайного перебігу подій викликають смерть або серйозну шкоду здоров'ю.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно і свідомо застосував отруту або отруєну зброю.

АБО

- Злочинець умисно і свідомо застосував газ, або іншу аналогічну речовину чи засіб.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були по'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

840. Застосування отрути або отруєної зброї, а також задушливих, отруйних або інших газів зазначені в Статуті МКС як два окремих злочини, а саме: у статті 8(2)(b)(xvii) і статті 8(2)(b)(xviii). Оскільки вони мають подібні об'єктивні та суб'єктивні елементи, їхній відповідний правовий аналіз здійснено в одному розділі.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

841. Стаття 438 КК України прямо не передбачає кримінальної відповідальності за використання отрути або отруєної зброї, а також заборонених газів. Проте застосування зазначеної вище зброї можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода

на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це зазначено у частині першій статті 438 КК України.

842. Застосування отрути або отруєної зброї, задушливих, отруйних або інших газів як серйозні порушення МГП, що відображені в міжнародних договорах, ратифікованих Україною. Вищезазначена зброя є забороненим засобом ведення війни відповідно до ратифікованих Україною документів МГП.¹⁶⁷¹ Застосування отрути є порушенням Гаазького положення 1907 року, що забороняє використання отрути і отруєної зброї,¹⁶⁷² а Женевський протокол 1925 року забороняє «застосування на війні задушливих, отруйних або інших газів і всіх аналогічних рідин, матеріалів або засобів».¹⁶⁷³ Вищезазначені заборони набули статусу звичаєвого права.¹⁶⁷⁴ Відповідно, застосування отрути або отруєної зброї, задушливих, отруйних або інших газів є порушенням правил ведення війни, визнаних міжнародними документами, ратифікованими Україною.

843. **Визнання воєнними злочинами.** Застосування кожної з вищезазначених категорій зброї визнається воєнним злочином у контексті міжнародного збройного конфлікту.¹⁶⁷⁵ Ці правопорушення чітко визнано воєнними злочинами у статтях 8(2)(xvii)-(ix) Статуту МКС, що застосовуються до міжнародних збройних конфліктів.¹⁶⁷⁶ У Базі даних МКЧХ щодо звичаєвого МГП зазначено, що воєнні злочини, пов'язані із застосуванням забороненої зброї, які підпадають під юрисдикцію МКС, «відображають розвиток міжнародного звичаєвого права з моменту прийняття Додаткового протоколу I у 1977 році».¹⁶⁷⁷ «Застосування отруйної зброї або іншої зброї, призначеної для заподіяння зайвих страждань» також відзначається у статті 3 Статуту МКТЮ (порушення законів і звичаїв вій-

¹⁶⁷¹ Використання забороненої зброї можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», на які посилається частина перша статті 438 КК України. Попри розмежування між термінами «методи ведення війни» та «засоби ведення війни» і з урахуванням того, що термін «методи ведення війни» охоплює спосіб, в який застосовується зброя, використання отрути, заборонених газів та куль також може підпадати під поняття «застосування методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами», на які посилається частина перша статті 438 КК України. Див. [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 1402; МКЧХ. Як право захищає під час війни? [Засоби та методи ведення війни](#).

¹⁶⁷² [Конвенція \(IV\) про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі](#). Стаття 23(а). Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁶⁷³ [Гаазька Декларація \(IV, 2\) про задушливі гази, 29 липня 1899; Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів](#). Див. також [Конвенцію про заборону хімічної зброї](#), стаття XIII («Ніщо у цій Конвенції не повинно тлумачитись як таке, що якимось чином обмежує або применшує зобов'язання, взяті на себе будь-якою державою за Протоколом про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів, підписаним у Женеві 17 червня 1925 року»). Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

¹⁶⁷⁴ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 72. Отрута](#) та [Норма 74. Хімічна зброя](#).

¹⁶⁷⁵ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvii)-(xvii); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹⁶⁷⁶ Після внесення змін до статті 8 Статуту МКС у 2010 році застосування отрути, заборонених газів і заборонених куль було додано до переліку воєнних злочинів, що скоюються під час неміжнародних збройних конфліктів. Конференція з перегляду Статуту МКС. ASP [Резолюція RC/Res.5](#), Додаток I, Поправка до статті 8; [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(xiii)-(xv).

¹⁶⁷⁷ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

ни), що застосовується як до міжнародних, так і до неміжнародних збройних конфліктів.¹⁶⁷⁸

844. Застосування отрути або отруєної зброї, задушливих, отруйних або інших газів є порушенням правил ведення війни, визнаних міжнародними документами, ратифікованими Україною, і визнані на міжнародному рівні воєнними злочинами. Отже, розглянуті діяння є злочинами відповідно до частини 1 статті 438 КК України.

b. Склад застосування забороненої зброї (об'єктивні елементи)

i. Застосування отрути або отруєної зброї [Статут МКС, стаття 8(2)(b) (xvii)]

845. **Злочинець застосував речовину або зброю, яка внаслідок її застосування вивільняє речовину.**¹⁶⁷⁹ На думку коментаторів, матеріальний елемент злочину стосується не лише застосування отруєної зброї, але також охоплює отруєння колодязів, джерел води або продуктів харчування.¹⁶⁸⁰ Відповідно до судової практики Міжнародного суду ООН (МС ООН), терміни «отрута або отруєна зброя» в Гаазьких положеннях 1907 року і Женевському протоколі 1925 року не охоплюють ядерну зброю.¹⁶⁸¹ Коментатори так само припустилися думки про те, що біологічна зброя не підпадає під визначення «отрута або отруєна зброя».¹⁶⁸²

846. Речовина була такою, що за звичайного перебігу подій спричиняє, внаслідок своїх токсичних властивостей, смерть або серйозну шкоду здоров'ю. Коментатори уточнили, що класифікація воєнного злочину застосування отрути або отруєної зброї встановлює поріг шкоди, пов'язаний із впливом використаної речовини, а саме спричинення «смерті або серйозної шкоди здоров'ю за звичайного перебігу подій».¹⁶⁸³ Це означає, що «кількість або, точніше, концентрація речовини за обставин, порівнянних з тими, в яких вона призначена для вико-

¹⁶⁷⁸ Статут МКТЮ, стаття 3; МКТЮ, справа *Тадіча*, рішення щодо проміжної апеляції з питання юрисдикції, п. 119 («[...] елементарні міркування людяності та здорового глузду роблять абсурдним дозвіл на використання державою зброї, забороненої у збройних конфліктах між державами, коли держава намагається придушити повстання власних громадян на власній території. Те, що є негуманним і, відповідно, забороненим у міжнародних війнах, не може бути гуманним і припустимим у громадянських конфліктах»).

¹⁶⁷⁹ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xvii).

¹⁶⁸⁰ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 457–458, п. 575.

¹⁶⁸¹ Міжнародний суд ООН. Законність погроз ядерною зброєю або її застосування. [Консультативний висновок](#), п. 55 («Суд зауважує, що Положення, яке є додатком до Гаазької конвенції IV, не визначають, що саме треба розуміти під «отрутою або отруєною зброєю», і що з цього питання існують різні тлумачення. Протокол 1925 року також не уточнює значення терміну «аналогічні матеріали або засоби». У практиці держав ці терміни розуміють у їхньому звичайному значенні як такі, що охоплюють зброю, основною або навіть єдиною дією якої є отруєння або удушення. Ця практика зрозуміла, і сторони цих документів не розглядали їх як такі, що стосуються ядерної зброї»).

¹⁶⁸² Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 458–459, п. 578.

¹⁶⁸³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 458–459, п. 578.

ристання, могла спричинити смерть або серйозну шкоду здоров'ю». ¹⁶⁸⁴ По суті, зброя, яка випадково призводить до зазначеного вище ефекту, не охоплюється цим військовим злочином. ¹⁶⁸⁵

ii. **Заборонені гази, рідини, матеріали чи засоби [Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xviii)]**

847. **Злочинець застосував газ чи іншу аналогічну речовину чи засіб.** ¹⁶⁸⁶ Коментатори розуміють терміни «рідини та матеріали», згадані у статті 8(2)(b)(xviii) Статуту МКС, як такі, що охоплюють термін «речовина» в елементах злочину. ¹⁶⁸⁷ Судова практика Міжнародного суду ООН вважає, що терміни «отрута або отруєна зброя» в Гаазьких положеннях 1907 року і Женевському протоколі 1925 року не охоплюють ядерну зброю. ¹⁶⁸⁸ Коментатори також припустилися думки про те, що біологічна зброя не підпадає під матеріальні елементи цього військового злочину. ¹⁶⁸⁹

848. Газ, речовина або засіб унаслідок своїх задушливих або токсичних властивостей за звичайного перебігу подій викликають смерть або серйозну шкоду здоров'ю. ¹⁶⁹⁰ Коментатори зазначають, що військовий злочин встановлює поріг, орієнтований на наслідки дій агента, а саме на «спричиненні смерті або серйозної шкоди здоров'ю за звичайного перебігу подій», і що засоби ведення війни, які в кінцевому підсумку спричиняють вищезазначений ефект як вторинний результат, не охоплюються цим військовим злочином. ¹⁶⁹¹

849. Виходячи зі змісту дебатів про сферу дії цього військового злочину під час підготовки статуту МКС, коментатори пропонують розуміти її так, що нелетальні засоби стримування масових заворушень зазвичай не потрапляють до сфери дії цього військового злочину. ¹⁶⁹² З огляду на це, на думку коментаторів, «якщо

¹⁶⁸⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 458–459, п. 578.

¹⁶⁸⁵ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 458–459, п. 578.

¹⁶⁸⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xviii).

¹⁶⁸⁷ Дьорман, *Елементи військових злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: Джерела та коментарі*, Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 286, виноска 2; Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 463, п. 594.

¹⁶⁸⁸ Міжнародний суд ООН. Законність загрози ядерною зброєю або її застосування. [Консультативний висновок](#), п. 55 («Суд зауважує, що Положення, яке є додатком до Гаазької конвенції IV, не визначають, що саме треба розуміти під «отрутою або отруєною зброєю», і що з цього питання існують різні тлумачення. Протокол 1925 року також не уточнює значення терміну «аналогічні матеріали або засоби». У практиці держав ці терміни розуміють у їхньому звичайному значенні як такі, що охоплюють зброю, основною або навіть єдиною дією якої є отруєння або удушення. Ця практика зрозуміла, і сторони цих документів не розглядали їх як такі, що стосуються ядерної зброї».

¹⁶⁸⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 458–459, п. 578.

¹⁶⁹⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xviii).

¹⁶⁹¹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 462–464, п. 591, 594.

¹⁶⁹² Питання про те, в якому обсязі міжнародне право забороняє засоби для боротьби з масовими заворушення-

певний тип засобів для боротьби з масовими заворушеннями має задушливі або токсичні властивості або виготовлений у такий спосіб, що може спричинити смерть або серйозну шкоду здоров'ю за звичайного перебігу подій, виникнення кримінальної відповідальності за їх використання відповідно до статті 8 (2)(b) (xviii) Статуту не викликає сумнівів».¹⁶⁹³

с. **Склад застосування забороненої зброї (суб'єктивні елементи)** ¹⁶⁹⁴

850. **Отрута або отруєна зброя.** Злочин передбачає, що злочинець умисно і свідомо застосувала отруту або зброю, яка вивільняє цю речовину.¹⁶⁹⁵

851. **Заборонені гази, рідини, матеріали або засоби.** Злочин передбачає, що особа, яка його вчинила, умисно і свідомо використовувала газ або іншу аналогічну речовину чи засіб.¹⁶⁹⁶

d. **Контекстуальні елементи**

852. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчиненні в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁶⁹⁷ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁶⁹⁸

ми, а також про можливість того, що їх застосування підпадатиме під дію статті 8(2)(b)(xviii) Статуту МКС, стали предметом ґрунтовних дискусій на засіданні Підготовчої комісії. Враховуючи, що елементи воєнного злочину встановлюють поріг наслідків дій агента або речовини, яку застосовують, а саме заподіяння смерті або серйозної шкоди здоров'ю, до тексту було додано виноску («ніщо в цьому елементі не повинно тлумачитися як таке, що обмежує або завдає шкоди у будь-який спосіб поточним нормам міжнародного права або нормам міжнародного права, що розробляються, які стосуються розроблення, виробництва, накопичення запасів і застосування хімічної зброї»), щоб гарантувати, що суворіші вимоги, які вони містять, є положенням, характерним для МКС, а не відображенням норм міжнародного права. Див. Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 462–463, п. 591.

¹⁶⁹³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 462–463, п. 591.

¹⁶⁹⁴ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁶⁹⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvii); [Статут МКС](#), стаття 30.

¹⁶⁹⁶ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xviii); [Статут МКС](#), стаття 30.

¹⁶⁹⁷ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvii)-(xviii).

¹⁶⁹⁸ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvii)-(xviii).

- vii. Використання заборонених куль (Статут МКТЮ, стаття 3(a), Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xix))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. За військовий злочин, пов'язаний з використанням куль, що легко розгортаються або сплющуються в тілі людини, може бути передбачена кримінальна відповідальність за статтею 438 КК України, оскільки він охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

ЕЛЕМЕНТИ ЗЛОЧИНУ. Використання заборонених куль як військовий злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець застосував певні кулі.
- Використання таких куль порушує міжнародне право збройних конфліктів, оскільки вони легко розгортаються або сплющуються в тілі людини.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно використовував заборонені кулі.
- Злочинець усвідомлював, що застосування таких куль безглуздо посилюватиме страждання людини.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

853. У статті 438 КК України прямо не згадано використання заборонених куль. Проте, як зазначалося вище, застосування такої зброї охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», на які посилається частина перша статті 438 КК України.

854. Використання куль, які розгортаються або сплющуються в тілі людини, є серйозним порушенням МГП за міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Використання куль, які розгортаються або сплющуються в тілі людини, є забороненим засобом ведення війни відповідно до документів МГП, ратифікованих Україною.¹⁶⁹⁹ Заборона, запроваджена Гаазькою декларацією 1899 року, також

¹⁶⁹⁹ Було запропоновано вважати, що застосування забороненої зброї можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами», на які посилається частина перша статті 438 КК України. Попри розмежування між термінами «методи ведення війни» та «засоби ведення

вважається частиною звичаєвого МГП.¹⁷⁰⁰ Враховуючи вищевикладене, кулі, які розгортаються або сплющуються в тілі людини, є порушенням правил ведення війни, визнаних міжнародними документами, ратифікованими Україною.

855. **Визнання воєнними злочинами.** Використання куль, які розгортаються або сплющуються в тілі людини, є воєнним злочином у контексті міжнародного збройного конфлікту.¹⁷⁰¹ Ці порушення чітко визнано воєнними злочинами у статті 8(2)(ix) Статуту МКС, що застосовується до міжнародних збройних конфліктів.¹⁷⁰² У Базі даних МКЧХ щодо звичаєвого МГП зазначено, що воєнні злочини, пов'язані із застосуванням забороненої зброї, які підпадають під юрисдикцію МКС, «відображають розвиток міжнародного звичаєвого права з моменту прийняття Додаткового протоколу I у 1977 році».¹⁷⁰³ «Застосування отруйної зброї або іншої зброї, призначеної для заподіяння зайвих страждань» також відзначається у статті 3 Статуту МКТЮ (порушення законів і звичаїв війни), що застосовується як до міжнародних, так і до неміжнародних збройних конфліктів.¹⁷⁰⁴

856. Отже, використання куль, які розгортаються або сплющуються в тілі людини, є порушенням правил ведення війни, визнаних міжнародним документом, ратифікованим Україною, і таке використання визнано на міжнародному рівні воєнним злочином. Відповідно, ці фактори підтверджують висновок про те, що за це порушення передбачена кримінальна відповідальність відповідно до частини 1 статті 438 КК України.

b. Склад застосування куль, які розгортаються або сплющуються в тілі людини (об'єктивні елементи)

857. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець застосував певні кулі; та (2) кулі були такими, що їх використання порушує вимоги міжнародного права збройних конфліктів, оскільки вони лег-

війни» і з урахуванням того, що термін «методи ведення війни» охоплює спосіб, в який застосовується зброя, використання отрути, заборонених газів та куль також може підпадати під поняття «застосування методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами», на які посилається частина перша статті 438 КК України. Див. [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 1402; МКЧХ. Як право захищає під час війни? [Засоби та методи ведення війни](#).

¹⁷⁰⁰ [Декларація \(IV, 3\) про незастосування куль, які легко розгортаються і сплющуються](#). Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#). Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 77. Кулі, що розгортаються](#).

¹⁷⁰¹ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvii)-(ix); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹⁷⁰² Після внесення змін до статті 8 Статуту МКС у 2010 році, застосування заборонених куль було додано до переліку воєнних злочинів у контексті неміжнародних збройних конфліктів. Конференція з перегляду Римського статуту, ASP [Резолюція RC/Res.5](#), Додаток I, Поправка до статті 8; [Статут МКС](#), стаття 8(2)(e)(xiii)-(xv).

¹⁷⁰³ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#).

¹⁷⁰⁴ [Статут МКТЮ](#), стаття 3; МКТЮ, справа *Тадіча*, [рішення щодо проміжної апеляції з питання юрисдикції](#), п. 119 («[...] елементарні міркування людяності та здорового глузду роблять абсурдним дозвіл на використання державою зброї, забороненої у збройних конфліктах між державами, коли держава намагається придушити повстання власних громадян на власній території. Те, що є негуманним і, відповідно, забороненим у міжнародних війнах, не може бути гуманним і припустимим у громадянських конфліктах»).

ко розгортаються або сплющуються в тілі людини.¹⁷⁰⁵ На думку коментаторів, військовий злочин передбачає кримінальну відповідальність не лише за використання куль, призначених для розгортання або сплющення в тілі людини, а й тих, які обробляють для досягнення вищезазначеного ефекту (наприклад, шляхом нанесення надрізів на стандартні кулі).¹⁷⁰⁶ Окрім того, вони зазначають, що перелік куль у статті 8(2)(b)(xix) Статуту МКС (кулі з твердою оболонкою, яка не повністю покриває осердя або має надрізи), не є вичерпним.¹⁷⁰⁷

с. Склад застосування куль, які розгортаються або сплющуються в тілі людини (суб'єктивні елементи)¹⁷⁰⁸

858. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) застосування куль здійснювалося з умислом,¹⁷⁰⁹ і (2) злочинець усвідомлював характер куль, застосування яких марно посилить страждання людини від поранення.¹⁷¹⁰ У контексті цієї останньої вимоги, на думку коментаторів, використання куль, які розгортаються, для отримання військової переваги не обставиною, яка виключає відповідальність злочинця.¹⁷¹¹

d. Контекстуальні елементи

859. Крім того, як і щодо всіх військових злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁷¹² та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁷¹³

viii. Умисне використання голодування цивільного населення як метод ведення війни (Статут МКС, стаття (8)(2)(b)(xxv))

¹⁷⁰⁵ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xix).

¹⁷⁰⁶ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 465, п. 601.

¹⁷⁰⁷ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 465–466, п. 602.

¹⁷⁰⁸ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього військового злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁷⁰⁹ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xix); Статут МКС, стаття 30.

¹⁷¹⁰ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xix).

¹⁷¹¹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 467, п. 608.

¹⁷¹² Див. також Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xix).

¹⁷¹³ Див. також Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xix).

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Умисне використання голоду цивільного населення як засобу ведення війни є злочином за частиною першою статті 438 КК України і охоплюється «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

ЕЛЕМЕНТИ ЗЛОЧИНУ. Морення голодом необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець позбавив цивільне населення предметів, необхідних для виживання, у тому числі шляхом умисного створення перешкод для надання допомоги.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно і свідомо позбавив цивільне населення предметів, необхідних для виживання.
- Злочинець мав намір заморити голодом цивільне населення, використовуючи це як метод ведення війни.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були по'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438 КК України

860. У статті 438 КК України прямо не згадано морення голодом цивільного населення. Однак, як зазначено нижче, такі діяння охоплюються «застосуванням методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами» та «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», та на які посилається частина перша статті 438 КК України.

861. Використання голодування цивільного населення як заборонений метод ведення війни є серйозним порушенням міжнародного гуманітарного права за міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Морення голодом — метод ведення війни, заборонений МГП.¹⁷¹⁴ Морення голодом як метод ведення війни є серйозним порушенням МГП у міжнародних збройних конфліктах.¹⁷¹⁵ Така заборона міститься у Статті 54(1) [Додаткового протоколу I, ратифікованого Україною, згідно з якою «заборонено вдаватися до голоду серед цивільного](#)

¹⁷¹⁴ [Додатковий протокол I](#), стаття 54; [Додатковий протокол II](#), стаття 14; МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 53. Морення голодом як метод ведення війни.](#)

¹⁷¹⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 54; МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Воєнні злочини.](#) Морення голодом цивільного населення як метод ведення бойових дій також заборонено під час неміжнародних збройних конфліктів. *Див.* [Додатковий протокол II](#), стаття 14.

населення як методу ведення війни».¹⁷¹⁶ Ця загальна заборона конкретизована в статті 54 (2), де зазначено, що: «[з]аборонено піддавати нападу або знищувати, виводити або доводити до непридатності предмети, необхідні для виживання цивільного населення [...] спеціально з метою не допустити використання їх цивільним населенням або супротивною стороною як засобу підтримання існування, незалежно від мотивів, ніби з метою заморити голодом цивільне населення, змушувати їх переселятися або з будь-яких інших мотивів».¹⁷¹⁷ Норми МГП, що регулюють надання гуманітарної допомоги цивільному населенню, яке її потребує, також пов'язані із забороною морення голодом як методу ведення війни.¹⁷¹⁸ Враховуючи вищезазначене, морення голодом цивільного населення як методу ведення війни є порушенням правил ведення війни, визнаних міжнародними документами, ратифікованими Україною.

862. **Визнання воєнним злочином.** Використання морення голодом як методу ведення війни визнано воєнним злочином у контексті міжнародних збройних конфліктів за звичаєвим міжнародним правом.¹⁷¹⁹ Цей злочин також чітко визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(xxv) Статуту МКС, що застосовується до міжнародного збройного конфлікту.¹⁷²⁰ Нормативно-правова база МКС може бути додатковим джерелом тлумачення для оцінки обсягу та складу злочину відповідно до частини першої статті 438 КК України.

863. Отже, морення голодом — це заборонений метод ведення війни згідно з МГП, порушення правил ведення війни, визнаних міжнародними документами, ратифікованими Україною, а також визнаний на міжнародному рівні воєнний злочин. Отже, за використання голоду як методу ведення війни передбачена кримінальна відповідальність за частиною першою статті 438 КК України.

¹⁷¹⁶ Україна ратифікувала Додатковий протокол I до Женевських конвенцій 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

¹⁷¹⁷ [Додатковий протокол I](#), стаття 54(2).

¹⁷¹⁸ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2805, 2808 згідно з яким статтю 70(1) [Додаткового протоколу I](#) («проводяться операції з надання допомоги, які мають гуманітарний та беззастережний характер і здійснюються без будь-яких несприятливих особливостей за згодою між сторонами, зацікавленими в таких операціях щодо надання допомоги») слід тлумачити разом зі статтею 54 Додаткового протоколу I, що забороняє вдаватися до голоду серед цивільного населення як методу ведення війни.

¹⁷¹⁹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 53. Голод як метод ведення війни](#); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#) («Заборона морення голодом цивільного населення як методу ведення війни вважалася новою нормою на момент прийняття Додаткового протоколу I. Однак практика, що склалася з того часу, не тільки зробила це звичаєвою нормою, але і його внесення до Статуту Міжнародного кримінального суду як воєнного злочину, якщо він скоєний під час міжнародного збройного конфлікту, не викликало жодних суперечок. Знищення предметів, необхідних для виживання цивільного населення, також відображає звичаєву заборону. Дійсно, існувало кримінальне провадження у справі про знищення посівів в ході операції «Випалена земля» під час Другої світової війни, хоча підставою для провадження було знищення майна, що не було пов'язано із військовою необхідністю. Заборона морення голодом викладена в численних військових статутах. Багато держав ухвалили закони, за якими морення голодом цивільного населення як метод ведення війни є злочином https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule156—Fn_41B4CBC3_00067») (примітки опущено).

¹⁷²⁰ У 2019 році Асамблея держав-учасниць внесла зміни до Статуту МКС, включивши до нього воєнний злочин морення голодом як метод ведення війни в неміжнародних збройних конфліктах. Див. [ASP Резолюція ICC-ASP/18/Res.5](#), Додатки I та II.

b. Склад морення голодом цивільного населення як методу ведення війни (об'єктивні елементи)

864. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець позбавив (зокрема шляхом умисного створення перешкод для надання допомоги) (2) цивільне населення (3) предметів, необхідних для його виживання.¹⁷²¹
865. **Предмети, необхідні для виживання.** Предмети, необхідні для виживання включають предмети, пов'язані з їжею та водою, такі як «запаси харчових продуктів, сільськогосподарські райони, де виробляють продовольство, посіви, худобу, споруди для забезпечення питною водою й запаси останньої, а також іригаційні споруди», перелічені в статті 54 [Додаткового протоколу I](#). Наведений вище перелік об'єктів не є вичерпним.¹⁷²² Предмети, необхідні для виживання, можуть також включати інші життєво важливі предмети, такі як медикаменти, одяг, постільна білизна, притулок, а в деяких випадках — джерела електроенергії, такі як паливо.¹⁷²³ Згідно з Коментарем МКЧХ, термін «предмети, необхідні для виживання», треба розуміти як такий, що охоплює всі «предмети для існування», тобто «предмети, які мають основне значення для населення з погляду забезпечення засобів існування».¹⁷²⁴
866. **Позбавлення предметів, необхідних для виживання.** Будь-яка дія чи бездіяльність, яка призвела до позбавлення предмета, необхідного для виживання, відповідає об'єктивному елементу злочину. Стаття 54(2) [Додаткового протоколу I](#) конкретно згадує про «піддавання нападу», «знищення», «виведення» або «доведення до непридатності» об'єктів, необхідних для виживання.¹⁷²⁵
867. Зазначене позбавлення може також бути вчинене шляхом бездіяльності.¹⁷²⁶ Наприклад, коли держава-окупант не виконує своїх зобов'язань щодо задоволення потреб цивільного населення, зокрема «[шляхом] ввезення необхідних харчових продуктів, медикаментів та інших предметів, якщо ресурсів окупованої території недостатньо».¹⁷²⁷

¹⁷²¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxv).

¹⁷²² [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2103 («слова «такі як» показують, що перелік об'єктів, які перебувають під захистом, є лише ілюстративним. Вичерпний перелік міг би призвести до пропусків або довільного вибору»).

¹⁷²³ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2103; Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 513, п. 772.

¹⁷²⁴ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2103; [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу II](#), п. 4803.

¹⁷²⁵ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2101. Див. також: Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 514, п. 775.

¹⁷²⁶ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 516, п. 784.

¹⁷²⁷ [Женевська конвенція IV](#), стаття 55; [Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV](#), с. 310; Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 516, п. 784.

868. Зазначене позбавлення може бути здійснене шляхом створення перешкод для надання допомоги.¹⁷²⁸ Сторони міжнародного збройного конфлікту несуть головну відповідальність за задоволення потреб цивільного населення на своїй території або під їхнім контролем.¹⁷²⁹ Коли сторони не можуть виконати зазначені вище зобов'язання, а цивільне населення не забезпечується належним чином товарами, необхідними для його виживання,¹⁷³⁰ «заходи з надання допомоги, які мають гуманітарний і неупереджений характер і проводяться без будь-яких несприятливих відмінностей, вживаються за згодою сторін, що беруть участь у таких заходах з надання допомоги».¹⁷³¹ Відповідно до МГП, сторони збройного конфлікту незаконно перешкоджають операціям з надання гуманітарної допомоги, коли (1) вони свавільно не дають згоди на пропозицію неупередженої гуманітарної допомоги в той час, як вони не в змозі задовольнити нагальні потреби населення, або (2) коли вони не дозволяють і не сприяють проходженню гуманітарної допомоги.¹⁷³²

ПРИКЛАДИ ДІЯНЬ, ЯКІ МОЖУТЬ СТАНОВИТИ «ПОЗБАВЛЕННЯ ПРЕДМЕТІВ, НЕОБХІДНИХ ДЛЯ ВИЖИВАННЯ»

- Знищення посівів дефоліантами.¹⁷³³
- Забруднення водойм хімікатами або іншими речовинами.¹⁷³⁴
- Авіаудари по сільськогосподарських угіддях, підприємствах харчової промисловості, ринках, складських приміщеннях і об'єктах водопостачання,¹⁷³⁵ часто неодноразово.¹⁷³⁶

¹⁷²⁸ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxv); Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 514, п. 776.

¹⁷²⁹ УКГП ООН. [Оксфордське керівництво з права, що стосується операцій з надання гуманітарної допомоги в ситуаціях збройного конфлікту](#). 2016, с. 11.

¹⁷³⁰ УКГП ООН. [Оксфордське керівництво з права, що стосується операцій з надання гуманітарної допомоги в ситуаціях збройного конфлікту](#). 2016, с. 14.

¹⁷³¹ [Додатковий протокол I](#), стаття 70; [Женевська конвенція IV](#), стаття 23. Щодо норм, які регулюють режим окупації, див. [Женевську конвенцію IV](#), статті 55, 56 та [Додатковий протокол I](#), стаття 69. 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію 1949 року. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

¹⁷³² [Питання та відповіді МКЧХ та лексикон гуманітарного доступу](#), с. 11; [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2805; УКГП ООН. [Оксфордське керівництво з права, що стосується операцій з надання гуманітарної допомоги в ситуаціях збройного конфлікту](#). 2016, с. 48.

¹⁷³³ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2101.

¹⁷³⁴ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2101.

¹⁷³⁵ Група відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену. [Доповідь про детальні висновки групи відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену](#). А/НRC/42/CRP.1, 3 вересня 2019, п. 752-753, 755; Група відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену. [Доповідь групи відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену](#). А/НRC/48/20, 13 вересня 2021, п. 34; «Мватана за права людини» та Global Rights Compliance. [Організатори голодомору. Використання голоду сторонами воєнного конфлікту в Ємені](#). Вересень 2021, с. 133-142.

¹⁷³⁶ «Мватана за права людини» та Global Rights Compliance. [Організатори голодомору. Використання голоду сторонами воєнного конфлікту в Ємені](#). Вересень 2021, с. 156-162.

- Неодноразові мінометні обстріли млинів, які були основним місцем зберігання та переробки пшениці.¹⁷³⁷
- Авіаудар по «цистерні, яка транспортувала свіжу воду для села та посівів».¹⁷³⁸
- Встановлення наземних і морських мін, які, серед іншого, перешкоджають доступу до засобів існування.¹⁷³⁹
- Авіаудари по рибальських човнах і портах розвантаження риби.¹⁷⁴⁰
- Перешкоджання операціям з надання гуманітарної допомоги шляхом «розкрадання або перенаправлення наборів продовольства; знищення харчових продуктів або зберігання їх у такий спосіб, що вони стають непридатними для споживання, або аж до закінчення терміну придатності; [...] свавільна відмова у наданні продовольчої допомоги шляхом вибіркового надання її лише особам, лояльним до сторони конфлікту, яка здійснює контроль (на шкоду іншим особам, які потребують такої ж допомоги); та розповсюдження зіпсованих харчових продуктів».¹⁷⁴¹
- Перешкоджання наданню гуманітарної допомоги шляхом «(а) арешту та залякування працівників гуманітарних організацій; (b) неповаги до незалежності гуманітарних організацій; (c) відмови, затримки в наданні або скасування віз; і (d) втручання у вибір бенефіціарів та районів операцій».¹⁷⁴²

869. Докази голодування не потрібні. Об'єктивна сторона цього злочину не характеризується тим, що потерпілі особи вмиратимуть від голоду або страждатимуть унаслідок позбавлення предметів першої необхідності.¹⁷⁴³ Достатньо, щоб «цивільні особи були позбавлені предметів, необхідних для їх виживання, тобто достатньо позбавлення, яке призведе до того, що вони в майбутньому будуть голодувати, без вимоги про те, щоб таке позбавлення мало зазначені наслідки з часом».¹⁷⁴⁴

¹⁷³⁷ Група відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену. [Детальні висновки Групи провідних міжнародних та регіональних експертів щодо Ємену](#). А:HRC/45/CRP.7, 29 вересня 2020, п. 118.

¹⁷³⁸ Група відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену. [Детальні висновки Групи провідних міжнародних та регіональних експертів щодо Ємену](#). А:HRC/45/CRP.7, 29 вересня 2020, п. 120.

¹⁷³⁹ Група відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену. [Доповідь про детальні висновки групи відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену](#). А/HRC/42/CRP.1, 3 вересня 2019, п. 757; Група відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену. [Детальні висновки Групи провідних міжнародних та регіональних експертів щодо Ємену](#). А:HRC/45/CRP.7, 29 вересня 2020, п. 122-124.

¹⁷⁴⁰ Група відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену. [Доповідь про детальні висновки групи відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену](#). А/HRC/42/CRP.1, 2 вересня 2019, п. 753, 756; «Мватана за права людини» та Global Rights Compliance. [Організатори голодомору. Використання голоду воюючими сторонами в Ємені](#). Вересень 2021, pp 180-192, 202 («Рибальські човни — це об'єкти, необхідні для виживання, оскільки «вони були потрібні для вилову риби, щоб прогодувати власників човнів, осіб, які на них працюють, їхні сім'ї та інших представників цивільного населення»).

¹⁷⁴¹ Група відомих міжнародних і регіональних експертів щодо Ємену. [Детальні висновки Групи провідних міжнародних та регіональних експертів щодо Ємену](#). А:HRC/45/CRP.7, 29 вересня 2020, п. 127; Група експертів щодо Ємену. [Остаточний звіт групи експертів щодо Ємену, створеної відповідно до резолюції Ради Безпеки 2140\(2014\)](#), S/2022/50, 26 січня 2022 р., п. 137.

¹⁷⁴² Група експертів щодо Ємену. [Остаточний звіт групи експертів щодо Ємену](#), S/2019/83, 25 січня 2019, п. 168.

¹⁷⁴³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 516, п. 790.

¹⁷⁴⁴ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 516, п. 790.

870. **Визначення цивільних осіб.** Позбавлення предметів, необхідних для виживання, є незаконним, коли воно спрямоване проти цивільних осіб. Стаття 50(1) [Додаткового протоколу I](#) визначає цивільних осіб як будь-яких осіб, які не є комбатантами. Комбатанти — це представники збройних сил сторін конфлікту, за винятком медичного та релігійного персоналу.¹⁷⁴⁵ На цивільних осіб поширюється загальний захист від воєнних операцій, за винятком випадків, коли вони безпосередньо беруть участь у бойових діях.¹⁷⁴⁶
871. **Винятки.** Відповідно до статті 54(3)(а) [Додаткового протоколу I](#) допускається завдавати ударів по об'єктах, необхідних для виживання, якщо вони використовуються для підтримання виключно особового складу збройних сил супротивної сторони. Однак, як зазначено в коментарі МКЧХ, «сільськогосподарські райони або об'єкти питного водопостачання навряд чи будуть використовуватися виключно для потреб збройних сил».¹⁷⁴⁷
872. З приводу об'єктів, необхідних для виживання, які використовують «для прямої підтримки бойових дій», наприклад, сараїв для зберігання продовольства, які використовують для укриття ворога, стаття 54(3)(b) [Додаткового протоколу I](#) передбачає, що вони можуть бути об'єктом нападу, якщо не очікується, що напад спричинить голод серед цивільного населення або призведе до його переміщення.¹⁷⁴⁸
873. Злочин морення голодом як метод ведення війни, ймовірно, треба розглядати в контексті облоги й блокади (зокрема морської блокади). Хоча облоги й блокади як такі не заборонені МГП, вони можуть застосовуватися лише для досягнення військової переваги, а не для того, щоб спричинити голод серед цивільного населення.¹⁷⁴⁹

¹⁷⁴⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 43 (2). Див. також [Женевську конвенцію III](#), стаття 4(A) пункти 2–6.

¹⁷⁴⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(1), стаття 51(3). МКЧХ пропонує рекомендації щодо визначення діянь, які становлять безпосередню участь у бойових діях. Зокрема, цивільні особи вважаються такими, що безпосередньо беруть участь у бойових діях, якщо вони здійснюють діяння, які в сукупності відповідають таким критеріям: поріг заподіяння шкоди, прямий причинно-наслідковий зв'язок і воєнний результат. МКЧХ. [Посібник з тлумачення поняття «безпосередня участь у воєнних діях»](#), с. 46.

¹⁷⁴⁷ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2112.

¹⁷⁴⁸ [Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I](#), п. 2110; Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 516–517, п. 786.

¹⁷⁴⁹ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 515–516, п. 782–783; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі*. Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 366; [Посібник Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі](#). 12 червня 1994 р., пункти 102–103; МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норма 53. Морення голодом як метод ведення війни](#).

с. Склад морення голодом цивільного населення як методу ведення війни (суб'єктивні елементи)¹⁷⁵⁰

874. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно та свідомо позбавив цивільних осіб або об'єктів, необхідних для виживання, і (2) злочинець мав конкретні наміри заморити голодом цивільних осіб, використовуючи це як метод ведення війни.¹⁷⁵¹
875. **Конкретний намір заморити голодом цивільних осіб.** Для засудження винного у воєнному злочині морення голодом не обов'язково доводити факт смерті потерпілих осіб від голоду, але необхідно довести, що він/вона мав/мала конкретний намір заморити голодом цивільних осіб, використовуючи це як спосіб ведення війни й позбавляючи їх предметів, необхідних для виживання. Зазначене має на меті уникнути засудження за ненавмисне заморювання голодом внаслідок неналежного управління.¹⁷⁵²
876. **Конкретний намір заморити голодом цивільних осіб «як метод ведення війни».** Посилання на «метод ведення війни» в контексті суб'єктивної сторони злочину характеризує ситуації, коли умисел злочинця полягає в тому, щоб використати заморювання голодом для досягнення воєнної переваги, наприклад «для швидшого підкорення взятого в облогу міста чи села, як це було в середньовічній військовій практиці, або для чинення тиску на супротивника, щоб той підкорився іншій цілі нападника, [...] [або] змусити [цивільних осіб] покинути певну територію, щоб полегшити контроль над нею».¹⁷⁵³ У ширшому сенсі посилання на «метод ведення війни» можна тлумачити як «специфічний, тактичний або стратегічний, спосіб ведення бойових дій»,¹⁷⁵⁴ але, на думку коментаторів, «жодних суворіших вимог не висувається».¹⁷⁵⁵

d. Контекстуальні елементи

877. Крім того, як і щодо всіх воєнних злочинів, необхідно довести такі контекстуальні елементи:
- і. Тривав міжнародний збройний конфлікт;

¹⁷⁵⁰ У цьому розділі детально описано суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁷⁵¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxv), де прямо згадується як окремий елемент злочину те, що злочинець мав намір заморити голодом цивільне населення, застосовуючи це як метод ведення війни; [Статут МКС](#), стаття 30.

¹⁷⁵² Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 518, п. 793.

¹⁷⁵³ Триффтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 518, п. 794.

¹⁷⁵⁴ Як право захищає під час війни. [Ведення воєнних дій](#).

¹⁷⁵⁵ «Мватана за права людини» та Global Rights Compliance. [Організатори голодомору. Використання голоду сторонами воєнного конфлікту в Ємені](#). Вересень 2021, с. 102-103.

- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁷⁵⁶ та
 - iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁷⁵⁷
- ix. Незаконне застосування терору проти цивільних осіб (Статут МКТЮ, стаття 3)

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Незаконне застосування терору проти цивільних осіб окремо не згадано у статті 438 КК України. Однак цей військовий злочин охоплюється «застосуванням засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом», або будь-якими «іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Насильницькі діяння або погрози їх застосування, що призвели до тяжких наслідків для потерпілих.
- Спрямовані проти цивільного населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у військових діях.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно зробив цивільне населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у військових діях, об'єктом насильницьких дій або погроз їх застосування.
- Злочинець має конкретні наміри поширювати терор серед цивільного населення.
- Злочинець знав або повинен був знати про цивільний статус осіб, на яких здійснювався напад.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

878. Хоча про це прямо не згадано в статті 438 КК України, незаконне застосування терору проти цивільних осіб охоплюється «застосуванням засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом», та будь-якими «іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено части-

¹⁷⁵⁶ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(v).

¹⁷⁵⁷ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(v).

ною першою статті 438. Ці порушення МГП заборонено та визнано воєнними злочинами відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що таке діяння є злочином за статтею 438 КК України.

879. Незаконне застосування терору проти цивільних осіб є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Цивільні особи захищені від нападів відповідно до [Женевської конвенції IV](#) та Додаткового протоколу I¹⁷⁵⁸. Крім того, стаття 51(2) [Додаткового протоколу I](#) передбачає, що під час міжнародних збройних конфліктів «заборонено акти насильства чи погрози насильства, що мають основну мету терор цивільного населення».¹⁷⁵⁹ Поширення терору серед цивільного населення є забороненим засобом ведення війни.¹⁷⁶⁰ МКЧХ визначив цю заборону як таку, що належить до міжнародного звичаєвого права.¹⁷⁶¹ Україна ратифікувала Додатковий протокол I.¹⁷⁶² Отже, для цілей статті 438 КК України заборона застосування терору проти цивільних осіб є порушенням законів та звичаїв війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.

880. **Визнання воєнним злочином.** Хоча в [Статуті МКТЮ](#) застосування терору проти цивільних осіб прямо не згадано як воєнний злочин у статті 3, він був визнаний частиною міжнародного звичайного права та воєнним злочином відповідно до цієї статті.¹⁷⁶³ [Статут МКС](#) не включає застосування терору проти цивільних осіб до переліку воєнних злочинів згідно зі статтею 8, однак це не виключає звичаєвий статус цієї норми. Це обмеження радше пов'язане з неспроможністю Асамблеї держав-учасниць прийняти визначення тероризму для включення до Статуту.¹⁷⁶⁴

¹⁷⁵⁸ [Додатковий протокол I](#), статті 48 та 51(2).

¹⁷⁵⁹ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(2). [Додатковий протокол II](#), стаття 13(2) містить аналогічну заборону для неміжнародних збройних конфліктів.

¹⁷⁶⁰ МКЧХ. Як право захищає під час війни? ([Поширення](#)) терору.

¹⁷⁶¹ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 2. Насильство, спрямоване на поширення терору серед цивільного населення](#). Див. також МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Галича](#), п. 86 («Заборона терору проти цивільного населення, закріплена в статті 51(2) Додаткового протоколу I й статті 13(2) Додаткового протоколу II, існує у звичаєвому міжнародному праві з моменту її включення до цих договорів»).

¹⁷⁶² Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. МКЧХ. База даних МГП. [Договори МГП. Договори та держави-учасники. Додатковий протокол I](#).

¹⁷⁶³ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича](#), пп. 32-37; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Галича](#), п. 86 («заборона терору проти цивільного населення, закріплена в статті 51(2) Додаткового протоколу I й у статті 13(2) Додаткового протоколу II, існує у звичаєвому міжнародному праві з моменту її включення до цих договорів»), пп. 70-109; МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Галича](#), п. 86-138, у якому Судова палата встановила, що незаконне застосування терору проти цивільних осіб відповідає всім чотирьом елементам критерію у справі *Тадіча* для злочину, передбаченого статтею 3 («порушення заборони застосування терору проти цивільного населення призвело до індивідуальної кримінальної відповідальності згідно зі звичаєвим міжнародним правом на момент вчинення злочину»). Стаття 3(d) [Статуту СССЛ](#) та стаття 4(d) [Статуту МТР](#) також прямо визначають «акти тероризму» як воєнний злочин.

¹⁷⁶⁴ Див. Ван Шаак та Слай. *Міжнародне кримінальне право та його застосування. Справи та матеріали*. 4-е видання, Foundation Press, 2019, с. 762 («Хоча перші проекти передбачали включення злочину тероризму, Статут МКС (доопрацьований у 1998 році) не містить визначення тероризму як окремого злочину, щодо якого він має предметну юрисдикцію. Злочин застосування терору проти цивільного населення також не зазначений як воєнний злочин у статті 8»).

881. Зазначене вказує на те, що розглянуті в цьому розділі діяння є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

b. **Склад незаконного застосування терору проти цивільних осіб (об'єктивні елементи)**

882. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) насильницькі діяння або погрози їх застосування, що призвели до тяжких наслідків для потерпілих та (2) спрямованість проти цивільного населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях.¹⁷⁶⁵

883. **Насильницькі діяння або погрози їх застосування, що призвели до тяжких наслідків для потерпілих.** Вичерпного переліку насильницьких діянь або погроз їх застосування не існує, і «характер насильницьких діянь або погроз їх застосування, які становлять злочин терору, може бути різним».¹⁷⁶⁶ МКЧХ наводить приклади діянь, заборонених цією нормою: «забезпечення наступу або ударні операції, спрямовані на поширення терору серед цивільного населення, невибірковий і широкомасштабний обстріл і регулярні обстріли міст, а також напади, згвалтування, жорстоке поводження та катування жінок і дітей, та масові вбивства».¹⁷⁶⁷

884. «Насильницькі діяння або погрози їх застосування» не обов'язково мають наслідком «фактичне заподіяння загибелі, тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю».¹⁷⁶⁸ Однак необхідно, щоб потерпілі особи зазнали тяжких наслідків

¹⁷⁶⁵ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 424; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Д. Мілошевича*, пп. 31-36; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати](#) у справі *Галича*, п. 106.

¹⁷⁶⁶ МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича*, п. 33 («Оскільки характер насильницьких діянь або погроз їх застосування, що становлять злочин терору, може відрізнятись, Апеляційна палата переконана в тому, що *actus reus* злочину терору в цій справі встановлено і не вважає за необхідне досліджувати справу далі») (виноски опущено).

¹⁷⁶⁷ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 2. Насильство, спрямоване на поширення терору серед цивільного населення. Приклад судової практики МКТЮ див. у:](#) МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Галича*, п. 106 («У тому, що стосується заяви *Галича* про те, що Судова палата засудила його за пунктом 1 за «насильницькі діяння», тоді як факти, зазначені в обвинувальному акті, стосувалися «тривалого обстрілу та снайперського вогню в районах проживання цивільного населення в Сараєво», Апеляційна палата просто зазначає, що *Галич* ігнорує однозначний висновок Судової палати щодо *actus reus* злочину терору проти цивільного населення, який йому інкримінують, а саме, те, що «напади у вигляді снайперського вогню та обстрілів цивільного населення та окремих цивільних осіб, які не брали участі у бойових діях, є насильницькими діяннями». Апеляційна палата вважає, що снайперський вогонь та артилерійський обстріл, про які йдеться, безсумнівно, підпадають під визначення «насильницьких діянь», передбачених визначенням злочину насильницьких діянь або погроз їх застосування, основною метою яких є поширення терору серед цивільного населення») (виноски опущено).

¹⁷⁶⁸ МКТЮ, *Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича*, п. 33 («Апеляційна палата вважає, що Судова палата неправильно витлумачила практику у справі *Галича*, заявивши, що «фактичне заподіяння загибелі, тяжкого тілесного ушкодження чи шкоди здоров'ю є обов'язковим елементом злочину терору», а отже припустилася юридичної помилки. Спричинення загибелі, тяжкого тілесного ушкодження чи шкоди здоров'ю є лише одним із можливих способів вчинення злочину терору, а отже не є елементом злочину самим по собі. Однак для того, щоб злочин підпадав під юрисдикцію цього Трибуналу, необхідно, щоб потерпілі особи зазнали серйозних наслідків внаслідок насильницьких дій або погроз їх застосування; такі серйозні наслідки включають, зокрема, загибель, тяжкі тілесні ушкодження чи шкоду здоров'ю. Відповідно, оскільки в цій справі Судова палата встановила, що всі інциденти, приписані СРК [Сараєво-Романійський Корпус], були незаконними нападами на цивільних осіб, а отже спричинили загибель, тяжкі тілесні ушкодження

унаслідок насильницьких діянь або погроз їх застосування. Щоб встановити, що такі насильницькі діяння або погрози їх застосування мали необхідну тяжкість, достатньо довести, що потерпілі особи зазнали серйозних наслідків, які включають, серед іншого, тяжкі тілесні ушкодження чи шкоду здоров'ю, як-от психологічна шкода.¹⁷⁶⁹

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ХОЧА ФАКТИЧНИЙ ТЕРОР ЦИВІЛЬНОГО НАСЕЛЕННЯ НЕ Є ЕЛЕМЕНТОМ ЗЛОЧИНУ, ВІН МОЖЕ ДОПОМОГТИ ВСТАНОВИТИ ВИМОГИ ЩОДО ТЯЖКОСТІ, ЯКІ ВИСУВАЮТЬСЯ ДО НАСИЛЬНИЦЬКИХ ДІЯНЬ АБО ПОГРОЗИ ЇХ ЗАСТОСУВАННЯ ПРЛІЧ ТА ІН., РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ, ТОМ І З ІІІ, П. 564 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО).

Апеляційна палата зазначає, [...] що докази фактичного застосування терору можуть сприяти встановленню інших елементів злочину терору. У цій справі Судова палата розглянула докази, які стосувалися ефекту залякування цивільного населення, зокрема докази страху цивільного населення східного Мостару, яке жило під звуками оглушливих обстрілів і вогню з боку ХРО, і якому доводилося бігти вулицями до укриттів. Вона нагадала про цей ефект залякування у своїх правових висновках щодо незаконного застосування терору проти цивільних осіб, і хоча прямо причин цього зазначено не було, Апеляційна палата нагадує свою попередню позицію, що психологічний вплив на населення може досягати порогу тяжкості злочину терору. Апеляційна палата вважає, що будь-яка розумна особа, що розв'язує питання факту, могла б використати з цією метою зазначені вище свідчення про ефект залякування щодо цивільного населення. З огляду на той факт, що цей психологічний вплив був, отже, значущим для юридичного висновку Судової палати про встановлення злочину незаконного використання терору, Апеляційна палата вважає, що Пралаяк не зміг довести юридичну помилку в аргументації Судової палати.

885. Крім того, «фактичне тероризування цивільного населення не є елементом злочину».¹⁷⁷⁰ Отже, не потрібно доводити причинно-наслідковий зв'язок між насильницькими діяннями чи погрозами їх застосування та тероризуванням цивільного населення.

чи шкоду здоров'ю цивільних осіб, було досягнуто поріг тяжкості, необхідний для кваліфікації злочину як терору на основі цих інцидентів») (виноски опущено).

¹⁷⁶⁹ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича](#), п. 33 («Спричинення загибелі, тяжкого тілесного ушкодження чи шкоди здоров'ю є лише одним із можливих способів вчинення злочину терору, а отже не є елементом злочину самим по собі. Однак для того, щоб злочин підпадав під юрисдикцію цього Трибуналу, необхідно, щоб потерпілі особи зазнали серйозних наслідків внаслідок насильницьких дій або погроз їх застосування; такі серйозні наслідки включають, зокрема, загибель, тяжкі тілесні ушкодження чи шкоду здоров'ю») (виноски опущено); МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати](#), том І з ІІІ, п. 563.

¹⁷⁷⁰ МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати](#), том І з ІІІ, п. 563 («злочин незаконного застосування терору охоплює випадки, коли «значна травматизація та психологічна шкода» спричинені «нападами, [які] були спрямовані на те, щоб тримати мешканців у стані постійного терору», і фактичне тероризування цивільного населення не є елементом злочину незаконного застосування терору») (виноски опущено); МКТЮ, [Рішення апеляційної палати у справі Д. Мілошевича](#), п. 35 («хоча «значна травматизація та психологічна шкода є частиною насильницьких діянь або погроз їх застосування», «фактичне тероризування цивільного населення не є елементом злочину». Слід зазначити, однак, що докази фактичного тероризування можуть сприяти встановленню інших елементів злочину терору») (виноски опущено).

886. **Спрямовані проти цивільного населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях.** Насильницькі діяння чи погрози їх застосування не включають законні напади на учасників бойових дій.¹⁷⁷¹ Застосування терору є незаконним, якщо воно спрямоване проти цивільного населення. Стаття 50(1) [Додаткового протоколу I](#) визначає цивільних осіб як будь-яких осіб, які не є комбатантами. Комбатанти — це представники збройних сил сторін конфлікту, за винятком медичного та релігійного персоналу.¹⁷⁷² На цивільних осіб поширюється загальний захист від воєнних операцій, і вони залишаються захищеними від прямого нападу, за винятком випадків і протягом часу, коли вони безпосередньо беруть участь у бойових діях.¹⁷⁷³
887. Коли йдеться про особу правопорушника, слід зазначити, що невелика кількість держав, у тому числі США, стверджують, що державні суб'єкти не можуть вчиняти злочин незаконного застосування терору.¹⁷⁷⁴ Однак МКТЮ та СССЛ неодноразово звинувачували в цьому злочині державних суб'єктів і, зокрема, військових командирів.¹⁷⁷⁵

с. **Склад незаконного застосування терору проти цивільних осіб (суб'єктивні елементи)**¹⁷⁷⁶

888. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) загального наміру зробити цивільне населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях, об'єктом насильницьких діянь або загрози їх застосування; та (2) конкретного наміру поширити терор серед цивільного населення.¹⁷⁷⁷

¹⁷⁷¹ МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Галича](#), п. 139 («Що стосується «насильницьких діянь», то вони не включають законні напади на комбатантів, а включають лише незаконні напади на цивільних осіб»)

¹⁷⁷² [Додатковий протокол I](#), стаття 43(2). Див. також [Женевську конвенцію III](#), стаття 4(A) пункти 2–6. Див. нижче, «Напади на цивільних осіб».

¹⁷⁷³ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(1), стаття 51(2), стаття 51(3). МКЧХ надає рекомендації щодо визначення діянь, які становлять безпосередню участь у бойових діях. Зокрема, цивільні особи вважаються такими, що безпосередньо беруть участь у бойових діях, якщо вони чинять діяння, які в сукупності відповідають таким критеріям: поріг заподіяння шкоди, прямий причинно-наслідковий зв'язок і зв'язок зі стороною, що воює. [МКЧХ](#). Рекомендації щодо тлумачення поняття «безпосередня участь у воєнних діях», с. 46. Див. нижче, «Напади на цивільних осіб».

¹⁷⁷⁴ Бет Ван Шаак. *Виявлення делікту тероризму в міжнародному праві*. 28. Огляд судових процесів. 381, 410-11 (2008), п. 429. Куба й Туреччина також відкидають поняття державного тероризму. Там само, п. 458; Ван Шаак та Слай. *Міжнародне кримінальне право та його застосування. Справи та матеріали*. 4-те видання, 2019, с. 739.

¹⁷⁷⁵ Див., напр., МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, пп. 4-9; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича](#), пп. 2-3; СССЛ, [Рішення Судової палати у справі Фофани](#), пп. 1-3; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Галича](#), пп. 2-3.

¹⁷⁷⁶ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁷⁷⁷ МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати](#), том II з III, п. 2400; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича](#), п. 37.

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ Д. МІЛОШЕВИЧА, П. 37 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО):

«*mens rea* злочину терору полягає в намірі зробити цивільне населення або окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях, об'єктом насильницьких діянь або загрози їх застосування, а також у конкретному намірі поширити терор серед цивільного населення. Попри те, що поширення терору повинно бути основною метою насильницьких діянь або їх загрози, воно не повинно бути єдиною метою».

889. **Злочинець умисно зробив цивільне населення або окрему цивільну особу об'єктом насильницьких діянь або погроз їх застосування.** Цей умисел також характеризується тим, що злочинець знав або повинен був знати про цивільний статус осіб, на яких здійснювався напад.¹⁷⁷⁸ У випадках сумнівів щодо статусу осіб, які зазнали нападу, обвинувачення має довести, що розумна людина не могла вважати, що потерпілі були комбатантами.¹⁷⁷⁹
890. **Конкретний намір поширити терор серед цивільного населення.** Хоча фактичне тероризування не є елементом цього злочину, докази залякувальних наслідків насильницьких діянь або погроз їх застосування, таких як психологічний вплив на цивільне населення, а також докази фактичного тероризування можуть розглядатися для встановлення конкретного наміру поширювання терору.¹⁷⁸⁰

¹⁷⁷⁸ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича](#), п. 60 («[...] [С]удова палата зазначила, що для встановлення *mens rea* злочину незаконних нападів на цивільних осіб (і, отже, злочину терору), необхідно довести, що особа, яка вчинила злочин, знала або повинна була знати про цивільний статус потерпілих»).

¹⁷⁷⁹ МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича](#), п. 60 («У випадках сумнівів щодо статусу потерпілих сторона обвинувачення має довести, що у відповідних обставинах розумна людина не могла вважати, що потерпіла особа була комбатантом») (виноски опущено).

¹⁷⁸⁰ МКТЮ, [Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, п. 562 («Звертаючись до доводів Праляка, пов'язаних із висновком Судової палати про вчинення злочину незаконного застосування терору, Апеляційна палата насамперед нагадує, що Судова палата мала встановити, що основною метою насильницьких діянь або погроз їх застосування, вчинених у східному Мостарі, мало бути поширення терору серед цивільного населення і те, що особи, які вчинили злочин, діяли з конкретним наміром поширити терор. Апеляційна палата вважає, що Праляк ігнорує висновки, стверджуючи, що Судова палата, визнавши, що обстріли були спрямовані на військові цілі, не змогла встановити, що метою обстрілів було поширення терору, та що будь-який член ХРО мав конкретний намір поширювати терор. Зокрема, Судова палата встановила, що напад був невибірковою, оскільки обстріли і ведення вогню з боку ХРО не обмежувались військовими цілями; натомість, весь східний Мостар був об'єктом щоденних інтенсивних обстрілів та артилерійського вогню, під час якого використовувалася важка артилерія. Невибірковий характер нападу був чинником, який Судова палата обґрунтовано взяла до уваги під час визначення конкретного наміру поширити терор. Судова палата також розглянула, зокрема, умисний обстріл і знищення з боку ХРО десяти мечетей у східному Мостарі. Нарешті, вона прямо пов'язала обстріли та снайперський вогонь як фактори, що сприяють тероризуванню населення східного Мостару. Апеляційна палата вважає, що будь-яка розумна особа, що розв'язує питання факту, могла б зробити висновок, що дії ХРО вчинялися з обов'язковим конкретним наміром поширити терор на цій основі. Праляк не довів, що Судова палата припустилася в цьому плані помилки. Його аргументи відхилено») (виноски опущено).

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ГАЛИЧА, П. 104 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО):

Фактичне тероризування цивільного населення не є елементом злочину. *Mens rea* злочину насильницьких діянь або погроз їх застосування, основною метою яких є поширення терору серед цивільного населення, складається з конкретного наміру поширити терор серед цивільного населення. Крім того, Апеляційна палата вважає, що звичайне прочитання статті 51(2) передбачає, що мета протиправних діянь або погроз вчинення таких протиправних діянь не обов'язково повинна бути єдиною метою насильницьких діянь або погроз їх застосування. Той факт, що інші цілі могли існувати одночасно з ціллю поширення терору серед цивільного населення, не спростовує це звинувачення, за умови, що намір поширити терор серед цивільного населення був головною ціллю. Висновок про такий намір можна зробити з обставин діянь чи погроз, тобто з їх характеру, способу, часу та тривалості.

891. Суб'єктивні елементи незаконного застосування терору можуть бути встановлені за допомогою різних обставин, зокрема, характеру, тривалості, часу і способу насильницьких діянь або погроз їх застосування.¹⁷⁸¹ Наприклад, невибірковий характер нападу та/або докази психологічного впливу насильницьких діянь або погроз їх застосування на населення.¹⁷⁸²

¹⁷⁸¹ МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том II з III, п. 2400 («Хоча поширення терору повинно бути основною метою насильницьких дій або погроз їх застосування, воно не обов'язково є єдиною метою і може бути виведено з «характеру, способу, часу та тривалості» дій або погроз їх застосування») (виноски опущено).

¹⁷⁸² МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Апеляційної палати](#), том I з III, пп. 562-563; МКТЮ, [Рішення Апеляційної палати у справі Д. Мілошевича](#), п. 37 («Хоча поширення терору повинно бути основною метою насильницьких дій або погроз їх застосування, воно не повинно бути єдиною їх метою. *Рішення Апеляційної палати у справі Галича* передбачає, що висновок про такий намір можна зробити на основі «характеру, способу, часу та тривалості» дій або погроз. Однак це не вичерпний перелік обов'язкових міркувань, а вказівка на деякі чинники, які можуть бути взяті до уваги відповідно до обставин справи. Всупереч твердженням *Мілошевича*, у цій справі Судова палата чітко заявила про ці чинники та взяла їх до уваги. Крім того, Апеляційна палата відхиляє аргумент *Мілошевича* про те, що Судова палата не могла взяти до уваги докази щодо *actus reus* злочину під час встановлення *mens rea*. У зв'язку з цим Апеляційна палата вважає, що як фактичне застосування терору, так і невибірковий характер нападу були обґрунтованими чинниками, які Судова палата мала взяти до уваги під час визначення конкретного наміру обвинуваченого у цій справі») (виноски опущено).

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ЩОДО ВСТАНОВЛЕННЯ СПЕЦИФІЧНОГО УМИСЛУ ПОШИРЕННЯ ТЕРОРУ ПРЛІЧ ТА ІН., РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ, ТОМ І З ІІІ, П. 562 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО).

«Звертаючись до доводів Праляка, пов'язаних із висновком Судової палати про те, що злочин незаконного застосування терору було вчинено, Апеляційна палата насамперед нагадує, що Судова палата мала встановити, що основною метою насильницьких діянь або погроз їх застосування, вчинених у східному Мостарі, мало бути поширення терору серед цивільного населення і те, що особи, які вчинили злочин, діяли з конкретним наміром поширити терор. Апеляційна палата вважає, що Праляк ігнорує висновки, стверджуючи, що Судова палата, визнавши, що обстріли були спрямовані на військові цілі, не змогла встановити, що метою обстрілів було поширення терору, та що будь-який член ХРО мав конкретний намір поширювати терор. Зокрема, Судова палата встановила, що напад був невибірковим, оскільки обстріли і ведення вогню з боку ХРО не обмежувались військовими цілями; натомість, весь східний Мостар був об'єктом щоденних інтенсивних обстрілів та артилерійського вогню, під час якого використовувалася важка артилерія. Невибірковий характер нападу був чинником, який Судова палата обґрунтовано взяла до уваги під час визначення конкретного наміру поширити терор. Судова палата також розглянула, зокрема, умисний обстріл і знищення з боку ХРО десяти мечетей у східному Мостарі. Нарешті, вона прямо пов'язала обстріли та снайперський вогонь як фактори, що сприяють тероризуванню населення східного Мостару. Апеляційна палата вважає, що будь-яка розумна особа, що розв'язує питання факту, могла б зробити висновок, що діяння ХРО вчинялися з обов'язковим конкретним наміром поширити терор на цій основі. Праляк не довів, що Судова палата припустилася в цьому плані помилки. Його аргументи відхилено».

892. Спеціальний умисел поширення терору серед цивільного населення має бути основною метою діянь щодо погрози насильством. Однак поширення терору не повинно бути єдиною метою таких діянь чи погроз.

МКТЮ, ПРЛІЧ ТА ІН., РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОЇ ПАЛАТИ, ТОМ І З ІІІ, П. 424 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО):

«Інші цілі незаконних діянь або погроз могли бути присутніми одночасно з ціллю поширення терору серед цивільного населення, за умови, що умисел поширити терор серед цивільного населення був основною ціллю. Про такий умисел можна зробити висновок на основі «характеру, способу, часу та тривалості» діянь або погроз».

893. Наявність військових цілей у контексті вчинення нападу не обов'язково заперечує висновок про те, що злочинець діяв з конкретним наміром поширити терор.¹⁷⁸³

¹⁷⁸³ МКТЮ, Прліч та ін., Рішення Апеляційної палати, том І з ІІІ, П. 562 («Апеляційна палата вважає, що Праляк ігнорує висновки, стверджуючи, що Судова палата, визнавши, що обстріли були спрямовані на військові цілі, не змогла встановити, що метою обстрілів було поширення терору, та що будь-який член ХРО мав конкретний намір поширювати терор. Зокрема, Судова палата встановила, що напад був невибірковим, оскільки обстріли і ведення вогню з боку ХРО не обмежувались військовими цілями; натомість, весь східний Мостар був об'єктом щоденних інтенсивних обстрілів та артилерійського вогню, під час якого використовувалася

d. Контекстуальні елементи

894. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним¹⁷⁸⁴; та
 - iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁷⁸⁵

важка артилерія. Невибірковий характер нападу був чинником, який Судова палата обґрунтовано взяла до уваги під час визначення конкретного наміру поширити терор. Судова палата також розглянула, зокрема, умисний обстріл і знищення з боку ХРО десяти мечетей у східному Мостарі. Нарешті, вона прямо пов'язала обстріли та снайперський вогонь як фактори, що сприяють тероризуванню населення східного Мостару. Апеляційна палата вважає, що будь-яка розумна особа, що розв'язує питання факту, могла б зробити висновок, що дії ХРО вчинялися з обов'язковим конкретним наміром поширити терор на цій основі» (виноски опущено).

¹⁷⁸⁴ Див також пп. 190-198.

¹⁷⁸⁵ Див. також п. 199.

- f) Воєнні злочини проти гуманітарного персоналу та гуманітарних операцій
- i. Умисе спрямування нападів на персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру, які мають право на захист відповідно до МГП (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(iii))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин спрямування умисних нападів на персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру, які мають право на захист відповідно до МГП є злочином за частиною першою статті 438 КК України, оскільки він охоплюється «іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець спрямував напад.
- Об'єктом нападу був персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в (а) наданні гуманітарної допомоги або (б) миротворчій місії відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй.
- Такий персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби мали право на захист, що надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з міжнародним правом збройних конфліктів.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно спрямував напад.
- Злочинець мав намір зробити об'єктом нападу персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в миротворчій місії.
- Злочинець знав про фактичні обставини, захищений статус осіб або об'єктів за міжнародним правом збройних конфліктів.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

895. Хоча про це прямо не згадано в статті 438 КК України, «напади на персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру, які мають право на захист відповідно до МГП» охоплюються «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Ці порушення МГП заборонено та визнано воєнними злочинами відповідно до міжнародних договорів, ратифі-

кованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що такі діяння є злочином за статтею 438 КК України.

896. Умисне спрямування нападів на зазначені персонал та об'єкти є порушенням законів ведення війни, що передбачені міжнародними договорами, ратифікованими Україною. Стаття 71(2) [Додаткового протоколу I](#), ратифікованого Україною, передбачає, що «[персонал, який бере участь в операціях з надання допомоги] користується повагою й захистом».¹⁷⁸⁶ Хоча Женевські конвенції та Додатковий протокол I конкретно не розглядають питання захисту миротворчих операцій, стаття 7 Конвенції про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу, ратифікованої Україною, зазначає, що «Персонал Організації Об'єднаних Націй та зв'язаний з нею персонал, їх матеріально-технічні засоби й приміщення не повинні ставати об'єктом нападу або будь-яких діянь, розрахованих на недопущення виконання цим персоналом свого мандата».¹⁷⁸⁷

897. **Визнання воєнним злочином.** Умисне спрямування нападів на персонал та об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру, які мають право на захист згідно з МГП, визнаються воєнним злочином у міжнародному збройному конфлікті зі статусом міжнародного звичаєвого права.¹⁷⁸⁸ Ці діяння також було визнано воєнним злочином у статті 8(2)(b)(iii) Статуту МКС, що застосовується до міжнародних збройних конфліктів, і в статті 4(b) Статуту Спеціального суду для Сьєрра-Леоне.¹⁷⁸⁹

¹⁷⁸⁶ Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. База даних МГП. Договори МГП. Договори, держави-учасники та коментарі, [Додатковий протокол I](#). Див. також МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Практика, що стосується норми 31, Україна](#) (з посиланням на Посібник для України щодо застосування норм МГП від 11 вересня 2004 р., де зазначається, що «напади на [персонал, який бере участь у гуманітарних акціях] заборонені», і що такі напади становлять «серйозне порушення міжнародного гуманітарного права»).

¹⁷⁸⁷ Україна ратифікувала Конвенцію про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу 17 серпня 1995 року. Збірник договорів Організації Об'єднаних Націй, [Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу](#). Напади на миротворчий персонал і об'єкти загалом засуджуються державами-учасницями, включно з Україною. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 33. Персонал та об'єкти, що беруть участь у миротворчих операціях](#). МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Практика, що стосується норми 33, Україна](#).

¹⁷⁸⁸ СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесея та ін.*, п. 218 («Палата вважає, що засудження та криміналізація державами-учасницями та міжнародними організаціями умисних нападів на персонал і об'єкти, залучені до гуманітарної або миротворчої операції, висновок МКЧХ і включення цього злочину до Статуту МКС у 1998 році демонструють практику держав та *opinio juris*. Палата також вважає, що цей злочин є конкретизацією загальної та основоположної заборони нападу на цивільних осіб та цивільні об'єкти відповідно до міжнародного гуманітарного права під час як міжнародних, так і внутрішніх конфліктів. Отже, Палата переконана, що цей злочин існував у міжнародному звичаєвому праві як у міжнародних, так і в неміжнародних конфліктах, і тягнув за собою індивідуальну кримінальну відповідальність на момент вчинення діянь, про які йдеться в обвинувальному висновку»). МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 31. Персонал, що бере участь у наданні гуманітарної допомоги](#). [Норма 32. Об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги](#) та [Норма 33. Персонал та об'єкти, задіяні в місіях з підтримання миру](#); МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів](#). Стосовно миротворчих операцій див. також [Конвенцію про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу](#), стаття 9(1) («Умисне вчинення: (а) вбивства, викрадення або іншого нападу, спрямованого проти особи або свободи будь-якого персоналу Організації Об'єднаних Націй або зв'язаного з нею персоналу; (б) насильницький напад на службові приміщення, житлові приміщення або транспортні засоби будь-якого персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу, який може піддати небезпеці особу або свободу цього персоналу... визнається злочином кожною державою-учасницею відповідно до її національного законодавства»).

¹⁷⁸⁹ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(iii); [Статут СССЛ](#), стаття 4(b). Статут МКС також визначає це правопорушення як

898. Зазначене вказує на те, що розглянуті в цьому розділі діяння є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

- b. Склад нападів на персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру, що мають право на захист згідно з МГП (об'єктивні елементи)

899. З об'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець спрямував напад; (2) об'єктом нападу був персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні (а) гуманітарної допомоги або (б) миротворчої місії відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй; і (3) такий персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби мали право на захист, що надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з міжнародним правом збройних конфліктів.¹⁷⁹⁰

900. **Злочинець спрямував напад.** Оскільки Статут МКС і Елементи злочинів не містять визначення терміну «напад», МКС та СССЛ скористалися статтею 49 Додаткового протоколу I, яка визначає «напад» як «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони».¹⁷⁹¹ Цей елемент не характеризується настанням фактичних матері-

воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах, [Статут МКС](#), стаття 8(2)(е)(iii).

¹⁷⁹⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iii). Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(е)(iii), стосовно того самого порушення в контексті неміжнародних збройних конфліктів. Об'єктивні та суб'єктивні елементи цього злочину є однаковими в контексті як міжнародних, так і неміжнародних збройних конфліктів. Справи за статтею статті 8(2)(е)(iii) Статуту МКС або в контексті неміжнародного збройного конфлікту в Сьєрра-Леоне також можуть застосуватися *mutatis mutandis* до злочину, що розглядається в цьому розділі. З урахуванням зазначеного, цей розділ містить посилання на відповідну судову практику, що впливає з контексту неміжнародних збройних конфліктів. Див., наприклад, МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 62 (з посиланням на Елементи злочинів МКС щодо аналогічного злочину, пов'язаного з неміжнародним збройним конфліктом за статтею 8(2)(е)(vii)); МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Нурен та Джербо Джамус](#), п. 61 (де повторюється правове тлумачення кожного з елементів складу злочину, передбаченого статтею 8(2)(е)(iii) Статуту МКС, викладене в рішенні у справі Абу Гарда); СССЛ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Сесей та ін.*, п. 219 (наведення складу злочину в контексті неміжнародного збройного конфлікту в Сьєрра-Леоне).

¹⁷⁹¹ [Додатковий протокол I](#), стаття 49. МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), пп. 64-65 («64. Беручи до уваги посилання на «встановлені рамки міжнародного права» у вступній частині статті 8(2)(е) Статуту [МКС], а також посилання на «застосовні договори, принципи та норми міжнародного права, зокрема встановлені принципи міжнародного права збройних конфліктів», зазначені у статті 21(1)(b) Статуту [МКС], більшість суддів вважає, що в цьому аспекті вони повинні посилатися на чотири Женевські конвенції, ухвалені 12 серпня 1949 року, та два Додаткові протоколи до них, ухвалені 8 червня 1977 року. 65. Відповідно до статті 49 Додаткового протоколу I [...] термін «напад» означає «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони»); Див. також вище пп. 641-670, 671-688. Але див. *протилежну думку*: Верле та Їсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1559. («Напади за змістом цього злочину не обмежуються військовими операціями згідно зі статтею 49(1) Додаткового протоколу I. Охоплюється будь-який вид застосування сили проти гуманітарних організацій та миротворчих місій. Це впливає з базової Конвенції про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу, стаття 9 якої зобов'язує сторони, що підписали Конвенцію, серед іншого, передбачити кримінальну відповідальність за вбивства, викрадення людей та інші напади на життя та свободу персоналу ООН, а також за насильницькі напади, що створюють загрозу життю чи свободі, на офіційні бази, приватні приміщення або транспортні засоби персоналу ООН. Перелік, наданий у статті 9, можна використовувати для уточнення терміну «напад») (виноски опущено).

альних збитків або нанесенням шкоди персоналу чи об'єктам,¹⁷⁹² а «сам напад вже є сутнісною ознакою злочину».¹⁷⁹³ Масштаб нападу не включає погрози.¹⁷⁹⁴

901. Іншою важливою частиною цього елемента є необхідність встановлення причинно-наслідкового зв'язку між злочинцем та нападом. Іншими словами, «необхідний причинно-наслідковий зв'язок між діянням злочинця та наслідком, щоб конкретний наслідок, напад у цьому випадку, можна було розглядати як спричинений злочинцем».¹⁷⁹⁵
902. **Персонал або об'єкти (установки, матеріали, підрозділи або транспортні засоби), задіяні в місії з надання гуманітарної допомоги.** Оскільки в договорах чи судовій практиці немає конкретного визначення терміну «місія з надання гуманітарної допомоги», статті 70 і 71 Додаткового протоколу I, які стосуються діянь з надання допомоги та персоналу з надання допомоги, можуть забезпечити належну правову базу.

ДОДАТКОВИЙ ПРОТОКОЛ I, СТАТТЯ 70. ОПЕРАЦІЇ З НАДАННЯ ДОПОМОГИ

1. Якщо цивільне населення будь-якої території, яка перебуває під контролем сторони, що бере участь у конфлікті, крім окупованої території, недостатньо забезпечується запасами, згаданими у статті 69, то проводяться операції з надання допомоги, які мають гуманітарний та беззастережний характер і здійснюються без будь-яких несприятливих особливостей за згодою між сторонами, зацікавленими в таких операціях щодо надання допомоги. Пропозиції щодо надання допомоги, що відповідають вищезазначеним умовам, не розглядаються як втручання у збройний конфлікт або як недружні акти. [...]

2. Сторони, що перебувають у конфлікті, і кожна Висока Договірна Сторона дозволяють швидко й безперешкодне перевезення всіх поставок, обладнання та персоналу для надання допомоги згідно з цим розділом, і сприяють йому, якщо навіть така допомога призначається для цивільного населення ворожої сторони.

(виділено автором)

¹⁷⁹² МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 65 («[...] стаття 8(2)(e)(iii) Статуту не вимагає наявності будь-якого матеріального або шкідливого впливу на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи чи транспортні засоби, задіяні в миротворчій місії, яка є об'єктом нападу»); СССЛ, *Сесея та ін.*, [Рішення Судової палати](#), п. 220 («Не існує жодних вимог щодо наявності фактичної шкоди, завданої персоналу чи об'єктам у результаті нападу»), 1889; Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 367-368, п. 222.

¹⁷⁹³ СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесея та ін.*, п. 220.

¹⁷⁹⁴ СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесея та ін.*, [Рішення Судової палати](#), п. 1889 («одних лише погроз недостатньо, щоб довести акт насильства»).

¹⁷⁹⁵ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Абу Гарди*, п. 66.

903. Метою місії гуманітарної допомоги є забезпечення цивільного населення необхідними для виживання речами, такими як їжа, предмети медичного призначення, одяг, постільна білизна, засоби укриття та транспортні засоби для їх перевезення.¹⁷⁹⁶ У зв'язку з цим заборона нападів на персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги, впливає з заборони морення голодом, яка забороняє позбавлення цивільного населення необхідних для виживання речей, включно з навмисним перешкоджанням постачанню допомоги.¹⁷⁹⁷
904. Згідно зі статтею 71 [Додаткового протоколу I](#), персонал, який бере участь в операціях з надання допомоги, користується повагою й захистом». Коментатори припускають, що гуманітарний персонал, який користується захистом, може включати «адміністративний персонал, координаторів і експертів з матеріально-технічного забезпечення, лікарів, медсестер та інших спеціалістів і працівників з надання допомоги».¹⁷⁹⁸ Гуманітарна допомога також може включати допомогу «неурядових і міжурядових організацій», таких як МКЧХ¹⁷⁹⁹ та спеціалізовані установи та програми ООН.¹⁸⁰⁰
905. Місії гуманітарної допомоги повинні здійснюватися «відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй».¹⁸⁰¹ Такі місії «не розглядаються як втручання у збройний конфлікт або як недружні акти».¹⁸⁰²
906. **Персонал або об'єкти (установки, матеріали, підрозділи або транспортні засоби), задіяні в миротворчій місії.** Статут ООН не містить визначення терміну «підтримання миру».¹⁸⁰³ Миротворчі місії «не є статичними» і «їхні характеристики можуть відрізнятися залежно [...] від обставин, в яких вони

¹⁷⁹⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 69(1); Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 369, п. 226.

¹⁷⁹⁷ В базі даних МКЧХ звичаєвого МГП зазначено, що безпека персоналу та об'єктів, задіяних в наданні гуманітарної допомоги, є «неодмінною умовою доставлення гуманітарної допомоги нужденному цивільному населенню, якому загрожує голод». Див. МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 31. Персонал, що бере участь у наданні гуманітарної допомоги](#), та [Норма 32. Об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги \(«Будь-який напад на об'єкти, задіяні у наданні допомоги, їх руйнування або пограбування за своєю суттю є перешкодою для надання гуманітарної допомоги»\)](#). Див. вище, пп. 860-759.

¹⁷⁹⁸ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 369, п. 226.

¹⁷⁹⁹ Див. Також вище, пп 921-931.

¹⁸⁰⁰ Трифтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 369, п. 226.

¹⁸⁰¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(iii)(2).

¹⁸⁰² [Додатковий протокол I](#), стаття 70(1); МС, «Військова та воєнізована діяльність в Нікарагуа та проти неї», [Рішення](#), п. 242 («Немає жодних сумнівів у тому, що надання суто гуманітарної допомоги особам або силам в іншій країні, незалежно від їхніх політичних уподобань чи цілей, не може розглядатися як незаконне втручання чи як таке, що в будь-який інший спосіб суперечить міжнародному праву»).

¹⁸⁰³ Див., однак, [Принципи та керівні настанови миротворчих операцій ООН](#), с. 18 (що визначають миротворчість наступним чином: «Миротворчість — це техніка, призначена для збереження миру, яким би крихким він не був, під час припинення бойових дій, і для сприяння реалізації домовленостей, досягнутих укладачами миру. Протягом років миротворча діяльність еволюціонувала від переважно військової моделі дотримання режиму припинення вогню та розведення сил після міждержавних воєн і включає складну сукупність багатьох елементів — військових, поліцейських та цивільних — які спільно працюють, щоб допомогти закласти основи для стійкого миру»).

виконуються». ¹⁸⁰⁴ Вони «еволюціонували і стали складнішими і багатофункціональними». ¹⁸⁰⁵ Виходячи з цих міркувань, Палата попереднього провадження МКС встановила, що:

МКС, РІШЕННЯ ПРО ПІДТВЕРДЖЕННЯ ЗВИНУВАЧЕНЬ У СПРАВІ АБУ ГАРДИ, П. 71 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

71. [...] три основні принципи для визначення того, чи є дана місія миротворчою місією, є загально визнаними, а саме: (i) згода сторін; (ii) неупередженість; та (iii) незастосування сили, окрім випадків самозахисту.

907. *Згода сторін.* Миротворчі місії розгортаються за згодою основних сторін конфлікту, включно з державою перебування. ¹⁸⁰⁶
908. *Неупередженість.* Миротворчі місії повинні виконувати свій мандат без прихильності до чи шкоди для будь-якої сторони та повинні дотримуватися принципів Статуту ООН і цілей свого мандату. ¹⁸⁰⁷ Неупередженість не слід плутати з нейтралітетом або бездіяльністю. Тому миротворчі місії «не повинні потурати діям сторін, які порушують зобов'язання мирного процесу або міжнародні норми та принципи». ¹⁸⁰⁸
909. *Незастосування сили, окрім випадків самозахисту.* Миротворчі місії не є інструментом примусу, тому, в принципі, не повинні застосовувати силу. Вони мають право застосовувати силу лише для самозахисту. Місії «мають застосовувати силу лише як крайній захід, коли інші засоби не діють». ¹⁸⁰⁹
910. Важливо відрізнити миротворчі місії від місій «примушення до миру», створених Радою Безпеки ООН згідно з розділом VII Статуту ООН. Оскільки останні мають повноваження використовувати наступальні засоби поза межами самооборони, її особовий склад вважається комбатантами, а отже законними цілями у збройних конфліктах, і, відповідно, на них не поширюється цей злочин. ¹⁸¹⁰

¹⁸⁰⁴ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 71.

¹⁸⁰⁵ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Сесея та ін.](#), п. 224.

¹⁸⁰⁶ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 72 («Згода держави, яка приймає місію, є необхідною умовою для розміщення миротворчої місії на її території, і [...] відповідно, така згода має бути отримана. На практиці також відбувається пошук згоди основних сторін конфлікту»); СССЛ, [Рішення Судової палати у справі Сесея та ін.](#), п. 226; МС, Деякі витрати Організації Об'єднаних Націй. [Консультативний висновок](#), с. 164; [Принципи та керівні настанови миротворчих операцій ООН](#), с. 31-32.

¹⁸⁰⁷ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Сесея та ін.](#), п. 227 (з посиланням на [Звіт Групи з миротворчих операцій ООН](#), п. 50); [Принципи та керівні настанови миротворчих операцій ООН](#), с. 33.

¹⁸⁰⁸ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 73; СССЛ, [рішення Судової палати у справі Сесея та ін.](#), п. 227 (з посиланням на [Принципи та керівні настанови миротворчих операцій ООН](#), с. 33).

¹⁸⁰⁹ СССЛ, [рішення Судової палати у справі Сесея та ін.](#), п. 228; [Принципи та керівні настанови миротворчих операцій ООН](#), с. 34.

¹⁸¹⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 74 (Більшість [...] визначає різницю між тими миротворчими місіями, які можуть застосовувати силу лише для самооборони, і так званими

911. Крім того, судова практика СССЛ додала «захист мандата» до винятків з норми про застосування сили поряд із самообороною.¹⁸¹¹
912. Окрім миротворчих місій, заснованих ООН,¹⁸¹² стаття 8(2)(b)(iii) Статуту МКС також охоплює місії, створені регіональними організаціями «відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй», такими як Європейський Союз,¹⁸¹³ Організація з питань безпеки та співробітництва в Європі (ОБСЄ), Африканський союз¹⁸¹⁴ або Економічне співтовариство західноафриканських держав (ЕКОВАС).¹⁸¹⁵
913. **Право на захист надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з МГП.** Персонал або об'єкти, задіяні у місії з надання гуманітарної допомоги чи в миротворчій місії, користуються захистом від нападів, «доки вони мають право на захист, що надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з міжнародним правом збройних конфліктів».¹⁸¹⁶
914. Миротворці та персонал, задіяний у миротворчій місії (або в місії з надання гуманітарної допомоги), вважаються цивільними особами. Стаття 50(1) [Додаткового протоколу I](#) визначає цивільних осіб як будь-яких осіб, які не є комбатантами. Комбатанти — це представники збройних сил сторін конфлікту, за винятком

місіями примушення до миру, створеними Радою Безпеки ООН згідно з Розділом VII Статуту ООН, які мають мандат або мають право застосовувати силу для досягнення своїх цілей і не лише для самозахисту»; СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесей та ін.*, п. 230 («Підтримання миру слід розуміти як відмінне від примусових діянь, дозволених Радою Безпеки відповідно до Розділу VII. [...] На відміну від операцій з підтримання миру, операції з примушення здійснюються не за згодою відповідних держав, а як обов'язкові повноваження Ради Безпеки відповідно до розділу VII»); Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 370, п. 229.

¹⁸¹¹ СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесей та ін.*, пп. 225, 228 («Те, що концепція самооборони для цих місій змінилася і включає «право чинити опір спробам силовими засобами перешкодити миротворчій операції виконувати свої обов'язки згідно з мандатом Ради Безпеки», є на сьогодні усталеною нормою права»), 233 («Палати вважають, що застосування сили миротворцями в порядку самооборони на виконання свого мандату, за умови, що воно обмежується таким застосуванням, не змінює або не зменшує захист, що надається миротворцям»). Див. також [Принципи та керівні настанови миротворчих операцій ООН](#), с. 31.

¹⁸¹² Див., наприклад, СССЛ, *Сесей та ін.*, [Рішення Судової палати](#) щодо нападів на Місію ООН у Сьєрра-Леоне (МООНСЛ).

¹⁸¹³ [Лісабонський договір про внесення змін до Договору про Європейський Союз та Договору про заснування Європейської Спільноти](#) додав статтю 28 А, пункт 1 якої звучить так: «Спільна політика безпеки та оборони є невідомою частиною спільної зовнішньої політики та політики безпеки. Він надає Союзу оперативну спроможність використання цивільних і військових засобів. Спільнота може використовувати їх у місіях за межами Спільноти для підтримки миру, запобігання конфліктам і зміцнення міжнародної безпеки відповідно до принципів Статуту ООН. [...]» (виділено автором).

¹⁸¹⁴ У [Рішенні про підтвердження звинувачень у справі Абу-Гарді та Рішенні про підтвердження звинувачень у справі Нурен та Джербо Джамус](#) МКС розглядав напади на місію Африканського союзу в Судані (МАСС).

¹⁸¹⁵ Тріфтерер та Амбос (за ред.) *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, München: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 370-371, п. 230.

¹⁸¹⁶ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(iii); [Статут СССЛ](#), стаття 4(b). Цей злочин значною мірою збігається з нападами на цивільних осіб і цивільні об'єкти. Див. СССЛ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Сесей та ін.*, п. 218 («Цей злочин є відгалуженням загальної та основоположної заборони нападу на цивільних осіб та цивільні об'єкти відповідно до міжнародного гуманітарного права під час як міжнародних, так і внутрішніх конфліктів»); МКЧХ, База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів \(«Цей воєнний злочин \[згідно зі статтею 8\(2\)\(b\)\(iii\) Статуту МКС\] є особливим видом застосування воєнних злочинів, пов'язаних із перетворенням цивільного населення або окремих цивільних осіб на об'єкт нападу та перетворення цивільних об'єктів на об'єкт нападу»\)](#). Див. Також втще, пп. 641-670, 671-688

медичного та релігійного персоналу.¹⁸¹⁷ На цивільних осіб поширюється загальний захист від воєнних операцій та прямого нападу, за винятком випадків, коли вони безпосередньо беруть участь у бойових діях.¹⁸¹⁸ У такому випадку вони стануть «законними цілями в міру своєї участі відповідно до міжнародного гуманітарного права».¹⁸¹⁹ Визначення того, чи бере особа безпосередню участь у бойових діях, «повинно проводитися в кожному окремому випадку».¹⁸²⁰

915. МКС і СССЛ пояснили, що, як і у випадку з усіма цивільними особами, захист миротворчого персоналу від нападів не припиняється, якщо вони застосовують збройну силу лише для здійснення свого права на самооборону.¹⁸²¹
916. Згідно з судовою практикою МКС, об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру, тобто установки, матеріали, підрозділи або транспортні засоби мають право на захист, яким користуються цивільні об'єкти, і не є військовими цілями «за винятком випадків і на той час, коли їхні характер, розміщення, призначення або використання роблять ефективний внесок у бойові дії, що ведуться стороною конфлікту, і тою мірою, якою їх повне або часткове руйнування, захоплення або нейтралізація за обставин, що панують на цей момент, дає явну воєнну перевагу».¹⁸²²

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. СССЛ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ СЕСЕЯ ТА ІН., П. 234 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО)

Щоб визначити, чи мають миротворчий персонал або об'єкти миротворчої місії право на цивільний захист, необхідно взяти до уваги «сукупність обставин, які існували на момент передбачуваного злочину». З цією метою СССЛ створив невичерпний перелік критеріїв, а саме:

¹⁸¹⁷ [Додатковий протокол I](#), стаття 43(2). Див. також [Женевську конвенцію III](#), стаття 4(A) пункти 2–6. Див. також пп. 641-670.

¹⁸¹⁸ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(1), (2) та (3); СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесея та ін.* п. 233; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 83.

¹⁸¹⁹ СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесея та ін.*, п. 233.

¹⁸²⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 81 (де містяться приклади «безпосередньої участі у бойових діях», визначені МКТЮ в [Рішенні Апеляційної палати у справі Стругара](#), п. 177, такі як «носіння, використання або взяття до рук зброї, участь у воєнних діях, діяльності, діяннях чи операціях, збройних сутичках або бойових діях, участь в нападах на персонал, майно чи обладнання противника, передача військової інформації для негайного використання стороною, що воює, та перевезення зброї поблизу місця проведення бойових дій») та 83.

¹⁸²¹ СССЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Сесея та ін.*, п. 233; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 83.

¹⁸²² МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди](#), п. 89 (з посиланням на: МКТЮ, [Рішення Судової палати у справі Галича](#), п. 51: «У разі сумнівів щодо того, чи використовується об'єкт, який зазвичай призначений для цивільних цілей, для ефективного внеску у бойові дії, презюмується, що він не використовується в такий спосіб... такий об'єкт не повинен ставати об'єктом нападу, якщо не існує розумних підстав вважати, за обставин, в яких перебуває особа, що планує напад, включно з наявною в останньої інформацією, що об'єкт використовується для ефективного внеску у бойові дії»); [Додатковий протокол I](#), стаття 52(1) і (2).

- відповідні резолюції Ради Безпеки щодо операції;
- конкретні оперативні мандати;
- фактичні роль та практика миротворчої місії під час конкретного конфлікту;
- їхні правила ведення бойових дій та оперативні накази;
- характер озброєння та техніки, які використовуються миротворчими силами;
- взаємодія між миротворчими силами та сторонами конфлікту;
- будь-яке застосування сили між миротворчими силами та сторонами конфлікту;
- характер і частота застосування такої сили та поведінка імовірної(их) потерпілої особи (осіб) та інших членів персоналу.

с. Склад нападів на персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру, що мають право на захист згідно з МГП (суб'єктивні елементи)¹⁸²³

917. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується такими елементами: (1) злочинець умисно скерував напад; (2) злочинець мав намір зробити об'єктом нападу персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру; та (3) злочинець знав про фактичні обставини, що обумовлюють захист, який надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з міжнародним правом збройних конфліктів.¹⁸²⁴
918. Злочинець мав намір зробити об'єктом нападу персонал або об'єкти, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи миротворчої місії. На додаток до стандартної вимоги щодо *mens rea*, передбаченої статтею 30 Статуту МКС, цей злочин має спеціальний умисел *mens rea*.¹⁸²⁵ Злочинець повинен був мати намір зробити окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях, або цивільне населення «основним об'єктом нападу».¹⁸²⁶ Отже, цей злочин включає *dolus directus* першого ступеня.¹⁸²⁷
919. Злочинець знав про фактичні обставини, які свідчили про захищений статус цивільних осіб або цивільних об'єктів згідно з міжнародним правом збройних

¹⁸²³ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁸²⁴ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(iii); Статут МКС, стаття 30.

¹⁸²⁵ МКС, Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди, п. 93 («Більшість зазначає, що цей суб'єктивний елемент схожий на той, що міститься в Елементах злочинів для статей 8(2)(b)(i) і 8(2)(e)(i) щодо нападів на цивільних осіб як під час міжнародного, так і неміжнародного збройного конфлікту. У зв'язку з цим Судова палата у справі Катанги та Нгуджоло постановила, що «на додаток до стандартної вимоги щодо *mens rea*, передбаченої статтею 30 Статуту, злочинець повинен мати намір зробити окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях, або цивільне населення об'єктом нападу [...]».) (цит. МКС, Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Нгуджоло Чуї, п. 271). Див. також СССЛ, Сесеї та ін. Рішення Судової палати, п. 232.

¹⁸²⁶ СССЛ, рішення Судової палати у справі Сесеї та ін., Рішення Судової палати, п. 232.

¹⁸²⁷ МКС, Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарди, п. 93.

конфліктів.¹⁸²⁸ Докази повинні підтвердити, що злочинець «мав знати або мав підстави знати», що персонал або об'єкти були такими, що підлягають захисту.¹⁸²⁹ У зв'язку з цим немає потреби встановлювати, що злочинець дійсно мав юридичні знання про захист, на який персонал і об'єкти мали право відповідно до МГП, але злочинець повинен був знати про фактичну основу такого захисту.¹⁸³⁰

d. Контекстуальні елементи

920. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:

- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
- ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁸³¹ та
- iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁸³²

¹⁸²⁸ Статут МКС, стаття 30(3).

¹⁸²⁹ СССЛ, рішення Судової палати у справі *Сесея та ін.*, п. 235.

¹⁸³⁰ СССЛ, рішення Судової палати у справі *Сесея та ін.*, п. 235. МКС, Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Абу Гарди*, п. 994 («Більшість вважає, що цей п'ятий елемент згідно зі статтею 8(2)(e)(iii) Елементів злочинів виключає підставу для звільнення від кримінальної відповідальності внаслідок помилки в праві, передбаченого статтею 32 Статуту, оскільки для злочину потрібні лише знання про факти, які встановлюють, що установки, матеріали, підрозділи або транспортні засоби та персонал використовувалися для миротворчої місії, а не юридичні знання на тему їх захисту»).

¹⁸³¹ Див. також Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(iii).

¹⁸³² Див. також Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(iii).

- ii. Умисне спрямування нападів на об'єкти та персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxiv))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Воєнний злочин умисного спрямування нападів на об'єкти та персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями, є злочином за частиною першою статті 438 КК України, оскільки він охоплюється «іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Цей злочин характеризується такими елементами:

1. Об'єктивний елемент

- Злочинець здійснив напад на одну або більше осіб, будівель, медичних установ, транспортних засобів чи інших об'єктів, які використовують відповідно до міжнародного права розпізнавальну емблему або інший спосіб ідентифікації, який вказує на захист, згідно з Женевськими конвенціями.

2. Суб'єктивний елемент

- Злочинець мав умисел зробити таких осіб, такі будівлі, установи, транспортні засоби чи інші об'єкти, що в такий спосіб використовують таку ідентифікацію, об'єктом нападу.

3. Контекстуальні елементи

- Тривав міжнародний збройний конфлікт.
- Діяння були вчинені злочинцем в контексті конфлікту та були пов'язані з ним.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

а. Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438

921. Хоча про це прямо не згадано в статті 438 КК України, «умисне спрямування нападів на об'єкти та персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями» охоплюється «іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», як це передбачено частиною першою статті 438. Ці порушення МГП заборонено та визнано воєнними злочинами відповідно до міжнародних договорів, ратифікованих Україною. Отже, можна зробити висновок, що такі діяння є злочином за статтею 438 КК України.
922. Коментатори припускають, що правову основу цього злочину становлять різні положення МГП, включно зі статтями 24-27, 36, 39-44 [Женевської конвенції I](#), статтями 42-44 [Женевської конвенції II](#), статтями 42-44 [Женевської конвенції III](#), статтями 18-22 [Женевської конвенції IV](#) та статтями 8, 12, 15, 18, 23, 24, 38

[Додаткового протоколу I](#).¹⁸³³ Усі вони ратифіковані Україною.¹⁸³⁴ Крім того, МКЧХ визначив захист від нападу на осіб, будівлі чи об'єкти, які використовують відповідно до міжнародного права розпізнавальні емблеми Женевських конвенцій як принцип міжнародного звичаєвого права як у міжнародних, так і в неміжнародних збройних конфліктах.¹⁸³⁵ Отже, для цілей статті 438 КК України, такі діяння є порушенням законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України.¹⁸³⁶

923. **Визнання воєнним злочином.** Стаття 8(2)(b)(xxiv) [Статуту МКС](#) визначає «умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби, а також на персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями» як воєнний злочин в контексті міжнародних збройних конфліктів.¹⁸³⁷ Так само й МКЧХ визнає ці діяння воєнним злочином.¹⁸³⁸ Хоча ця заборона конкретно не вказана в [Статуті МКТЮ](#), певною мірою вона є розширенням захисту цивільних осіб від нападу, який, відповідно до МКТЮ, можна скасувати лише за певних обставин.¹⁸³⁹

924. Зазначене вказує на те, що розглянуті в цьому розділі діяння є злочином за частиною першою статті 438 КК України.

925. Ні МКС, ні МКТЮ не розглядали справ про воєнний злочин умисного нападу на об'єкти та персонал, що використовують згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями. Однак слід зазначити, що захист згідно з цим положенням збігається із захистом цивільних осіб і цивільних об'єктів від нападу, а також із заборонаю умисно спрямовувати напади на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових

¹⁸³³ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.*, 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 506, пп. 753-754; Дьорман. *Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі.* Кембрідж: Cambridge University Press, 2003, с. 350-361.

¹⁸³⁴ 3 серпня 1954 року Україна ратифікувала Женевську конвенцію, а 25 січня 1990 року — Додаткові протоколи I та II. Див. МКЧХ. Договори, держави-учасники та коментарі. [Україна](#).

¹⁸³⁵ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 30. Особи та об'єкти що використовують розпізнавальну емблему](#) («Напади на медичний і релігійний персонал та на медичні і релігійні об'єкти, що використовують згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями, заборонено»); Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.* 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 506, п. 754.

¹⁸³⁶ Крім того, Україна включила заборону нападів на осіб, об'єкти та будівлі, що використовують розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями, у Посібник із застосування норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України 2004 року. Див. [Посібник із застосування норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України](#), затверджений наказом Міністра оборони України від 11 вересня 2004 р., № 400.

¹⁸³⁷ Ця заборона віддзеркалена в статті 8(2)(e)(ii) Статуту МКС, що застосовується до неміжнародних збройних конфліктів.

¹⁸³⁸ МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве право. [Норма 156. Визначення воєнних злочинів.](#)

¹⁸³⁹ Стосовно лікарень МКТЮ окремо зазначив, що «згідно зі статтею 19 Четвертої Женевської конвенції, особливий захист від нападів, що надається цивільним лікарням, припиняється, за певних умов, якщо лікарня «[використовується] для вчинення поза [своїми] гуманітарними обов'язками, діянь, що завдають шкоди ворогу», наприклад, якщо на даху лікарні встановлено артилерійський пост». Див. МКТЮ, Купрескіч та ін., [Рішення Судової палати](#), п. 523).

або благодійних цілей, історичні пам'ятки, госпіталі або місця зосередження хворих і поранених та не є військовими цілями.¹⁸⁴⁰ Наприклад, госпіталь із червоним хрестом підлягає захисту: як госпіталь (якщо не використовується для вчинення діянь, що завдають шкоди ворогу)¹⁸⁴¹; як цивільний об'єкт;¹⁸⁴² як місце зосередження хворих і поранених;¹⁸⁴³ і як будівля, що використовує розпізнавальну емблему, передбачену Женевськими конвенціями. Отже, навіть якщо на госпіталі немає розпізнавальної емблеми, передбаченої Женевськими конвенціями, він все одно підлягає захисту від нападу, і цей захист ґрунтується на забороні нападів на цивільних осіб і цивільні об'єкти та захисті хворих і поранених.¹⁸⁴⁴

b. **Склад умисних нападів на об'єкти та персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями (об'єктивні елементи)**

926. Елементи злочинів МКС характеризують об'єктивну сторону цього злочину такими ознаками: (1) злочинець здійснив напад на (2) одну або більше осіб, будівель, медичних установ, транспортних засобів чи інших об'єктів, які (3) використовують відповідно до міжнародного права розпізнавальну емблему або інший спосіб ідентифікації, який вказує на захист, згідно з Женевськими конвенціями.¹⁸⁴⁵

927. **Злочинець спрямував напад.** Відповідно до статті 49 [Додаткового протоколу I](#) «напади» означають «акти насильства щодо противника незалежно від того, здійснюються вони під час наступу чи під час оборони».¹⁸⁴⁶

928. **Напад спрямований на будівлю, особу чи об'єкт, що використовує розпізнавальну емблему, передбачену Женевськими конвенціями.** Емблемами Женевських конвенцій є Червоний Хрест, Червоний Півмісяць і Червоний Кристал.¹⁸⁴⁷ Кожна емблема надає однакового захисту згідно з МГП, якщо вона

¹⁸⁴⁰ Див. вище, розділ про об'єкти, що підлягають захисту, розділ про напад на цивільних осіб та розділ про напад на цивільні об'єкти.

¹⁸⁴¹ У статті 19 [Женевської конвенції IV](#) зазначено, що «захист, на який мають право цивільні лікарні, не може припинитися, якщо вони не використовуються, крім виконання гуманітарних обов'язків, для вчинення діянь, шкідливих для супротивника. Захист, однак, може бути припинено лише після відповідного попередження, у якому в усіх відповідних випадках встановлено обґрунтований строк, і після того, як таке попередження залишилося без уваги. Те, що в цих лікарнях лікуються поранені та хворі із числа особового складу збройних сил, або наявність стрілецької зброї та боеприпасів, вилучених у таких комбатантів, але ще не зданих відповідним службам, не вважається діяннями, шкідливими для супротивника».

¹⁸⁴² Див. вище розділ про напади на цивільних осіб.

¹⁸⁴³ Див. вище розділ про напади на будівлі, що підлягають захисту.

¹⁸⁴⁴ Див., наприклад, статті 19-23 [Женевської конвенції I](#) щодо захисту медичних підрозділів та установ, і статтю 18 [Женевської конвенції IV](#) щодо захисту лікарень.

¹⁸⁴⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxiv).

¹⁸⁴⁶ Див. Верле та Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-те видання, Oxford University Press, 2020, с. 544, п. 1442 («Термін «напад» відповідає злочину нападів на цивільне населення»). Див. вище розділ про напади на цивільних осіб.

¹⁸⁴⁷ Стаття 38 [Женевської конвенції I](#) («геральдична емблема у вигляді червоного хреста на білому тлі, що створена шляхом заміни кольорів федерального прапора протилежними їм кольорами, зберігається як емблема й відмітний знак медичної служби збройних сил. Однак стосовно країн, що вже використовують як емблему

не використовується незаконно.¹⁸⁴⁸ Особа, об'єкт або будівля, які мають право використовувати емблеми Женевських конвенцій, повинні робити це таким чином, щоб порушник міг їх ідентифікувати з якомога більшої відстані.¹⁸⁴⁹

929. **Будівля, особа чи об'єкт, що використовує розпізнавальну емблему, передбачену Женевськими конвенціями, робить це законно.** Стаття 53 [Женевської конвенції I](#) передбачає, що емблеми Женевської конвенції можуть використовуватися лише тими об'єктами та персоналом, які мають на це «право».¹⁸⁵⁰ Наприклад, стаття 39 [Женевської конвенції I](#) передбачає, що «Емблему [Червоного Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева та Сонця] зображають під керівництвом компетентних військових властей на прапорах, нарукавних пов'язках та всьому обладнанні, яке використовується в медичній службі».¹⁸⁵¹ У Женевських конвенціях 1949 року визначені конкретні особи, об'єкти і будівлі — переважно військових, медичних, релігійних і гуманітарних організацій — які мають право використовувати розпізнавальні емблеми Женевських конвенцій; і які включають, серед іншого, медичний персонал, персонал національних товариств Червоного Хреста, військові та госпітальні кораблі, духовенство та «осіб, які займаються регулярно й виключно обслуговуванням цивільних лікарень та управлінням ними».¹⁸⁵² Будь-який напад на будівлі, людей або об'єкти

замість червоного хреста червоний півмісяць або червоних лева й сонце на білому тлі, ці емблеми також визнаються цією Конвенцією». Емблема Червоного Лева та Сонця була замінена на Червоний Півмісяць у 2005 році. Червоний щит Давида, який використовується Ізраїлем, хоча не є офіційно визнаною емблемою, може забезпечити захист. МКЧХ, [Збірник справ. Як право захищає під час війни?](#) Емблеми (Червоний Хрест, Червоний Півмісяць і Червоний Кристал), розділ 7.

¹⁸⁴⁸ Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.*, 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 448, п. 755. Крім того, Додатковий протокол I надає аналогічний захист іншим «емблемам»/ідентифікаторам, таким як додатковий захист у вигляді миготливих синіх вогнів машин швидкої допомоги. Див. Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.* 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 540, п. 754.

¹⁸⁴⁹ [Норми МКЧХ щодо використання емблеми Червоного Хреста або Червоного Півмісяця національними товариствами](#), стаття 6 («Емблема, яка використовується як захисний засіб, має бути помітною з якомога дальшої відстані. Вона має бути настільки великою, наскільки це потрібно відповідно до обставин. Уночі або в умовах зниженої видимості вона може бути освітленою або підсвіченою. Наскільки можливо, вона повинна бути виготовлена з матеріалів, які роблять її розпізнаваною за допомогою технічних засобів фіксації, і позначатися на прапорах або плоских поверхнях, видимих з якомога більшої кількості сторін, в тому числі з повітря»).

¹⁸⁵⁰ Стаття 53 [Женевської конвенції I](#) («Приватним особам, товариствам, фірмам або компаніям, як державним, так і приватним, крім тих, які на це мають право відповідно до цієї Конвенції, завжди заборонено використовувати емблему або назву «Червоний хрест» або «Женевський хрест» чи будь-який знак або найменування, які їх імітують, незалежно від мети використання та дати їхнього прийняття»).

¹⁸⁵¹ Аналогічно стаття 44 [Женевської конвенції II](#) захищає судна («Відмітні знаки, зазначені в статті 43 [Червоний Хрест, Червоний Півмісяць або Червоний Лев та Сонце на білому тлі], можуть бути використані як у мирний час, так і під час війни лише для розпізнавання чи захисту суден, що перелічені в цій статті; винятки можуть бути обумовлені будь-якою іншою міжнародною конвенцією або угодою між усіма заінтересованими сторонами конфлікту»).

¹⁸⁵² МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП. [Норма 59. Використання передбачених Женевськими конвенціями розпізнавальних емблем не за призначенням.](#) Див., наприклад, статті 24-27, 40-44 [Женевської конвенції I](#), статті 22, 24-25, 27, 36-37, 42 [Женевської конвенції II](#), статті 18, 20 [Женевської конвенції IV](#). Див. також Тріфтерер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар.* 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 570, п. 756 (стосовно осіб, що мають право розміщувати емблему: (1) медичний персонал, персонал, зайнятий в управлінні медичними підрозділами і закладами, і капелани; (2) персонал національних товариств Червоного Хреста/Червоного Півмісяця та інших уповнова-

з використанням розпізнавальної емблеми Женевських конвенцій не за призначенням не є злочином.¹⁸⁵³

- с. **Склад умисних нападів на об'єкти та персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями (суб'єктивні елементи)**¹⁸⁵⁴

930. З суб'єктивної сторони цей злочин характеризується наміром зробити об'єктом нападу осіб, будівлі, підрозділи або транспортні засоби чи інші об'єкти, що використовують розпізнавальні емблеми відповідно до міжнародного права.¹⁸⁵⁵ На думку коментаторів, це відповідає вимогам статті 30 Статуту МКС.¹⁸⁵⁶ Інші коментатори припускають, що *mens rea* цього складу злочину аналогічний до інших видів нападів.¹⁸⁵⁷

жених товариств з надання волонтерської допомоги та товариств Червоного Хреста/Червоного Півмісяця нейтральних країн і (3) військовослужбовці, спеціально навчені виконувати функції санітарів, носіїв нош, коли вони зайняти цією роботою), 757 (стосовно об'єктів, які мають право використовувати емблему: (1) медичні підрозділи та установи — санітарно-транспортні засоби; (2) санітарні літаки; (3) госпітальні судна; (4) судна берегової охорони; і (5) санітарні й безпечні зони та місцевості). Див. також Верле та Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, п. 1444 («Згідно з Женевськими конвенціями, особами, які мають право носити такі розпізнавальні емблеми, є медичний персонал, адміністратори медичних підрозділів і закладів, капелани, працівники національних організацій Червоного Хреста або Червоного Півмісяця, співробітники організацій допомоги нейтральних держав і військові, підготовлені для виконання функцій санітарів. Об'єкти та установи, які можуть бути ідентифіковані таким чином, включають медичні установи та обладнання, такі як госпіталі, санітарно-транспортні засоби, санітарні судна та літаки, госпітальні судна та судна берегової охорони»).

¹⁸⁵³ Стаття 38(1) Додаткового протоколу I («використання не за призначенням розпізнавальної емблеми Червоного Хреста, Червоного Півмісяця, Червоного Лева і Сонця або інших емблем, знаків та сигналів, передбачених Конвенціями або цим Протоколом. Також забороняється умисно зловживати під час збройного конфлікту іншими міжнародно визнаними захисними емблемами, знаками чи сигналами, включаючи прапор перемир'я та захисну емблему культурних цінностей»). Крім того, стаття 38(2) Додаткового протоколу I вимагає використовувати «розпізнавальну емблему Організації Об'єднаних Націй» лише з дозволу цієї Організації. Використання розпізнавальних емблем Женевських конвенцій не за призначенням визначено в [Нормі 59 МКЧХ «Використання передбачених Женевськими конвенціями розпізнавальних емблем не за призначенням»](#), включно з віроломством та використанням емблеми за відсутності права на захист. МКЧХ. База даних МГП. Звичаяє МГП. [Норма 59. Використання передбачених Женевськими конвенціями розпізнавальних емблем не за призначенням](#).

¹⁸⁵⁴ У цьому розділі детально описані суб'єктивні елементи цього воєнного злочину відповідно до міжнародного права. Проте загальна частина КК України визначає суб'єктивні ознаки, притаманні загальнокримінальним злочинам. Див. статті 23, 24 та 25 КК України. Необхідно буде розглянути значення суб'єктивних ознак у загальній частині КК України для аналізу елементів цього злочину за статтею 438 КК України.

¹⁸⁵⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxiv).

¹⁸⁵⁶ Статут МКС, стаття 30 («1. Якщо не передбачено інше, особа підлягає кримінальній відповідальності й покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, лише в тому випадку, якщо за ознаками складу злочину він учинений умисно та свідомо. 2. Для цілей цієї статті особа має умисел у тих випадках, коли: а) стосовно діяння ця особа має намір його вчинити; б) стосовно наслідку ця особа має намір спричинити цей наслідок або усвідомлює, що він настане за звичайного перебігу подій. 3. Для цілей цієї статті термін «знання» означає усвідомлення того, що обставина існує або наслідки виникнуть у звичайному перебігу подій. Терміни «знати» та «свідомо» слід тлумачити відповідно»); Тріфферер та Амбос (за ред.). *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Beck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 507, п. 757.

¹⁸⁵⁷ Див. Верле та Єсбергер. *Принципи міжнародного кримінального права*. 4-е видання, Oxford University Press, 2020, с. 545, п. 1445 («Термін «напад» відповідає визначенню злочину нападів на цивільне населення»). Див. вище розділ про напади на цивільних осіб, розділ про напади на цивільні об'єкти та розділ про непропорційні напади.

d. Контекстуальні елементи

931. Крім того, як і у випадку зі всіма воєнними злочинами, необхідно довести наявність таких контекстуальних елементів:
- i. Тривав міжнародний збройний конфлікт;
 - ii. Діяння були вчинені в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним;¹⁸⁵⁸ та
 - iii. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.¹⁸⁵⁹

¹⁸⁵⁸ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxiv).

¹⁸⁵⁹ Див. також [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8(2)(b)(xxiv).

II. Злочин агресії

А. Актуальність принципів міжнародного права для винесення судових рішень за злочин агресії в Україні відповідно до статті 437 кримінального кодексу України

1. Агресія за міжнародним правом

932. У цьому розділі розглядається сфера застосування статті 437 Кримінального кодексу України (ККУ), а також актуальність міжнародних інструментів, що кодифікують злочин агресії для тлумачення цієї статті. До таких інструментів відносяться Статут Організації Об'єднаних Націй (Статут ООН),¹⁸⁶⁰ Резолюція 3314 Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй “Визначення агресії”¹⁸⁶¹ (Резолюція 3314 ГА ООН) і Статут МКС.
933. Злочин агресії криміналізований статтею 437 КК. Дана стаття наступним чином визначає злочинне діяння:
- i. Планування, підготовка або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій, — караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.
 - ii. Ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій, — карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.
934. Таким чином, стаття 437 містить два окремі злочини: (i) планування, підготовка або розв'язування агресивної війни; та (ii) ведення агресивної війни. Кримінальний кодекс не визначає точні елементи жодного з цих злочинів, і практика в Україні, що стосується цього злочину, була неоднорідною і часто суперечливою. Таким чином, судді мають вдаватися до відповідних міжнародних інструментів, включаючи резолюцію 3314 Генеральної Асамблеї ООН і Статут МКС, коли визначають злочин агресії відповідно до статті 437. Однак існує низка ключових відмінностей між міжнародним визначенням злочину агресії та формулюваннями ККУ, які будуть розглянуті нижче.
935. Щоб розтлумачити злочин агресії за статтею 437 ККУ, у цьому розділі буде: (1) надано огляд статусу злочину агресії за міжнародним правом; та (2) надано оцінку того, в якій мірі міжнародні інструменти можуть використовуватися для тлумачення злочину агресії відповідно до ККУ.

а) Поняття злочину агресії за міжнародним правом

936. Поняття агресії в міжнародному праві походить із заборони застосування сили. Злочин агресії передбачає планування, підготовку, розв'язування та здійснення акту агресії однією державою проти іншої. Цей злочин є злочином керівництва,

¹⁸⁶⁰ Статут Організації Об'єднаних Націй (24 жовтня 1945 року) 892 UNTS 119 («[Статут ООН](#)»).

¹⁸⁶¹ [Резолюція 3314 \(XXIX\) Генеральної Асамблеї ООН «Визначення агресії»](#) від 14 грудня 1974 року.

а це означає, що злочинець має займати керівну посаду в державі, яка вчинила акт агресії, щоб бути суб'єктом цього злочину.

937. У наступних розділах буде наведено огляд різних міжнародних інструментів, які детально розглядають елементи злочину агресії. Незважаючи на відсутність судової практики, що стосується цього злочину, Статут ООН, практика Нюрнберзьких трибуналів, Резолюція 3314 Генеральної Асамблеї ООН і Статут МКС, зокрема, надають роз'яснення елементів злочину агресії.

i. Статут ООН: заборона застосування сили

938. Заборона агресії походить із заборони застосування сили, що встановлюється Статутом ООН.¹⁸⁶² Статут ООН — це договір, яким засновано Організацію Об'єднаних Націй, підписаний 26 червня 1945 року. Статут ООН був ратифікований як Україною, так і Росією 24 жовтня 1945 року.¹⁸⁶³

939. Заборона на застосування сили викладена в статті 2(4) Статуту ООН і передбачає, що «усі члени утримуються в своїх міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і якимось іншим чином, несумісним із цілями Об'єднаних Націй».¹⁸⁶⁴ Ця заборона стосується дій держав і, отже й відповідальності держав.

940. Заборона стосується лише застосування збройної сили (або військової сили).¹⁸⁶⁵ Крім того, заборона поширюється не тільки на пряме застосування сили проти іншої держави, тобто на відправку військ через кордон, а й на участь держави в застосуванні сили іншою державою або озброєними групами/найманцями.¹⁸⁶⁶

941. Важливо відзначити, що заборона застосування сили не є абсолютною. Статут ООН передбачає два випадки, за яких застосування збройної сили проти іншої держави може бути законним:

a. **Самооборона:** відповідно до статті 51 Статуту ООН та звичаєвого міжнародного права державам гарантується право на індивідуальну та колективну самооборону.¹⁸⁶⁷ Застосування збройної сили з метою самооборони є закон-

¹⁸⁶² Макдугалл, *Злочин агресії згідно з Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, сс. 34-35.

¹⁸⁶³ [Ратифікація Статуту ООН державами](#).

¹⁸⁶⁴ [Статут ООН](#), стаття 2(4).

¹⁸⁶⁵ Див. [Статут ООН](#), Преамбула, п. 7, який визначає як одну із цілей Організації Об'єднаних Націй «забезпечити прийняттям принципів і встановленням методів, щоб збройні сили використовувалися не інакше, як у спільних інтересах ...». Див. також Дорр, «Застосування сили, заборона», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2019, пп. 11-12.

¹⁸⁶⁶ МС ООН, [Рішення](#) у справі *Бойові дії*, п. 162, з посиланням на [Резолюцію 2625](#) Генеральної Асамблеї ООН («Декларація про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй»): «жодна держава не має організувати, розпалювати, фінансувати, підбурювати або допускати підривну, збройну чи терористичну діяльність, спрямовану на насильницьке повалення ладу іншої держави або втручатись у внутрішню боротьбу в іншій державі».

¹⁸⁶⁷ [Статут ООН](#), стаття 51; МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, пп. 193-194.

ним тільки тоді, коли це здійснюється у відповідь на “збройний напад”.¹⁸⁶⁸ Коли збройна сила використовується для самооборони, така сила також має бути необхідною та пропорційною, і Рада Безпеки ООН повинна бути проінформована.¹⁸⁶⁹

- б. **Схвалення Ради Безпеки відповідно до глави VII:** якщо Рада Безпеки ООН визначить, що існує загроза миру, порушення миру або акту агресії (відповідно до статті 39 Статуту ООН), вона уповноважена відповідно до статті 42 “вжити такі дії повітряними, морськими або сухопутними силами, які виявляться необхідними для підтримки або відновлення міжнародного миру й безпеки”.¹⁸⁷⁰ За таких обставин держави-члени зобов’язані діяти відповідно до статті 48 Статуту ООН.¹⁸⁷¹

942. Глава VII Статуту ООН уповноважує Раду Безпеки вживати заходів у відповідь на загрози миру, порушення миру та *акти агресії*.¹⁸⁷² Проте, незважаючи на те, що Рада Безпеки наділена цими повноваженнями, вона ніколи не робила офіційного висновку відповідно до статті 39 про те, що стався акт агресії.¹⁸⁷³

ii. Статути та практика Нюрнберзького та Токійського трибуналів

943. Кодифікації міжнародного злочину агресії, що тягне за собою індивідуальну кримінальну відповідальність, вперше була зроблена в Статуті Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі 1945 року (“МВТ”). Стаття 6(а) Статуту забороняє «злочини проти миру», що визначаються як «планування, підготовка, розв’язування або ведення агресивної війни або війни в порушення міжнародних договорів, угод або запевнень, або участь в спільному плані або змові з метою досягнення будь-чого з вищевказаного». ¹⁸⁷⁴

944. Стаття 5(а) Статуту Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу 1946 року містить практично таке ж визначення «злочинів проти миру», за винятком двох відмінностей.¹⁸⁷⁵ По-перше, Токійський Статут уточнює, що злочин може бути скоєний як у випадку розв’язання оголошених, так і неоголошених війн. По-друге, Токійська Хартія згадує війну “в порушення *міжнародного права*”¹⁸⁷⁶ поряд з міжнародними договорами, угодами або запевненнями.¹⁸⁷⁷

¹⁸⁶⁸ МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, п. 195.

¹⁸⁶⁹ МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, п. 176; МС ООН, [Консультативний висновок](#) у справі *Ядерної зброї*, п. 41; МС ООН, [Рішення](#) у справі *Бойові дії*, п. 147.

¹⁸⁷⁰ [Статут ООН](#), стаття 42.

¹⁸⁷¹ [Статут ООН](#), стаття 42.

¹⁸⁷² [Статут ООН](#), стаття 39.

¹⁸⁷³ Див. Дінштейн, «Агресія», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, п. 9.

¹⁸⁷⁴ [Нюрнберзький статут](#), стаття 6(а).

¹⁸⁷⁵ [Токійський статут](#), стаття 5(а).

¹⁸⁷⁶ Токійський статут, стаття 5(а) (додається).

¹⁸⁷⁷ Див. Макдугалл, «Прецедент злочинів проти миру» у Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2017, сс. 52-53.

945. Нюрнберзький і Токійський трибунали створили насичену судову практику щодо міжнародного злочину агресії.¹⁸⁷⁸ Загалом, трибунали підійшли до свого аналізу того, чи вчинив обвинувачений злочин, у два етапи.¹⁸⁷⁹ Спочатку трибунали розглядали питання про те, чи вчиняли Німеччина чи Японія акт агресії чи ні (елемент дій держави); потім вони визначили, чи може обвинувачений бути притягнутий до індивідуальної кримінальної відповідальності (елемент індивідуальної дії).¹⁸⁸⁰ Згідно з практикою Нюрнберзького трибуналу: “розв’язування агресивної війни [...] є не тільки міжнародним злочином; це найвищий міжнародний злочин, що відрізняється від інших воєнних злочинів тим, що він містить в собі загальне накопичене зло”.¹⁸⁸¹
946. 1950 рік: Нюрнберзькі принципи. Визначення злочинів проти миру, що міститься в статті 6(а) Нюрнберзького статуту, потім було включено в так звані Нюрнберзькі принципи (Принцип VI (а)), розроблені Комісією міжнародного права (КМП) на прохання Генеральної Асамблеї ООН.¹⁸⁸² Вважається, що Нюрнберзькі принципи відображають звичаєве міжнародне право.¹⁸⁸³

iii. Резолюція 3314 ГА ООН “Визначення агресії”

947. Після десятиліть невдалих спроб визначити поняття агресії, 14 грудня 1974 року Генеральна Асамблея ООН прийняла визначення агресії в Резолюції 3314.¹⁸⁸⁴ Відповідно до статті 5(2) «агресивна війна є злочином проти миру. Агресія породжує міжнародну відповідальність». Це визначення розрізняє акт агресії, який спричиняє міжнародну відповідальність держав, та агресивну війну, яка є “злочином проти міжнародного миру”.¹⁸⁸⁵
948. Однак, оскільки «Визначення агресії» міститься в Додатку до Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН, та враховуючи, що резолюції Генеральної Асамблеї не мають обов’язкової сили,¹⁸⁸⁶ це не створює юридичних зобов’язань для держав

¹⁸⁷⁸ Див. МВТ Нюрнберга, [Рішення від 1 жовтня 1946 року](#); МВТ Токію, [Рішення від 4 листопада 1948 року](#).

¹⁸⁷⁹ Геллер, Нюрнберзькі військові трибунали та витоки міжнародного кримінального права, Oxford University Press, 2011, с.179-180; Макдугалл, «Прецедент злочинів проти миру» у Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2017, с. 52.

¹⁸⁸⁰ Макдугалл, «Прецедент злочинів проти миру» у Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2017, с. 52.

¹⁸⁸¹ МВТ Нюрнберга, [Рішення від 1 жовтня 1946 року](#), с. 25.

¹⁸⁸² Комісія міжнародного права, «Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу та в рішенні трибуналу», *Yearbook of the International Law Commission*, 1950, вид. II, п. 97, Принцип VI(a).

¹⁸⁸³ А. Кассезе, «[Підтвердження принципів міжнародного права, визнаних Статутом Нюрнберзького трибуналу](#)» (2009) United Nations Audiovisual Library of International Law, с. 5.

¹⁸⁸⁴ [Резолюція 3314](#) Генеральної Асамблеї ООН.

¹⁸⁸⁵ [Резолюція 3314](#) Генеральної Асамблеї ООН, стаття 5(2). Див., Дінштейн, «Агресія», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, п. 13.

¹⁸⁸⁶ Див. [Статут ООН](#), стаття 10: «Генеральна Асамблея уповноважується обговорювати будь-які питання чи справи в межах цього Статуту, або які стосуються повноважень і функцій кожного з органів, передбачених цим Статутом, і, за винятками, передбаченими статтею 12, давати рекомендації Членам Організації Об’єднаних Націй чи Раді Безпеки або Членам Організації та Раді Безпеки з будь-яких таких питань або справ» (курсив додано).

або окремих осіб. Однак на це визначення посилався Верховний суд України і воно було відтворене у статуті МКС.

949. Стаття 1 Додатку до Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї містить таке широке визначення агресії: «Агресією є застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави, або яким-небудь іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об'єднаних Націй, як це викладено у визначенні».¹⁸⁸⁷ Як видно, визначення значною мірою нагадує статтю 2(4) Статуту ООН, за винятком кількох помітних відмінностей.¹⁸⁸⁸
950. Найбільш суттєва відмінність полягає в тому, що, на відміну від статті 2(4), що забороняє застосування сили, резолюція Генеральної Асамблеї ООН не включає погрозу застосування сили в своє визначення агресії. Іншими словами, якщо погроза застосування збройної сили державою проти іншої держави може становити порушення статті 2(4), це не буде класифікуватися як агресія відповідно до визначення, що міститься в Резолюції 3314, до тих пір, поки така збройна сила не буде фактично застосована.¹⁸⁸⁹
951. Резолюція 3314 далі підкреслює, що «ніщо в цьому визначенні не має тлумачитися так, щоб будь-яким чином розширити або звужити сферу застосування Статуту [ООН], включаючи його положення, що стосуються випадків, коли погроза силою є законною».¹⁸⁹⁰ З цього випливає, що будь-який законний акт самооборони відповідно до статті 51 або справді будь-яке застосування збройної сили, здійснюване з авторизації Ради Безпеки відповідно до Глави VII Статуту ООН, не буде класифікуватися як акт агресії.¹⁸⁹¹
952. Стаття 3 Визначення містить перелік конкретних актів агресії. У статті йдеться про таке:

¹⁸⁸⁷ [Резолюція 3314](#) Генеральної Асамблеї ООН, стаття 1.

¹⁸⁸⁸ Див., Дінштейн, «Агресія», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, п. 16: «Але порівняння двох текстів показує, що існує низка варіацій: (i) виключно проста погроза застосування сили; (ii) прикметник «збройна» поставлено перед іменником «сила»; (iii) «суверенітет» згадується разом з територіальною цілісністю і політичною незалежністю потерпілої держави; (iv) потерпілий описується як «інша», а не «будь-яка» держава; (v) застосування сили заборонено, коли це суперечить Статуту ООН у цілому, а не тільки цілям ООН; (vi) зв'язок створюється разом з іншою частиною Визначення агресії. Деякі з цих пунктів мають другорядне значення, інші мають більші наслідки».

¹⁸⁸⁹ Дінштейн, «Агресія», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, п. 6.

¹⁸⁹⁰ [Резолюція 3314](#) Генеральної Асамблеї ООН, стаття 6.

¹⁸⁹¹ Дінштейн, «Агресія», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, п. 20.

РЕЗОЛЮЦІЯ 3314 ГА ООН, СТАТТЯ 3:

Будь-яка з наведених нижче дій, незалежно від оголошення війни, за умови та відповідно до положень статті 2 кваліфікується як акт агресії:

- a) Втручання або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не мала, що є наслідком такого втручання або нападу, або будь-яка анексія території іншої держави або її частини із застосуванням сили;
- b) Бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;
- c) Блокада портів або берегів держави збройними силами іншої держави;
- d) Напад збройних сил держави на сухопутні, морські чи повітряні сили або на морські та повітряні флоти іншої держави;
- e) Застосування збройних сил однієї держави, що перебувають на території іншої держави за договором з приймаючою державою, в порушення умов, передбачених договором, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після припинення договору;
- f) Дія держави, що дозволяє, щоб її територія, яку вона надала в розпорядження іншої держави, використовувалася цією іншою державою для здійснення акту агресії проти третьої держави;
- g) Засилання державою або від імені держави збройних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, що носять настільки серйозний характер, що це прирівнюється до перелічених вище актів, або їх суттєва участь в таких актах.

953. У статті 4 Визначення чітко вказується, що цей перелік не є вичерпним.¹⁸⁹² У статті передбачається, що “Рада Безпеки може визначити, що інші акти є агресією згідно з положеннями Статуту”.¹⁸⁹³ Цей самий перелік був включений до визначення злочину агресії в Римському статуті (див. нижче).¹⁸⁹⁴

iv. Статут МКС

954. Остання кодифікація злочину агресії міститься в Римському статуті МКС.¹⁸⁹⁵ На відміну від трьох інших злочинів, щодо яких суд має юрисдикцію (а саме геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів), злочин агресії не був визначений під час початкової розробки Римського статуту. Натомість стаття 5(2) передбачає, що “Суд здійснює юрисдикцію стосовно злочину агресії, як тільки буде прийнято відповідно до статей 121 і 123 положення, що містить

¹⁸⁹² Резолюція 3314 Генеральної Асамблеї ООН, стаття 4.

¹⁸⁹³ Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 4.

¹⁸⁹⁴ Римський статут, стаття 8-біс (2).

¹⁸⁹⁵ Див. Римський статут, стаття 8-біс.

визначення цього злочину та встановлює умови, за яких Суд здійснює юрисдикцію стосовно цього злочину”.¹⁸⁹⁶

955. У 2010 році в Кампалі відбулася Оглядова конференція, під час якої стаття 5(2) була виключена з Римського статуту, а визначення злочину агресії було включено до статті 8-біс.¹⁸⁹⁷ Однак ухвалення Кампальських поправок не призвело автоматично до появи юрисдикції у Суду щодо злочину агресії. Зміни набирають чинності тільки для тих держав, які їх приймають, через рік після того, як вони висловлюють свою офіційну згоду.¹⁸⁹⁸ Після того, як необхідна кількість держав ратифікувала ці зміни, МКС набув юрисдикції щодо злочину агресії починаючи з 17 липня 2018 року.¹⁸⁹⁹ На сьогоднішній день 43 держави-учасниці Римського статуту ратифікували Кампальські поправки.¹⁹⁰⁰
956. Україна подала до МКС дві заяви про надання юрисдикції Суду щодо злочинів геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів, скоєних на її території з 21 листопада 2013 року.¹⁹⁰¹ Ці заяви не поширюють юрисдикцію МКС на злочин агресії. У будь-якому разі, Росія не є державою-учасницею Римського статуту (і, отже, не прийняла зміни), тому МКС не може здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії, вчиненого її громадянами,¹⁹⁰² незалежно від того, чи має Суд юрисдикцію щодо інших міжнародних злочинів на території України.
957. Тим не менш, після Кампальських поправок, Статут МКС та Елементи злочинів тепер є корисним керівництвом для визначення, тлумачення та судового розгляду справ щодо злочину агресії. Стаття 8-біс Римського статуту визначає злочин агресії як “планування, підготовка, розв’язування або виконання особою, яка має можливість ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, акту агресії, який за своїм характером, тяжкістю і масштабами, є явним порушенням Статуту Організації Об’єднаних Націй”.¹⁹⁰³ Як можна бачити, визначення злочину агресії в Статуті МКС містить критерій лідерства.¹⁹⁰⁴ Це означає, що злочин може бути скоєний тільки “особою, яка в змозі ефективно здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави або керувати ними”.¹⁹⁰⁵

¹⁸⁹⁶ Римський статут, стаття 5, посилання 1.

¹⁸⁹⁷ МКС, Резолюція RC/Res.6 «Злочин агресії» від 11 червня 2010 року.

¹⁸⁹⁸ Римський статут, стаття 121(5): «Стосовно держави-учасниці, яка не прийняла цієї поправки, Суд не здійснює своєї юрисдикції в тому, що стосується злочину, який охоплюється такою поправкою, коли він вчиняється громадянами цієї держави-учасниці або на її території».

¹⁸⁹⁹ МКС, Резолюція ICC-ASP/16/Res.5, «Активізація юрисдикції Суду щодо злочину агресії» від 14 грудня 2017, п. 1.

¹⁹⁰⁰ Глобальна кампанія за ратифікацію та імплементацію Кампальських змін про злочин агресії, «Статус ратифікації та імплементації Кампальських змін про злочин агресії: Оновлення № 36 (інформація станом на 3 лютого 2022 року)».

¹⁹⁰¹ Заява Верховної Ради України «Про визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду» від 9 квітня 2014 року. Заява подана Україною відповідно до статті 12(3) Римського статуту.

¹⁹⁰² Римський статут, стаття 15-біс(5).

¹⁹⁰³ Римський статут, стаття 8-біс(1).

¹⁹⁰⁴ Елементи злочинів МКС, стаття 8-біс, елемент 2.

¹⁹⁰⁵ Елементи злочинів МКС, стаття 8-біс, елемент 2.

958. Стаття 8-біс(2) визначає акт агресії, який означає “застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності чи політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим способом, несумісним із Статутом Організації Об’єднаних Націй”. У статті 8-біс(2)(а)-(g) викладено *акти агресії*.¹⁹⁰⁶ Це визначення повторює визначення, що міститься в Резолюції 3314 ГА ООН.
959. Елементи злочинів окреслюють та деталізують конкретні об’єктивні та суб’єктивні елементи (суб’єктивна та об’єктивна сторона) забороненого діяння. Елементами злочину агресії є:¹⁹⁰⁷
- Виконавець спланував, підготував, розпочав або здійснив акт агресії.
 - Виконавець був особою, здатною ефективно здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії, або керувати ними.
 - Був здійснений акт агресії — застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об’єднаних Націй.
 - Виконавець усвідомлював фактичні обставини, які свідчили про те, що таке застосування збройної сили не відповідало Статуту Організації Об’єднаних Націй.
 - Акт агресії за своїм характером, тяжкістю та масштабами був явним порушенням Статуту Організації Об’єднаних Націй.
 - Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про таке явне порушення Статуту Організації Об’єднаних Націй.

v. Звичаєве міжнародне право

960. Міжнародний суд ООН (“МС ООН”) постановив, що заборона застосування сили, що міститься в Статуті ООН, є нормою звичаєвого міжнародного права.¹⁹⁰⁸ Також широко визнано, що заборона набула статусу *jus cogens*,¹⁹⁰⁹ що означає норму, визнану міжнародним співтовариством в цілому, відступ від якої не допускається.¹⁹¹⁰
961. Також загально визнано, що злочин агресії є злочином за звичаєвим міжнародним правом.¹⁹¹¹ У 2006 році Палата лордів Великої Британії дійшла висновку,

¹⁹⁰⁶ Резолюція 3314 ГА ООН.

¹⁹⁰⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 8-біс.

¹⁹⁰⁸ МС ООН, Рішення у справі Нікарагуа, п. 176.

¹⁹⁰⁹ МС ООН, Рішення у справі Нікарагуа, п. 190; МС ООН, Окрема думка судді Еларабі у справі Нафтові платформи, с. 291; МС ООН, Окрема думка судді Сімма у справі Нафтові платформи, п. 6; Комісія міжнародного права, Коментар до проекту статей про право міжнародних договорів, 1966, статт 50, п. 1.

¹⁹¹⁰ Віденська конвенція про право міжнародних договорів від 23 травня 1969, стаття 53.

¹⁹¹¹ Тен, Римський статут як доказ звичаєвого міжнародного права, Brill, 2022, с. 190; Браунлі, Міжнародне право та застосування сили державами, Oxford University Press, 1981, с. 185-194; Дінштейн, Війна, агресія та самооборона, 5-е видання, Cambridge University Press, 2011; Глейзер, «Статут Нюрнберзького трибуналу та нові принципи міжнародного права» в Маттрауксі (ред.), Погляд на Нюрнберзький процес, Oxford University Press, 2008, сс. 67-69; Корачіні, «Оцінка внутрішнього законодавства за звичаєвим злочином агресії відповідно

що злочин агресії був визнаний злочином за звичаєвим міжнародним правом наприкінці 20 століття.¹⁹¹² Проте існують розбіжності щодо точного обсягу та елементів злочину за міжнародним звичаєвим правом.¹⁹¹³

- b) Взаємозв'язок між статтею 437 ККУ та міжнародними інструментами, що стосуються злочину агресії

962. У цьому розділі розглядається сфера застосування статті 437 ККУ, а також застосовність відповідних міжнародних інструментів, що кодифікують злочин агресії для тлумачення статті 437 ККУ. Як обговорювалося, ці інструменти включають Статут ООН, статuti та практику трибуналів у Нюрнберзі та Токіо, Резолюцію Генеральної Асамблеї ООН 3314 та Статут МКС.

963. Згідно зі Статутом МКС, “злочин агресії” означає планування, підготовку, розв’язування або виконання особою, яка має можливість ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, актів агресії, які за своїм характером, тяжкістю і масштабом, є явним порушенням Статуту Організації Об’єднаних Націй”.¹⁹¹⁴

964. Як згадувалося вище, злочин агресії прямо криміналізовано у статті 437 ККУ. Статтю сформульовано наступним чином:

СТАТТЯ 437 ККУ “ПЛАНУВАННЯ, ПІДГОТОВКА ТА РОЗВ’ЯЗУВАННЯ АГРЕСИВНОЇ ВІЙНИ”

1. Планування, підготовка або розв’язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій, — карається позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років.
2. Ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій, — карається позбавленням волі на строк від десяти до п’ятнадцяти років.

965. Стаття 437 ККУ не встановлює склад злочину агресії за українським законодавством. Однак, як буде детальніше розглянуто нижче, вона охоплює діяння, подібні до тих, що заборонені як міжнародний злочин агресії, хоча і з деякими суттєвими відмінностями.

до режиму комплементарності Римського статуту» у Стен і Слейтер (ред.), *Нова практика Міжнародного кримінального суду*, Brill, 2009, с. 725; Кассезе та ін. (ред.), *Міжнародне кримінальне право Кассезе*, 3-е видання, Oxford University Press, 2013, сс. 142-143.

¹⁹¹² Палата лордів Об’єднаного королівства, [R v Jones et al](#) [2006], пп. 12-19, 44, 59.

¹⁹¹³ Див. Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2-е видання, OUP, 2016, с. 303. Зокрема, під час Оглядової конференції у Кампалі 2010 року в МКС юрисконсульт США попередив, що визначення злочину у статті 8-біс «насправді не відображає звичаєве міжнародне право», на відміну від формулювань інших основних злочинів у Римському статуті: Кох, юридичний радник Державного департаменту США, «[Заява на Оглядовій конференції Міжнародного кримінального суду](#)», Кампала, 4 червня 2010 року.

¹⁹¹⁴ [Римський статут](#), стаття 8-біс(1).

i. Застосовність інструментів та практики МКП: чи можна розглядати статтю 437 разом зі Статутом МКС чи Елементами злочинів

966. При тлумаченні статті 437 ККУ доречно звернутися до міжнародного права та українського законодавства.
967. Орієнтування на конкретні міжнародні документи, що кодифікують злочин агресії, включаючи Статут ООН, статuti та практику Нюрнберзького та Токійського трибуналів, Резолюцію 3314 Генеральної Асамблеї ООН та Статут МКС, може допомогти суддям оцінити точну сферу застосування статті 437 і, зрештою, вибрати дії, за які можливо притягнути до кримінальної відповідальності винних у злочині агресії. Як більш детально обговорюється в [Розділі 1, Частина I, підрозділ I.B.2.b](#)) “Застосування інструментів міжнародного кримінального права: чи можна тлумачити статтю 438 ККУ у поєднанні зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС”, для тлумачення українського законодавства можна звертатися до міжнародної правової бази та практики, зокрема МКС.
968. Аналіз української судової практики за статтею 437 показує практику використання визначень злочину агресії в міжнародному праві для встановлення ознак цього злочину. Примітно, що українські суди неодноразово посилалися на міжнародні інструменти для тлумачення статті 437, включаючи Резолюцію 3314 Генеральної Асамблеї ООН,¹⁹¹⁵ Нюрнберзькі принципи¹⁹¹⁶ і Статут МКС.¹⁹¹⁷
969. Одним з обґрунтувань такого підходу, висунутого Верховним судом (справа № 415/2183/20), був принцип правової визначеності, що походить зі статті 8 Конституції України та статті 7(1) ЄКПЛ.¹⁹¹⁸ У справі № 415/2182/20 від 3 лютого 2022 року Верховний суд зазначив, що дозвіл на застосування статті 437 до осіб, які не відповідали б вимозі про приналежність обвинувачених до керівництва, як це має місце у випадку зі злочином агресії за міжнародним правом, може призвести до засудження за статтею 437, що буде “явно несумісним з вимогою визначеності кримінального законодавства, яка впливає зі статті 8 Конституції України та статті 7(1) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року”.¹⁹¹⁹ Однак, як зазначалося раніше, Верховний Суд передав це питання на розгляд Великої Палати Верховного Суду, яка не винесла остаточне рішення на момент підготовки цього матеріалу.

¹⁹¹⁵ [Постанова Касаційного кримінального суду](#), справа № 756/4855/17 від 6 грудня 2021 року; [Рішення](#) Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹⁹¹⁶ [Рішення](#) Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹⁹¹⁷ [Ухвала](#) Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

¹⁹¹⁸ Див. [Розділ 1, частина I, підрозділ I.B.2.b](#)) “Застосування інструментів міжнародного кримінального права: чи можна тлумачити статтю 438 ККУ у поєднанні зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС”, пункт про “Посилання на Статuti та практику МКТЮ/МКС через застосування статті 7 ЄКПЛ”.

¹⁹¹⁹ [Ухвала](#) Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

ii. Стаття 437 криміналізує діяння, які за міжнародним правом становлять агресію

970. Друге питання полягає в тому, наскільки стаття 437 охоплює таке ж діяння, як злочин агресії, і чи сумісна ця стаття з визначенням агресії за міжнародним правом. Визначення об'єктивних і суб'єктивних елементів злочину агресії в міжнародному праві безпосередньо допомагає тлумаченню статті 437.
971. Щодо цього необхідно розглянути три основні аспекти: 1) діяння, яке може становити злочин агресії; 2) визначення агресії; і 3) хто може бути притягнутий до відповідальності за акт агресії.

a. Діяння, яке може бути приводом для кримінальної відповідальності

972. У сукупності, обидві частини статті 437 передбачають кримінальну відповідальність за такі діяння:
- a. **Планування** агресивної війни або збройного конфлікту;
 - b. **Підготовка** агресивної війни або збройного конфлікту;
 - c. **Розв'язування** агресивної війни або збройного конфлікту;
 - d. **Змова** з метою планування, підготовки або розв'язання агресивної війни або збройного конфлікту; і
 - e. **Ведення** агресивної війни або агресивних воєнних дій.
973. Це встановлює то й ж перелік діянь, що містяться в Статуті Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі, який криміналізував “планування, підготовку, розв'язування або ведення бойових дій” і “участь в спільному плані або змові з метою досягнення будь-яких з вищевказаних цілей”.¹⁹²⁰ Статут Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу та Нюрнберзькі принципи 1950 року також відповідають цьому визначенню.¹⁹²¹ Так само Римський статут включає “планування, підготовку, розв'язування або виконання”.¹⁹²² Хоча в Римському статуті не згадується окремо змова, на це діяння буде поширюватися норма Римського статуту, що стосується видів співучасті.¹⁹²³
974. Стаття 437 не містить додаткових роз'яснень щодо тлумачення видів діянь, що може призвести до кримінальної відповідальності. Однак судова практика містить деякі рекомендації.
975. У справі № 235/89/16-k від 6 березня 2018 року Суд постановив, що об'єктивна сторона злочинів, зазначених у статті 437, включатиме управлінські дії для реалізації агресивних планів, зокрема, загальне керівництво усіма силами, залученими у війну або військовий конфлікт, управління збройними силами або військовими операціями, і т.д.¹⁹²⁴ Після того, як агресивна війна вже була

¹⁹²⁰ [Нюрнберзький статут](#), стаття 5(a).

¹⁹²¹ [Токійський статут](#), стаття 6(a); [Нюрнберзькі принципи](#), Принцип VI(a).

¹⁹²² [Римський статут](#), стаття 8-біс (1).

¹⁹²³ [Римський статут](#), стаття 25.

¹⁹²⁴ [Постанова](#) Апеляційного суду Донецької області (Бахмут), справа № 235/89/16-k, 6 березня 2018 року.

розпочата, фізична особа все ще може бути притягнута до відповідальності відповідно до статті 437 за зміну існуючих планів, або розробку нових планів для триваючого конфлікту або планування додаткових військових дій.¹⁹²⁵

976. В іншій справі Сватівський районний суд Луганської області виправдав обвинувачених, оскільки не було доказів того, що вони вжили управлінських дій для реалізації агресивних планів, взяли на себе керівництво збройними силами, залученими в конфлікт, проводили військові операції, вносили зміни в план війни або військового конфлікту або створювали плани військових дій.¹⁹²⁶ Іншими словами, щоб визнати обвинуваченого відповідальним за злочин агресії за статтею 437, необхідно встановити, що він займався одним з цих видів діяльності.
977. Додаткові вказівки можна знайти в постанові у справі № 235/89/16-до, де Апеляційний суд Донецької області залишив чинним виправдувальний вирок громадянину Росії, обвинуваченому за статтею 437(2) (ведення агресивної війни) за виконання завдань з приготування їжі на блокпостах незаконних збройних формувань “ДНР”.¹⁹²⁷ Натомість, в окремій справі Донецький апеляційний суд залишив у силі обвинувальні вирок за статтею 437(2) проти двох осіб, які за попередньою змовою приєдналися до незаконного збройного формування, де вони служили членами екіпажу танка.¹⁹²⁸ Суд постановив, що дії підсудних, спрямовані на зберігання танка, підтримання його в справному стані і готовність відбити український напад у складі незаконного збройного формування, вказують на те, що вони вчинили дії, пов’язані з веденням агресивної війни.¹⁹²⁹ Однак, як згадувалося нижче, останнє рішення несумісне з розумінням злочину агресії за міжнародним правом, адже його можуть вчинити тільки особи, які займають керівні посади.¹⁹³⁰
978. За відсутності іншої судової практики та з метою сприяння подальшому розумінню діянь, що кваліфікуються як злочини агресії, судді можуть звернутися до практики міжнародних інституцій та міжнародних інструментів щодо визначення видів діянь, що можуть бути криміналізовані за статтею 437.

b. Визначення агресивної війни / акту агресії

979. Хоча стаття 437 не дає визначення “агресивної війни” або “агресивних воєнних дій”, аналіз українського законодавства і практики вказує на інкорпорацію міжнародних визначень агресії. Зокрема, стаття 1 Закону України “Про оборону України”, яка пропонує визначення агресії в контексті права застосування сили, і судова практика українських судів, що стосується злочину агресії, підтверджує,

¹⁹²⁵ [Постанова](#) Апеляційного суду Донецької області (Бахмут), справа № 235/89/16-к, 6 березня 2018 року.

¹⁹²⁶ [Ухвала](#) Сватівського районного суду, справа № 642/6196/17, 29 жовтня 2020 року.

¹⁹²⁷ [Постанова](#) Апеляційного суду Донецької області (Бахмут), справа № 235/89/16-к, 6 березня 2018 року.

¹⁹²⁸ [Постанова](#) Апеляційного суду Донецької області (Маріуполь), справа № 263/15014/15-к, 16 травня 2018 року.

¹⁹²⁹ [Постанова](#) Апеляційного суду Донецької області (Маріуполь), справа № 263/15014/15-к, 16 травня 2018 року.

¹⁹³⁰ [Римський статут](#), стаття 8-біс; [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, елемент 2.

що визначення Резолюції 3314 ГА ООН (і, як наслідок, визначення статуту МКС, яке повторює визначення Резолюції) застосовні.

980. Як вказувалось раніше, як у Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН, так і в Статуті МКС агресія визначається як “застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким чином, несумісним зі Статутом Організації Об’єднаних Націй”.¹⁹³¹ Обидва визначення містять невичерпний перелік діянь, які кваліфікуються як акти агресії.¹⁹³²
981. Почнемо з того, що визначення “збройної агресії проти України», що міститься у статті 1 Закону України “Про оборону України”, значною мірою відповідає визначенню агресії ГА ООН.¹⁹³³ Українське визначення включає всі дії, перераховані в підпунктах (а) — (г) визначення ГА ООН, вони просто сформульовані з тієї перспективи, що ці дії здійснювалися проти України.
982. Крім того, українські суди також визнали міжнародні визначення агресії. У судовому процесі щодо колишнього Президента України Віктора Януковича за статтею 437 суд послався на визначення агресії, що міститься в Резолюції 3314 ГА ООН, і спирався на нього.¹⁹³⁴ В іншій справі Оболонський районний суд міста Києва кваліфікував акт агресії Росії проти України, пославшись на акти агресії, перераховані в статті 3 Резолюції 3314 ГА ООН.¹⁹³⁵ У тій же справі суд посилався на “Нюрнберзькі принципи”,¹⁹³⁶ встановивши, що агресивний елемент війни може проявлятися в меті держави, яка почала війну, окупувати або завоювати територію іншої держави, повністю або частково.¹⁹³⁷
983. Важливо, що українська судова практика відзначила, що поняття “агресія” і “агресивна війна” не тотожні. Зокрема, ця судова практика встановила, що агресивна війна є різновидом агресії, і що агресивна війна відрізняється масштабом дій, поєднанням застосування збройних сил з іншими засобами (економічними, дипломатичними, ідеологічними, інформаційними), а також формулюванням і реалізацією певних політичних завдань, зокрема окупацією частини території

¹⁹³¹ Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 1; Римський статут, стаття 8-біс(2).

¹⁹³² Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 3(а)-(г); Римський статут, стаття 8-біс(2)(а)-(г).

¹⁹³³ Закон України “Про оборону України” від 6 грудня 1991 № 1932-ХІІ, стаття 1. Зверніть увагу, відмінності у формулюваннях існують тому, що українське законодавство визначає акти агресії «проти України». Таким чином, закон описує приклади актів агресії так, якби вони здійснювалися проти України. Наприклад, щодо першої категорії агресії: і. Закон України «Про оборону України»: «вторгнення або напад збройних сил іншої держави або групи держав на територію України, а також окупація або анексія частини території України» (курсив додано); іі. Визначення ГА ООН: «(а) вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не носила, що є результатом такого вторгнення або нападу, або будь-яка інша анексія із застосуванням сили території іншої держави або її частини».

¹⁹³⁴ Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 3; Постанова Касаційного кримінального суду, справа № 756/4855/17 від 6 грудня 2021 року.

¹⁹³⁵ Рішення Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹⁹³⁶ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 95(І) «Підтвердження принципів міжнародного права, визнаних Статутом Нюрнберзького трибуналу» від 11 грудня 1946 року.

¹⁹³⁷ Рішення Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

суверенної держави.¹⁹³⁸ Цей підхід віддзеркалює визначення Резолюції 3314 ГА ООН, в якому уточнюється, що «агресивна війна є злочином проти міжнародного миру, а агресія породжує міжнародну відповідальність».¹⁹³⁹ Аналогічним чином, згідно з Римським статутом, для того, щоб становити злочин агресії, акт агресії за своїм характером, тяжкістю і масштабами має бути явним порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй.¹⁹⁴⁰ Іншими словами, хоча всі акти агресії призведуть до відповідальності держави за міжнародним правом, необхідний мінімальний рівень тяжкості, щоб викликати індивідуальну кримінальну відповідальність як за статтею 437, так і за міжнародним правом.

984. В цілому, хоча стаття 437 не містить визначення «агресивної війни» для своїх цілей, судова практика вказує, що її можна тлумачити відповідно до визначення Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН (і, отже, статті 8-біс Римського статуту, яка повторює визначення Резолюції ГА ООН). Відповідно, міжнародні інструменти та та практика міжнародних інституцій щодо визначення агресії може бути використана українськими суддями як інструмент тлумачення для уточнення статті 437.

с. Роль виконавця (вимога керівництва)

985. Як вказувалось вище, міжнародний злочин агресії містить вимогу про керівництво (лідерство). Згідно зі Статутом МКС, міжнародний злочин агресії може бути скоєний тільки «особою, яка в змозі ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії».¹⁹⁴¹ Цей елемент також був закріплений у судовій практиці Нюрнберзького трибуналу.¹⁹⁴²

986. Однак текст статті 437 не містить такої вимоги, і під час першого прочитання створюється враження, що будь-яка особа може бути притягнута до відповідальності за планування, підготовку або розв'язування агресивної війни відповідно до ККУ, включаючи чиновників низького рангу і навіть піхотинців. Відсутність цієї вимоги про керівництво викликає питання щодо її відповідності міжнародним стандартам.

987. Українська судова практика залишається розрізною з цього питання. Ухвала Верховного Суду у справі № 415/2182/20 розглядала обидва злочини, зазначені в статті 437, і дійшла висновку, що питання про те, чи можуть особи, які фактично контролюють політичні та військові дії держави, підпадати під дію статті 437, є винятковим правовим питанням, яке має бути вирішене Великою Палатою Верховного Суду.¹⁹⁴³ Верховний Суд визнав, що у судовій практиці судів першої

¹⁹³⁸ [Постанова](#) Касаційного кримінального суду, справа № 756/4855/17 від 6 грудня 2021 року; [Рішення](#) Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹⁹³⁹ [Резолюція 3314](#) ГА ООН, стаття 5(2).

¹⁹⁴⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, елемент 5.

¹⁹⁴¹ [Римський статут](#), стаття 8-біс; [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, елемент 2.

¹⁹⁴² Комісія міжнародного права, «[Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу і в рішенні трибуналу, з коментарями](#)» (1950), п. 117.

¹⁹⁴³ [Ухвала](#) Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

та апеляційної інстанції існує неоднозначне застосування статті 437 через її нечіткість, що негативно впливає на додержання принципу правової визначеності та потребує передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду.¹⁹⁴⁴ Велика палата ще не прийняла рішення з цього питання.

988. Згідно з постановою Верховного Суду, хоча положення статті 437 не містять жодних обмежень чи додаткових вимог щодо суб'єкта кримінального правопорушення, деякі вчені в галузі кримінального права стверджують, що хоча нічого в тексті статті 437 прямо не обмежує сферу застосування цієї статті до осіб, які займають керівні посади, на практиці злочин може вчинити тільки особа, яка справді здатна здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави.¹⁹⁴⁵ Цей висновок заснований на таких міркуваннях:

- a. Матеріальні елементи статті 437 — «планування», «підготовка», «розв'язування» або «ведення» агресивної війни — нерозривно пов'язані з лідерським характером злочину; і
- b. Поширення сфери застосування злочину на інших осіб, які не займають керівні посади, було б несумісне з міжнародним визначенням злочину і, таким чином, порушувало б принцип правової визначеності в кримінальному праві.¹⁹⁴⁶

989. Однак, як зазначив Верховний суд, українські суди на практиці застосовували статтю 437 неоднаково. У деяких справах суди постановили, що об'єктивні елементи злочину (планування, підготовка, розв'язування або ведення агресивної війни) можуть бути здійснені тільки посадовою особою збройних сил або інших військових формувань, а також державним органом високого рівня, який через свої повноваження, здатний вчинити відповідний акт.¹⁹⁴⁷ Цей підхід значною мірою відповідає міжнародній практиці, як обговорюється нижче.

990. З іншого боку, існує практика засудження рядових солдатів і командирів нижчої ланки за злочин ведення агресивної війни відповідно до статті 437(2) ККУ.¹⁹⁴⁸ Як приклад, у своєму рішенні у справі № 263/1504/15-к Донецький апеляційний суд залишив без змін обвинувальний вирок стосовно двох осіб, засуджених за статтею 437(2). Засуджені особи вступили в незаконне збройне формування і служили членами танкового екіпажу, де вони утримували і обслуговували танк з метою відбиття будь-якого потенційного нападу Збройних сил України.¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴⁴ [Ухвала](#) Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

¹⁹⁴⁵ [Ухвала](#) Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

¹⁹⁴⁶ [Ухвала](#) Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

¹⁹⁴⁷ [Постанова](#) Апеляційного суду Дніпропетровської області, справа № 426/1211/17, 24 січня 2022 року; [Ухвала](#) Сватівського районного суду, справа № 642/6196/17, 29 жовтня 2020 року; [Постанова](#) Апеляційного суду Донецької області (Бахмут), справа № 235/89/16-к, 6 березня 2018 року.

¹⁹⁴⁸ [Рішення](#) Артемівського міськрайонного суду Донецької області, справа № 219/10228/15-к, 22 серпня 2019 року; [Рішення](#) Іллічівського районного суду Маріуполя, Донецька область, справа № 221/2405/15-к, 24 листопада 2017 року; [Рішення](#) Білокуракинського районного суду Луганської області, справа № 409/2799/16-к, 13 грудня 2016 рік.

¹⁹⁴⁹ [Рішення](#) Білокуракинського районного суду Луганської області, справа № 409/2799/16-к, 13 грудня 2016 рік.

991. Крім того, що цей підхід несумісний з міжнародною практикою і, отже, порушує принцип правової визначеності в кримінальному праві,¹⁹⁵⁰ він викликає деякі занепокоєння. По-перше, покарання, передбачене пунктом 2 статті 437 (тобто командири нижчої ланки, які ведуть агресивну війну), вище, ніж покарання, передбачене пунктом 1 (керівництво, яке бере участь у плануванні, підготовці та ініціюванні).¹⁹⁵¹ Такий результат суперечить основоположному принципу кримінального права, згідно з яким покарання має бути пропорційно характеру і тяжкості злочину.¹⁹⁵²
992. По-друге, такий підхід не бере до уваги імунітет комбатантів, який забороняє судове переслідування комбатантів за сам факт участі у збройному конфлікті.¹⁹⁵³ Справді, важливим аспектом правила про те, що злочин агресії за міжнародним правом є лідерським, є захист імунітету комбатанта.¹⁹⁵⁴ У контексті агресивних воєн, за умови, що звичайні солдати на боці агресивної держави дотримуються МГП, вони користуються імунітетом від судового переслідування.¹⁹⁵⁵ Поведінка військовослужбовців, які беруть участь у агресивній війні, регулюється МГП, що означає, що вони можуть бути притягнуті до відповідальності за порушення МГП (але не за їх участь у бойових діях).¹⁹⁵⁶ Імунітет комбатанта є важливою перешкодою для переслідування рядових солдатів за злочин агресії відповідно до статті 437, навіть за відсутності кодифікованої вимоги про те, що цей злочин може бути скоєний лише керівництвом.
993. У підсумку, критерії статті 437 самі по собі не є несумісними з міжнародними інструментами, в яких міститься визначення агресії. Однак відсутність вимоги про керівництво призвела до суперечливої судової практики. Велика палата Верховного Суду, ще має вирішити, чи може злочин бути скоєний лише тими, хто здатен здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави, що означає, що вимога керівництва є елементом злочину агресії відповідно до статті 437. Тому суддям потрібно буде звернутися до міжнародних інструментів та судової практики, зокрема до Римського статуту та Елементів злочинів, які, як вказується нижче, належним чином встановлюють, хто може бути притягнутий до відповідальності за злочин агресії. Такий підхід відповідає вимогам українського законодавства.

¹⁹⁵⁰ Див. вище п. 969.

¹⁹⁵¹ ККУ, стаття 437. Встановлене покарання відповідно до частини 1 становить від семи до десяти років, тоді як встановлене покарання відповідно до частини 2 становить від десяти до п'ятнадцяти років.

¹⁹⁵² Див. МТКЮ, [Вирок](#) у справі *Тодоровича*, п. 29.

¹⁹⁵³ [Додатковий протокол I](#), стаття 43(2): «військовослужбовці сторони в конфлікті [...] є комбатантами, тобто вони мають право безпосередньо брати участь у бойових діях». Див. також МКЧХ, «[Імунітети](#)», Як право захищає на війні.

¹⁹⁵⁴ Данненбаум, «Криміналізація агресії та солдати» 29 *European Journal of International Law* 859, с. 868.

¹⁹⁵⁵ Джексон і Аканде, «Право на життя і *jus ad bellum*: рівність сторін, що воюють, і обов'язок судового переслідування акти агресії», 71 *International and Comparative Law Quarterly* 453, с. 2.

¹⁹⁵⁶ [Перша Женевська конвенція I](#), стаття 2: «ця Конвенція застосовується в усіх випадках оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами». Див. також [Друга Женевська конвенція](#), стаття 2; [Третя Женевська конвенція](#), стаття 2; [Четверта Женевська конвенція](#), стаття 2.

В. Визначення злочину агресії за міжнародним правом та їх застосовність до статті 437 кримінального кодексу України

1. Вступ

994. У цьому розділі аналізуються елементи міжнародних злочинів за міжнародним кримінальним правом та уточнюється, як відповідні об'єктивні та суб'єктивні елементи можуть бути співвіднесені зі статтею 437 ККУ.
995. Незважаючи на відсутність судової практики, об'єктивні і суб'єктивні елементи злочину агресії можуть бути встановлені на основі різних міжнародних інструментів та практики їх тлумачення, в першу чергу статутів і практики Нюрнберзького і Токійського трибуналів, Нюрнберзьких принципів, Резолюції 3314 ГА ООН і Статуту МКС.
996. Як описано вище, міжнародне право визначає злочин агресії як “планування, підготовку, розв’язування або виконання особою, яка має можливість ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, актом агресії, який за своїм характером, тяжкістю і масштабами, є явним порушенням Статуту Організації Об’єднаних Націй”.¹⁹⁵⁷
997. Акт агресії далі визначається Резолюцією 3314 Генеральної Асамблеї ООН і Статутом МКС як “застосування сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об’єднаних Націй”.¹⁹⁵⁸ Обидва документи містять один і той же перелік окремих дій, які можуть вважатися “актом агресії”.¹⁹⁵⁹
998. Як описано вище, стаття 437 і практика українських судів в цьому контексті здебільшого підтверджує застосовність міжнародних визначень злочину агресії. Однак, як зазначалося, українська судова практика щодо суб'єктів статті 437 є неоднорідною, і Велика Палата Верховного Суду ще не ухвалила рішення з цього питання.

¹⁹⁵⁷ [Римський статут](#), стаття 8-біс(1). Див. також, [Нюрнберзький статут](#), стаття 5(а); [Токійський статут](#), стаття 6(а); [Нюрнберзькі принципи](#), Принцип VI(а).

¹⁹⁵⁸ [Резолюція 3314 ГА ООН](#), стаття 1; [Римський статут](#), стаття 8-біс(2).

¹⁹⁵⁹ [Резолюція 3314 ГА ООН](#), стаття 3(а)-(g); [Римський статут](#), стаття 8bis(2)(а)-(g).

2. Елементи злочину агресії

ОГЛЯД ЗЛОЧИНУ АГРЕСІЇ

- Злочин агресії забороняє планування, підготовку, розв'язування та виконання акту агресії однією державою проти іншої.
- Цей злочин є злочином керівництва, а це означає, що необхідно, щоб злочинець займав керівну посаду в державі, яка вчинила акт агресії.
- Для засудження виконавця у вчиненні злочину агресії необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи:

- Виконавець спланував, підготував, розв'язав або здійснив акт агресії.
- Виконавець був в змозі ефективно здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії, або керувати ними.
- Був здійснений акт агресії – застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об'єднаних Націй.
- Акт агресії за своїм характером, тяжкістю та масштабами є явним порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй.

2. Суб'єктивні елементи:

- Виконавець мав намір спланувати, підготувати, розв'язати або здійснити акт агресії.
- Виконавець усвідомлював той факт, що він був у змозі ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії.
- Виконавець усвідомлював фактичні обставини, які свідчили про те, що таке застосування збройної сили не відповідає Статуту Організації Об'єднаних Націй;
- Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про таке явне порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй.

а) Визначення злочину агресії (об'єктивні елементи)

999. Що стосується об'єктивних елементів, злочин агресії вимагає, щоб: 1) виконавець спланував, підготував, розв'язав або здійснив акт агресії; 2) виконавець був особою, здатною ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії; 3) акт агресії був вчинений; і 4) акт агресії за своїм характером, тяжкістю і масштабами є явним порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй.

1000. **Виконавець спланував, підготував, розв'язав або здійснив акт агресії.** Щоб встановити, що злочин агресії відбувся, докази повинні доводити, що виконавець планував, підготував, розв'язав або здійснив акт агресії.¹⁹⁶⁰ Як вказано вище, стаття 437 містить таке ж діяння, оскільки “ведення” взаємозамінне зі «здійсненням». Стаття 437 додатково включає “змову”, яка розглядається в

¹⁹⁶⁰ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 8bis, Елемент 1. Див. також, [Нюрнберзький статут](#), Стаття 5(а); [Токійський статут](#), Стаття 6(а); [Нюрнберзькі принципи](#), Принцип VI(а).

розділі про [Види співучасті](#), див. нижче п. 472. Таким чином, наведене нижче може бути використано для тлумачення діянь відповідно до статті 437.

1001. Хоча під час першого прочитання може здатися, що включення термінів “планування” і “підготовка” означає, що виконавець може бути притягнутий до відповідальності за злочин агресії, навіть якщо сам акт агресії не був здійснений, це було б несумісно з Третім елементом, який вимагає, щоб “акт агресії [...] був здійснений”.¹⁹⁶¹
1002. Нюрнберзький трибунал не зміг пояснити, чи підпадали позитивні дії обвинувачених під категорії “планування”, “підготовки”, “розв’язування” або “ведення” війни або агресії.¹⁹⁶² Однак трибунал визначив індивідуальне діяння кожного обвинуваченого, що призвело до їх кримінальної відповідальності. Таким чином, це може дати деякі рекомендації щодо типу індивідуального діяння, яке може призвести до кримінальної відповідальності за злочин агресії.
1003. **“Планування”** стосується участі особи в плануванні акту агресії, який зрештою має відбутись для виконання першого елемента.¹⁹⁶³ Планування може включати, наприклад, участь у нарадах, на яких формулюються плани застосування сили,¹⁹⁶⁴ або участь у плануванні військових операцій.¹⁹⁶⁵
1004. **“Підготовка”** означає прийняття конкретних заходів щодо здійснення плану.¹⁹⁶⁶ Це може включати цілу низку заходів, таких як сприяння створенню необхідного економічного або військового потенціалу, включаючи придбання зброї, підготовку військ на кордоні або ліквідацію активів для фінансування війни.¹⁹⁶⁷ Підготовка також може мати форму політичної чи дипломатичної діяльності, наприклад, створення військових союзів або приховування агресивних намірів держави на багатосторонніх форумах з метою отримання військової переваги.¹⁹⁶⁸ Судова практика Нюрнберга вказує на те, що однієї економічної підготовки достатньо для винесення обвинувального вироку за злочин агресії.¹⁹⁶⁹

¹⁹⁶¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, елемент 3. Див. також Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2ге видання, OUP, 2016, с. 308.

¹⁹⁶² Макдугалл, «Прецедент злочинів проти миру» у Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2017, 49, с. 85.

¹⁹⁶³ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-е видання, К. Х. Бек, Харт, Номос, 2016, сс. 588-589.

¹⁹⁶⁴ Макдугалл, *Злочин агресії згідно з Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с. 187.

¹⁹⁶⁵ МВТ Нюрнберга, [Рішення від 1 жовтня 1946 р.](#), сс. 131-133.

¹⁹⁶⁶ Грінспен, *Сучасне право сухопутної війни*, University of California Press, 1959, с. 455; Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-ге видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 589.

¹⁹⁶⁷ Макдугалл, *Злочин агресії згідно з Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с. 187. Див. також МВТ Нюрнберга, [Рішення від 1 жовтня 1946 р.](#), сс. 108-109.

¹⁹⁶⁸ Макдугалл, *Злочин агресії згідно з Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с. 187.

¹⁹⁶⁹ Див. МВТ Нюрнберга, [Рішення від 1 жовтня 1946 р.](#), сс. 122-123, де трибунал визнав Функа відповідальним за злочини проти миру за «участь в економічній підготовці до деяких агресивних воєн».

1005. “Розв’язування” стосується фактичного початку застосування збройної сили одним із способів, описаних в пункті 2 статті 8-біс Римського статуту,¹⁹⁷⁰ а “здійснення” охоплює всі дії, вчинені для сприяння акту агресії після його офіційного початку.¹⁹⁷¹
1006. Судова практика Нюрнберзького трибуналу вказує на те, що “ведення” агресивної війни, як і “здійснення” відповідно до Римського статуту, складається з дій, вжитих після початку військових дій.¹⁹⁷² У цьому зв’язку Нюрнберзький трибунал визнав обвинуваченого винним у скоєнні злочину агресії через “формування та здійснення окупаційної політики на окупованих східних територіях”.¹⁹⁷³ Таким чином, «здійснення», охоплює такі дії, як встановлення окупаційної влади та управління територією, окупованою внаслідок агресивної війни.¹⁹⁷⁴

МІЖНАРОДНИЙ ВІЙСЬКОВИЙ ТРИБУНАЛ У НЮРНБЕРЗІ, РІШЕННЯ ВІД 1 ЖОВТНЯ 1946 Р., СС. 132-133

За п’ятнадцять років, які він командував ним, Редер побудував і керував німецьким флотом; він бере на себе всю відповідальність до виходу на пенсію в 1943 році [...]

Редер отримав директиву від фон Бломберга від 24 червня 1937 р., яка вимагала особливої підготовки до війни проти Австрії. Він був одним із п’яти лідерів, присутніх на конференції в Хоссбаху 5 листопада 1937 року [...]

Редер отримав директиву по «Fall Grün» і директиви по «Fall Weiss», починаючи з директиви від 3 квітня 1939 року; остання наказувала військово-морському флоту підтримати армію вторгненням з моря. Він також був одним з небагатьох головних лідерів, присутніх на засіданні 23 травня 1939 року. Він був присутній на брифінгу в Оберзальцберзі 22 серпня 1939 року.

Ідея вторгнення в Норвегію вперше виникла у свідомості Редера, а не Гітлера. Незважаючи на бажання Гітлера, про що свідчить його Директива від жовтня 1939 року, зберегти нейтралітет Скандинавії, військово-морський флот вивчив переваги військово-морських баз там ще в жовтні. Адмірал Карлс спочатку запропонував Редеру бажані аспекти баз у Норвегії. Анкета, датована 3 жовтня 1939 р., яка вимагала коментарів щодо доцільності таких баз, була розповсюджена в SKL. 10 жовтня Редер обговорив це питання з Гітлером; у записі в його військовому щоденнику за той день йдеться, що Гітлер мав намір розглянути це питання. Кілька місяців потому Гітлер розмовляв з Редером, Квіслінгом, Кейтелем та Йодлем; ОКВ приступило до планування, а військово-морський штаб працював зі штабними офіцерами ОКВ. Редер отримав директиву Кейтеля щодо Норвегії 27 січня 1940 року та наступну директиву від 1 березня, підписану Гітлером.

[...]

З цих доказів слідує, що Редер брав участь у плануванні та веденні агресивної війни.

¹⁹⁷⁰ Римський статут, стаття 8-біс.

¹⁹⁷¹ Тріфтерер і Амбос (ред.), Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар, 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 590.

¹⁹⁷² Макдугалл, “Прецедент злочинів проти миру” у Кресс, Злочин агресії: Коментар, Cambridge University Press, 2017, 49, с. 86.

¹⁹⁷³ МВТ Нюрнберга, Рішення від 1 жовтня 1946 р., с. 114.

¹⁹⁷⁴ МВТ Нюрнберга, Рішення від 1 жовтня 1946 р., с. 143.

1007. Виконавець був особою, здатною ефективно здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії, або керувати ними. Цей елемент відомий як «вимога керівництва». Згідно з Римським статутом і Елементами злочинів МКС, тільки особи, які займають керівні посади в державі, що здійснює акт агресії, можуть бути притягнуті до відповідальності за цей злочин.¹⁹⁷⁵ Цей елемент також був встановлений у судовій практиці Нюрнберзького трибуналу, як про це вказала Комісія міжнародного права у своєму коментарі до Нюрнберзьких принципів: “Комісія розуміє вираз [“ведення” агресивної війни] як такий, що стосується лише високопоставлених військових чиновників та вищих державних службовців, і вважає, що це також думка трибуналу”.¹⁹⁷⁶
1008. Як вказувалось вище, незважаючи на те, що текст статті 437 не містить цієї вимоги керівництва, і враховуючи деяку практику в українських судах щодо переслідування виконавців нижчого рівня, Верховний суд підтвердив можливість того, що злочин може бути скоєний тільки тими, хто здатний здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави і передав правове питання на розгляд Великої Палати Верховного Суду. Якщо Велика Палата Верховного Суду підтримає таку позицію, це означатиме, що вимога лідерства є елементом злочину агресії за статтею 437.
1009. Відповідно, суддям потрібно буде розглядати питання про те, чи є виконавець “особою, яка в змозі ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії”.¹⁹⁷⁷ Більш ніж одна особа в ієрархії керівництва держави може відповідати цим критеріям.¹⁹⁷⁸
1010. Це включає принаймні голів держав та урядів, міністрів оборони та інших військових керівників, таких як командири високого рівня та генерали, а також може включати осіб, які кваліфікуються як такі, що здійснюють контроль чи керівництво.¹⁹⁷⁹ Міжнародний військовий трибунал у Нюрнберзі відкинув аргументи обвинуваченого про те, що повна диктатура Гітлера звільняє всіх інших від відповідальності.¹⁹⁸⁰

¹⁹⁷⁵ [Римський статут](#), стаття 8-біс(1); [МКС Елементи злочинів](#), стаття 8-біс, елемент 2.

¹⁹⁷⁶ КМП, «[Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу і в рішенні трибуналу з коментарями](#)» (1950), п. 117.

¹⁹⁷⁷ [Римський статут](#), стаття 8-біс(1); [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, елемент 2.

¹⁹⁷⁸ [Елементи злочинів МКС](#), посилання 75.

¹⁹⁷⁹ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 591.

¹⁹⁸⁰ МВТ Нюрнберга, [Рішення від 1 жовтня 1946 р.](#), сс. 57-58.

МІЖНАРОДНИЙ ВІЙСЬКОВИЙ ТРИБУНАЛ У НЮРНБЕРЗІ, РІШЕННЯ ВІД 1 ЖОВТНЯ 1946 Р., СС. 57-58

Аргумент про те, що таке спільне планування не може існувати там, де існує повна диктатура, є необґрунтованим. План, у виконанні якого бере участь кілька людей, все одно є планом, навіть якщо він задуманий лише одним із них; і ті, хто виконує план, не уникають відповідальності, показуючи, що вони діяли під керівництвом людини, яка його задумала. Гітлер не міг вести агресивну війну самостійно. Він повинен був заручитися співпрацею державних діячів, воєначальників, дипломатів і бізнесменів. Коли вони, знаючи про його цілі, погодилися співпрацювати з ним, вони стали учасниками плану, який він ініціював. Їх не можна вважати невинуватими, оскільки Гітлер скористався їх послугами, якщо вони знали, що роблять. Те, що їм було доручено виконання завдань диктатором, не звільняє їх від відповідальності за свої вчинки. Відносини лідера і послідовника не виключають відповідальності таким же чином, як і під час тиранії, яка властива організованій побутовій злочинності.

1011. Використання терміну “ефективно” означає, що значення має фактична (де-факто) здатність виконавця, а не його формальний (де-юре) ранг або звання.¹⁹⁸¹ Це означає, що глави держав, які виконують лише церемоніальні функції і які не можуть брати участь у процесі прийняття рішень, що стоять за актом агресії, не можуть бути притягнуті до відповідальності за злочин.¹⁹⁸² На практиці для встановлення того, чи може фізична особа бути притягнута до відповідальності за злочин агресії, сам по собі юридичний статус не обов’язково є визначальним. Судді повинні проаналізувати роль, яку певна особа відіграє у процесі прийняття рішень на практиці, перш ніж визначити, чи має вона достатній рівень контролю/впливу.
1012. МВТ у Нюрнберзі прийняв цей підхід, зосередившись на функції, а не на формі. Іншими словами, Трибунал розглянув, що насправді зробив підсудний, щоб сприяти агресивній війні.¹⁹⁸³ Наприклад, МВТ засудив Деніца за злочини проти миру, хоча напередодні війни “він був звичайним офіцером, який виконував суворо тактичні обов’язки”.¹⁹⁸⁴ Трибунал визнав, що Деніц, як керівник німецького підрозділу підводних човнів, можливо, не брав участі в процесі початкового планування. Однак, центральне місце підводних човнів у військових діях разом з іншими факторами показує, що він був активний у веденні агресивної війни.¹⁹⁸⁵
1013. Комісія міжнародного права роз’яснила, що вимога керівництва “має розумітися в широкому сенсі, тобто як така, що стосується, крім членів уряду, осіб, які займають високопоставлені пости в Збройних силах, дипломатичному корпусі,

¹⁹⁸¹ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 591.

¹⁹⁸² Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 591.

¹⁹⁸³ Макдугалл, *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, сс. 82-85

¹⁹⁸⁴ МВТ Нюрнберга, [Рішення від 1 жовтня 1946 р.](#), с. 128.

¹⁹⁸⁵ МВТ Нюрнберга, [Рішення від 1 жовтня 1946 р.](#), с. 128.

політичних партіях і промисловості”.¹⁹⁸⁶ Відповідно, згідно зі звичаєвим міжнародним правом, видається, що високопоставлені промислові або релігійні лідери можуть бути притягнуті до відповідальності за злочин агресії, за умови, що вони в змозі контролювати державну політику і впливати на неї.¹⁹⁸⁷

1014. Відсутність судової практики МКС щодо злочину агресії ускладнює точне визначення того, на кого може бути поширена персональна юрисдикція щодо цього злочину. Однак, як вказувалось вище, деякі справи, що розглядаються українськими судами, взагалі не звертали уваги на вимогу керівництва, встановлену міжнародними інструментами та практикою. Наприклад, Олександр Александров і Євген Єрофеев були засуджені за агресію за статтею 437 ККУ за їх роль у збройному конфлікті між контрольованими Росією сепаратистами на Донбасі і українськими військами в 2015 році.¹⁹⁸⁸ Цілком ймовірно, що такі справи не задовольнили б вимогу керівництва відповідно до міжнародного права.¹⁹⁸⁹ Ці люди були військовослужбовцями (у званні капітана і сержанта) російських сил спеціального призначення і, отже, не були б в змозі ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, як того вимагає Римський статут.¹⁹⁹⁰
1015. Нарешті, положення про керівництво застосовується не тільки до основних виконавців, а й до посібників. Отже, особи, які беруть участь у злочині у менш прямий спосіб, наприклад, шляхом надання допомоги та підбурювання, будуть притягнуті до відповідальності за цей злочин лише в тому разі, якщо вони також відповідають вимогам керівництва.¹⁹⁹¹
1016. **Було здійснено акт агресії.** Цей елемент вимагає встановлення факту вчинення акту агресії, а саме “застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об’єднаних Націй”.¹⁹⁹² Визначення агресії та дій, які кваліфікуються як акти агресії, містяться в статті 8-біс(2),¹⁹⁹³ яка повторює визначення, що міститься в Резолюції 3314 ГА ООН.¹⁹⁹⁴ Як вказувалось вище, українські суди поклалися на це тлумачення під час визначення «агресивної війни» відповідно до статті 437.

¹⁹⁸⁶ Комісія міжнародного права, [Проект кодексу злочинів проти миру та безпеки людства, Коментар](#) (1996), с. 43, п. 2

¹⁹⁸⁷ Див., Хайдін, «Природа керівництва у злочині агресії: нова проблема для МКС?» (2017) 17 *International Criminal Law Review* 543; Хеллер, «Відступ від Нюрнберга: вимога керівництва у злочині агресії» (2007) 18 *European Journal of International Law* 477; Кларк, «Індивідуальне діяння» у Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2016, с. 565.

¹⁹⁸⁸ [Рішення](#) Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року; [Рішення](#) Голосіївського районного суду Києва, справа № 752/15787/15-к, 18 квітня 2016 року.

¹⁹⁸⁹ К. Хеллер, «[Створення спеціального трибуналу за агресію проти України — погана ідея](#)», *Opinio Juris*, 7 березня 2022 року.

¹⁹⁹⁰ «[Україна вважає російських «солдатів» винними у веденні війни](#)» (BBC, 18 квітня 2016 року).

¹⁹⁹¹ [Римський статут](#), стаття 25 (3-біс).

¹⁹⁹² [Римський статут](#), стаття 8-біс(2); [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, елемент 3; [Резолюція 3314](#) ГА ООН, стаття 1.

¹⁹⁹³ [Римський статут](#), стаття 8-біс(2); [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, вступ, п. 1.

¹⁹⁹⁴ [Резолюція 3314](#) ГА ООН, стаття 3.

РИМСЬКИЙ СТАТУТ, СТАТТЯ 8-БІС

[...]

1. Для цілей пункту 1 “акт агресії” означає застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об’єднаних Націй. Будь-яка з цих дій, незалежно від оголошення війни, відповідно до Резолюції 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН від 14 грудня 1974 року кваліфікується як акт агресії:
 - a. Вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не мала, що є наслідком такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія території іншої держави або її частини із застосуванням сили;
 - b. Бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;
 - c. Блокада портів або узбережжя держави збройними силами іншої держави;
 - d. Напад збройних сил держави на сухопутні, морські чи повітряні сили або на морські та повітряні флоти іншої держави;
 - e. Застосування збройних сил однієї держави, що перебувають на території іншої держави за договором з приймаючою державою, в порушення умов, передбачених договором, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після припинення дії договору;
 - f. Дія держави, що дозволяє, щоб її територія, яку вона надала в розпорядження іншої держави, використовувалася цією іншою державою для здійснення акту агресії проти третьої держави;
 - g. Засилання державою або від імені держави збройних банд, груп, нерегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, що носять настільки серйозний характер, що це прирівнюється до перелічених вище актів, або їх суттєва участь в таких актах.

1017. Термін “застосування збройної сили” означає, що тільки збройна сила, а не, наприклад, політична або економічна сила, може вважатися актом агресії.¹⁹⁹⁵ Це визначення вужче за охопленням, ніж стаття 2(4) Статуту ООН, оскільки кваліфікується тільки застосування сили, на відміну від погрози застосування сили, які заборонені Статутом ООН.¹⁹⁹⁶

1018. Визначення також передбачає, що акт агресії має бути здійснений “державою”, що означає, що приватні суб’єкти не можуть вчинити злочин агресії.¹⁹⁹⁷ Чи може держава бути притягнута до відповідальності за застосування сили приватними

¹⁹⁹⁵ Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2-е видання, OUP, 2016, с. 314; Трифтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, C.H.Beck Hart Nomos, 2016, с.604.

¹⁹⁹⁶ [Статут ООН](#), стаття 2(4): “Усі члени утримуються в своїх міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і якимось іншим чином, несумісним із Цілями Об’єднаних Націй”. Див. Трифтерер і Амбос, Коментар, с. 604.

¹⁹⁹⁷ Саяпін, *Злочин агресії в міжнародному кримінальному праві: історичний розвиток, порівняльний аналіз та сучасний стан*, Asser Press, 2014, с. 260.

суб'єктами, буде залежати від того, чи можна атрибуувати діяння таких суб'єктів державі відповідно до міжнародного права відповідальності держав.¹⁹⁹⁸ Це означає, що потрібно буде встановити чи виконавець був «повністю залежним» від держави, або діяв під «ефективним контролем» держави.¹⁹⁹⁹

1019. **“Повна залежність”** означає, що, хоча суб'єкт може бути юридично відокремлений від держави, на практиці він діє як інструмент цієї держави.²⁰⁰⁰ Це вимагає, щоб судді виходили за рамки правового статусу юридичної особи та оцінювали практичну реальність відносин недержавного суб'єкта з державою, а також те, чи є такий суб'єкт «настільки тісно пов'язаними, щоб виступати нічим іншим як її агентом».²⁰⁰¹
1020. Щоб встановити “ефективний контроль”, необхідно довести, що держава не лише оснащувала та/або фінансувала недержавного суб'єкта та контролювала його дії, але також надавала конкретні вказівки певній групі або здійснювала контроль над кожною операцією, під час якої відбувались ймовірні порушення.²⁰⁰² За таких обставин застосування збройної сили недержавною збройною групою може становити «застосування збройної сили державою» для цілей першого елемента злочину агресії. Справді, як вказується нижче, такий сценарій враховується в пункті 2(g) статті 8-біс.
1021. Крім того, щоб становити акт агресії, докази повинні свідчити про те, що застосування збройної сили було спрямоване **проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом ООН.**²⁰⁰³ Формулювання тут аналогічне загальному міжнародному праву, що забороняє застосування сили, та передбачене статтею 2(4) Статуту ООН.²⁰⁰⁴ По суті, “територіальна цілісність” і “політична незалежність” охоплюють будь-який збройний напад, який впливає на де-факто контроль держави над її власною територією або спроби контролювати органи такої держави та впливати на їх здатність приймати рішення.²⁰⁰⁵ “Будь-яким іншим чином, несумісним із Статутом Організації Об'єднаних Націй” означає, що застосування сили може вважатися актом агресії, якщо воно здійснюється

¹⁹⁹⁸ Див. Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, С.Н.Бекк Hart Nomos, 2016, с. 605; КМП, [Проекти статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння](#), 2001 рік.

¹⁹⁹⁹ Комісія міжнародного права, [Проекти статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння](#), 2001 рік, статті 4 і 8; МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, 1986 рік, пп. 109, 115; МС ООН, [Рішення](#) у справі *Геноцид у Боснії*, 2007 рік, пп. 391-393, 399-400, 406.

²⁰⁰⁰ [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, 1986 рік, п. 109; [Рішення](#) у справі *Геноцид у Боснії*, 2007 рік, пп. 391-393; КМП, [Проект статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння](#), 2001 рік, стаття 4.

²⁰⁰¹ МС ООН, [Рішення](#) у справі *Геноцид у Боснії*, 2007 рік, п. 205.

²⁰⁰² МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, 1986 рік, п. 115; МС ООН, [Рішення](#) у справі *Геноцид у Боснії*, 2007 рік, пп. 399-400; КМП, [Проект статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння](#), 2001 рік, стаття 8.

²⁰⁰³ [Римський статут](#), стаття 8-біс(2); [Резолюція 3314](#) ГА ООН, стаття 1.

²⁰⁰⁴ [Статут ООН](#), стаття 2(4); Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, С.Н.Бекк Hart Nomos, 2016, сс. 605-606.

²⁰⁰⁵ Блей, «Територіальна цілісність та політична незалежність», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, березень 2010 року, пп. 8-9.

в порушення положень Статуту Організації Об'єднаних Націй, що регулюють застосування сили.²⁰⁰⁶

1022. Це означає, що необхідно вивчити, чи вдалася держава до збройної сили як законного здійснення самооборони відповідно до статті 51 Статуту ООН, чи така держава застосувала збройну силу відповідно до дозволу Ради Безпеки за главою VII Статуту ООН. Якщо застосування сили задовольняє будь-якому з цих винятків, це не буде вважатися актом агресії:

а. **Самооборона:** застосування збройної сили державою проти іншої держави не буде вважатися актом агресії, якщо воно проводиться як законне здійснення індивідуальної або колективної самооборони відповідно до статті 51 Статуту ООН.²⁰⁰⁷ Відповідно до міжнародного права, будь-яке застосування сили, що здійснюється з метою самооборони, має бути необхідною відповіддю на напад а також бути пропорційним (тобто не надмірним) щодо цього нападу.²⁰⁰⁸

б. **Дозвіл відповідно до глави VII:** Рада Безпеки ООН, діючи згідно зі своїми повноваженнями за главою VII, може дозволити застосування сили.²⁰⁰⁹ Застосування сили державою за таких обставин не може вважатися актом агресії.

1023. Нарешті, суддям слід зауважити, що перелік “будь-яка з цих дій”, наведений у статті 8-біс(2) Статуту МКС та статті 3 Резолюції 3314 ГА ООН, не є вичерпним.²⁰¹⁰ Справді, Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 3314 (“Визначення агресії”) чітко вказує, що “наведені вище дії не є вичерпними, і Рада Безпеки може встановити, що інші акти становлять агресією відповідно до положень Статуту”.²⁰¹¹

1024. Наприклад, як вказується нижче, стаття 8-біс(2)(а) Статуту МКС та стаття 3(а) Резолюції Генеральної Асамблеї ООН 3314 охоплюють лише ситуації окупації внаслідок незаконних вторгнень.²⁰¹² Однак військова окупація, здійснена в результаті законного застосування сили (наприклад, для самооборони), стане незаконним застосуванням сили, коли в окупації більше не буде необхідності. Це, зі свого боку, стане актом агресії, який не вказаний у переліку.²⁰¹³ Іншим прикладом можуть вважатися напади на посольства або консульства.²⁰¹⁴ У справі Тегеранських Заручників Міжнародний суд ООН неодноразово посилався на

²⁰⁰⁶ Тріффтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 607.

²⁰⁰⁷ [Статут ООН](#), стаття 51: «Даний Статут жодним чином не зачіпає невід'ємного права на індивідуальну або колективну самооборону, якщо відбудеться збройний напад на Члена Організації, доти, поки Рада Безпеки не вдасться до заходів, необхідних для підтримки міжнародного миру й безпеки».

²⁰⁰⁸ МС ООН, [Рішення](#) у справі *Бойові дії*, 2005, п. 147; МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, 1986, п. 176.

²⁰⁰⁹ Див., напр., [Резолюцію 1973](#) Ради Безпеки ООН року від 17 березня 2011 року, яка дозволила застосування сили в Лівії

²⁰¹⁰ ООН, [Доповідь Спеціального комітету з питань визначення агресії, 1 лютого — 5 березня 1971 року](#), сс. 23-24; Тріффтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 606; Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2-е видання, OUP, 2016, сс. 313-314.

²⁰¹¹ [Резолюція 3314](#) ГА ООН, стаття 4.

²⁰¹² Див. вище пп. 1026-0.

²⁰¹³ Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2017, сс. 451-453.

²⁰¹⁴ Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2017, сс. 451-453.

захоплення посольства США в Тегерані та захоплення заручників як на “збройний напад”²⁰¹⁵

1025. Далі буде розглянуто кожен з актів агресії, наведених у статті 8-біс(2) Статуту МКС і статті 3 Резолюції 3314 ГА ООН.

i. Вторгнення або напад збройних сил держави (стаття 8-біс(2)(а))

1026. Першим наведеним актом агресії є «вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не мала, що є наслідком такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія території іншої держави або її частини із застосуванням сили». Відповідно до окремої думки судді Сімми у справі про Бойові дії Міжнародного суду ООН (“МС ООН”), вторгнення Уганди в Демократичну Республіку Конго («ДРК») є “хрестоматійним прикладом” такого роду дій.²⁰¹⁶

МС ООН, РІШЕННЯ У СПРАВІ ПРО БОЙОВІ ДІЇ (ДРК ПРОТИ УГАНДИ)

153. Докази свідчать про те, що НСОУ перетнули значні території Демократичної Республіки Конго, порушивши суверенітет цієї країни. Вона брала участь у військових операціях у багатьох місцях, включаючи Бунію, Кісангані, Гбадоліте та Ігурі та багато інших. Це були серйозні порушення пункту 2 статті 2 Статуту.

[...]

165. Стосовно першої заяви Демократичної Республіки Конго, Суд, відповідно, робить висновок, що Уганда порушила суверенітет, а також територіальну цілісність Демократичної Республіки Конго. Дії Уганди так само були втручанням у внутрішні справи Демократичної Республіки Конго та громадянську війну, що тривала там. Незаконне військово вторгнення Уганди було такого масштабу і тривалості, що Суд вважає його серйозним порушенням заборони на застосування сили, закріпленого в пункті 4 статті 2 Статуту.

1027. Ситуації військової окупації також підпадають під цю категорію. Як зазначено в статті 42 Гаазького положення 1907 року: “територія вважається окупованою, коли вона фактично перебуває під владою армії супротивника”.²⁰¹⁷

1028. Військовий напад Росії на Україну, що розпочався 24 лютого 2022 року, широко визнаний таким актом агресії.²⁰¹⁸ Також широко визнається, що Росія окупує

²⁰¹⁵ МС ООН, [Рішення](#) у справі Тегеранські заручники, пп. 57, 64, 91.

²⁰¹⁶ МС ООН, [Окрема думка судді Сімми](#) у справі *Бойові дії*, п. 3.

²⁰¹⁷ [Гаазьке положення](#) 1907 року, стаття 42. Див. також, МС ООН, [Консультативний висновок](#) з будівництва стіни, п. 78; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1179; МКС, [Рішення про підтвердження](#) звинувачень у справі *Лубанги*, п. 212.

²⁰¹⁸ Постійне представництво України при Організації Об'єднаних Націй в Нью-Йорку, «[Російська агресія](#)»; RULAC, «[Міжнародний збройний конфлікт в Україні](#)»; Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2016 («Важко зрозуміти, як можна заперечувати, що «безкровне вторгнення» Російської Федерації у 2014 році на частину території України досягло необхідної тяжкості і масштабу»); «[Статус Росії в G8 під загрозою через «неймовірний акт агресії» в Криму, каже Керрі](#)» (Guardian, 2 березня 2014 рік).

Крим з 27 лютого 2014 року.²⁰¹⁹ Крім того, є докази того, що Росія напала на Донбас у липні 2014 року, а потім окупувала частини Донецької і Луганської області через свої проксі, так звані “Донецьку і Луганську народні республіки”.²⁰²⁰

ii. Бомбардування або застосування будь-якої зброї (стаття 8-біс(2)(b))

1029. Другим наведеним актом агресії є “бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави”. Стосовно “будь-якої зброї” не проводиться розрізнення між звичайною зброєю, зброєю масового знищення або будь-яким іншим видом зброї.²⁰²¹ “Бомбардування” — це “будь-яка атака з наземних, морських або повітряних баз із застосуванням важкого озброєння, яке, як артилерія, ракети або літаки, здатне знищувати ворожі цілі на більшій відстані за лінією фронту”.²⁰²²

iii. Блокада портів або узбережжя (стаття 8-біс(2)(c))

1030. Третій з перерахованих актів агресії вказує на те, що акт агресії може мати форму “блокади портів або узбережжя держави збройними силами іншої держави”. “Блокада” визначається як “військова операція, спрямована на те, щоб перешкодити суднам та/або повітряним суднам усіх країн, ворожих і нейтральних, входити або виходити з певних портів, аеропортів або прибережних районів, що належать, окуповані або знаходяться під контролем супротивника”.²⁰²³ Морська блокада Ізраїлем Сектора Газа є доречним прикладом.²⁰²⁴

iv. Напад збройних сил держави на сухопутні, морські чи повітряні сили або на морські та повітряні флоти іншої держави (стаття 8-біс(2)(d))

1031. Це діяння відрізняється від наведених у підпункті (2)(а) діянь тим, що напад не обов'язково має відбуватися на території держави, що зазнала агресії.²⁰²⁵ Відповідно, це положення охоплює напади на військові позиції держави за кордоном, зокрема на спірній території.²⁰²⁶ Наприклад, у справі про *Нафтові платформи* Міжнародний суд ООН постановив, що мінування одного військового судна може вважатися збройним нападом, що породжує невідчужуване право на самооборону.²⁰²⁷

²⁰¹⁹ GRC, «[Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі](#)», 13 лютого 2022 р., сс. 40-42; RULAC, «[Військова окупація України Росією](#)».

²⁰²⁰ GRC, «[Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі](#)», 13 лютого 2022 р., сс. 294-296.

²⁰²¹ ООН, [Доповідь Спеціального комітету з питання про визначення агресії, 1 лютого — 5 березня 1971 року](#), п. 20.1.

²⁰²² Макдональд і Бруха, «Бомбардування», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, п. 1.

²⁰²³ Фон Хайнегг, «Блокада», *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, п. 1.

²⁰²⁴ Див., ОП МКС, [Ситуація з зареєстрованими суднами Коморських островів, Греції та Камбоджі](#), Доповідь за статтею 53(1), 6 листопада 2014 року, пп. 30-34.

²⁰²⁵ Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2-е видання, OUP, 2016, с. 316.

²⁰²⁶ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, C.H.Beck Hart Nomos, 2016, сс. 612-613.

²⁰²⁷ МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нафтові платформи*, п. 72.

v. **Порушення умов перебування на території (стаття 8-біс(2)(с))**

1032. Відносно часто збройні сили однієї держави перебувають на території іншої держави в результаті договору про перебування (розміщення).²⁰²⁸ Прикладом могла би бути Угода між Україною і Російською Федерацією, що передбачала присутність Чорноморського флоту.²⁰²⁹ Згідно з підпунктом (2)(е), акт агресії може статись, коли держава застосовує свої збройні сили, що перебувають на території іншої держави, в порушення умов договору, або коли такі війська продовжують свою присутність на території приймаючої держави після закінчення строку дії договору.²⁰³⁰ Наприклад, щодо Угоди про Чорноморський флот Європейський суд з прав людини (“ЄСПЛ”) встановив, що Росія порушила його умови, використавши свої сили поза параметрами узгоджених місць дислокації і в порушення обов’язку співпрацювати, передбачено угодою.²⁰³¹

vi. **Дозвіл використовувати територію для акту агресії (стаття 8-біс(2)(f))**

1033. Підпункт (2)(f) визначає такий акт агресії: “дія держави, що дозволяє, щоб її територія, яку вона надала в розпорядження іншої держави, використовувалася цією іншою державою для здійснення акту агресії проти третьої держави”. Згідно з цим положенням, у ситуації, коли держава погоджується на присутність військ іншої держави на своїй території, які потім переходять до здійснення акту агресії проти третьої держави, держава, що погодилася на використання своєї території, й сама вчиняє акт агресії.²⁰³² Наприклад, Білорусь була звинувачена в скоєнні акту агресії, дозволивши відбутися російському нападу на Україну 24 лютого зі своєї території.²⁰³³

vii. **Засилання озброєних банд, груп, нерегулярних формувань або найманців (стаття 8-біс(2)(g))**

1034. Останнім актом агресії, наведеним у пункті 2 статті 8-біс, є: “засилання державою або від імені держави збройних банд, груп, нерегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, що носять настільки серйозний характер, що це прирівнюється до перелічених вище актів, або їх суттєва участь в таких актах”.

1035. У рішенні Міжнародного суду ООН у справі Нікарагуа Суд постановив, що він “не бачить підстав заперечувати, що в звичайному міжнародному праві заборона збройних нападів може поширюватися на засилання державою збройних банд на територію іншої держави, якщо така операція, через її масштаби і наслідки,

²⁰²⁸ Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2-е видання, OUP, 2016, с. 316.

²⁰²⁹ Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2-е видання, OUP, 2016, с. 316. Див. також, ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі Україна проти Росії (щодо Криму), пп. 202-208

²⁰³⁰ Тріффтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, C.H.Beck Hart Nomos, 2016, сс. 613-614.

²⁰³¹ ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі Україна проти Росії (щодо Криму), пп. 325-327.

²⁰³² Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2-е видання, OUP, 2016, с. 316.

²⁰³³ Див., Н. Рец, «[Білорусь є співучасником в агресивній війні Росії](#)», *EJIL: Talk!*, 1 березня 2022.

була б розцінена як збройний напад, а не як простий прикордонний інцидент, якби вона була вчинена регулярними збройними силами”.²⁰³⁴

1036. **Акт агресії за своїм характером, тяжкістю та масштабами є явним порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй.** Згідно з цим елементом, не кожен акт агресії буде прирівнюватися до злочину агресії.²⁰³⁵ Міжнародний суд ООН у справі *Нікарагуа* постановив, що необхідно відрізнити “найбільш тяжкі форми застосування сили (ті, які представляють собою збройний напад) від інших, менш тяжких форм”.²⁰³⁶ У зв'язку з цим поріг, необхідний для доведення вчинення злочину агресії, не буде досягнутий в результаті прикордонних сутичок або «простих прикордонних інцидентів”.²⁰³⁷
1037. Дві Домовленості (Understandings), прийняті на Кампальській конференції 2010 року, доречні для тлумачення цього елемента. Відповідно до Порозуміння № 6, необхідно враховувати всі обставини конкретного застосування сили, включаючи тяжкість акту і його наслідки.²⁰³⁸ Згідно з Порозумінням № 7, “трьох компонентів характеру, тяжкості та масштабу має бути достатньо, щоб обґрунтувати “явність” порушення Статуту ООН”.²⁰³⁹
1038. Відповідно, під час оцінки того, чи досягає акт агресії порогу, необхідного для притягнення до індивідуальної кримінальної відповідальності, судді мають проаналізувати “явний” характер акту з урахуванням таких факторів:
- «за своїм характером»:** це стосується характеру акту. Необхідно визначити суб'єктивну мету виконавця²⁰⁴⁰ і чи є діяння «незаперечним порушенням статті 2(4)» Статуту ООН.²⁰⁴¹
 - «тяжкість і масштаб»:** це стосується інтенсивності акту.²⁰⁴² «Тяжкість» вимагає оцінки розміру заподіяної шкоди.²⁰⁴³ «Масштаб» стосується “рівня або розмаху акту”.²⁰⁴⁴ Це вимагає від суддів оцінки географічних і часових ознак акту, тобто чим довше триває акт агресії і чим більша територія уражена, тим більше його масштаб.²⁰⁴⁵

²⁰³⁴ МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, 1986, п. 195.

²⁰³⁵ Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2-е видання, OUP, 2016, с. 310.

²⁰³⁶ [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, 1986, п. 191; МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нафтові платформи*, п. 51.

²⁰³⁷ МС ООН, [Рішення](#) у справі *Нікарагуа*, 1986, п. 195. Див. також, Комісія з претензій Еритреї та Ефіопії, [Часткове рішення: Jus Ad Bellum — претензії Ефіопії 1-8](#) від 19 грудня 2005 року, п. 11.

²⁰³⁸ МКС, [Резолюція RC / Res.6](#) «Злочин агресії» від 11 червня 2010 року, Додаток III, п. 6.

²⁰³⁹ МКС, [Резолюція RC / Res.6](#) «Злочин агресії» від 11 червня 2010 року, Додаток III, п. 7.

²⁰⁴⁰ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-те видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 597.

²⁰⁴¹ МакДугалл, *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с. 128

²⁰⁴² Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2016, с. 511

²⁰⁴³ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-те видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 597.

²⁰⁴⁴ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-те видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 598.

²⁰⁴⁵ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-те видання, С.Н.Векс Hart Nomos, 2016, с. 598; Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2016, с. 520.

1039. Через відсутність судової практики МКС точний поріг, необхідний для встановлення явного порушення, залишається неоднозначним.²⁰⁴⁶ Загалом, щоб задовольнити цей елемент, суддям слід довести, що відповідний акт є явним порушенням Статуту ООН (тобто не є законним здійсненням самооборони або санкціонованим Радою Безпеки), що він спричинив високий рівень руйнувань і що він був географічно та/або у часі широко поширений.

b) Визначення злочину агресії (суб'єктивні елементи)

1040. Згідно з суб'єктивним елементом, злочин агресії вимагає, щоб: (i) виконавець мав намір спланувати, підготувати, розв'язати або здійснити акт агресії; (ii) виконавець усвідомлював той факт, що він був в змозі ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії; (iii) виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про те, що таке застосування збройної сили не відповідало Статуту Організації Об'єднаних Націй; і (iv) виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчать про таке явне порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй.

1041. Виконавець мав намір спланувати, підготувати, розв'язати або здійснити акт агресії. Хоча в статті 437 про це прямо не йдеться, згідно з коментарями, злочин планування, підготовки, розв'язання та здійснення агресивної війни може бути скоєно тільки з прямим умислом (ККУ, стаття 24).²⁰⁴⁷

1042. Так само, згідно з Римським статутом, діяння обвинуваченого — будь-то планування, підготовка, розв'язання чи здійснення — мають скоюватися з умислом.²⁰⁴⁸ У коментарі до проекту Кодексу злочинів Комісії міжнародного права 1996 року йдеться, що “простого факту участі в акті агресії, однак, недостатньо для встановлення вини керівника або організатора. Така участь мала б бути умисною і відбуватися свідомо як частина плану чи політики агресії”.²⁰⁴⁹

1043. Умисел вимагає, щоб виконавець мав намір брати участь у плануванні, підготовці, розв'язанні або здійсненні акту агресії.²⁰⁵⁰ На практиці, враховуючи, що особи, які вчиняють злочин агресії, мають відповідати вимозі керівництва,²⁰⁵¹ важко уявити ситуацію, коли такий виконавець планує, готується, розв'язує або здійснює акт агресії без умислу.²⁰⁵²

1044. Виконавець усвідомлював той факт, що він був в змозі ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави,

²⁰⁴⁶ Див. МакДугалл, *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с. 125.

²⁰⁴⁷ М. Хавронюк, *Коментар до статті 437 ККУ*, п. 4 в М. Мельник, М. Хавронюк (ред.) та ін., Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України, 2009.

²⁰⁴⁸ *Римський статут*, стаття 30(2)(а).

²⁰⁴⁹ КМП, *Проект Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства*, (1996), с. 43.

²⁰⁵⁰ Див. *Римський статут*, стаття 30(2)(а); МКС, *Судове рішення у справі Катанги*, п. 774.

²⁰⁵¹ *Елементи злочинів МКС*, стаття 8-біс, елемент 2.

²⁰⁵² МакДугалл, *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с. 193.

яка вчинила акт агресії. Враховуючи, що вимога керівництва є елементом обставин, і жоден інший елемент суб'єктивної сторони не вказаний в Елементах злочинів, застосовується стаття 30(3) Римського статуту.²⁰⁵³ Це означає, що виконавець повинен був знати (або усвідомлювати), що він був в змозі ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії. У зв'язку з цим важко уявити ситуацію, в якій обвинувачений відповідає вимогам керівництва, але має недостатньо знань про свою посаду.²⁰⁵⁴

1045. **Виконавець усвідомлював фактичні обставини, які свідчили про те, що таке застосування збройної сили не відповідає Статуту Організації Об'єднаних Націй.** Згідно з Елементами злочинів, “тут не потрібно доводити, що виконавець здійснив правову оцінку того, чи було застосування сили несумісним зі Статутом Організації Об'єднаних Націй”.²⁰⁵⁵ Суддям слід розглянути такі приклади релевантних фактів:²⁰⁵⁶
- а. Той факт, що застосування сили було спрямоване проти іншої держави;
 - б. Наявність або відсутність резолюції Ради Безпеки;
 - в. Зміст резолюції Ради Безпеки; і
 - г. Наявність або відсутність попереднього або неминучого нападу з боку іншої держави.
1046. **Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про таке явне порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй.** Як і у випадку з попереднім суб'єктивним елементом, в Елементах злочинів МКС йдеться, що “не потрібно доводити, що виконавець дав правову оцінку “явному” характеру порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй”.²⁰⁵⁷ Автори Елементів злочинів відзначають, що цей елемент необхідний для врахування ситуацій, коли виконавець усвідомлює факти, які свідчать про те, що застосування сили рівноцінне акту агресії, але не обізнаний про факти, що свідчать про явне порушення.²⁰⁵⁸ Це може статися в тих випадках, коли злочинець обізнаний про пересування військ через державний кордон, але не обізнаний про масштаби нападу.²⁰⁵⁹

²⁰⁵³ [Римський статут](#), стаття 30(3). Див. МакДугалл, *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с. 190.

²⁰⁵⁴ МакДугалл, *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, сс. 192-193.

²⁰⁵⁵ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, Вступ, п. 2.

²⁰⁵⁶ [Неофіційний документ Голови щодо елементів злочинів, Пояснювальна записка](#), червень 2009 р., Звіт SWGCA, Додаток II, Доповнення II, п. 20. Див. також: МакДугалл, *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с. 191.

²⁰⁵⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 8-біс, Вступ, п. 4.

²⁰⁵⁸ МакДугалл, *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, сс. 191-192.

²⁰⁵⁹ [Неофіційний документ Голови щодо елементів злочинів, Пояснювальна записка](#), червень 2009 р., Звіт SWGCA, Додаток II, Доповнення II, п. 25.

III. Геноцид

A. Важливість принципів міжнародного права для кваліфікації геноциду в Україні за статтею 442 Кримінального кодексу України

1. Геноцид за міжнародним правом

1047. У цьому розділі розглядається сфера застосування статті 442 Кримінального кодексу України (ККУ) та оцінюється застосовність відповідних міжнародних договорів, що кодифікують геноцид. Ці договори включають Конвенцію про геноцид, Статут Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (МТКЮ), Статут Міжнародного кримінального трибуналу по Руанді (МКТР) і Статут Міжнародного кримінального суду (МКС).
1048. Як більш детально розглянуто нижче, стаття 442 охоплює ті самі діяння, які заборонені міжнародними договорами. Таким чином, ці міжнародні договори та судова практика, яка їх тлумачить, можуть допомогти суддям оцінити точну сферу застосування статті 442 і, зрештою, встановити діяння, які можуть кваліфікуватися як кримінальне правопорушення.
1049. Щоб оцінити застосовність цих міжнародних договорів для України, у цьому розділі буде: (1) розглянуто статус геноциду за міжнародним правом та характер відповідних міжнародних договорів; та (2) надано оцінку застосовності цих договорів у правовій системі України.

а) Поняття та складова геноциду

1050. Геноцид складається з певного набору заборонених міжнародним кримінальним правом діянь (основних діянь), які повинні бути вчинені з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку (загальний суб'єктивний склад).²⁰⁶⁰ Наявність у виконавця конкретного наміру «знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу»²⁰⁶¹ відрізняє цей злочин від загальнокримінальних злочинів, а також від злочинів проти людяності і воєнних злочинів.

і. Ідентифікація та класифікація геноциду в міжнародному праві

1051. Різні міжнародні договори та інституції розробили поняття геноциду та його елементи. Організація Об'єднаних Націй (ООН) та міжнародні кримінальні трибунали — завдяки своїм статутам та судовій практиці — відіграли важливу роль у розвитку геноциду як правової концепції. Практика міжнародних судів і трибуналів, зокрема, поступово сформувала правову базу, що допомагає визначати які злочини можуть кваліфікуватися як геноцид та якими є їх елементи.

²⁰⁶⁰ [Конвенція про геноцид](#), Стаття 2; [Римський статут](#), Стаття 6; [Статут МТКЮ](#), Стаття 4; [Статут МКТР](#), Стаття 2.

²⁰⁶¹ [Конвенція про геноцид](#), Стаття 2.

1052. 1948 рік: Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього. Стаття II Конвенції про геноцид, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН 9 грудня 1948 року, визначає геноцид як “будь-яке з наступних діянь, вчинених з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку: (а) вбивство членів такої групи; (Б) заподіяння серйозної фізичної або психічної шкоди членам такої групи; (в) умисне створення для такої групи умов життя, розрахованих на її повне або часткове фізичне знищення; (г) введення заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню всередині такої групи; (е) насильницька передача дітей з однієї людської групи в іншу”.²⁰⁶² Україна ратифікувала Конвенцію про геноцид 15 листопада 1954 року.²⁰⁶³ На думку Міжнародного Суду ООН (МС ООН), визначення геноциду, що міститься в Конвенції, є міжнародним звичаєвим правом.²⁰⁶⁴
1053. 1993/1994 роки: Статути і практика МКТЮ та МКТР. У статутах МКТЮ і МКТР міститься визначення геноциду, ідентичне визначенню, що міститься в Конвенції про геноцид.²⁰⁶⁵ МКТЮ та МКТР винесли низку важливих рішень, що стосуються серії питань, пов’язаних з тлумаченням поняття геноциду та його елементів.²⁰⁶⁶ Спеціальні (*ad hoc*) трибунали розробили та роз’яснили об’єктивні та суб’єктивні елементи для кожного акту геноциду.²⁰⁶⁷ Про авторитетність рішень МКТЮ та МКТР свідчить також той факт, що на них посилаються інші міжнародні суди та трибунали, зокрема Європейський суд з прав людини²⁰⁶⁸ та Міжнародний суд ООН.²⁰⁶⁹
1054. 1998: Статут МКС. Як і Статути МКТЮ та МКТР, Статут МКС відтворює визначення геноциду, наведене в Конвенції проти геноциду. Відповідно, Статут МКС визначає “геноцид” як «будь-яке з наступних діянь, вчинених з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку:
- Вбивство членів такої групи;
 - Заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу членам такої групи;
 - Умисне створення для такої групи умов життя, розрахованих на доведення її до повного або часткового фізичного знищення;
 - Впровадження заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню всередині такої групи;
 - Насильницька передача дітей цієї групи до іншої групи.”²⁰⁷⁰

²⁰⁶² [Конвенція про геноцид](#), Стаття 2.

²⁰⁶³ Збірник договорів Організації Об’єднаних Націй, Статути договорів.

²⁰⁶⁴ МС ООН, [Рішення щодо геноциду в Боснії і Герцеговин](#), п. 161.

²⁰⁶⁵ [Статут МКТЮ](#), Стаття 4; [Статут МКТР](#), Стаття 2.

²⁰⁶⁶ Тріфтерер та Амбос, *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тя ред., Beck Hart, 2016 року, с. 128.

²⁰⁶⁷ Див. вище п. 1085.

²⁰⁶⁸ Див. наприклад, ЄСПЛ, [Рішення у справі "Сімшіч проти Боснії і Герцеговини"](#), п. 8-13, 23; ЄСПЛ, [Рішення у справі "Муртазалієва проти Росії"](#), п. 72-78.

²⁰⁶⁹ Див. наприклад, МС ООН, *Боснія проти Сербії*, [Рішення](#) щодо застосування Конвенції про геноцид, п. 188, 190, 195, 198-200, 344; МС ООН, *Конвенція Хорватія проти Сербії*, [Рішення](#) щодо застосування Конвенції про геноцид, п. 142, 146-147, 157-158.

²⁰⁷⁰ [Римський статут](#), Стаття 6.

1055. Детальний перелік конкретних елементів кожного акту геноциду міститься також у так званих “[Елементах злочинів](#)”, які є одним з джерел права МКС (див. вище, [Розділ 1, частина I, підрозділ I.B.1.b](#)) “Ідентифікація та класифікація воєнних злочинів у міжнародному праві”). Що стосується геноциду, то викладені елементи будуть розглянуті більш детально нижче.

b) Співвідношення статті 442 Кримінального кодексу України з міжнародними договорами щодо геноциду

1056. У цьому розділі розглядається сфера застосування статті 442 ККУ, зокрема застосовність для її тлумачення міжнародних договорів, що кодифікують злочин геноциду. Як зазначалося вище, до таких договорів належать Конвенція про геноцид, Статут МКТЮ, Статут МКТР та Статут МКС.

1057. Конвенція про геноцид, Статут МКС та Статути спеціальних (*ad hoc*) трибуналів визначають геноцид як “будь-яке з наступних дій, вчинених з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку: вбивство членів групи; заподіяння серйозних тілесних чи психічних ушкоджень групі; умисне створення для такої групи умов життя, розрахованих на доведення її до повного або часткового фізичного знищення; впровадження заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню всередині такої групи; насильницька передача дітей цієї групи до іншої групи”.²⁰⁷¹

1058. Геноцид забороняється статтею 442 ККУ. Геноцид визначається в ККУ як “діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу”.²⁰⁷²

1059. Фраза “діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення” є аналогом вимоги міжнародного права про те, що діяння повинно бути вчинене з “наміром знищити, повністю або частково”.²⁰⁷³

1060. Діяння описані у статті 442 ККУ, що є геноцидом, а саме “знищення членів будь-якої такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу”, охоплюють ті ж самі діяння, що й діяння, які кодифіковані як такі, що складають злочин геноциду відповідно до міжнародно-правових актів.

²⁰⁷¹ [Конвенція про геноцид](#), Стаття 2; [Римський статут](#), Стаття 6; [Статут МКТЮ](#), Стаття 4; [Статут МКТР](#), Стаття 2. ККУ, Стаття 442.

²⁰⁷³ [Конвенція про геноцид](#), Стаття 2; [Римський статут](#), Стаття 6; [Статут МКТЮ](#), Стаття 4; [Статут МКТР](#), Стаття 2.

- i. Застосування інструментів міжнародного кримінального права: чи можна розглядати статтю 442 КК України у сукупності зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС

1061. Відповідно до вищезазначеного, стаття 442 ККУ охоплює ту саму поведінку, яка визнана в міжнародному праві як геноцид. З огляду на це, застосування конкретних міжнародних договорів, які кодифікують злочин геноциду, включно з Конвенцією про геноцид та застосування практики та Статуту МКТР/МКТЮ/МКС, може допомогти суддям оцінити точну сферу застосування статті 422 та, зрештою, визначити діяння, які можуть кваліфікуватися як кримінальне правопорушення.
1062. Конвенція про геноцид була ратифікована Україною 15 листопада 1954 року,²⁰⁷⁴ а отже Україна погодилася на обов'язковість її положень.²⁰⁷⁵ Відповідно до статті 1 Конвенції, Україна визнає, що геноцид є “злочином за міжнародним правом, якому вона зобов'язується запобігати і карати”. Крім того, визначення геноциду в Конвенції відображає міжнародне звичаєве право.²⁰⁷⁶ Звичаєве право є обов'язковим для всіх держав, зокрема України.²⁰⁷⁷
1063. Статуту МКТР/МКТЮ та МКС відтворюють визначення, що міститься в Конвенції про геноцид, а їхня практика додатково уточнює сферу його застосування. Як зазначалося в [Розділ 1, частина I, підрозділ I.B.2.b](#) “Застосування інструментів міжнародного кримінального права: чи можна розглядати статтю 438 ККУ у поєднанні зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС”, українське законодавство дозволяє покладатися на застосовне право та практику МКС і МКТЮ/МКТР, для тлумачення статті 442 ККУ.

В. Визначення злочину геноциду за міжнародним правом та застосування статті 442 ККУ

1064. У цьому розділі проаналізовано елементи геноциду за міжнародним кримінальним правом та визначено, яким чином відповідні діяння можуть підпадати під кваліфікацію за статтею 442 ККУ.
1065. Геноцид вважається вчиненим, коли відбувся (1) акт геноциду, тобто вбивство, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу, умисне створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення, запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню, або насильницьке переміщення дітей (основні діяння); (2) цей акт скоюється з наміром знищити, повністю або

²⁰⁷⁴ Збірник договорів Організації Об'єднаних Націй, Статути договорів.

²⁰⁷⁵ Див. Віденська конвенція про право міжнародних договорів, статті 11, 14.

²⁰⁷⁶ МС ООН, [Рішення щодо геноциду в Боснії і Герцеговині](#), п. 161.

²⁰⁷⁷ Див. Доктор Якоб Келленбергер, президент Міжнародного комітету Червоного Хреста, “Передмова” в Жан-Марі Хенкаертс, Луїза Досвальд-Бек (ред.), Звичаєве міжнародне гуманітарне право, Том I: Норми, (Cambridge University Press 2009 року) xv-xvii. Єдиним винятком з цього правила є випадок, коли держава відкрито і наполегливо заперечує проти такого звичаю. Див., Д-р Абдул Г. Корума, суддя Міжнародного суду ООН, “Передмова” в Жан-Марі Хенкаертс, Луїза Досвальд-Бек (ред.), Звичаєве міжнародне гуманітарне право, Том I: Норми, (Cambridge University Press 2009 року) xviii-xix.

частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу (контекстуальний елемент).²⁰⁷⁸

1066. Нижче будуть розглянуті основні ознаки загальних елементів геноциду та відповідні елементи заборонених діянь.

1. Контекстуальні елементи злочину геноциду

КОРОТКИЙ ВИКЛАД КОНТЕКСТУАЛЬНИХ ЕЛЕМЕНТІВ

- Загальні елементи геноциду відокремлюють акти геноциду від загальнокримінальних злочинів, воєнних злочинів та злочинів проти людяності.
- Для того, щоб діяння вважалось геноцидом, воно повинно бути вчинено з *наміром* знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку. Всі акти геноциду вимагають встановлення контекстуальних елементів.
- Відповідно, контекстуальними елементами геноциду є:
 1. Потерпіла особа (особи) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.
 2. Виконавець (виконавці) мав (мали) умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.
- Крім того, Елементи злочинів МКС включають наступний контекстуальний елемент геноциду, який відсутній у Конвенції про геноцид або Статутах спеціальних (*ad hoc*) трибуналів.
 3. Діяння було вчинено в контексті явної лінії схожої поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було таким, що саме по собі могло призвести до її знищення.

а) Вступ

1067. Для того, щоб діяння вважалось геноцидом згідно з міжнародним правом, воно має бути скоєне з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.²⁰⁷⁹ Це часто називають вимогою спеціального або специфічного умислу.²⁰⁸⁰

1068. Положення статті 442 ККУ яке відображає спеціальний умисел — “умисно вчинене діяння з метою повного або часткового знищення”, аналогічне формулюванню, що використовується у міжнародному праві, а саме: діяння має бути вчинено з “умислом знищити повністю або частково”. Отже, стаття 442 ККУ охоплює в цілому ті ж самі контекстуальні елементи, що й міжнародне кримінальне право.

²⁰⁷⁸ Конвенція про геноцид, Стаття 2; Римський статут, Стаття 6; Статут МКТЮ, Стаття 4; Статут МКТР, Article 2.

²⁰⁷⁹ Римський статут, Стаття 6.

²⁰⁸⁰ Див. наприклад, МКТЮ, Апеляційне рішення у справі Єлішича, п. 45-46; МКТР, Рішення суду у справі Акайесу, п. 497.

МКТР, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ АКАЙЕСУ, ПАРАГРАФИ 497-498.

Всупереч поширеній думці, злочин геноциду не вимагає фактичного знищення групи у цілому, але може бути кваліфікований тоді, коли будь-яка з дій, зазначених у статті 2(2) (а) – 2(2)(е) [Статуту МКТР], вчиняється зі спеціальним умислом знищити “повністю або частково” національну, етнічну, расову або релігійну групу.

Геноцид відрізняється від інших злочинів тим, що передбачає наявність спеціального умислу або *dolus specialis*. Спеціальний умисел злочину — це специфічний умисел, необхідний як складовий елемент злочину, який вимагає, щоб виконавець чітко прагнув вчинити інкриміноване йому діяння. Так, спеціальний умисел у злочині геноциду полягає в “намірі знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку”.

b) Визначення контекстуальних елементів геноциду

1069. Відповідно до Елементів злочинів МКС, контекстуальними елементами геноциду є:²⁰⁸¹

- Потерпіла особа (особи) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи;
- Виконавець (виконавці) мав (мали) умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку; та
- Діяння було вчинено в контексті явної лінії схожої поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було таким, що саме по собі могло призвести до її знищення.

i. Потерпіла особа (потерпілі) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи

1070. Потерпілі від геноциду повинні належати до однієї з чотирьох перелічених груп, що містяться в Конвенції про геноцид та міжнародних кримінальних статутах, а саме до національної, етнічної, расової або релігійної групи.²⁰⁸²

1071. Ці групи були визначені наступним чином:

- **Національні групи** охоплюють осіб, які поділяють визнані / усвідомлені правові зв'язки спільного громадянства, визнаного законом (тобто в межах правової системи держави) або міжнародним співтовариством, а також спільне розуміння взаємних прав і обов'язків.²⁰⁸³
- **Етнічні групи** охоплюють осіб, які поділяють спільну мову, традиції, історію, соціальні структури та культуру, серед іншого, наприклад, племінні звичаї та традиційні зв'язки з землею.²⁰⁸⁴

²⁰⁸¹ Елементи злочинів МКС, Стаття 6.

²⁰⁸² Конвенція про геноцид, Стаття 2; Римський статут, Стаття 6; Статут МКТЮ, Стаття 4; Статут МКТР, Стаття 2.

²⁰⁸³ МКТР, Рішення суду у справі Акайесу, п. 512.

²⁰⁸⁴ МКС, Рішення за клопотанням обвинувачення про видачу ордера на арешт у справі Аль-Башира, п. 137; Між-

- **Расові групи** охоплюють осіб, які мають спільні спадкові фізичні риси (наприклад, колір шкіри), “часто ідентифікуються як пов’язані з певним географічним регіоном, незалежно від мовних, культурних, національних або релігійних факторів”.²⁰⁸⁵
- **Релігійні групи** охоплюють осіб, які сповідують одну і ту ж релігію, спосіб відправлення служіння або релігійні переконання.²⁰⁸⁶

1072. Приналежність до групи може бути встановлена як на основі об’єктивного, так і суб’єктивного підходу.²⁰⁸⁷ Об’єктивний підхід вимагає оцінки того чи має група, проти якої було спрямоване діяння, певні характеристики, які об’єктивно вказують на існування окремої національної, етнічної, расової або релігійної групи.²⁰⁸⁸ За суб’єктивного ж підходу, національні, етнічні, расові або релігійні групи розрізняються на основі того, як вони сприймаються самими членами групи та іншими особами (зокрема і виконавцями) у світлі конкретного політичного та соціального контексту, в якому вони перебувають.²⁰⁸⁹

1073. Групу, проти якої здійснюється геноцид, не можна визначати негативними термінами, тобто за характеристиками, якими вони не володіють.²⁰⁹⁰

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ БРАНДІНА, П. 684-685 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО]

Правильне визначення відповідної захищеної групи має здійснюватися в кожному конкретному випадку з урахуванням як об’єктивного, так і суб’єктивного підходу. Це пов’язано з тим, що використання одного лише суб’єктивного підходу може бути недостатньо для визначення групи, яка зазнає знищення і перебуває під захистом Конвенції про геноцид, з тієї причини, що діяння, визначені в підпунктах (а) – (е) статті 4(2) [Статуту МТКЮ], повинні бути фактично спрямовані проти “членів групи”.

Крім того, Судова палата погоджується з Рішенням Судової палати у справі *Стакіча*, а саме з тим, що “у разі, коли об’єктом нападу є більш ніж одна група, недоцільно визначати групу в загальних термінах, наприклад, “не-серби”. З цього можна зробити висновок, що Палата не погоджується з можливістю визначення відповідної групи шляхом виключення, тобто на основі “негативних ознак”.

народна слідча комісія щодо Дарфуру, [Звіт Генеральному секретарю Організації Об’єднаних Націй](#), с. 117, 127 (п. 183), 129; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 513.

²⁰⁸⁵ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 514; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 98.

²⁰⁸⁶ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 515; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 98.

²⁰⁸⁷ МКТР, [Рішення та вироку суду](#) у справі *Семанзи*, п. 317; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Єлішича, п. 69-71*; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 684; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Благоєвіч та Йокіч*, п. 667.

²⁰⁸⁸ МКС, [Рішення за клопотанням прокуратури про надання дозволу на арешт](#) у справі *Аль Башира*, п. 135-137; МКТР, [Рішення та вироку суду](#) у справі *Семанзи*, п. 23, 137 (п. 152).

²⁰⁸⁹ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Єлішича, п. 70*; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 557; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 254; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Рутаганди*, п. 56.

²⁰⁹⁰ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 541; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 16-17. Див. також, МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Єлішича, п. 71-72*.

- ii. Виконавець мав умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку

1074. Другий контекстуальний елемент встановлює конкретний елемент суб'єктивної сторони злочину геноциду. Таким чином, докази повинні підтверджувати, що заборонені злочинні діяння геноциду були здійснені з конкретним умислом виконавця знищити, повністю або частково, певну національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.²⁰⁹¹ Цей конкретний умисел геноциду має бути встановлений додатково до умислу на вчинення основного діяння.²⁰⁹²
1075. Встановлення факту скоєння злочину геноциду не вимагає фактичного знищення групи в повному обсязі, але, натомість, достатньо того щоб один з актів геноциду було вчинено з умислом знищити.²⁰⁹³ Іншими словами, має бути доведено, що виконавець прагнув досягти знищення групи, повністю або частково.²⁰⁹⁴
1076. Умисел повинен виходити за рамки простої дискримінаційної спрямованості, а натомість бути спрямованим на знищення групи як “окремого та відмінного суб'єкта”.²⁰⁹⁵ Виконавець повинен був мати намір знищити групу повністю або частково, тобто знищити принаймні значну частину групи, незалежно від остаточної кількості потерпілих.²⁰⁹⁶ Чи є група, проти якої спрямовані дії, достатньо значною, може визначатися такими факторами, як чисельний розмір частини групи, проти якої спрямовані дії, стосовно всієї групи, значимість частини групи, проти якої спрямовані діяння, та територія на якій діяли та яку контролювали виконавці, а також їх можливості поширити свій вплив на певну територію.²⁰⁹⁷
1077. Виконавець повинен був обрати потерпілих через їхнє членство в групі, з кінцевою метою знищення групи (на що вказує словосполучення “як такої”).²⁰⁹⁸ Це не виключає випадків, коли виконавець керувався й іншими факторами, такими як особистий мотив сексуального задоволення або отримання особистої економічної вигоди, політичної переваги чи отримання певної форми влади.²⁰⁹⁹

²⁰⁹¹ Римський статут, Стаття 6.

²⁰⁹² МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крстіча*, п. 20; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Поповіча та ін.*, п. 808. Див. також, МС ООН, [Рішення](#) щодо геноциду в Боснії і Герцеговині, п. 186.

²⁰⁹³ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 518, 520. Див. також, МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Рутаганди*, п. 59-61; МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Камбанди*, п. 16.

²⁰⁹⁴ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Єлішича*, п. 81; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 550.

²⁰⁹⁵ Див. наприклад., МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Поповіча і ін.*, п. 1312; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 698.

²⁰⁹⁶ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крстіча*, п. 12; ММКТ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Младіча*, п. 576; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 97; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Багілішема*, п. 64; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 590; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Гатете*, п. 582. Див. також, МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Ндінділіймана та ін.*, п. 2072.

²⁰⁹⁷ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крстіча*, п. 12-14; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 701-702; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Поповіча і ін.*, п. 422.

²⁰⁹⁸ МС ООН, [Рішення суду](#) у справі *Боснія і Герцеговина проти Сербії та Чорногорії*, п. 193; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 521; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Толіміра*, п. 746; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 500; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайеліелі*, п. 813; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мувуньї*, п. 485.

²⁰⁹⁹ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Єлішич*, п. 49; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Ніїтегека*, п. 53; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Єлішича*; Human Rights Council, “[Вони прийшли руйнувати](#)”: Злочини ІДІЛ

1078. Знищення повинно бути фізичним або біологічним (а не просто культурним).²¹⁰⁰ Біологічне знищення спрямоване на “регенеративну спроможність групи”, в той час як фізичне знищення має на меті “знищення відповідної групи”.²¹⁰¹
1079. Мало ймовірно, що судді будуть надані прямі докази конкретного умислу виконавця, проте такий умисел можна встановити на основі фактів та обставин.²¹⁰² Умисел можна встановити як зі слів, так і з діянь виконавця, і він може бути продемонстрований через модель цілеспрямованих діянь.²¹⁰³ Якщо суддя покладається виключно на непрямі докази, встановлення умислу вчинити геноцид “має бути єдиним обґрунтованим висновком з усієї сукупності доказів”.²¹⁰⁴
1080. Докази дискримінаційних умислів можуть містити наступний невичерпний перелік:
- **Заяви виконавця, у тому числі якщо вони не містять прямого заклику до вчинення геноциду, але все ж є прямим підбурюванням до вчинення геноциду в конкретному контексті;**²¹⁰⁵
 - **Загальний контекст ситуації:** наприклад, систематичне вчинення протиправних діянь, спрямованих проти цільової групи, тим самим виконавцем або іншими особами, або нестабільне середовище/атмосфера насильства, що існувала між групою виконавця та цільовою групою;²¹⁰⁶
 - Повторення деструктивних та дискримінаційних дій;²¹⁰⁷
 - **Умисне, дискримінаційне та систематичне** націлювання на потерпілих та їхнє майно через приналежність до групи та виключення з кола об'єктів націлювання членів інших груп;²¹⁰⁸

[проти єзидів](#)’ (15 червня 2016 року) A/HRC/32.CRP.2, п. 158.

- ²¹⁰⁰ [Рішення суду першої інстанції](#) у справі *Крстіча*, п. 580; Міжнародна слідча комісія щодо Дарфуру, [Доповідь Генеральному секретарю Організації Об'єднаних Націй](#), с.с. 4, 53, 124 (посилання 176), 129, 160.
- ²¹⁰¹ Global Justice Center, [‘По за межами вбивства: Гендер, геноцид та зобов'язання за міжнародним правом](#)’ (грудня 2018 року), с. 34.
- ²¹⁰² МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Єлішич*, п. 47; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Серомба*, п. 176; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нахімана та ін.*, п. 524; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Мухімана*, п. 32; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Гакумбіці*, п. 40-41; МКТР, [Рішення апеляційного суду](#) у справі *Ру-таганди*, п. 525; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 523; МКТЮ, Рішення щодо клопотань захисту про виправдання у справі *Сікіріца та ін.*, п. 46; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 93.
- ²¹⁰³ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 93; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 496; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 252; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайеліелі*, п. 806; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Сімба*, п. 413.
- ²¹⁰⁴ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нйірамасухуко та ін.*, п. 5732; Див. також, МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Бізімунгу та ін.*, п. 1958; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Ндахімана*, п. 804.
- ²¹⁰⁵ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Бізімунгу та ін.*, п. 1974; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Каремера та Нгірумпатсе*, п. 1597-1598; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нйірамасухуко та ін.*, п. 6012; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Нзабонімана*, п. 1712.
- ²¹⁰⁶ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 523; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) *Ндіндабахізі*, п. 460; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 496; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нйірамасухуко та ін.*, п. 5732. Див. також, МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Бізімунгу та ін.*, п. 1958; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Ндахімана*, п. 804; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нйірамасухуко та ін.*, п. 1029.
- ²¹⁰⁷ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Єлішич*, п. 47. Див. також, МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Гатете*, п. 583; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нйірамасухуко та ін.*, п. 5732. Див. також, МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Бізімунгу та ін.*, п. 1958; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Ндахімана*, п. 804; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Каліманзіра*, п. 731; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мувуньї*, п. 29.
- ²¹⁰⁸ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 546-547, 594-595, 597; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 983;

- **Характер, тяжкість, масштаби та географічне охоплення** злочинів, вчинених проти членів групи, у тому числі застосована зброя та ступінь тілесних ушкоджень.²¹⁰⁹ Масштаби та інтенсивність сексуального насильства також можуть свідчити про умисел геноциду, особливо коли таке насильство призводить до того, що потерпілі “настільки травмовані, що більше не можуть розглядати можливість репродуктивних стосунків, навіть після повернення до своєї групи”.²¹¹⁰
- **Організація або планування діянь**, спрямованих на групу;²¹¹¹
- Використання принизливих висловлювань стосовно представників цільової групи та кількість потерпілих;²¹¹² та
- **Політична доктрина** (окреслена заходами, стратегією, промовами або проектами виконавця (виконавців)), яка призвела до злочинних діянь.²¹¹³

МКТР, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ НИРАМАСУХУКО ТА ІН, П. 5732 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО]

Судова практика визнає, що в більшості випадків умисел вчинити геноцид доводиться непрямими доказами. Такий умисел може бути встановлено за допомогою низки фактів та обставин, зокрема загального контексту, вчинення інших злочинних діянь, систематично спрямованих проти тієї самої групи, масштабів скоєних звірств, систематичного націлювання на потерпілих через їхню приналежність до певної групи або повторюваність руйнівних та дискримінаційних діянь. Докази обмеженої та вибіркової допомоги кільком особам, як правило, не перешкоджають обґрунтованому висновку про наявність умислу на вчинення геноциду. Якщо обвинувачення ґрунтується на непрямих доказах, будь-який висновок про те, що обвинувачений мав намір вчинити геноцид, має бути єдиним обґрунтованим висновком з усієї сукупності доказів.

- iii. Діяння було скоєно в контексті явної лінії схожої поведінки, спрямованої проти цієї групи, або діяння як таке могло призвести до такого знищення

1081. Конвенція про геноцид прямо не вимагає цього контекстуального елемента,²¹¹⁴ так само як і Статути або прецедентне право спеціальних (*ad hoc*) трибуналів

МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 93 МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Каліманзіра*, п. 731; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мувуньї*, п. 29.

²¹⁰⁹ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 523; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімані*, п. 496; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Ндіндабахізі*, п. 461; МКТР, [Рішення](#) щодо клопотань захисто про виправдання у справі *Сікіріці та ін.*, п. 94; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішеми та Рузіндани*, п. 93.

²¹¹⁰ Global Justice Center, ‘[По́за межами вбивства: Гендер, геноцид та зобов’язання за міжнародним правом](#)’ (грудня 2018 року), с. 35.

²¹¹¹ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Поповіча і ін.*, п. 1314-1318, 1399; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Нзабонімана*, п. 1527, 1538.

²¹¹² МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 93; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайілілі*, п. 806; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 253.

²¹¹³ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 524.

²¹¹⁴ [Конвенція про геноцид](#), Стаття 2; МКС, [Рішення за клопотанням прокуратури про надання дозволу на арешт](#) у справі *Аль Башира*, п. 117.

не вимагають наявності плану або стратегії як елементу злочину геноциду.²¹¹⁵ Отже, відповідно до них не має значення, чи міг геноцидальний акт становити будь-яку конкретну загрозу для існування групи, проти якої спрямовані діяння, або частини такої групи.²¹¹⁶

1082. Однак, Елементи злочинів МКС вимагають, щоб “діяння було скоєне в контексті очевидної системи подібних діянь, спрямованих проти цієї групи, або було діянням, яке саме по собі могло спричинити її знищення”.²¹¹⁷ Таким чином, на думку МКС, злочин геноциду має місце лише тоді, “коли загроза існуванню цільової групи або її частини стає конкретною і реальною, а не просто латентною або гіпотетичною”.²¹¹⁸

1083. Для цього необхідно, щоб:

- a. діяння виконавця мало місце в контексті інших діянь, які були масштабними, систематичними і такими, що слідувала аналогічній лінії (тобто, “явна лінія схожої поведінки”).²¹¹⁹ До них відносяться перші акти закономірності, яка стала очевидною лише згодом (тобто закономірність, що формується).²¹²⁰ Це об’єктивна кваліфікація.²¹²¹
- b. якщо не було явної лінії подібної поведінки, діяння повинно було мати характер і тяжкість, які самі по собі могли спричинити знищення групи. Іншими словами, поведінка виконавця повинна бути достатньо жорстокою, щоб знищити групу, повністю або частково, власними силами, наприклад, шляхом застосування зброї масового знищення.²¹²²
- c. виконавець повинен усвідомлювати, що діяння існувало в контексті явної лінії подібних діянь, спрямованих проти групи, або було діянням, яке саме по собі могло призвести до її знищення.²¹²³

1084. ККУ відповідає Конвенції про геноцид і прямо не містить цього контекстуального елементу. Отже, для встановлення злочину геноциду не потрібно доводити,

²¹¹⁵ Статут МКТЮ, Стаття 4; Статут МКТР, Стаття 2; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі Єлішича, п. 100; МКТР, [Рішення суду](#) у справі Акайесу, п. 520, 523. Див. також, МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Крстіча, п. 224; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі Поповіча і ін, п. 829. Див. також, МКС, [Рішення за клопотанням прокуратури про надання дозволу на арешт](#) у справі Аль Башира, п. 119

²¹¹⁶ МТКЮ, [Рішення суду](#) у справі Крстіча, п. 133; МКТР, [Рішення суду](#) у справі Акайесу, п. 498; МКТР, [Рішення суду](#) у справі Кайішема та Рузіндана, п. 170; МКС, [Рішення за клопотанням прокуратури про надання дозволу на арешт](#) у справі Аль Башира, п. 119.

²¹¹⁷ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 6(b); МКС, [Рішення за клопотанням прокуратури про надання дозволу на арешт](#) у справі Аль Башира, п. 123.

²¹¹⁸ МКС, [Рішення за клопотанням прокуратури про надання дозволу на арешт](#) у справі Аль Башира, п. 124.

²¹¹⁹ МКС, [Друге рішення щодо клопотання прокуратури про видачу ордеру на арешт](#) у справі Аль Башира, п. 16; МКС, [Рішення за клопотанням прокуратури про надання дозволу на арешт](#) у справі Аль Башира, Окрема та частково окрема думка судді Аніти Усацької, п. 19; Краєр та ін., *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 2ге Видання, Cambridge University Press, 2010 року, с. 218.

²¹²⁰ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 6, Вступ (a).

²¹²¹ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 6, Вступ (b).

²¹²² Оостервельд ін Лі (ред.) Міжнародний кримінальний суд — склад злочину, правила процедури та доказування, Piragoff, 2001 року, с. 46, п. 28.

²¹²³ Див. [Римський статут](#), Стаття 30(3).

що діяння відбулося в контексті явної лінії подібних діянь, спрямованих проти групи, або було діянням, яке само по собі могло спричинити її знищення.

2. Основоположні акти геноциду

1085. Конвенція про геноцид, Статут МКС та Статути спеціальних (*ad hoc*) трибуналів перераховують такі основні акти геноциду: вбивство членів групи; заподіяння серйозних тілесних ушкоджень або психічної шкоди групі; умисне створення для групи умов життя, розрахованих на повне або часткове фізичне знищення; запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей у групі; насильницька передача дітей групи до іншої групи.²¹²⁴

- а) Вбивство членів групи (Конвенція про геноцид, стаття 2(а); Статут МКС, стаття 6(а); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(а); Статут МКТР (стаття 2(2)(а))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Вчинення геноциду шляхом вбивства членів групи охоплюється поняттям "будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи" за статтею 442 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження виконавця за вчинення геноциду шляхом вбивства членів групи необхідно встановити наявність наступних елементів:

1. Об'єктивні елементи

- Виконавець убив одну або більше осіб.

2. Суб'єктивні елементи

- Виконавець мав умисел на вбивство однієї або більше осіб.

3. Контекстуальний елемент

- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.
- Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу.
- Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було діянням, яка сама по собі могла призвести до такого її знищення.

i. Сфера застосування за статтею 442

1086. Стаття 442 ККУ визначає "знищення членів будь-якої такої групи" як основний акт геноциду. Це формулювання охоплює ту саму поведінку, що й "вбивство членів групи" за Конвенцією про геноцид, Статутом МКС та Статутами спеціальних (*ad hoc*) трибуналів.²¹²⁵

²¹²⁴ Конвенція про геноцид, Стаття 2; Римський статут, Стаття 6; Статут МКТЮ, Стаття 4; Статут МКТР, Стаття 2.

²¹²⁵ Конвенція про геноцид, Стаття 2(а); Римський статут, Стаття 6(а); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(а); Статут МКТР,

1087. Об'єктивні та суб'єктивні сторони акту геноциду вбивства ідентичні воєнному злочину у вигляді умисного вбивства (див. [Розділ 1, частина I, пункт I.C.3.b](#))і. “Умисне вбивство (Статут МКТЮ, стаття 2(а); Статут МКС, стаття 8(2)(а)(і))” та злочину проти людяності у вигляді вбивства (див. [Розділ 1, Частина I, пункт IV.B.3.b](#)) “Злочин проти людяності — вбивство (Статут МКС, стаття 7(1)(а); Статут МКТЮ, стаття 5(а); Статут МКТР, стаття 3(а); Статут СССЛ, стаття 2(а))”.²¹²⁶

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ БРДАНІНА, П. 381

За винятком деяких незначних варіацій у формулюванні складових елементів злочину вбивства та умисного вбивства [...], практика цього Трибуналу послідовно визначає основні елементи цих злочинів наступним чином:

1. Потерпіла особа є мертвою;
2. Смерть була спричинена дією або бездіяльністю обвинуваченого, або особи чи осіб, за сукупність дій або бездіяльності яких обвинувачений несе кримінальну відповідальність; та
3. Дія або бездіяльність була вчинена обвинуваченим або особою чи особами, за дії або бездіяльності яких він несе кримінальну відповідальність, з умислом:
 - Вбити, або
 - Заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або серйозних поранень, завідомо усвідомлюючи, що така дія або бездіяльність могла спричинити смерть потерпілого.

ii. Визначення вбивства членів групи (об'єктивні елементи)

1088. Об'єктивна сторона цього акту геноциду вимагає, щоб виконавець вбив одну або більше осіб.²¹²⁷ Тобто, виконавець спричинив смерть потерпілій особі, прямо чи опосередковано, через дію чи бездіяльність.²¹²⁸ Повинні існувати докази результату (тобто смерті потерпілої особи)²¹²⁹ та поведінка виконавця повинна бути істотною причиною смерті потерпілої особи.²¹³⁰

1089. Вбивство **прямими** методами включає такі діяння, як розстріл, вбивство мачете, вбивство гранатою, артилерійський обстріл, що спричинив смерть, підпал, що спричинив смерть, і побиття, що спричинило смерть. Тоді як вбивство **непрямими** методами ширше охоплює смерть, що настала в результаті серйозних тілесних або психічних ушкоджень (див. також Стаття 6(b), нижче) або в результаті “умисного створення для групи умов життя, розрахованих на повне

Стаття 2(2)(а).

²¹²⁶ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданіна*, п. 381, 689.

²¹²⁷ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 6(а).

²¹²⁸ [Елементи злочинів МКС](#), п. 3; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Катанга і Чуй*, п. 287. Див. також, МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 739, де МТКЮ встановив, що значення “вбивства” як елементу геноциду є ідентичним матеріальним елементам інших подібних міжнародних злочинів, *наприклад*, воєнних злочинів та злочинів проти людяності, що включають акти “вбивства”.

²¹²⁹ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 542; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 688; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 514.

²¹³⁰ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Делалік та ін.*, п. 424.

або часткове її фізичне знищення”, таких як примусове утримання на жорсткій дієті, відмова в наданні медичної допомоги та систематичне вигнання (див. також Стаття 6(с), нижче).²¹³¹

1090. Самогубство може бути прирівняне до вбивства, якщо дії або бездіяльність виконавця “спонукали потерпілу особу до дій, які призвели до її смерті, і якщо її самогубство було очікуваним, або було таким, яке розсудлива людина могла передбачити як наслідок”.²¹³²
1091. Смерть потерпілої особи може бути встановлена шляхом виявлення та ідентифікації її тіла;²¹³³ однак “не обов’язково, щоб тіло потерпілої особи було знайдено, щоб довести, що вона померла”.²¹³⁴ Відповідно, непрямих доказів достатньо, за умови, що смерть потерпілої особи є єдиним обґрунтованим висновком, що випливає з доказів.²¹³⁵ Такі докази включають: відсутність контакту потерпілої особи з родиною або друзями; факт, що потерпілу особу востаннє бачили в районі, на який було скоєно напад; існування патерну поведінки жорстокого поводження виконавця (виконавців) з іншими потерпілими; збіг або близькість у часі смерті інших потерпілих.²¹³⁶

iii. Визначення вбивства членів групи (суб’єктивні елементи)

1092. Щодо суб’єктивної сторони необхідно встановити, що виконавець мав умисел.²¹³⁷ Щодо суб’єктивної сторони необхідно встановити, що виконавець мав умисел. Такий умисел буде доведено, якщо (1) виконавець умисно скоєв діяння або допустив бездіяльність (**умисел на діяння**) з метою спричинити смерть однієї або більше осіб, або коли він усвідомлював, що це станеться за звичайного перебігу подій (**умисел на наслідок**).²¹³⁸
1093. Необхідно, щоб виконавець мав намір вчинити діяння або бездіяльність, які спричинили смерть однієї чи більше осіб.²¹³⁹ Іншими словами, він свідомо діяв або бездіяв.²¹⁴⁰ Що стосується наслідків, тобто загибелі однієї або більше осіб,

²¹³¹ [Рішення суду](#) у справі Генеральний прокурор Ізраїлю проти Ейхмана, п. 196. Див. також, Global Justice Center, [‘Поза межами вбивства: Гендер, геноцид та зобов’язання за міжнародним правом’](#) (грудня 2018 року), с. 16.

²¹³² МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі Крноєлац, п. 329.

²¹³³ МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі Бемби, п. 132.

²¹³⁴ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі Халіловіч, п. 37.

²¹³⁵ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі Халіловіч, п. 37.

²¹³⁶ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі Лукіч і Лукіч, п. 904.

²¹³⁷ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(а) та (b); Див. також, МС ООН, [Рішення суду](#) у справі *Боснії проти Сербії*, застосування Конвенції про геноцид, п. 186; Коментар до статті 17 Проекту Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства 1996 року, Звіт КМП 1996 року, Щорічник Комісії міжнародного права ООН, 1996 року, Том II, Друга частина, с. 44, п. 5. Див. також, МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 515; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 447 МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 319; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Багілішема*, п. 55, 57-58; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мусема*, п. 155; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Рутаганди*, п. 49-50; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 103; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 500-501; Див. також, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 151.

²¹³⁸ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(а) та (b); МКС, [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 774, 781.

²¹³⁹ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(а).

²¹⁴⁰ МКС, [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 774.

то необхідно довести, що виконавець мав намір спричинити смерть або знав, що вона настане за умов звичайного перебігу подій.²¹⁴¹

1094. У спеціальних (*ad hoc*) трибуналах цей умисел тлумачився як “смерть потерпілої особи внаслідок дії або бездіяльності обвинуваченого, вчиненої з наміром вбити або заподіяти тяжкі тілесні ушкодження, які він/вона повинні були обґрунтовано усвідомлювати, як такі, що можуть призвести до смерті”²¹⁴², тобто це був ймовірний наслідок діяння або бездіяльності виконавця.²¹⁴³ МКС вимагає більш високий рівень доказування, а саме потрібно вставновлювати, що смерть настане майже напевно.²¹⁴⁴
1095. З огляду на те, що геноцид вже вимагає спеціального умислу виконавця знищити національну, етнічну, расову чи релігійну групу, повністю або частково, немає необхідності доводити додатковий елемент умислу щодо вбивства.²¹⁴⁵

²¹⁴¹ [Римський статут](#), Стаття 30(2).

²¹⁴² МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 485.

²¹⁴³ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 447-448. МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 485; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 381, 690; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Делалік та ін.*, п. 422-423; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Бласкіч*, п. 217; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Купрескіч*, п. 560-561; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Кордік і Серкез*, п. 235-236; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Квочка та ін.*, п. 132; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крноєлац*, п. 324; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Васільєвіч*, п. 205; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Налетіліч*, п. 248; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 747 з посиланням на параграфи 631, 584-587. Для юриспруденції МКТР, див. МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 140; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Баїлішема*, п. 84-85.

²¹⁴⁴ Див. МКС, [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 775-776.

²¹⁴⁵ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 515; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 319; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кайелілі*, п. 29; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нтагерура та ін.*, п. 664; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайелілі*, п. 813; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Сімба*, п. 414; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мувуньї*, п. 486.

- b) Заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (Конвенція про геноцид, стаття 2(b); Статут МКС, стаття 6(b); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(b); Статут МКТР (стаття 2(2)(b))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Акт геноциду у вигляді заподіяння тяжких тілесних і психічного розладу широко охоплюється формулюванням “заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень”, передбаченим статтею 442 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для притягнення виконавця до відповідальності за вчинення геноциду шляхом заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу необхідно встановити наявність наступних елементів:

1. Об'єктивні елементи

2. Виконавець заподіяв тяжкі тілесні ушкодження чи психічний розлад одній або кільком особам.

3. Суб'єктивні елементи

- Виконавець умисно заподіяв тяжкі тілесні ушкодження або психічні розлади одній чи кільком особам.

4. Контекстуальний елемент

- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової чи релігійної групи.
- Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу.
- Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було діянням, яка сама по собі могла призвести до її знищення.

i. Сфера застосування за статтею 442

1096. Стаття 442 ККУ передбачає, що злочин геноциду може бути скоєний шляхом “заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень”. Це формулювання в цілому охоплює ту саму поведінку, що й “заподіяння тяжких тілесних ушкоджень і психічного розладу”, яка кодифікована як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид, Статут МКС та Статутів спеціальних (*ad hoc*) трибуналів.²¹⁴⁶

1097. Тяжкі тілесні ушкодження, закріплені у статті 442, можна тлумачити як синонім серйозної шкоди, що міститься у міжнародному праві. Хоча стаття 442 прямо не згадує про психологічну шкоду, для того, щоб забезпечити тлумачення цього положення в контексті міжнародного права, фразу “тілесні ушкодження” слід розширити, щоб вона охоплювала також і психічну шкоду.

²¹⁴⁶ Конвенція про геноцид, Стаття 2; Римський статут, Стаття 6; Статут МКТЮ, Стаття 4; Статут МКТР, Стаття 2.

ii. Визначення тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (об'єктивні елементи)

1098. Об'єктивна сторона цього акту геноциду вимагає, щоб виконавець заподіяв тяжкі тілесні ушкодження або психічний розлад одній чи кільком особам.²¹⁴⁷ Для цього потрібне підтвердження результату.²¹⁴⁸
1099. Тілесні ушкодження передбачають заподіяння серйозної фізичної шкоди потерпілій особі.²¹⁴⁹ Це стосується “актів фізичного насильства, які завдають серйозної шкоди здоров'ю, спричиняють каліцтво або будь-яке серйозне ушкодження зовнішніх чи внутрішніх органів або органів чуття”.²¹⁵⁰ **Психічна шкода** полягає у заподіянні психологічної травми, що виходить за рамки “незначного або тимчасового порушення розумових здібностей”.²¹⁵¹ Це може бути викликано “заподіянням сильного страху, терору, залякування або погроз”.²¹⁵²
1100. Тілесні або психічні ушкодження повинні бути серйозними.²¹⁵³ Шкода повинна “виходити за рамки тимчасового нещастя, збентеження чи приниження і завдавати серйозної та довготривалої шкоди здатності людини вести нормальне та конструктивне життя”.²¹⁵⁴ При цьому не вимагається, щоб шкода була постійною або непоправною.²¹⁵⁵

²¹⁴⁷ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(b).

²¹⁴⁸ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 543; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Толіміра*, п. 737; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Поповіча і ін.*, п. 811; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 688; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 514.

²¹⁴⁹ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Камуханда*, п. 633; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 544.

²¹⁵⁰ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 109; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нтагерура та ін.*, п. 664; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 502; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 291; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 321.

²¹⁵¹ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 510; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Камуханда*, п. 633-634.

²¹⁵² МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Серомба*, п. 46; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайєлієлі*, п. 815; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 110; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 321.

²¹⁵³ МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Серомба*, п. 46; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайєлієлі*, п. 814; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 201; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 543; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крайсник*, п. 862.

²¹⁵⁴ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 201; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 543.

²¹⁵⁵ МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 320; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Рутаганди*, п. 51; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайєлієлі*, п. 815.

ТЕМАТИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ: ПРИКЛАДИ ТЯЖКИХ ТІЛЕСНИХ УШКОДЖЕНЬ І ПСИХІЧНОГО РОЗЛАДУ

Хоча не існує вичерпного переліку діянь, які можуть призводити до тяжких тілесних ушкоджень та психічних розладів, трибунали МКТР і МКТЮ визнали актами геноциду наведені нижче діяння:

- катування;²¹⁵⁶
- нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження;²¹⁵⁷
- сексуальне насильство, включно зі зґвалтуванням;²¹⁵⁸
- допити у поєднанні з побиттям;²¹⁵⁹
- погрози вбивством;²¹⁶⁰
- шкода, що спричиняє каліцтво або тяжкі тілесні ушкодження;²¹⁶¹
- психічна травма, спричинена захопленням у полон, викраденням або погрозами вбивством;²¹⁶²
- психічна травма, спричинена примусовим розлученням із сім'єю та примусовою депортацією;²¹⁶³ та
- психічна травма, спричинена обставинами, пов'язаними з сексуальним насильством.²¹⁶⁴

1101. Зґвалтування та інші форми сексуального насильства визнані МКТР та МКТЮ актами геноциду в силу того, що спричиняють серйозні тілесні та психічні ушкодження.²¹⁶⁵ У контексті геноциду в Руанді було визнано, що “сексуальне

²¹⁵⁶ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 690; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 108-109; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нтагерура та ін.*, п. 664; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 502; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 291; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 320.

²¹⁵⁷ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 690; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 108-109; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нтагерура та ін.*, п. 664; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 502; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 291; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 320.

²¹⁵⁸ Див. наприклад, [Рішення суду](#) у справі *Акаїєсу*, п. 731; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Камемера*, п. 1665-1668; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 516; МТКЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 513. Див. також, МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 108; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Серомба*, п. 46; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 37; МС ООН, [Рішення суду](#) у справі *Боснія і Герцеговина проти Сербії та Чорногорії*, п. 319.

²¹⁵⁹ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 690; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 108-109; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нтагерура та ін.*, п. 664; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 502; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 291; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 320.

²¹⁶⁰ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 690; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 108-109; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нтагерура та ін.*, п. 664; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 502; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 291; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 320.

²¹⁶¹ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 690; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 108-109; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Нтагерура та ін.*, п. 664; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Мухімана*, п. 502; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Гакумбіці*, п. 291; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Семанзи*, п. 320.

²¹⁶² МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 206; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Толіміра*, п. 754-755.

²¹⁶³ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Толіміра*, п. 756; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 209-210.

²¹⁶⁴ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Рукунд*, п. 388.

²¹⁶⁵ Див. наприклад, МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акаїєсу*, п. 731; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Камемера*, п. 1665-1668; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 516; МТКЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіча*, п. 513. Див.

насильство було невід'ємною частиною процесу знищення, спрямованого саме на жінок тутсі і безпосередньо сприяло їх знищенню та знищенню групи тутсі в цілому”.²¹⁶⁶ Більше того, сексуальне насильство було “кроком у процесі знищення” захищеної групи, а точніше “знищення духу, волі до життя і самого життя”.²¹⁶⁷ В Елементах злочинів МКС тепер чітко визнається, що серйозні тілесні та психічні ушкодження можуть включати зґвалтування та сексуальне насильство.²¹⁶⁸

МКТР, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ АКАЙЕСУ, П. 731-732

Що стосується, зокрема, актів [...] [зґвалтування і сексуального насильства], Палата хотіла б підкреслити той факт, що, на її думку, вони становлять геноцид так само, як і будь-який інший акт, якщо вони були вчинені з конкретним наміром знищити, повністю або частково, певну групу як таку. Дійсно, зґвалтування і сексуальне насильство, безумовно, є заподіянням серйозних тілесних ушкоджень і психічного розладу потерпілим особам і навіть, на думку Палати, є одним з найгірших способів заподіяння шкоди потерпілій особі, оскільки вона страждає як від тілесних, так і від психічних ушкоджень. У світлі всіх наявних у неї доказів, Палата переконана, що описані вище акти зґвалтування та сексуального насильства були вчинені виключно проти жінок тутсі, багато з яких зазнали найжорстокішого публічного приниження, були понівечені та зґвалтовані по декілька разів, часто публічно, у приміщеннях Бюро Комунальних послуг або в інших громадських місцях, і часто більш ніж одним виконавцем. Ці зґвалтування призводили до фізичного та психологічного знищення жінок тутсі, їх родин та їх громад. Сексуальне насильство було невід'ємною частиною процесу знищення, спеціально спрямованим на жінок тутсі і таким, що сприяло їхньому знищенню та знищенню групи тутсі в цілому.

iii. Визначення заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу (суб'єктивні елементи)

1102. Що стосується суб'єктивної сторони, то необхідно встановити, що у виконавця був умисел.²¹⁶⁹ Такий умисел буде доведено, якщо (1) виконавець умисно діяв або бездіяв (**умисел на діяння**) з метою заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу одній чи кільком особам або (2) усвідомлював, що це станеться за звичайного перебігу подій (**умисел на наслідок**).²¹⁷⁰

також, МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 108; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Серомба*, п. 46; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 37; МС ООН, [Рішення суду](#) у справі *Боснія і Герцеговина проти Сербії та Чорногорії*, п. 319.

²¹⁶⁶ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 731; МКТР, [Рішення та вирок суду](#) у справі *Камемера*, п. 1665-1668.

²¹⁶⁷ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 732.

²¹⁶⁸ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 6(b), п. 3.

²¹⁶⁹ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(а) та (b). Див. також, МС ООН, [Рішення суду](#) у справі *Боснії проти Сербії* щодо застосування Конвенції про геноцид, п. 186; Коментар до статті 17 Проекту Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства 1996 року, Звіт МПК 1996 року, Щорічник Комісії міжнародного права, 1996, Том II, Друга частина, с. 44, п. 5; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 543; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Толіміра*, п. 737; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Поповіча і ін.*, п. 811; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 690; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстича*, п. 513.

²¹⁷⁰ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(а) та (b); МКС, [Рішення суду](#) у справі *Катанга*, п. 774.

1103. Доведення умислу вимагає встановлення того, що виконавець мав намір вчинити діяння або бездіяльність, які спричинили тяжкі тілесні ушкодження або психічну шкоду життю.²¹⁷¹ Іншими словами, він/вона свідомо діяв(ла) або не діяв(ла).²¹⁷² Що стосується наслідків, тобто заподіяння особі або особам тяжких тілесних ушкоджень або психічної шкоди, то необхідно довести, що виконавець бажав настання цих наслідків або усвідомлював, що вони настануть за звичайного перебігу подій.²¹⁷³
1104. Що стосується усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, то МКС вимагає фактичної впевненості в тому, що вони матимуть місце.²¹⁷⁴ МКТЮ було визнано, що в разі, коли виконавець мав намір вбити потерпілих, а не заподіяти їм серйозних тілесних ушкоджень або психічної шкоди, “жахливі тілесні та психічні страждання тих небагатьох, хто вижив, очевидно, були природними і передбачуваними наслідками”.²¹⁷⁵

²¹⁷¹ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(а).

²¹⁷² МКС, [Рішення суду](#) у справі *Катанга*, п. 774.

²¹⁷³ [Римський статут](#), Стаття 30(2).

²¹⁷⁴ Див. МКС, [Рішення суду](#) у справі *Катанга*, п. 775-776.

²¹⁷⁵ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Крстіч*, п. 635.

- с) Створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення (Конвенція про геноцид, стаття 2(с); Статут МКС, стаття 6(с); Статут МКТЮ, стаття 4(2)(с); Статут МКТР (стаття 2(2)(с))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Акт геноциду через умисне створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення, охоплюється формулюванням “створення життєвих умов, спрямованих на повне або часткове фізичне знищення групи” зі статті 422 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для притягнення виконавця до відповідальності за злочин геноциду через створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення, необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Виконавець створив певні умови для життя однієї або кількох осіб.
- Умови життя були розраховані на повне або часткове фізичне знищення цієї групи.

2. Суб'єктивні елементи

- Виконавець мав умисел на створення певних умов життя для однієї або кількох осіб.
- Виконавець знав, що умови були розраховані на фізичне знищення групи.

3. Контекстуальний елемент

- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.
- Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу.
- Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті очевидної системи явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було поведінкоюдіянням, яка сама по собі могла призвести до такого її знищення.

i. Сфера застосування за статтею 442

1105. Стаття 442 ККУ серед геноцидальних актів називає “створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення”. Це формулювання охоплює ту саму поведінку, що й «створення життєвих умов, розрахованих на фізичне знищення», кодифіковане як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид, Статуту МКС та Статутів спеціальних (*ad hoc*) трибуналів.²¹⁷⁶

ii. Визначення створення умов життя (об'єктивні елементи)

1106. Об'єктивна сторона цього акту геноциду вимагає доведення того, що (1) виконавець створив певні умови життя для однієї чи більше осіб; і (2) умови життя були розраховані на повне або часткове фізичне знищення групи.²¹⁷⁷

²¹⁷⁶ Конвенція про геноцид, Стаття 2; Римський статут, Стаття 6; Статут МКТЮ, Стаття 4; Статут МКТР, Стаття 2.

²¹⁷⁷ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(с).

1107. **Виконавець створив певні умови для життя однієї або кількох осіб.** Згідно з Елементами злочинів МКС, “умови життя” передбачають, але не обмежуються, “умисним позбавленням ресурсів, необхідних для виживання, як-от продуктів харчування або медичних послуг, або систематичного виселення”.²¹⁷⁸ Ці умови, мають носити характер, який не призвів би до негайної смерті потерпілих, а, замість цього, до повільної смерті потерпілих протягом певного періоду часу.²¹⁷⁹
1108. Цей акт геноциду не вимагає доведення досягнутого результату, тобто не потрібно доводити, що умови фактично призводять до смерті або тяжких тілесних чи психічних ушкоджень.²¹⁸⁰ Якщо такою результатом досягнуто, то відповідним звинуваченням буде геноцид шляхом вбивства (, або геноцид шляхом заповідання тяжких тілесних чи психічних ушкоджень.²¹⁸¹

МКТЮ, РІШЕННЯ АПЕЛЯЦІЙНОГО СУДУ У СПРАВІ ТОЛІМІР, П. 228 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО]

[...]Підпункт (с) тієї ж статті [Стаття 4(2), Статут МКТЮ] має на меті охопити ті методи знищення, які не призводять до негайного вбивства членів групи, але які, в остаточному підсумку, спрямовані на їхнє фізичне знищення. Палати Трибуналу та Міжнародний суд ООН перерахували низку дій як приклади таких методів знищення, які потенційно можуть відповідати критеріям статті 4(2)(с) Статуту та статті II(с) Конвенції про геноцид, зокрема позбавлення їжі, медичної допомоги, притулку чи одягу, відсутність засобів гігієни, систематичне вигнання з домівок або примушування членів групи до надмірної праці чи фізичних навантажень. Слід зазначити, що вбивства, які прямо згадуються як окремий акт геноциду згідно зі статтею 4(2)(а) Статуту, не можуть розглядатися як метод створення умов життя для захищеної групи, розрахованих на її знищення згідно зі статтею 4(2)(с) Статуту.

²¹⁷⁸ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 6(с), п. 4.

²¹⁷⁹ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 505; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Рутаганди*, п. 52; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 225-226.

²¹⁸⁰ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 546; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Поповіча і ін.*, п. 814; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 691; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 517.

²¹⁸¹ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 546; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 227-228; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 905, п. 2255. Див. також рішення Єрусалимського окружного суду у справі *Ейхмана*, п. 196, що обмежує обвинувачення у створенні умов життя для євреїв, розрахованих на їхнє фізичне знищення, переслідуванням євреїв, які пережили Голокост, і постановляє, що євреїв, які не були врятовані, не слід включати, “ніби в їхньому випадку сталися два окремих діяння: спочатку створення умов життя, розрахованих на їхнє фізичне знищення, а згодом саме фізичне знищення”.

ТЕМАТИЧНЕ ДОСЛІДЖЕННЯ: ПРИКЛАДИ ПЕВНИХ УМОВ ЖИТТЯ

Хоча не існує вичерпного переліку діянь, які можуть створювати певні умови життя, практика МКТР та МКТЮ розглядає наступні діяння як такі, що можуть створювати відповідні умови:²¹⁸²

- Позбавлення достатньої кількості їжі і води;
- Систематичне виселення членів групи з їхніх осель або депортація;
- Відсутність належного житла;
- Відсутність достатньої кількості одягу, предметів санітарії та гігієни;
- Умови тримання під вартою, включно із сильною перенаселеністю, позбавленням їжі та відсутністю доступу до медичної допомоги;
- Надмірна робота або фізичне навантаження; або
- Відмова в праві на медичне обслуговування.

Хоча зґвалтування та сексуальне насильство історично не переслідувалися як “умови життя, розраховані на фізичне знищення групи”,²¹⁸³ в одній справі, що розглядалася МКТР, зґвалтування було визнано такою умовою.²¹⁸⁴ Міжнародний суд ООН також вказав, що зґвалтування може бути умовою життя, розрахованою на фізичне знищення групи.²¹⁸⁵

1109. **Умови життя були розраховані на повне чи часткове фізичне знищення цієї групи.** Цей елемент передбачає, що умови життя, створені виконавцем, хоча не призвели до негайного знищення членів групи, але були розраховані на їх фізичне знищення.²¹⁸⁶

1110. “Фізичне знищення” групи означає фактичне знищення групи (наприклад, шляхом спричинення смерті її членів), на відміну від “знищення національної, мовної, релігійної, культурної чи іншої ідентичності групи”.²¹⁸⁷ Однак, для

²¹⁸² Елементи злочинів МКС, Стаття 6(с), п. 4; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 225-226; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 115-116; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 506; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Рутаганди*, п. 52; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 691, 912, 920, 928; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 517; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 547; МКТЮ, *Караджіч Рішення за правилом 98*, п. 49; МС ООН, [Рішення суду](#) у справі *Хорватії проти Сербії* щодо застосування Конвенції про геноцид, п. 161.

²¹⁸³ Global Justice Center, [‘Поza межами вбивства: Гендер, геноцид та зобов’язання за міжнародним правом’](#) (грудня 2018 року), с. 25.

²¹⁸⁴ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 115-116.

²¹⁸⁵ Міжнародний суд ООН підтвердив, що зґвалтування може бути умовою для застосування [Конвенції про геноцид](#), Стаття 2(с). Однак у [Рішенні суду](#), де це твердження було підтверджено, було недостатньо доказів. МС ООН, [Рішення суду](#) у справі *Республіки Хорватії проти Республіки Сербії*, п. 362-364; Global Justice Center, [‘Поza межами вбивства: Гендер, геноцид та зобов’язання за міжнародним правом’](#) (грудня 2018 року), с. 25.

²¹⁸⁶ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 228; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 546. Зауважте, що термін ‘розраховані’ (“не є посиланням на *mens rea* виконавця — умови цілком могли бути розраховані третьою стороною з метою досягнення такого ефекту (наприклад, у разі, коли військовий командир наказує виконавцю призначити недостатню дієту ув’язненим). Цей аспект, пов’язаний з характером умов, є непрямим елементом; виконавець повинен був знати про нього, як це визначено в статті 30(3) Статуту МКС”): Кламберг, Коментар до права Міжнародного кримінального суду, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017 року.

²¹⁸⁷ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 518. Див. також, МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*,

кваліфікації діяння як злочину геноциду у вигляді створення умов життя,²¹⁸⁸ немає необхідності доводити, що діяння дійсно призвело до фізичного знищення групи.²¹⁸⁹

1111. При визначенні того, чи були умови життя розраховані на фізичне знищення, особливо за відсутності прямих доказів умислу виконавця, судді повинні враховувати, чи існувала “об’єктивна ймовірність того, що ці умови призведуть до фізичного знищення групи”, шляхом оцінки:²¹⁹⁰

- Характеру умов, що створюються;
- Тривалості часу, протягом якого члени групи знаходилися в таких умовах;
- Характеристик групи, як-от її вразливості; та
- Сукупного впливу умов на потерпілих.

iii. Визначення певних умов життя (суб’єктивні елементи)

1112. Суб’єктивна сторона вимагає, щоб виконавець діяв з **умислом і усвідомленням**. Такий умисел і усвідомлення будуть доведені, якщо виконавець: (1) свідомо діяв або бездіяв (**умисел на діяння**), щоб створити небезпечні умови життя, або усвідомлював, що небезпечні умови для життя виникнуть за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідків**);²¹⁹¹ та (2) усвідомлював, що створені ним умови були розраховані на фізичне знищення групи осіб (**усвідомлення обставин**).²¹⁹²

1113. **Умисні діяння або бездіяльність виконавця були спрямовані на те, щоб створити умови життя, або коли він/вона усвідомлював(ла), що умови життя виникнуть за звичайного перебігу подій.** Термін “умисне створення для групи умов життя”, який міститься в Конвенції про геноцид, Статуті МКС та Статутах спеціальних (*ad hoc*) трибуналів, підтверджує, що умисел є відповідним стандартом суб’єктивної сторони (*mens rea*) для цього злочину.²¹⁹³

1114. Умисел на діяння означає, що виконавець мав намір здійснити дії або бездіяльність, які створили такі умови життя.²¹⁹⁴ Іншими словами, він/вона свідомо діяв(ла) або бездіяв(ла).²¹⁹⁵ Що стосується умислу на наслідки, тобто того, що “

п. 225-226.

²¹⁸⁸ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 225-226; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 547

²¹⁸⁹ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 225-226; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 546; МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Стакіча*, п. 517.

²¹⁹⁰ МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Брданін*, п. 906, 970-971 (п. 2444); МКТЮ, [Рішення суду](#) у справі *Караджіча*, п. 548; [Рішення суду](#) у справі Генерального прокурора Ізраїлю проти Ейхмана, п. 129-130.

²¹⁹¹ [Римський статут](#), Стаття 30(2).

²¹⁹² [Римський статут](#), Стаття 30(3).

²¹⁹³ [Конвенція про геноцид](#), Стаття 2(с); [Римський статут](#), Стаття 6(с); [Статут МКТЮ](#), Стаття 4(2)(с); [Статут МКТР](#), Стаття 2(2)(с). Див. також, МС ООН, [Рішення суду](#) у справі *Боснії проти Сербії*, застосування Конвенції про геноцид, п. 186; Коментар до статті 17 проекту Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства 1996 року, Звіт МПК 1996 року, Щорічник Комісії міжнародного права ООН, 1996, Том II, Друга частина, с. 44, п. 5.

²¹⁹⁴ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(а).

²¹⁹⁵ МКС, [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 774.

умови для життя виникнуть за звичайного перебігу подій ”,²¹⁹⁶ необхідно також довести, що виконавець мав необхідний умисел, тобто що він мав намір спричинити наслідки або усвідомлював, що вони настануть за звичайного перебігу подій.²¹⁹⁷ МКС вимагає, щоб виконавець майже напевно розумів, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій.²¹⁹⁸

1115. **Виконавець знав про те, що існують умови, розраховані на фізичне знищення групи.** Вимога про те, що умови життя були *розраховані* на знищення групи, не стосується умислу безпосереднього виконавця, оскільки умови життя для знищення групи могли створюватися третьою особою (наприклад, коли військовий командир наказав виконавцю запровадити недостатній раціон харчування для затриманих).²¹⁹⁹ Скоріше, характер умов є обставиною,²²⁰⁰ а це, в свою чергу, вимагає, щоб безпосередній виконавець про сам факт створення таких обставин.²²⁰¹

²¹⁹⁶ Кламберг, Коментар до права Міжнародного кримінального суду, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017 року, с. 26.

²¹⁹⁷ [Римський статут](#), Стаття 30(3).

²¹⁹⁸ Див. МКС, [Рішення суду](#) у справі *Катанги*, п. 775-776.

²¹⁹⁹ Кламберг, Коментар до права Міжнародного кримінального суду, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017 року, с. 27.

²²⁰⁰ Кламберг, Коментар до права Міжнародного кримінального суду, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017 року, с. 27.

²²⁰¹ [Римський статут](#), Стаття 30(3).

- d) Геноцид шляхом вжиття заходів, спрямованих на запобігання народжуваності (Конвенція про геноцид, Стаття 2(d); Статут МКС, Стаття 6(d); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(d); Статут МКТР (Стаття 2(2)(d))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Акт геноциду у вигляді запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей, охоплюється формулюванням “скорочення дітонородження чи запобігання йому в групі” за статтею 442 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження виконавця за злочин геноциду у вигляді запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей, необхідно встановити такі елементи:

1. Об’єктивні елементи

- Виконавець застосував певні заходи до однієї або кількох осіб.
- Заходи, що були застосовані, були спрямовані на запобігання народженню дітей у цій групі.

2. Суб’єктивні елементи

- Виконавець мав умисел застосувати певні заходи до однієї або кількох осіб.
- Виконавець знав, що заходи, які застосовуються, мають на меті запобігти народженню дітей у цій групі.

3. Контекстуальні елементи

- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.
- Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову чи релігійну групу.
- Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти групи, або було діянням, яка сама по собі могло призвести до її знищення.

i. Сфера застосування за статтею 442

1116. Стаття 442 ККУ визначає геноцид як “скорочення дітонородження чи запобігання йому в групі”. Це формулювання охоплює в цілому ті самі дії, що й “застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей”, які кодифіковані як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид, Статуту МКС та Статутів спеціальних (*ad hoc*) трибуналів.²²⁰²

²²⁰² Конвенція про геноцид, Стаття 2(d); Римський статут, Стаття 6(d); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(d); Статут МКТР, Стаття 2(2)(d).

ii. Визначення застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей (об'єктивний елемент)

1117. Об'єктивні елементи цього акту геноциду вимагають, щоб (1) виконавець застосував певні заходи до однієї чи більше осіб; та (2) ці заходи були спрямовані на запобігання народженню дітей у групі.²²⁰³
1118. **Виконавець застосував певні заходи до однієї або декількох осіб.** Такі заходи можуть бути як фізичними, так і психічними:
- **Фізичні заходи** передбачають: примусову стерилізацію; каліцтво статевих органів; примусовий контроль над народжуваністю; примусові аборти; сегрегація статей; і перешкоди до вступу в шлюб.²²⁰⁴
 - **Психічні заходи** це ті, які можуть залишити фізичну здатність потерпілої особи до народження дітей недоторканою, але мають психічні наслідки, які заважають їм робити це в результаті травматичного досвіду.²²⁰⁵
1119. Запроваджені заходи були спрямовані на запобігання народжуваності в цій групі. Характер заходу (тобто умисел запобігти народженню дітей у групі) є непрямим елементом і може стосуватися умислу третьої сторони, а не безпосереднього виконавця злочину.²²⁰⁶
1120. Про такий умисел можна зробити висновок з характеру застосованих заходів (тобто фізичних або психологічних заходів, описаних у першому елементі), або з обставин, за яких вони були застосовані.²²⁰⁷ Наприклад, у патріархальних суспільствах, де членство в групі визначається за батьківською лінією, зґвалтування з метою умисного запліднення жінки членом іншої групи буде відповідати цьому елементу.²²⁰⁸ Аналогічно, зґвалтування може мати на меті запобігти народженню дітей, коли “зґвалтована особа згодом відмовляється від дітонародження. Так само, як і члени групи можуть бути змушені через погрози або травму відмовитися від дітонародження”.²²⁰⁹

²²⁰³ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(d).

²²⁰⁴ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 507; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Рулаганди*, п. 53; Документ ООН E/623/Add.2; Документ ООН E/447, с. 26; Документ ООН A/C.6/SR.82; Трифтерер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє Видання, С.Н. Веєк, Нарт, Nomos, 2016 року, с. 139.

²²⁰⁵ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 507-508.

²²⁰⁶ Кламберг, Коментар до права Міжнародного кримінального суду, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017 року, с. 27.

²²⁰⁷ Див. як правило, на умисел, що впливає з обставин: МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 523; МКТЮ, [Рішення щодо клопотань захисту про виправдання](#) у справі *Сікіріца та ін.*, п. 46; МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Кайішема та Рузіндана*, п. 93. Див. також, МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 507, який аналізував заходи, спрямовані на запобігання народжуваності, в контексті “патріархальних суспільств”.

²²⁰⁸ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 507.

²²⁰⁹ МКТР, [Рішення суду](#) у справі *Акайесу*, п. 508.

МКТР, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ АКАЙЕСУ, П. 507-508 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО]

Для цілей тлумачення статті 2(2)(d) Статуту [МКТР] Палата вважає, що заходи, спрямовані на запобігання народжуваності дітей в групі, повинні тлумачитися як статеві каліцтва, практика стерилізації, примусовий контроль народжуваності, розділення статей і заборона шлюбів. У патріархальних суспільствах, де приналежність до групи визначається особою батька, прикладом заходу, спрямованого на запобігання народженню дітей у групі, є випадок, коли під час зґвалтування жінку згаданої групи умисно запліднює чоловік з іншої групи з наміром змусити її народити дитину, яка в результаті не буде належати до групи своєї матері.

Крім того, Палата зазначає, що заходи, спрямовані на запобігання народженню дитини в групі, можуть бути як фізичними, так і психологічними. Наприклад, зґвалтування може бути заходом, спрямованим на запобігання народженню дітей, якщо зґвалтована особа згодом відмовляється від дітонородження. Так само, як члени групи можуть бути змушені через погрози або травмування відмовитися від дітонородження.

iii. Визначення застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей (суб'єктивний елемент)

1121. Суб'єктивна сторона вимагає, щоб виконавець діяв з **умислом і усвідомленням**. Такий умисел і усвідомлення будуть доведені, якщо виконавець: (1) свідомо діяв або бездіяв (**умисел на діяння**), щоб спричинити ці наслідки, або усвідомлював, ці наслідки можуть виникнути за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідків**);²²¹⁰ та (2) виконавець усвідомлював ту обставину, що умови були спрямовані на запобігання народженню дітей у групі (**усвідомлення обставин**).²²¹¹
1122. **Виконавець умисно діяв або бездіяв, щоб спричинити ці заходи, або знав, що ці заходи відбудуться за звичайного перебігу подій.** Застосування певних заходів передбачає як діяння, так і наслідки.
1123. Щодо діяння, то необхідно встановити, що виконавець *мав намір* вчинити дії або бездіяльність, які спричинили такі умови життя.²²¹² Іншими словами, він умисно діяв або бездіяв.²²¹³ Стосовно наслідків, тобто того, що заходи були застосовані до групи, необхідно довести, що злочинець мав намір вжити ці заходи або знав, що вони настануть за звичайного перебігу подій.²²¹⁴ МКС вимагає високого рівня впевненості у тому, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій.²²¹⁵
1124. **Виконавець знав, що заходи спрямовані на запобігання народженню дітей у групі.** Вимога про те, що заходи були *умисно* спрямовані на запобігання народ-

²²¹⁰ Римський статут, Стаття 30(2).

²²¹¹ Римський статут, Стаття 30(3).

²²¹² Римський статут, Стаття 30(2)(а).

²²¹³ МКС, Рішення суду у справі Катанги, п. 774.

²²¹⁴ Римський статут, Стаття 30(2).

²²¹⁵ Див. МКС, Рішення суду у справі Катанги, п. 775-776.

женню дитини в групі, є непрямим елементом, який може стосуватися умислу третьої особи (окрім виконавця).²²¹⁶ Отже, необхідним суб'єктивним елементом для виконавця є те, що він принаймні знав про цю обставину, тобто усвідомлював, що ця обставина існує (тобто, що заходи були спрямовані на запобігання народженню дитини).²²¹⁷

- е) Геноцид шляхом примусового переміщення дітей (Конвенція про геноцид, Стаття 2(е); Статут МКС, Стаття 6(е); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(е); Статут МКТР (Стаття 2(2)(е))

ЗАСТОСОВНІСТЬ. Акт геноциду у вигляді насильницького переміщення дітей охоплюється формулюванням “насильницька передача дітей з однієї групи в іншу” згідно зі статтею 442 ККУ.

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для притягнення виконавця до відповідальності за вчинення злочину геноциду у вигляді насильницького переміщення дітей необхідно встановити наступні елементи:

1. Об'єктивний елемент

- Виконавець насильно перемістив одну або більше осіб.
- Переміщення відбувалося від цієї групи [тобто національної, етнічної, расової чи релігійної групи] до іншої.
- Особа або особи не досягли 18-річного віку.

2. Суб'єктивний елемент

- Виконавець знав або повинен був знати, що особа або особи не досягли 18-річного віку.
- Виконавець умисно насильно переміщував одну або більше осіб.
- Виконавець умисно переводив осіб з однієї захищеної групи в іншу або знав, що це станеться за звичайного перебігу подій.

3. Контекстуальний елемент

- Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи.
- Виконавець мав намір умисно знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу.
- Тільки для МКС:
 - Діяння мало місце в контексті явної лінії подібної поведінки, спрямованої проти групи, або було діянням, яка сама по собі могло призвести до її знищення.

і. Сфера застосування за статтею 442

1125. Стаття 442 ККУ серед геноцидальних актів називає “насильницьку передачу дітей з однієї групи в іншу”. Це формулювання охоплює ту саму поведінку, що

²²¹⁶ Кламберг, Коментар до права Міжнародного кримінального суду, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2017 року, с. 27.

²²¹⁷ Римський статут, Стаття 30(3).

й “наси́льницька передача дітей”, яка кодифікована як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид, Статуту МКС та Статуту спеціального (*ad hoc*) трибуналу.²²¹⁸

ii. Визначення примусового переміщення дітей (об’єктивний елемент)

1126. Об’єктивні елементи цього акту геноциду полягають у тому, що (1) виконавець насильно перемістив одну чи більше осіб; (2) переміщення відбувалося з однієї групи [тобто національної, етнічної, расової чи релігійної групи] в іншу; та (3) особа чи особи не досягли 18-річного віку.²²¹⁹
1127. **Виконавець примусово перемістив одну чи кілька осіб.** Цей елемент вимагає підтвердження результату, тобто того, що особу або осіб було фактично переміщено. Термін “примусово” (наси́льно) не обмежується фізичною силою, але може включати погрозу застосування сили або примусу, наприклад, викликану страхом перед насильством, примусом, затриманням, психологічним пригніченням або зловживанням владою щодо такої особи або осіб або іншої особи, або шляхом використання середовища примусу.²²²⁰ Таким чином, це положення санкціонує як прямі акти насильницького фізичного переміщення, так і “акти погроз або травмування, які призводять до насильницького переміщення дітей з однієї групи в іншу”.²²²¹

МКТР, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ РУТАГАНДА, П. 54

Палата вважає, що положення статті 2(2)(е) Статуту [МКТР] про насильницьке переміщення дітей з однієї групи в іншу спрямовані на покарання не тільки за безпосередній акт насильницького фізичного переміщення, а й за будь-які акти погроз або травмування, які можуть призвести до насильницького переміщення дітей з однієї групи в іншу.

1128. **Переміщення з однієї захищеної групи до іншої.**²²²² Це положення спрямоване на запобігання вилученню та відчуженню дітей від їхньої власної групи. Дійсно, при переміщенні в іншу групу діти ростуть окремо від своєї власної групи і вони втрачають зв’язок з культурною самобутністю групи, включно з мовою і традиціями, що ставить під загрозу соціальне існування даної групи.²²²³ Крім того, біологічне існування групи перебуває під загрозою, оскільки переміщенні діти, швидше за все, не будуть розмножуватися у своїй власній групі.²²²⁴ Пере-

²²¹⁸ Конвенція про геноцид, Стаття 2(е); Римський статут, Стаття 6(е); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(е); Статут МКТР, Стаття 2(2)(е).

²²¹⁹ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(е).

²²²⁰ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(е), п. 5.

²²²¹ МКТР, Рішення суду у справі Акайесу, п. 509; МКТР, Рішення суду у справі Рутаганди, п. 54. МКТР, Рішення суду у справі Кайішема та Рузіндана, п. 118.

²²²² Конвенція про геноцид, Стаття 2(е); Римський статут, Стаття 6(е); Статут МКТЮ, Стаття 4(2)(е); Статут МКТР, Стаття 2(2)(е).

²²²³ Верле та Йессбергер, Принципи міжнародного кримінального права, Oxford University Press, 2020 року, с. 307.

²²²⁴ Верле та Йессбергер, Принципи міжнародного кримінального права, Oxford University Press, 2020 року, с. 307.

міщення, здійснювані всередині однієї і тієї ж групи, виходять за рамки цієї заборони.

1129. **Особа або особи були віком до 18 років.** Це може бути встановлено за допомогою ідентифікаційних документів, що засвідчують особу потерпілого, або офіційних державних записів (реєстрів). Це також може бути допущено з їх зовнішнього вигляду, загального фізичного розвитку (наприклад, таких факторів, як зріст і голос) і загальної поведінки.²²²⁵

iii. Визначення примусового переміщення дітей (суб'єктивний елемент)

1130. Суб'єктивні елементи цього злочину геноциду вимагають, щоб виконавець: (1) знав або повинен був знати, що особа або особи не досягли 18-річного віку (**усвідомлення**); (2) умисно діяв або бездіяв (**умисел на діяння**) з метою насильницького переміщення однієї або більше осіб, або усвідомлював, що ці дії відбудуться за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідків**); та (3) мав намір перемістити осіб з однієї захищеної групи до іншої або усвідомлював, що це відбудеться за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідків**).
1131. **Виконавець знав або повинен був знати, що особа чи особи не досягли 18 років.** Елементи злочинів МКС встановлюють, що для цього елемента достатньо більш низького стандарту суб'єктивної сторони, ніж усвідомлення. Це означає, щоб виконавець “повинен був знати”, що переміщенні особи були молодше 18 років.²²²⁶ Це може мати значення у ситуаціях, коли, наприклад, виконавцю не вистачало фактичних знань про вік потерпілих, оскільки він не діяв з достатньою обачністю у відповідних обставинах.²²²⁷ У цьому сенсі тягар встановлення віку осіб, що зазнали насильного переміщення, лежить на виконавцеві.²²²⁸ Існування практики насильницької передачі дітей у віці до 18 років достатньо, щоб виконавці розуміли, що існує значна ймовірність того, що потерпіла особа була молодше 18 років.²²²⁹
1132. **Виконавець умисно діяв або бездіяв з метою насильницького переміщення однієї або більше осіб, або знав, що такі заходи відбудуться в умовах звичайного перебігу подій.** Насильницьке переміщення однієї або більше осіб передбачає як поведінку, так і наслідок.
1133. Умисел на діяння передбачає, що виконавець мав намір вчинити діяння або бездіяльність, які призвели до насильницького переміщення потерпілих осіб.²²³⁰ Іншими словами, він обдуманно діяв або бездіяв.²²³¹ Що стосується наслідку, тобто того, що потерпілі були насильно переміщені, необхідно довести, що

²²²⁵ МКС, [Рішення суду](#) у справі Лубанга, п. 641.

²²²⁶ [Елементи злочинів МКС](#), Стаття 6(е), 5ий елемент.

²²²⁷ Див. також, *mutatis mutandis*, МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі Катанга і Чуй, п. 252(ii).

²²²⁸ Див. також, *mutatis mutandis*, СССЛ, [Рішення суду](#) у справі Сесай та ін., п. 1704.

²²²⁹ Див. також, *mutatis mutandis*, СССЛ, [Рішення суду](#) у справі Сесай та ін., п. 1745.

²²³⁰ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(а).

²²³¹ МКС, [Рішення суду](#) у справі Катанги, п. 774.

виконавець мав намір спричинити насильницьке переміщення або знав, що особа або особи будуть насильно переміщені за звичайного перебігу подій.²²³²

1134. **Виконавець мав намір перевести осіб з однієї захищеної групи в іншу або знав, що це станеться за умов звичайного перебігу подій.** Переведення осіб з однієї групи в іншу є наслідком, а отже, вимагає наявності умислу у виконавця. Іншими словами, виконавець повинен був мати на увазі переведення з однієї захищеної групи в іншу або усвідомлювати, що це станеться за звичайного перебігу подій.²²³³

²²³² [Римський статут](#), Стаття 30(2)(b).

²²³³ [Римський статут](#), Стаття 30(2)(b).

IV. Злочини проти людяності

A. Актуальність принципів міжнародного права для судового розгляду злочинів проти людяності в Україні

1. Злочини проти людяності за міжнародним правом

1135. Наразі українське законодавство не встановлює кримінальну відповідальність за злочини проти людяності.²²³⁴ Однак, ймовірно, в майбутньому (або через набуття чинності законопроекту про криміналізацію злочинів проти людяності в українському законодавстві²²³⁵ та інших законодавчих ініціатив, або через можливе створення гібридного механізму з юрисдикцією щодо злочинів проти людяності) українські судді можуть будуть залучені до винесення рішень щодо таких злочинів.
1136. У цьому розділі розглядається застосовність відповідних міжнародних інструментів, що кодифікують злочини проти людяності. Ці інструменти включають Статут Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МКТЮ), Статут Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди (МКТР), а також Статут Міжнародного кримінального суду (МКС).
1137. Для оцінки застосовності цих міжнародних інструментів для України, у цьому розділі (1) надано огляд статусу злочинів проти людяності в міжнародному праві та характеру відповідних міжнародних інструментів; і (2) оцінено, якою мірою такі інструменти можуть бути застосовані в українському судочинстві.

а) Поняття та структура злочинів проти людяності

1138. Злочини проти людяності — це набір заборонених міжнародним кримінальним правом діянь (основні діяння), які вчиняються в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення (контекстуальний елемент). Існування широкомасштабного або систематичного нападу та зв'язок між цим нападом і відповідним діянням відрізняє злочини проти людяності від загальнокримінальних злочинів.

і. Ідентифікація та класифікація злочинів проти людяності в міжнародному праві

1139. Спеціального міжнародного договору щодо злочинів проти людяності не існує, на відміну від, наприклад, геноциду (див. [Розділ 1, частина I, пункт III. “Гено-](#)

²²³⁴ Деякі злочини, які за певних обставин можуть становити злочин проти людяності (наприклад, умисне вбивство, зґвалтування або насильницьке зникнення), містяться у Кримінальному кодексі України (КК України) як загальнокримінальні злочини. Однак наразі вони не вимагають доведення контекстуальних елементів злочинів проти людяності (тобто того, що діяння відбувалося в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого на цивільне населення).

²²³⁵ Наприклад, Законопроект № 7290, якщо він набере чинності, запровадить категорію злочинів проти людяності, передбачену статтею 442-1 КК України.

цид”) та воєнних злочинів (див. [Глава 1, частина I, пункт I. “Воєнні злочини”](#)). Однак міжнародне звичаєве право та різні міжнародні інструменти та інституції розвинули і розширили класифікацію злочинів проти людяності та їх юридичні елементи. Зокрема, міжнародні кримінальні трибунали відіграли важливу роль у розвитку права злочинів проти людяності завдяки своїм статутам і судовій практиці. У їх практиці було поступово розроблено правову базу, спрямовану на визначення конкретних порушень, які кваліфікуються як злочини проти людяності, та елементів цих злочинів. МКС відображає новітній консенсус щодо злочинів проти людяності.

1140. 1945: Статут Нюрнберзького трибуналу. Прийняття Статуту Нюрнберзького трибуналу було однією з перших спроб визначити злочини проти людяності, які, як стверджується, вже існували у звичаєвому міжнародному праві.²²³⁶ Стаття 6(с) Статуту визначила злочини проти людяності як “умисне вбивство, винищення, оборнення в рабство, депортація та інші нелюдські діяння, вчинені проти будь-якого цивільного населення до або під час війни, або переслідування за політичними, расовими чи релігійними мотивами при виконанні або у зв’язку з будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Трибуналу, незалежно від того, чи порушували вони внутрішнє законодавство країни, де вони були вчинені, чи ні.”²²³⁷
1141. 1950: Нюрнберзькі принципи. Визначення злочинів проти людяності, що міститься у статті 6(с) Статуту Нюрнберзького трибуналу, було згодом включено до так званих Нюрнберзьких принципів (Принцип VI(с)), розроблених Комісією міжнародного права (КМП) на запит Генеральної Асамблеї ООН.²²³⁸ Нюрнберзькі принципи вважаються такими, що відображають міжнародне звичаєве право.²²³⁹
1142. 1954-1996: Проект Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства. Після того, як КМП підготувала доповідь про Нюрнберзькі принципи, вона також підготувала проект “Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства” в 1954 році і представила його в 1991 році (і його перегляд у 1996 році).²²⁴⁰ Однак цей кодекс так і не став міжнародним інструментом.²²⁴¹
1143. 1968: Конвенція ООН про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності. Стаття I(b) Конвенції включає визначення злочинів

²²³⁶ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут МКС Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-е видання, Бек Харт, 2016 р., с. 154; Робінсон, [Визначення «злочинів проти людства» на Римській конференції](#), том. 93, Cambridge University Press, 1999, стор. 44.

²²³⁷ [Статут Нюрнберзького Трибуналу](#), Стаття 6(с).

²²³⁸ КМП, [Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу та рішеннях Трибуналу](#), Том II, 1950 року, п. 97.

²²³⁹ Кассезе, [Підтвердження принципів міжнародного права, визнаних Статутом Нюрнберзького трибуналу](#), United Nations, 2009 року, с. 5.

²²⁴⁰ КМП, [‘Проект Кодексу злочинів проти миру та безпеки людства’ \(1996\) UNGA 48a](#) Сесія.

²²⁴¹ Робінсон, [Визначення “злочинів проти людяності” на Римській конференції](#), Том 93, Cambridge University Press, 1999 року, с. 45.

проти людяності, що міститься в Статуті Нюрнберзького трибуналу.²²⁴² Україна ратифікувала цю Конвенцію.²²⁴³

1144. 1993/1994: Статути та практика МКТЮ і МКТР. “Злочини проти людяності” отримали більш широке визначення з прийняттям статутів МКТЮ та МКТР у 1993 та 1994 роках відповідно. Стаття 5 Статуту МКТЮ визначає злочини проти людяності як такі діяння: (а) умисне вбивство; (б) винищення; (в) оборнення в рабство; (г) депортація; (д) ув’язнення; (е) катування; (ж) зґвалтування; (з) переслідування за політичними, расовими та релігійними мотивами; (і) інші нелюдські діяння, вчинені під час збройного конфлікту, незалежно від його міжнародного чи внутрішнього характеру, і спрямовані проти будь-якого цивільного населення.²²⁴⁴ Стаття 3 МКТР формулює злочини проти людяності як такі діяння: (а) умисне вбивство; (b) винищення; (c) оборнення в рабство; (d) депортація; (e) ув’язнення; (f) катування; (g) зґвалтування; (h) переслідування за політичними, расовими та релігійними мотивами; та (і) інші нелюдські акти, коли вони вчиняються в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на будь-яке цивільне населення за національними, політичними, етнічними, расовими або релігійними мотивами.²²⁴⁵
1145. Практика МКТЮ та МКТР відіграла важливу роль у роз’ясненні елементів злочинів проти людяності. Для кожного злочину проти людяності Апеляційні та/або Судові палати обох трибуналів розробили та роз’яснили об’єктивні та суб’єктивні елементи.²²⁴⁶ Про авторитетність цих рішень свідчить також той факт, що на них посилаються інші міжнародні суди та трибунали, зокрема Європейський суд з прав людини²²⁴⁷ та Міжнародний суд ООН.²²⁴⁸ Саме цією практикою керувалися делегації, що зібралися на Римській конференції для розробки Статуту новоствореного МКС.²²⁴⁹
1146. 1998: Статут МКС. Статут МКС визначає “злочин проти людяності” як: будь-яке з таких діянь, коли вони вчиняються в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення, і такий напад вчиняється усвідомлено:

²²⁴² [Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності](#), Стаття I(a).

²²⁴³ Див. [Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людяності](#).

²²⁴⁴ [Статут МКТЮ](#), Стаття 5.

²²⁴⁵ [Статут МКТР](#), Стаття 3.

²²⁴⁶ Див. нижче, розділи, присвячені конкретним злочинам проти людяності.

²²⁴⁷ Див. наприклад, ЄСПЛ, [Рішення суду Сімсіч проти Боснії та Герцеговини](#), п 8-13, 23; ЄСПЛ, [Рішення суду Муртазалієва проти Росії](#), п. 72-78.

²²⁴⁸ See for instance, МС ООН, *Боснія проти Сербії, Застосування Конвенції про геноцид* [Рішення](#), п. 188, 190, 195, 198-200, 344; МС ООН, *Хорватія проти Сербії, Застосування Конвенції про геноцид* [Рішення](#), п. 142, 146-147, 157-158.

²²⁴⁹ Робінсон, [Визначення "злочинів проти людяності" на Римській конференції](#), Том 93, Cambridge University Press, 1999 року, с. 45.

СТАТУТ МКС СТАТТЯ 7(1)

1. Умисне вбивство;
2. Винищення;
3. Обернення в рабство;
4. Депортація або насильницьке переміщення населення;
5. Ув'язнення або інше жорстоке позбавлення фізичної свободи в порушення основоположних норм міжнародного права;
6. Катування;
7. Зґвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація або будь-яка інша подібна за тяжкістю форма сексуального насильства;
8. переслідування будь-якої групи або спільноти, яку можна ідентифікувати, за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними, як це визначено в пункті 3, або іншими ознаками, що загально визнані неприпустимими згідно з міжнародним правом, у зв'язку з будь-яким діянням, зазначеним в цьому пункті, чи будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду
9. Насильницьке зникнення осіб;
10. Злочин апартеїду;
11. Інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю.

1147. Існує кілька помітних відмінностей між визначенням злочинів проти людяності у Статуті МКС та у Статутах МКТЮ/МКТР. Основна відмінність між статтею 7 Статуту МКС і статтею 5 Статуту МКТЮ полягає в тому, що Статут МКТЮ вимагає, щоб діяння, яке є злочином проти людяності, було пов'язане зі збройним конфліктом, тоді як Статут МКС вимагає лише зв'язку з “широкомасштабним або систематичним нападом, спрямованим проти будь-якого цивільного населення”. Однак, на думку самого МКТЮ, “міжнародне звичаєве право більше не вимагає зв'язку між злочинами проти людяності та збройним конфліктом”.²²⁵⁰ Крім того, хоча стаття 3 Статуту МКТР містить таке ж формулювання “широкомасштабного або систематичного нападу”, як і стаття 7 Статуту МКС, Статут МКТР для кваліфікації діяння злочином проти людяності вимагає, щоб таке діяння було скоєне “на національному, політичному, етнічному, расовому або релігійному ґрунті”, чого не вимагають ні Статут МКТЮ, ні Статут МКС. Тим не менш, і МКТЮ, і МКТР визнали, що “дискримінаційний умисел” не є обов'язковою умовою для всіх злочинів проти людяності згідно зі міжнародним звичаєвим правом.²²⁵¹

²²⁵⁰ МКТЮ, [Рішення у справі Тадіча щодо юрисдикції](#), п. 78, 140-141. Див. також: Робінсон, [Визначення "злочинів проти людяності" на Римській конференції](#), Том 93, Cambridge University Press, 1999, с. 46.

²²⁵¹ МКТЮ, [Апеляційне рішення у справі Тадіча](#), п. 288; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Акаессу](#), п. 464.

1148. Крім того, на відміну від Статутів МКТЮ і МКТТР, Статут МКС включив до переліку злочинів проти людяності такі додаткові діяння: сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація або будь-яка інша подібна за тяжкістю форма сексуального насильства (на додаток до зґвалтування); насильницьке зникнення; і злочин апартеїду.²²⁵²
1149. Як зазначалося вище, Елементи злочинів МКС окреслюють конкретні об'єктивні та суб'єктивні елементи (*actus reus* та *mens rea*) забороненої поведінки, які мають бути встановлені для доведення злочину проти людяності. Ці елементи будуть більш детально розглянуті нижче.
1150. Міжнародне звичаєве право: Міжнародне звичаєве право — це сукупність норм, які є обов'язковими для всіх держав.²²⁵³ Перелік злочинів проти людяності, що міститься у статті 7(1) Статуту МКС, та їх склади вважаються такими, що “загалом відповідають традиційній концепції злочинів проти людяності за міжнародним звичаєвим правом”.²²⁵⁴

b) Застосовність міжнародного кримінального права щодо злочинів проти людяності у правовій системі України

1151. Україна не ратифікувала Статут МКС. Крім того, КК України наразі не криміналізує злочини проти людяності.
1152. Однак, ймовірно, в майбутньому (або за умов змін до законодавства, або через можливе створення гібридного механізму з юрисдикцією щодо злочинів проти людяності) українські судді можуть бути залучені до винесення вироків щодо таких злочинів. Зокрема, у законопроекті № 7290 запропоновано внести злочини проти людяності до КК України новою статтею 442-1. Якщо цей законопроект буде прийнято, частина перша статті 442-1 передбачатиме, що діяння є злочином проти людяності, якщо воно умисно вчинене (заподіяне) в межах усвідомленого широкомасштабного нападу або систематичних нападів на цивільне населення. На цьому тлі, акцент на конкретні міжнародні інструменти, що кодифікують злочини проти людяності, зокрема на правову базу МКТР/МКТЮ/МКС, може допомогти суддям оцінити точну сферу застосування можливих майбутніх змін до законодавства, що які передбачатимуть відповідальність за злочини проти людяності, і, зрештою, кваліфікувати діяння, які можуть передбачати кримінальну відповідальність.
1153. Крім того, злочини проти людяності відображені у міжнародному звичаєвому праві, яке є обов'язковим для всіх держав, включно з Україною.²²⁵⁵ Відповідно,

²²⁵² Статут МТП, статті 7(1)(g), 7(1)(i) та 7(1)(k).

²²⁵³ МС ООН, [Рішення](#) щодо континентального шельфу Північного моря, п. 71-74, 77. Див. також: Сассолі, *Міжнародне гуманітарне право: Правила, суперечності та вирішення проблем, що виникають під час війни*, Едвард Елгар, 2019, с. 46.

²²⁵⁴ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє Видання, Beck Hart, 2016 року, с. 158.

²²⁵⁵ Келленбергер, [Передмова](#), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право*, том I: Правила, Cambridge University Press, 2009, с. xv-xvii. Єдиним винятком з цього правила є випадок, коли держава відкрито і наполегливо

українські судді можуть застосовувати визначення та елементи злочинів проти людяності, що містяться у звичаєвому міжнародному праві, під час розгляду справ щодо таких злочинів.

1154. З рештою, як більш детально обговорюється в [Розділі 1, частині I, пункті I.B.2.b](#)), якщо українські судді будуть залучені до виносення вироків щодо злочинів проти людяності, вони зможуть в межах українського законодавства покладатися на міжнародне звичаєве право та правову базу і практику МКС і МКТЮ/МКТР для тлумачення меж та застосування злочинів проти людяності.

В. Склад злочинів проти людяності за міжнародним правом

1. Вступ

1155. У цьому розділі проаналізовано елементи злочинів проти людяності за міжнародним кримінальним правом та визначено, як відповідні діяння, що лежать в основі злочинів проти людяності, можуть бути інтерпретовані в правовій системі України, якщо буде прийнято законодавство про криміналізацію злочинів проти людяності (включно із законопроектом 7290).
1156. Злочини проти людяності — це (1) певний набір заборонених міжнародним кримінальним правом діянь (**основні діяння**); які (2) вчиняються в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (**контекстуальний елемент**). Діяння слід кваліфікувати як злочин проти людяності, не коли воно просто вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, а коли злочинець ще й знав про такий напад.²²⁵⁶
1157. Нижче висвітлено основні ознаки контекстуального елементу злочинів проти людяності та відповідні елементи заборонених діянь, що лежать в основі злочинів проти людяності.

заперечує проти такого звичаю. Корома, [Передмова](#), Звичаєве міжнародне гуманітарне право, том I: Правила, Видавництво Кембриджського університету, 2009, с. xviii-xix.

²²⁵⁶ [Елементи злочинів](#) МКС, стаття 7.

2. Контекстуальні елементи злочинів проти людяності

КОНТЕКСТУАЛЬНІ ЕЛЕМЕНТИ. СТИСЛИЙ ОГЛЯД

- Потрібно завжди встановлювати контекстуальні елементи злочинів проти людяності, і саме вони відокремлюють цю категорію від звичайних злочинів.
- Контекстуальними елементами злочинів проти людяності є:
 - Діяння були вчинені в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
 - Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.
- Для того, щоб встановити перший контекстуальний елемент злочинів проти людяності, необхідно довести таке:
 1. Відбувся напад, спрямований проти цивільного населення;
 2. Цей напад був широкомасштабним або систематичним;
 3. Напад було скоєно в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики; та
 4. Діяння було скоєно як частину цього нападу.

а) Вступ

1158. Відповідно до Статуту МКС, діяння слід кваліфікувати як злочин проти людяності, якщо воно було вчинено в рамках “широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення, і такий напад вчиняється усвідомлено”.²²⁵⁷ “Напад, спрямований проти будь-якого цивільного населення” означає “лінію поведінки, що включає багаторазове вчинення діянь, зазначених у пункті 1 [статті 7], проти будь-якого цивільного населення в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики”.²²⁵⁸

1159. Наразі українське законодавство не встановлює кримінальну відповідальність за злочини проти людяності. Однак, якщо буде прийнято законопроект № 7290, стаття 442-1 передбачатиме, що діяння є злочином проти людяності, якщо воно умисно вчинене (заподіяне) в межах усвідомленого широкомасштабного нападу або систематичних нападів на цивільне населення. Згідно з приміткою 1 до цього положення, напад на цивільне населення визначається як “вчинення будь-якого з діянь, зазначених у цій статті, проти цивільного населення на виконання або на підтримку політики держави чи організації, спрямованої на вчинення такого нападу”. Це положення широко відображає контекстуальні елементи злочинів проти людяності, визнані Статутом МКС та міжнародним звичаєвим правом.

²²⁵⁷ [Елементи злочинів](#) МКС, стаття 7(1).

²²⁵⁸ [Статут МКС](#), стаття 7(2)(а).

b) Діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення

1160. Для того, щоб встановити перший контекстуальний елемент злочинів проти людяності необхідно довести наступне: (1) відбувся спрямований проти цивільного населення напад; (2) цей напад був широкомасштабним або систематичним; (3) напад було вчинено в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики; і (4) діяння було скоєно як частину цього нападу.

i. Відбувся напад, спрямований проти цивільного населення

1161. По-перше, докази повинні свідчити про те, що відбувся спрямований проти цивільного населення напад.²²⁵⁹ Напад визначається як лінія поведінки, що охоплює неоднократне вчинення злочинів проти людяності (наприклад, діяння, зазначені у статті 7(1) Статуту МКС) проти цивільного населення.²²⁶⁰ Випадкових та ізольованих дій не достатньо для дотримання цього елемента.²²⁶¹

1162. Основною ціллю нападу має бути цивільне населення,²²⁶² а не військовослужбовці або інші комбатанти.²²⁶³ Цивільне населення визначається як некомбатанти, тобто особи, які не є військовослужбовцями,²²⁶⁴ що включає як і власне громадян держави, так і громадян інших держав (див. [Вступ, Джерела права: Міжнародне гуманітарне право, міжнародне право прав людини та міжнародне кримінальне право, та Розділ I.C.1.a\) “Комбатанти та цивільне населення”](#)).²²⁶⁵ Присутність нецивільних осіб серед населення, яке складається переважно з цивільних осіб, не змінює цивільного статусу цього населення.²²⁶⁶ Напад не обов'язково

²²⁵⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1124; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 165; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Благоєвіча та Йокіча*, п. 541; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 248; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Лімай та ін.*, п. 181; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 95.

²²⁶⁰ [Статут МКС](#), стаття 7(2)(а); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1101; МКС, [Рішення](#) у справі *Ongeven*, п. 2674; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 209; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благоєвіча та Йокіча*, п. 543; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 88.

²²⁶¹ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 430; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благоєвіча та Йокіча*, п. 547; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 96, 100; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 101; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Лімай та ін.*, п. 190; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Кунарач та ін.*, п. 100.

²²⁶² МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1104; МКС, [Рішення](#) у справі *Онговена*, п. 2675; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби про підтвердження обвинувачень*, п. 76; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 91-92; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п. 478; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Сеселя*, п. 69.

²²⁶³ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1102-1105; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 637; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 637; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 425.

²²⁶⁴ МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1102; МКС, [Рішення щодо підтвердження обвинувачень](#) у справі *Бемба*, п. 78; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 425; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Мартіка*, п. 291-302.

²²⁶⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1103; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 635; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 423. Див. також: Краер та ін. (ред.), *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2015, с. 241; Тріфтерер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 174.

²²⁶⁶ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1105; МКС, [Рішення](#) у справі *Онговена*, п. 2675; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Елішича*, п. 54; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 638-639; МКТР, [Рішення](#) у справі *Акасу*, п. 582; МКТР, [Рішення](#) у справі *Кайішеми та інших*, п. 128.

повинен мати військовий характер.²²⁶⁷ Однак, не має значення те, чи проводив злочинець одночасно операції проти військових об'єктів/персоналу.²²⁶⁸

ii. Напад був широкомасштабним або систематичним

1163. По-друге, докази повинні свідчити про те, що напад був, або широкомасштабним, або систематичним.²²⁶⁹ Показово, хоча широкомасштабний або систематичний характер основного діяння може свідчити про наявність цього елементу,²²⁷⁰ саме діяння не обов'язково має бути широкомасштабним або систематичним. Натомість, широкомасштабним або систематичним має бути *напад* на цивільне населення загалом.²²⁷¹ Іншими словами, окремий акт згвалтування або вбивства може бути злочином проти людяності, якщо він був вчинений в рамках широкомасштабного або систематичного нападу.²²⁷²

МКТР, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ АКАЄСУ, П. 579 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО].

Палата вважає, що обов'язковою умовою є те, що діяння [що становить злочин проти людяності] має бути вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, а не просто випадкового акту насильства. Діяння може бути частиною широкомасштабного або систематичного нападу і не обов'язково має бути частиною і того, і іншого.

²²⁶⁷ МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1101; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 209; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Бемба*, п. 75; МКТ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Сеселя*, п. 69; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 86; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нахімана та ін.*, п. 916; [МКС, Елементи злочинів](#), стаття 7, Вступ, п. 3.

²²⁶⁸ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 435. Див. також: МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 269 ("Статут МКТР не вимагає, щоб [злочини проти людяності] були скоєні в контексті збройного конфлікту").

²²⁶⁹ МКС, [Рішення](#) у справі *Онговена*, п. 2680; МКТР, [Рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 579; МКТР, [Рішення](#) у справі *Мусеми*, п. 203; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби про підтвердження обвинувачень*, п. 82; МКС, [Рішення про надання дозволу на проведення розслідування в Республіці Кенія, п. 94.](#)

²²⁷⁰ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 257; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 159; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Церкеза*, п. 94; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 101; [МКТЮ, Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 94.

²²⁷¹ [Статут МКС](#), стаття 7(2)(а): ("Напад, спрямований проти будь-якого цивільного населення" означає лінію поведінки, що включає багаторазове вчинення діянь, зазначених у пункті 1, проти будь-якого цивільного населення в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики"). Див. також: МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Гакумбіці*, п. 102; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та інших*, п. 96; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Серкеза*, п. 94; МКТЮ, справа *Лімай та ін.*, [Рішення](#) в першій інстанції, п. 189.

²²⁷² Ферро Рібейро та ван дер Стратен Понтоз, [Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в умовах конфлікту: найкраща практика документування сексуального насильства як злочину або порушення міжнародного права](#), 2nd Edition, Міністерство закордонних справ та у справах Співдружності Великої Британії, 2017 р., с. 45.

а. Широкомасштабний

1164. Питання широкомасштабності нападу буде залежати від його «масового характеру» і числа осіб, проти яких він був спрямований.²²⁷³ Під час оцінки характеру масштабності нападу потрібно враховувати всі відповідні факти, а не зосереджуватися лише на кількісних або географічних критеріях.²²⁷⁴

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: "ШИРОКОМАСШТАБНА" АТАКА

Такі фактори можуть свідчити про "широкомасштабну атаку":²²⁷⁵

- кількість злочинних діянь, скоєних під час нападу;
- задіяні в нападі матеріально-технічне забезпечення та ресурси;
- кількість потерпілих;
- часовий та географічний масштаби атаки;
- зміна етнічного, релігійного, расового чи політичного складу загального населення; або
- сукупний вплив нападу на населення.

1165. Хоча в цьому контексті не існує фіксованого мінімального критерію, який має бути дотримано, прокурор МКС раніше зазначав, що малоінтенсивні, окремі напади з обмеженим географічним охопленням, що призвели до менш ніж 100 смертей і 500 посягань, не можуть вважатися широкомасштабними.²²⁷⁶ З іншого боку, напад з широким географічним охопленням, внаслідок якого загинуло близько 1200 цивільних осіб, може вважатися широкомасштабним нападом.²²⁷⁷

б. Систематичний

1166. Питання систематичності нападу залежатиме від того, чи складався він із організованих актів насильства, чи зі спонтанних або випадкових злочинних діянь.²²⁷⁸ На систематичність може вказувати організований план, який має

²²⁷³ Наприклад, МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 163; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанга*, п. 1123; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 222; МКС, [Рішення](#) у справі Харун і Кушайб [щодо заяви про обвинувачення відповідно до 58\(7\) Статуту](#), п. 62; МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2681; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 691; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Черкеса*, п. 94; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Благодєвича та Йокіча*, п. 545-546; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Лімая та ін.*, п. 183; МЗМКТ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Сесея*, п. 57.

²²⁷⁴ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2681; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 163; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Благодєвича та Йокіча*, п. 545; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарац та ін.*, п. 94-96.

²²⁷⁵ МКС, [Рішення про дозвіл на проведення розслідування в Республіці Кенія](#), п. 224; МКС, [Рішення у справі Аль-Башира щодо клопотання обвинувачення про видачу ордеру на арешт](#), п. 81; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благодєвича та Йокіча*, п. 546.

²²⁷⁶ ІСС ОТР, [Звіт про діяльність з попередньої експертизи \(2015\)](#), 2015, п. 96-100, 301, 307.

²²⁷⁷ [Рішення](#) МКС у справі *Катанги та Чуї про підтвердження обвинувачень, п. 410-412.*

²²⁷⁸ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1123; МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2682; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 692; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Руто та ін.*, п. 179; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Серкеса*, п. 94; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благодєвича та Йокіча*, п. 544-546. Див. також: МКТЮ, [рішення](#) у справі *Бласкіча*, п. 658; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 135; МКТЮ,

певну закономірність і призводить до продовжуваного вчинення діянь або не-випадкового їх повторення.²²⁷⁹ Наприклад, приціл на конкретну етнічну групу з використанням встановленої методології вказував би на систематичний характер нападу.²²⁸⁰

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: "СИСТЕМАТИЧНИЙ" НАПАД

Фактори, які слід враховувати під час визначенні того, чи був напад систематичним, включають:²²⁸¹

- наявність закономірності у скоєнні злочинних діянь;
- напади повторювані і скоординовані в часі і просторі;
- причетність політичної або військової влади до нападу;
- наявність спрямованих на цивільне населення плану або політики;
- прийняття та інституціоналізація дискримінаційних процедур щодо цивільного населення; та
- використані під час нападу засоби та методи.

- iii. Напад було здійснено в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики

1167. МКТЮ/МКТР не вимагали наявності державної або організаційної політики як окремого юридичного елементу злочинів проти людяності, хоча обидва трибунали визнали, що “наявність політики або плану може [...] бути корисною для встановлення того, що напад був спрямований проти цивільного населення і що він був широкомасштабним або систематичним”.²²⁸²

1168. Статут МКС, який представляє останню редакцію злочинів проти людяності, вимагає, щоб було встановлено, що напад було вчинено в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики.²²⁸³ Аналогічно, законопроект № 7290

[Рішення](#) у справі *Кунарача та інших*, п. 429; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та інших*, п. 94; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 101.

²²⁷⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1162; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Серкеза*, п. 94; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 101; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 94.

²²⁸⁰ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди про підтвердження звинувачень*, п. 24.

²²⁸¹ МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п.п. 223-224; МКС, [Рішення](#) у справі *Аль-Башіра щодо клопотання обвинувачення про видачу ордеру на арешт*, п. 79-85; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачення](#) у справі *Руто та ін.*, п. 1699, 181-182; МКС, [Рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 173; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 268-269; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 98.

²²⁸² МКТЮ, *Кунарак та ін.*, [Апеляційне рішення](#), п. 98; МКТР, [Рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 369.

²²⁸³ [Статут МКС](#), стаття 7(2)(а).

вимагає, щоб напад був здійсненим “на виконання або на підтримку політики держави чи організації, спрямованої на вчинення такого нападу”.²²⁸⁴

1169. Цей елемент характеризується тим, що напад був умисно вчинений державою або організацією на підтримку політики, а не був спонтанним, випадковим або ізольованим за своїм характером.²²⁸⁵
1170. Політика може бути державною або організаційною. **Організація** — це формування, яка керує певною територією або володіє достатнім рівнем організації та можливостей (тобто структурою, ієрархією та матеріальними можливостями) для координації широкомасштабних або систематичних нападів на цивільне населення.²²⁸⁶
1171. **‘Політика’** означає, що держава або організація мали умисел здійснити напад на цивільне населення шляхом вчинення певних дій або бездіяльності.²²⁸⁷ Якщо держава або організація спланували, скерували, організували напад, або сприяли йому, або активно його заохочували; то вищевказаний критерій дотримано навіть за відсутності офіційного затвердження політики.²²⁸⁸ Тим не менш, план не обов’язково повинен бути розроблений заздалегідь, він також може “бути встановленим або розробленим в ході вчинення діянь злочинцями”.²²⁸⁹ Немає затвердженої вимоги щодо змісту політики, яка відповідала б цьому контекстуальному елементу.²²⁹⁰

²²⁸⁴ Законопроект № 7290, стаття 442-1.1, примітка 1.

²²⁸⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1113; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 161; ICC, *Ongwen Trial Judgment*, п. 2678; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 215; МКС, [Рішення](#) про підтвердження обвинувачень у справі *Бемби*, п. 81.

²²⁸⁶ МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1119; МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2677; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 217; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Бемби*, п. 81; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Руто* та ін., п. 185.

²²⁸⁷ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1108, 1113.

²²⁸⁸ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Руто* та ін., п. 210; МКС, [Рішення](#) щодо підтвердження обвинувачень у справі *Гбагбо*, п. 214.

²²⁸⁹ МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2679; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 674.

²²⁹⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1106.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ІСНУВАННЯ ДЕРЖАВНОЇ АБО ОРГАНІЗАЦІЙНОЇ ПОЛІТИКИ ЩОДО ВЧИНЕННЯ НАПАДУ

Зокрема, такі чинники можуть свідчити про наявність державної або організаційної політики щодо вчинення нападу:²²⁹¹

- ідентифікація та визначення потерпілих обвинуваченим до нападу;
- підготовка або мобілізація збройних сил перед нападом;
- виділення значних ресурсів на підготовку до нападу;
- зроблені до нападу публічні заяви;
- зустрічі високопосадовців держави або організації перед нападом, на яких обговорювалися питання військового характеру (наприклад, логістика та стратегія);
- призначення відповідальних за напад командирів; і
- повторення подібних нападів.

iv. Окреме діяння було частиною нападу

1172. Нарешті, необхідно також встановити, що окреме злочинне діяння (наприклад, умисне вбивство, тортури і тощо) було скоєно як частину нападу, спрямованого проти цивільного населення. Діяння також повинне бути схожим на інші діяння, здійснені під час цього нападу.²²⁹² Слід враховувати особливості, цілі, природу і наслідки відповідних діянь.²²⁹³ Іншими словами, відповідне діяння не повинне бути ізольованим злочинним діянням, яке “явно відрізняється” від інших складових діянь нападу.²²⁹⁴

- с) Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу

1173. Щоб довести другий контекстуальний елемент злочинів проти людяності, судді повинні переконатися, що злочинець знав про широкомасштабний або систематичний напад, спрямований проти цивільного населення, і що його

²²⁹¹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1199; МКС, [Рішення](#) у справі *Онговена*, п. 2679; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 674; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Руто* та ін., п. 219; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Нтаганди*, п. 19-20; МКС, Аль-Хассан, Роз'яснення до рішення щодо підтвердження обвинувачень, висунутих проти Аль-Хассана Аг Абдула Азіза Аг Мохамеда Аг Махмуда, п. 154; МКС, [Рішення](#) щодо підтвердження обвинувачень у справі *Гбагбо*, п. 218.

²²⁹² МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1124; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 165.

²²⁹³ МКС, [Рішення](#) у справі *Онговена*, п. 2688; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 696; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1124; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 165; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Благоєвича та Йокича*, п. 547; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 326.

²²⁹⁴ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1124; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 165; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарац та ін.*, п. 100.

діяння було частиною цього нападу.²²⁹⁵ Відповідно, має бути доведено свідому участь злочинця у нападі.²²⁹⁶

1174. Проте, докази не мають підтверджувати, що злочинець знав про всі характеристики нападу, а також про точні деталі плану або політики держави чи організації.²²⁹⁷ Більше того, мотив не має значення; не потрібно доводити, що злочинець підтримував злочинні задуми держави або організації чи мав умисел, щоб його діяння було частиною такого нападу.²²⁹⁸ Достатньо свідомої участі злочинця у нападі, тобто знання того, що його дії були частиною нападу на цивільне населення.²²⁹⁹

МКС, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ КАТАНГИ, П. 1125 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО].

Злочинець повинен знати, що діяння, про яке йдеться мова, є частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення. Для цього необхідно довести, що злочинець свідомо брав участь у нападі, спрямованому проти цивільного населення; цей факт є основою злочину проти людяності, оскільки він прояснює відповідальність злочинця в контексті нападу, який розглядається як єдине ціле. Однак [...] злочинець [не обов'язково] повинен був знати про всі характеристики нападу або точні деталі плану чи політики держави або організації. Також не вимагається, щоб злочинець поділяв злочинний умисел держави або організації [...]. Мотив злочинця [не має значення], достатньо встановити, з огляду на контекст, усвідомлення конкретного факту, що його діяння є частиною нападу.

3. Основні діяння злочинів проти людяності

а) Вступ

1175. Як зазначалося вище, українське законодавство наразі не криміналізує злочини проти людяності.²³⁰⁰ Однак, якщо буде прийнято законопроект № 7290, стаття

²²⁹⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 167; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанга*, п. 1123; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Бемби*, п. 88; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 102; МКТЮ, Апеляційне [рішення](#) у справі *Мркішича та Сліванканіна*, п. 41; МКТЮ, [справа Благоєвича та Йокіча](#), п. 547; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Лімай та ін.*, п. 190; МКТЮ, [справа Кунарац та інші](#), п. 100.

²²⁹⁶ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1125; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благоєвича та Йокіча*, п. 548; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Мілутиновича*, п. 158; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 332; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Багілішема*, п. 94.

²²⁹⁷ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1125; МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2691; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Мілутиновича*, п. 158.

²²⁹⁸ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1125; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благоєвича та Йокіча*, п. 1125; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благоєвича та Йокіча*, п. 548; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Каньярукіги*, п. 262; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 332.

²²⁹⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1125; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 167; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Благоєвича та Йокіча*, п. 548; МКТЮ, [Апеляційне рішення у справі Бласкіча, п. 124](#); МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 99, 102.

²³⁰⁰ Деякі з окремих злочинів, які за певних обставин можуть становити злочин проти людяності (*наприклад*, вбивство, зґвалтування або насильницьке зникнення), містяться в КК України як загальнокримінальні злочини. Однак наразі вони не потребують доведення контекстуальних елементів злочинів проти людяності

442-1 КК України передбачатиме основні діяння злочинів проти людяності, які, загалом, відповідають тим, що викладені в міжнародних інструментах.

1176. Відповідно, у цьому розділі буде надано аналіз основних діянь, які становлять злочини проти людяності відповідно до міжнародних інструментів, а також буде використано правову базу міжнародних кримінальних судів і трибуналів для тлумачення цих злочинів.

1177. Для кожного основного діяння в цьому розділі детально розглядаються: (1) об'єктивні елементи злочину за міжнародним кримінальним правом (тобто фізичний елемент або *actus reus*); і (2) суб'єктивні елементи злочину за міжнародним кримінальним правом (тобто психічний елемент або *mens rea*).

b) Умисне вбивство як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(а); Статут МКТЮ, стаття 5(а); Статут МКТР (стаття 3(а); Статут СССЛ (стаття 2(а))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за умисне вбивство як злочину проти людяності необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивний елемент

- Злочинець убив (заподіяв смерть) особі або особам.

2. Суб'єктивний елемент

- Злочинець умисно вбив (спричинив смерть) одній або більше осіб.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

і. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1178. Міжнародні документи забороняють умисне вбивство як злочин проти людяності,²³⁰¹ який вважається скоєним, якщо особа вбиває або спричиняє смерть іншої особи в контексті широкомасштабного і систематичного нападу на цивільне населення.

1179. Наразі українське законодавство не забороняє умисне вбивство саме як злочин проти людяності. Це діяння, проте, може кваліфікуватися як умисне вбивство

(тобто, що діяння відбувалося в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого на цивільне населення).

²³⁰¹ Статут МКС, стаття 7(1)(а); Статут МКТЮ, стаття 5(а); Статут МТР, стаття 3(а); Статут СССЛ, стаття 2(а). Злочин проти людяності — вбивство — також заборонений наступними міжнародними документами: [Нюрнберзька хартія](#), стаття 6(с); [Токійська хартія](#), стаття 5(с); [Закон про НЗКК](#), стаття 5.

за статтею 115 КК України, яка забороняє “умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині”. Однак, положення КК України не вимагає, щоб умисне вбивство було вчинено в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент).

1180. Крім того, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набере чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а частиною другої цієї статті буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: вбивство, вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення. Це положення в цілому відповідає об’єктивним, суб’єктивним і контекстуальним елементам умисного вбивства як злочину проти людяності, які передбачені міжнародними інструментами.

ii. Склад умисного вбивства (об’єктивний елемент)

1181. Об’єктивний елемент цього злочину проти людяності полягає в тому, що злочинець **убив одну або більше осіб**. По-перше, має бути доведено, що одна або більше осіб були вбиті злочинцем. Для того, щоб встановити, що злочинець *вбив або спричинив смерть*²³⁰² особі або особам, докази мають підтверджувати, що: (i) особа мертва, та (ii) є причинно-наслідковий зв’язок між протиправними діями (бездіяльністю) злочинця та смертю особи.²³⁰³

МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ КВОЧКА ТА ІН., П. 261 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНІ].

Для того, щоб встановити злочин умисного вбивства за статтею 3 Статуту [МКТЮ], Прокурор має довести:

- i. смерть потерпілої особи, яка не брала активної участі в бойових діях;
- ii. що смерть настала внаслідок дії або бездіяльності обвинуваченого або однієї чи кількох осіб, за яких обвинувачений несе кримінальну відповідальність; [...].

1182. Для підтвердження смерті потерпілої особи спеціалісту не потрібно отримувати доступ до її тіла.²³⁰⁴ Смерть потерпілої особи може бути встановлена впізнанням трупа,²³⁰⁵ або через припущення на підставі фактичних обставин, як-от:

²³⁰² Елементи злочинів МКС, п. 7 ("Термін "вбив" є взаємозамінним з терміном "спричинив смерть").

²³⁰³ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Onywen*, п. 2696; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 87-88; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 767-769; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги та Чуї*, п. 287; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 132; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 446; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п. 261; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, п. 37; МТР, [Рішення](#) у справі *Акасу*, п. 589.

²³⁰⁴ МКС, [Рішення](#) у справі *Онговена*, п. 2698; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 88; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 768; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 326; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Халіловича*, п. 37; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Лукіча та Лукіча щодо повідомлення Мілана Лукіча про перевірку передбачуваних потерпілих та заяви про зупинення провадження*, п. 29; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лукіча та Лукіча*, п. 149.

²³⁰⁵ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба про підтвердження обвинувачень*, п. 132.

- Відсутність зв'язку між потерпілою особою та її родичами або друзями;
- Останній раз потерпілу особу бачили у місцевості, де було скоєно напад;
- Наявність повторюваних фактів неналежного поводження із іншими потерпілими з боку злочинців; та
- Повний або майже повний збіг у часі смерті інших потерпілих.²³⁰⁶

1183. Якщо звинувачення ґрунтується на непрямих доказах, для доведення факту вбивства не потрібно доводити точну кількість потерпілих,²³⁰⁷ або точно їх ідентифікувати,²³⁰⁸ якщо факт смерті потерпілих є єдиним можливим висновком, який впливає із наданих доказів.²³⁰⁹

1184. Проте, докази все ж таки повинні ідентифікувати такі факти, наскільки це можливо:

- Місце ймовірного умисного вбивства;
- Його приблизну дату;
- Спосіб, у який воно було вчинене;
- Обставини події; та
- Причинно-наслідковий зв'язок між діями (бездіяльністю) злочинця та злочином.²³¹⁰

1185. Для встановлення причинно-наслідкового зв'язку докази мають підтверджувати, що відповідні дії (бездіяльність) були вагомою — але не обов'язково єдиною — причиною смерті.²³¹¹

²³⁰⁶ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Лукіча та Лукіча*, 20 липня 2009 р., п. 904; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 1476; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Квочки та ін.*, п. 260; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Халіловича*, п. 37; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крноїлаца*, п. 327.

²³⁰⁷ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба про підтвердження обвинувачень*, п. 134.

²³⁰⁸ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 88; МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2698; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги і Чуї про підтвердження обвинувачень*, п. 422.

²³⁰⁹ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба*, п. 88; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанга*, п. 768; МКС, [Рішення щодо підтвердження обвинувачень](#) у справі *Бемба*, п. 132; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 326; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Халіловича*, п. 37; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Лукіча та Лукіча щодо повідомлення Мілана Лукіча про перевірку передбачуваних потерпілих та заяви про зупинення провадження*, п. 29; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лукіча та Лукіча*, п. 149.

²³¹⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2698; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби про підтвердження обвинувачень*, п. 133; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 424; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 126; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Квочки та ін.*, п. 260; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п. 1476; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Халіловича*, п. 37; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 327.

²³¹¹ МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги та Чуї про підтвердження обвинувачень*, п. 296; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п. 448; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 328-329; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 424.

iii. Склад умисного вбивства (суб'єктивний елемент)

1186. Щодо суб'єктивної сторони, то необхідно, щоб злочинець мав **умисел**,²³¹² який буде встановлено, якщо (1) злочинець мав умисел вбити (спричинити смерть) одну або більше осіб.
1187. **Злочинець мав умисел вбити (спричинив смерть) одну або більше осіб.** Такий умисел буде встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (**умисел щодо діяння**)²³¹³ з метою спричинити смерть однієї або більше осіб ; або (2) злочинець усвідомлював, що смерть настане за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідку**).²³¹⁴
1188. Спеціальні (*ad hoc*) трибунали тлумачили цей умисел так: “смерть потерпілого, що настала внаслідок дії або бездіяльності обвинуваченого, вчинених з наміром вбити або заподіяти тяжкі тілесні ушкодження, які, як він/вона повинен(на) був(ла) усвідомлювати, могли призвести до смерті”, тобто це був ймовірний наслідок його діяння або бездіяльності.²³¹⁵ МКС вимагає більш високий стандарт доказування, а саме: смерть була практично гарантованою за звичайного перебігу подій.²³¹⁶
1189. Умисел на вбивство може впливати з обставин, наприклад, застосування вогнепальної зброї проти беззбройної людини,²³¹⁷ або навмисний артилерійський обстріл зайнятого цивільними особами міста, що демонструє усвідомлення злочинцями ймовірності того, що обстріл призведе до загибелі людей.²³¹⁸

²³¹² Статут МКС, стаття 30(2)(а); МКС, Судове рішення у справі Катанги, п. 774, 781; МКС, Судове рішення у справі Бемба, п. 90; МКТЮ, Судове рішення у справі Делаліча та ін., п. 439; МКТР, Судове рішення у справі Багілішема, п. 84.

²³¹³ Статут МКС, стаття 30(2)(а); МКС, Судове рішення у справі Катанги, п. 774; МКТЮ, Рішення у справі Караджича, п. 447-448; МКТЮ, Апеляційне рішення у справі Квочки та ін., п. 261; МКТР, Рішення у справі Акаєсу, п. 589.

²³¹⁴ Статут МКС, стаття 30(2)(а) і (b); МКС, Судове рішення у справі Катанги, п. 774, 781; МКС, Судове рішення у справі Бемби, п. 90; МКТЮ, Апеляційне рішення у справі Стакіча, п. 236, 239; МКТР, Рішення у справі Акаєсу, п. 589.

²³¹⁵ МКТЮ, Рішення у справі Караджича, п. 447-448; МКТЮ, Рішення у справі Крстича, п. 485; МКТЮ, Рішення у справі Брданіна, п. 381, 690; МКТЮ, Апеляційне рішення у справі Делаліча та ін., п. 422-423; МКТЮ, Судове рішення у справі Делаліча та ін., п. 424-439; МКТЮ, Рішення у справі Бласкіча, п. 217; МКТЮ, Судове рішення у справі Купрешкіча, п.п. 560-561; МКТЮ, Судове рішення у справі Кордіча та Церкеза, п. 235-236; МКТЮ, Судове рішення у справі Квочки та ін., п. 132; МКТЮ, Рішення у справі Крноїлаца, п. 324; МКТЮ, Рішення у справі Василевича, п. 205; МКТЮ, Судове рішення у справі Налетіліча та Мартиновича, п. 248; МКТЮ, Судове рішення у справі Стакіча, п. 747 (з посиланням на пункти 631, 584-587). Щодо юриспруденції МКТР, див. МКТР, рішення у справі Кайішема та ін., п. 140; МТР, Обвинувальний вирок у справі Багілішеми, п. 84-85.

²³¹⁶ МКС, Рішення у справі Катанги, п. 775-776.

²³¹⁷ МКС, Рішення у справі Бемба про підтвердження обвинувачень, п. 138; МКТЮ, Судове рішення у справі Делаліча та ін., п. 903.

²³¹⁸ МКТЮ, Суворий судовий вирок, п. 240.

- с) Винищення як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(b); Статут МКТЮ, стаття 5(b); Статут МКТР (стаття 3(b); Статут СССЛ (стаття 2(b))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за винищення як злочину проти людяності, необхідно встановити наявність наступних елементів:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець вбив одну або більше осіб, зокрема шляхом створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення.
- Діяння становило масове вбивство представників цивільного населення, або було його частиною.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел вбити одну або більше осіб.
- Злочинець усвідомлював, що його дії є масовим вбивством цивільного населення або його частиною.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного та систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1190. Міжнародні інструменти забороняють винищення як злочин проти людяності,²³¹⁹ який включає “умисне створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення, *inter alia* позбавлення доступу до продуктів харчування й лікарських засобів”.²³²⁰

1191. Наразі українське законодавство не забороняє винищення саме як злочин проти людяності. Проте, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набере чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а частиною другою цієї статті буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: винищення, вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення. Примітка 4 до статті 442-1 визначає винищення як “позбавлення життя однієї або кількох осіб шляхом умисно створених життєвих умов, спрямованих на знищення частини населення, зокрема шляхом позбавлення доступу до продуктів харчування або лікарських засобів”.

²³¹⁹ [Статут МКС](#), стаття 7(1)(b); [Статут МКТЮ](#), стаття 5(b); Статут [МТР](#), стаття 3(b); [Статут АЗБТ](#), стаття 2(b). Злочин проти людяності винищення також заборонений низкою інших міжнародних документів: [Нюрнберзька хартія](#), стаття 6(c); [Токійська хартія](#), стаття 5(c); [Статут КСК і СПО](#), стаття 13(1)(b); [Закон ЄККК](#), стаття 5.

²³²⁰ [Статут МКС](#), стаття 7(2)(b).

1192. Це визначення, певно, характеризується наявністю наміру знищити частину населення ("позбавлення життя [...] з метою знищити частину населення"), що не вимагається міжнародним злочином винищення за визначенням МКС. Як буде зазначено далі, спеціальний намір знищити для злочину винищення не вимагається, а злочин вважається вчиненим, якщо злочинець мав намір вбити потерпілу особу і усвідомлював, що це відбувається в контексті масових вбивств.

ii. Склад винищення (об'єктивний елемент)

1193. Об'єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими ознаками: (1) злочинець убив одну або більше осіб; і (2) діяння було масовим вбивством цивільного населення його частиною.

**МКТЮ, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ КАРАДЖИЧА, П. 483
[ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО].**

Об'єктивний елемент (*actus reus*) винищення складається з "діяння вбивства у великих масштабах". Це включає в себе "будь-яку дію, бездіяльність або їх поєднання, які прямо чи опосередковано сприяють вбивству великої кількості людей".

1194. Злочинець вбив одну або більше осіб, зокрема шляхом створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення. Щоб встановити цей елемент, необхідно довести, що одна або кілька осіб були вбиті злочинцем. Це можна підтвердити доказами різних методів вбивства, які свідчать про те, що злочинець спричинив смерть потерпілих прямо чи опосередковано.²³²¹

1195. Щоб встановити, що злочинець убив або спричинив смерть однієї чи більше осіб, докази повинні демонструвати, що (1) особа померла; і (2) що існує причинно-наслідковий зв'язок між протиправною дією або бездіяльністю злочинця та смертю цієї особи.²³²²

1196. Цей елемент по суті збігається з першим елементом злочину проти людяності — вбивством. Слід враховувати вимоги щодо встановлення факту смерті однієї чи більше осіб.

1197. Окрім безпосереднього вбивства, винищення означає умисне створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення. Ці умови зазвичай

²³²¹ Елементи злочинів МКС, п. 8.

²³²² МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2696; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба*, п. 87-88; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанга*, п. 767-769; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанга і Чуї* про [підтвердження обвинувачень](#), п. 287; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба про підтвердження обвинувачень*, п. 132; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 446; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Квочки та ін.*, п. 261; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, п. 37; МТР, [Рішення](#) у справі *Акасу*, п. 589.

призводять до повільної смерті потерпілої особи чи осіб протягом певного періоду часу.²³²³

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ПРИКЛАДИ УМОВ ЖИТТЯ, РОЗРАХОВАНИХ НА ЗНИЩЕННЯ ЧАСТИНИ НАСЕЛЕННЯ

Такі умови можуть кваліфікуватися як умови життя, розраховані на знищення частини населення:²³²⁴

- Позбавлення достатньої кількості харчових продуктів, води та лікарських засобів;
- Систематичне виселення членів групи з житла або депортація;
- Відсутність належного місця для проживання;
- Відсутність достатньої кількості одягу, санітарних та гігієнічних засобів;
- Надмірна праця або фізичні навантаження;
- Відмова у праві на доступ до медичних послуг; та
- Умови тримання під вартою, включно із сильною переповненістю, позбавленням раціону та відсутністю доступу до медичної допомоги.

1198. Діяння було масовим вбивством представників цивільного населення або його частиною. Щоб встановити другий елемент необхідно довести, що діяння становило масове вбивство представників цивільного населення, або було його частиною.²³²⁵ В цьому аспекті злочин винищення відрізняється від злочину умисного вбивства тим, що (1) воно характеризується елементом масового знищення;²³²⁶ і (2) воно спрямоване проти населення, а не окремих осіб.²³²⁷

²³²³ МКТР, Кайішема та ін., [Судове рішення](#), п. 116.

²³²⁴ [Статут МКС](#), стаття 7(2)(b); [Елементи злочинів МКС](#), с. 4. Див. також: МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 691, 912, 918, 928; МТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Рутаганди*, п. 52; МТР, [Рішення](#) у справі *Кайішеми та ін.*, п. 115-116; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 547; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 517.

²³²⁵ МКС, [Рішення щодо клопотання Прокурора про видачу ордеру на арешт Омара Хасана Ахмада Аль Башира](#) у справі *Аль Башира*, п. 96.

²³²⁶ МКТР, [Рішення](#) у справі *Акасу*, п. 591; МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Каджелієлі*, п. 890; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтакірутїмана та ін.*, п. 516; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крайсніча*, п. 716; МКТЮ, [Вирок](#) у справі *Мартіча*, п. 62.

²³²⁷ МКТР, [Рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 340; МКТР, [Рішення](#) у справі *Акасу*, п. 591; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Василевича*, п. 227, 232.

МКТР, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ НТАКІРУТІМАНА ТА ІН., П. 516 [ЗНОСКИ ОПУЩЕНО].

У своєму рішенні Судова палата слідувала рішенню у справі *Акаєсу*, визначивши винищення як “злочин, який за своєю природою спрямований проти групи осіб. Винищення відрізняється від вбивства тим, що воно характеризується елементом масового знищення, який не є обов'язковим для вбивства”. Апеляційна палата погоджується з Судовою палатою в тому, що злочин винищення — це діяння вбивства у великих масштабах. Однак, визначення “у великих масштабах” або “у великій кількості” не передбачають чисельного мінімуму.

1199. Далєбі, необхідно встановити, що вбивство було частиною кампанії винищення, яка охоплювала масові вбивства.²³²⁸ Це охоплює ситуації, коли вбивства потерпілих були початком того, що згодом виявилось кампанією масового вбивства.²³²⁹ З огляду на це, докази мають вказувати, що відповідні вбивства є частиною однієї операції, а не просто сукупністю непов'язаних і окремих вбивств, скоєних у різних місцях різними злочинцями та протягом тривалого періоду часу.²³³⁰
1200. Хоча винищення є актом вбивства великої кількості людей, немає вимоги досягнення певного чисельного мінімуму.²³³¹ Оцінка того, чи досягнуто елемента масовості, залежить від аналізу всіх відповідних факторів в кожному випадку окремо.²³³² Проте, масштаби вбивства, необхідні для кваліфікації діянь як винищення, мають бути суттєвими, і відповідальність за одне або незначну кількість вбивств не є достатньою.²³³³ Винищення було встановлене у разі вбивства як тисяч потерпілих, так і вбивства близько 60 осіб.²³³⁴

²³²⁸ Тріфтерер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 188.

²³²⁹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(b), п. 10.

²³³⁰ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 484; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 147; МТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Каремери*, п. 661; МТР, *Багосора та інші*. Апеляційне [рішення](#), п. 396.

²³³¹ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 260; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Благовєвича та Йокича*, п. 574; МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Сетако*, п. 480.

²³³² МКТЮ, [Вирок у справі Стакіча](#), п. 640; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лукіча та Лукіча*, п. 538; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благовєвича та Йокича*, п. 573; [Рішення](#) у справі *Нахімана та ін.*, п. 1061.

²³³³ МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 340; МТР, [Рішення](#) у справі *Нтакірутїмана та ін.*, п. 813-814; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Василєвича*, п. 227, 232.

²³³⁴ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лукіча та Лукіча*, п. 537.

МКТР, РІШЕННЯ ТА ВИРОК СУДУ У СПРАВІ КАЄЛІЄЛІ, П. 893

Палата переконана, що одне вбивство або незначна кількість вбивств не є винищенням. Для того, щоб надати практичного значення цьому обвинуваченню, на протипагу умисного вбивству, необхідно, щоб насправді відбувалася велика кількість вбивств, і щоб напад був спрямований проти групи, наприклад, мікрорайону, а не проти конкретних осіб, які в ньому мешкають. Однак, за цим обвинуваченням Палата може розглянути і докази, що стосуються вбивства конкретних осіб, як ілюстрацію винищення цільової групи.

1201. Оскільки об'єктивна сторона злочину винищення містить елемент масового знищення, цей злочин проти людяності близько пов'язаний із злочином геноциду.²³³⁵ Однак винищення є набагато ширшим поняттям, оскільки (1) воно стосується ситуацій, коли вбивають лише деяких членів групи, але інших залишають в живих, і (2) воно може бути спрямоване проти ширшого кола груп осіб; охоплюють не лише національні, етнічні, расові та релігійні групи,²³³⁶ а й політичні, соціальні, мовні групи та групи відповідно до їхньої сексуальної орієнтації.²³³⁷

iii. **Склад винищення (Суб'єктивний елемент)**

1202. Із суб'єктивної сторони винищення як злочин проти людяності характеризується умислом вбити потерпілу особу з усвідомленням того, що це відбувається в рамках масового вбивства представників цивільного населення.²³³⁸

1203. Злочинець мав умисел вбити (спричинив смерть) одну або більше осіб. Такий умисел буде встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив діяння або вдав-ся до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння)²³³⁹ з метою спричинити смерть однієї або більше осіб; або (2) злочинець усвідомлював, що смерть настане за звичайного перебігу подій (тобто був фактично впевнений, що вона настане) (умисел щодо наслідку).²³⁴⁰ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²³⁴¹

1204. Злочинець усвідомлював, що його дії були масовим вбивством цивільного населення або його частиною. Відповідно, злочинець повинен був знати про існування обставин, що супроводжували його поведінку. Тобто він повинен

²³³⁵ [Проект Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства з коментарями](#) КМП, 1996 р., с. 48.

²³³⁶ Ці групи прямо захищені статтею 2 [Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього](#).

²³³⁷ Амбос, Трактат з міжнародного кримінального права: Том II: Злочини, пов'язані з винесенням вироку, Oxford University Press, 2014, с. 84-85.

²³³⁸ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(а)-(b) та 30(3).

²³³⁹ МКС, [Судове рішення](#) по справі *Катанги*, п. 774.

²³⁴⁰ Статут МКС, стаття 30(2)(а) і (b); МКС, Судове [рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774, 781; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 90. Див. розділ X, п. X (віртуальна впевненість).

²³⁴¹ МКС, [Рішення у справі Катанги](#), п. 775-776.

був усвідомлювати, що його поведінка була масовим вбивством цивільного населення або його частиною.²³⁴²

1205. Показово, відповідно до практики МКТЮ та МКТР, *mens rea* винищення виражається в тому, що злочинець умисно вбив велику кількість людей або систематично створював такі умови життя, які призвели б до їх загибелі.²³⁴³ Це відрізняється від стандарту МКС, який вимагає лише наявності у злочинця умислу вбити потерпілу особу та усвідомлення того, що його дії є частиною масового вбивства.
1206. Як зазначалося вище, законопроект № 7290 визначає суб'єктивний елемент винищення як («позбавлення життя... спрямоване на знищення частини населення»). Таким чином, українські судді можуть покладатися на визначення суб'єктивних елементів винищення, надане МКТЮ/МКТР, як таке, що більш точно узгоджується із законодавством України. Тим не менш, слід мати на увазі, що міжнародні стандарти не вимагають умислу вбити певний мінімум потерпілих осіб²³⁴⁴ і, на відміну від геноциду, не вимагають наміру знищити групу або частину групи, до якої належать потерпіла особа, або відповідно до заздалегідь встановленого плану чи політики.²³⁴⁵

МКТЮ, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ КАРАДЖИЧА, П. 486 [ЗНОСКИ ОПУЩЕНО].

Відповідно до судової практики щодо *actus reus, mens rea* винищення також не характеризується умислом вбити певний мінімум потерпілих. Крім того, не вимагається, щоб акт винищення здійснювався з наміром знищити групу або частину групи, до якої належать потерпілі, або відповідно до заздалегідь встановленого плану чи політики.

²³⁴² Статут МКС, стаття 3(3).

²³⁴³ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 485; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 726; МТР, [Рішення](#) у справі *Сімба*, п. 422 ("Хоча винищення є актом вбивства великої кількості людей, таке визначення не передбачає, що повинен бути досягнутий чисельний мінімум. Психічним елементом винищення є намір вчинити масове вбивство або взяти участь у масовому вбивстві"); МТР, [Вирок](#) у справі *Мпамбари*, п. 10 ("обвинувачений повинен мати намір вчинити масове вбивство або брати участь у ньому"); МТР, [Вирок](#) у справі *Мпамбари*, п. 10 ("обвинувачений повинен мати намір своїми діями спричинити масову загибель людей").

²³⁴⁴ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 486; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 260; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтакірутімані та ін.*, п. 516, 522. Див. також МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 726; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Поповича та ін.*, п. 801; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Країшніка*, п. 716.

²³⁴⁵ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 486; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крстича*, п. 225; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 726; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Поповича та інших*, п. 801; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 639; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Василевича*, п. 227.

- d) **Обернення в рабство як злочин проти людяності** (Статут МКС, стаття 7(1)(с); Статут МКТЮ, стаття 5(с); Статут МКТР (стаття 3(с); Статут СССЛ (стаття 2(с))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за обернення в рабство як за злочин проти людяності, необхідно встановити наявність наступних елементів:

1. Об'єктивний елемент

- Злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або іншим аналогічним шляхом позбавлення волі.

2. Суб'єктивний елемент

- Злочинець умисно здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або іншим аналогічним шляхом позбавлення волі.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного та систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1207. Міжнародні інструменти забороняють обернення в рабство як злочин проти людяності,²³⁴⁶ яке Статут МКС визначає як “здійснення щодо особи будь-якого або всіх повноважень, притаманних праву власності, і включає здійснення таких повноважень у ході торгівлі людьми, зокрема жінками та дітьми”.²³⁴⁷

1208. Обернення в рабство як злочин проти людяності наразі не заборонено українським законодавством. Однак “торгівля людьми” за КК України є досить широким злочином, щоб охопити значну частину поведінки, забороненої злочином проти людяності “обернення в рабство”. Цей злочин охоплюється статтею 149 КК України, яка забороняє “торгівлю людьми [...] з метою експлуатації [...]”. Відповідно до примітки 1 до цього положення, експлуатація людини включає, зокрема, “примусову працю або примусове надання послуг, рабство або звичаї, подібні до рабства, підневільний стан, залучення в боргову кабалу”. Однак, на

²³⁴⁶ Статут МКС, стаття 7(1)(с); Статут МКТЮ, стаття 5(с); Статут МТР, стаття 3(с); Статут ПАКЮ, стаття 2(с). Обернення в рабство як злочин проти людяності також заборонений низкою інших міжнародних документів: Конвенція про боротьбу з работоргівлею і рабством (1923), стаття 2; Нюрнберзька хартія, стаття 6(с); Токійська хартія, стаття 5(с); Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, 1956 року, стаття 1; МПГПП, стаття 8; Закон ЄККП, стаття 5; Статут КЗК та СПО, стаття 13(1)(с).

²³⁴⁷ Статут МКС, стаття 7(2)(с).

відміну від оборнення в рабство як злочину проти людяності, положення КК України не вимагає, щоб акт торгівлі людьми був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.

1209. Крім того, законопроект № 7290 передбачатиме (якщо він набере чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом п'ятим частини другої цієї статті буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: оборнення в рабство, тобто вчинення (заподіяння) оборнення в рабство або торгівлі людьми в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення. Таким чином, законопроект № 7290 інтегрує як контекстуальні елементи, так і конкретні елементи злочину оборнення в рабство як злочину проти людяності, що містяться в міжнародних інструментах.

ii. Склад оборнення в рабство (об'єктивний елемент)

1210. Об'єктивний елемент цього злочину проти людяності полягає в тому, що злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яку або всі притаманні праву власності правомочності. Відповідно до цього елемента злочинець має купити, продати, позичити або обміняти потерпілу особу, або застосувати до неї аналогічний спосіб позбавлення волі.²³⁴⁸

1211. Здійснення пов'язаних з правом власності правомочностей означає користування, володіння і розпорядження особою, яка розглядається як власність, шляхом постановки її в залежне становище і позбавлення її будь-якої форми автономії.²³⁴⁹ Це визначення є широким і охоплює "системне" або "трансакційне" рабство.²³⁵⁰ Хоча оборнення в рабство не обов'язково має бути пов'язане з комерційною угодою,²³⁵¹ і охоплює подібне позбавлення потерпілого волі, наприклад, шляхом примусу до праці,²³⁵² або "торгівлю людьми, зокрема жінками та дітьми".²³⁵³ "Подібне позбавлення волі" може приймати різні форми і "може охоплювати ситуації, коли потерпілі не були фізично ув'язнені, але іншим чином не могли піти, оскільки їм нікуди було б піти і вони боялись за своє життя".²³⁵⁴

²³⁴⁸ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(с), елемент 1.

²³⁴⁹ МКС, Судове рішення по справі Катанги, п. 975.

²³⁵⁰ Р. Краер та ін. (ред.), *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 3rd Edition, CUP, 2015 ('Cryer et al. (2015)'), с. 473; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Кунарача, п. 117.

²³⁵¹ МКС, [Рішення](#) у справі Онгвена, п. 2713; МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, п. 976; МКС, [рішення](#) у справі Нтаганди, п. 952; SCSL, [рішення](#) у справі Тейлора, п. 420; SCSL, [рішення](#) у справі Вріма та ін., п. 709.

²³⁵² "Підневільний статус" визначається як стан або статус особи, що є наслідком будь-якого з інститутів або практик рабства. [Додаткова конвенція 1956 року про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства](#), стаття 7(b).

²³⁵³ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(с), п. 11.

²³⁵⁴ МКС, [рішення](#) у справі Онгвена, п. 2713; МКС, [рішення](#) у справі Нтаганди, п. 952; СССЛ, [рішення](#) у справі Тейлора, п. 420; SCSL, [рішення](#) у справі Вріма et al. 709. Див. також: МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, п. 977.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: РЕАЛІЗАЦІЯ ПРАВА ВЛАСНОСТІ

Не існує вичерпного переліку ситуацій чи обставин, які відображають здійснення права власності;²³⁵⁵ однак, в кожній окремій ситуації слід проводити оцінку, зокрема, таких факторів:²³⁵⁶

- затримання або полон та їх відповідна тривалість;
- обмеження будь-якої свободи вибору або пересування;
- заходи, вжиті для запобігання або стримування втечі;
- застосування погроз, сили або інших форм фізичного чи психічного примусу;
- примусова праця або підневільний стан;
- здійснення психологічного тиску або контролю;
- вразливий стан потерпілої особи;
- соціально-економічні умови, в яких здійснюється влада;
- природа та контроль фізичного середовища;
- утвердження винятковості;
- піддавання жорсткому поводженню та насильству; або
- контроль над сексуальністю.

1212. Суб'єктивний характер позбавлення волі — тобто “сприйняття потерпілим свого становища, а також її/його обґрунтований страх”²³⁵⁷ — також має значення для визначення того, чи було встановлено факт оборнення в рабство як злочину проти людяності. І хоча (не)згода потерпілої особи є потенційно корисним доказовим фактором під час визначення того, чи є діяння обвинуваченого оборненням в рабство, вона не є елементом цього злочину, який, натомість, пов'язаний виключно з реалізацією права власності на іншу особу.²³⁵⁸

МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ КУНАРАЧА, П. 120

Апеляційна палата не погоджується з тим, що відсутність згоди є елементом складу злочину, оскільки, на її думку, оборнення в рабство впливає із заявлених прав власності; відповідно, відсутність згоди не повинна доводитися прокурором як елемент складу злочину. Однак, згода може мати значення з доказової точки зору, оскільки стосується питання, чи встановив прокурор елемент злочину, пов'язаний зі здійсненням обвинуваченим будь-якого або всіх повноважень, притаманних праву власності.

²³⁵⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 975; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 952; МКТЮ, *Кунарак та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 119; SCSL, *Sesay та ін.* [Судове рішення](#), п. 160.

²³⁵⁶ МКС, [рішення](#) у справі *Онґвен*, п. 2712; МКС, [рішення](#) у справі *Катанги*, п. 976; МКТЮ, справа *Кунарац та ін.*, [судове рішення](#), п. 542-543; МКТЮ, справа *Кунарац та ін.*, [апеляційне рішення](#), п. 119, 121; SCSL, справа *Сесай та ін.*, [судове рішення](#), п. 160; SCSL, [рішення](#) у справі *Тейлора*, п. 420; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 952.

²³⁵⁷ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 977; SCSL, [рішення](#) у справі *Тейлора*, п. 420.

²³⁵⁸ МКТЮ, *Кунарак та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 120-123.

1213. Судді повинні враховувати, що не існує мінімального періоду, протягом якого потерпіла особа повинна перебувати в підневільному стані (рабстві) для того, щоб здійснення права власності було кваліфіковано оберненням в рабство як злочином проти людяності.²³⁵⁹

iii. Склад обернення в рабство (суб'єктивний елемент)

1214. Щодо суб'єктивної сторони, злочинець має діяти з умислом, який буде встановлений у разі, коли (1) злочинець умисно здійснив будь-яку або всі притаманні праву власності правомочності щодо однієї або більше осіб, або позбавив їх волі подібним шляхом.

1215. Злочинець умисно здійснив будь-яку або всі притаманні праву власності правомочності щодо однієї або кількох осіб або позбавив їх волі подібним шляхом. Такий умисел буде встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння) з метою здійснення будь-якої або всіх притаманних праву власності правомочностей щодо однієї або більше осіб, або позбавив їх волі подібним шляхом; або (2) злочинець усвідомлював, що здійснення правомочностей або позбавлення волі відбудеться за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²³⁶⁰ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²³⁶¹

1216. Показово, не є вимогою обернення в рабство доведення того, що злочинець “умисно утримував потерпілих під постійним контролем протягом тривалого проміжку часу”.²³⁶²

²³⁵⁹ МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2714; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарака та ін.*, п. 121.

²³⁶⁰ Статут МКС, стаття 30(2)(a) і (b); МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 122; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 350; SCSL, [рішення](#) у справі *Тейлора*, п. 419.

²³⁶¹ МКС, [Рішення у справі Катанги](#), п. 775-776.

²³⁶² МКТЮ, *Кунарак та інші*, [Апеляційне рішення](#), п. 122.

- е) Депортація та насильницьке переміщення як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(d); Статут МКТЮ, стаття 5(d); Статут МКТР (стаття 3(d); Статут СССЛ (стаття 2(d))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за депортацію та насильницьке переміщення як за злочин проти людяності необхідно встановити наступні елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець депортував або насильно перемістив, без передбачених міжнародним правом підстав, одну або більше осіб в іншу державу або місцевість шляхом виселення або інших примусових дій.
- Така особа або особи правомірно перебували в місцевості, з якої вони були депортовані або переміщені.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно депортувати або насильно перемістив одну або більше осіб.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про правомірність перебування особи чи осіб в місцевості, з якої їх було депортовано або насильно переміщено.

3. Контекстуальний елемент

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного та систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

і. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1217. Міжнародні документи забороняють депортацію та насильницьке переміщення населення,²³⁶³ яке відбувається, коли осіб примусово, без передбачених міжнародним правом підстав, переміщують шляхом виселення чи шляхом здійснення інших примусових дій з місцевості, в якій вони законно перебувають.²³⁶⁴

1218. Злочин проти людяності депортація та насильницьке переміщення наразі не криміналізовані в українському законодавстві. Проте, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набере чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом другим та третім частини першої цієї статті буде визначено спеціальні склади депортації та насильницького переміщення населення як злочинів проти людяності. Це охоплює примусове і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) однієї чи кількох

²³⁶³ Статут МКС, стаття 7(1)(d); Статут МКТЮ, стаття 5(d); Статут МТР, стаття 3(d); Статут СССЛ, стаття 2(d). Депортація як злочин проти людяності також заборонена наступними міжнародними інструментами: Статут Нюрнберзького трибуналу, стаття 6(с); Статут Токійського трибуналу, стаття 5(с); і Закон про ЕССС, стаття 5. Депортація або насильницьке переміщення також заборонені як воєнні злочини відповідно до статті 8(2)(a)(viii) та статті 8(2)(b)(viii) Статуту МКС.

²³⁶⁴ Статут МКС, стаття 7(2)(d).

осіб з місцевості, на території якої вони законно перебували, на територію іншої держави (депортація) або до іншої місцевості у межах однієї держави (наси́льницьке переміщення). Тож, законопроект №7290 впровадить контекстуальні та загальні елементи цих злочинів проти людяності, передбачених міжнародними інструментами.

ii. Склад депортації або примусового переміщення (об'єктивні елементи)

1219. Об'єктивні елементи складу цього злочину проти людяності передбачають, що: 1) особа, яка скоїла злочин, депортувала або в насильницький спосіб перемістила, за відсутності підстав, що допускаються міжнародним правом, одну або більше осіб до іншої держави або місця перебування шляхом виселення або інших примусових дій, а також 2) така особа або такі особи перебували на законних підставах на території, з якої їх у такий спосіб депортували або перемістили.
1220. Злочинець депортував або насильно перемістив, без передбачених міжнародним правом підстав, одну або більше осіб в іншу державу або місцевість шляхом виселення або інших примусових дій. По-перше, треба оцінити чи була одна або більше осіб депортовані до іншої держави або переміщені в іншу місцевість у межах однієї держави.²³⁶⁵ Хоча депортація зазвичай характеризується тим, щоб особа (особи) була переміщена через державний кордон (тобто кордон *de jure*) в іншу державу, за певних обставин переміщення через кордон *de facto* може також прирівнюватися до депортації.²³⁶⁶ Відповідно, необхідно встановити, що одне або декілька діянь, які вчинив злочинець, призвели до депортації або насильницького переміщення потерпілого.²³⁶⁷

**МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ СТАКІЧА, П. 300
[ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО].**

Злочин депортації передбачає переміщення осіб через кордон. Загальний принцип міжнародного звичаєвого права щодо характеру кордону полягає в тому, що має відбутися виселення через *де-юре* кордон в іншу країну [...]. Апеляційна палата також визнає, що за певних обставин переміщення через *фактичний* кордон може бути достатнім для того, щоб вважатися депортацією. Загалом, питання про те, чи є певний *де-факто* кордон достатнім для цілей злочину депортації, має розглядатися в кожній ситуації окремо у світлі міжнародного звичаєвого права.

²³⁶⁵ Різниця між депортацією та примусовим переміщенням полягає в тому, що депортація вимагає переміщення до іншої держави. МКС, [Рішення у справі "Прохання обвинувачення про винесення рішення щодо юрисдикції за статтею 19\(3\) Статуту"](#), п. 55; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 278; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Сеселя*, п. 538.

²³⁶⁶ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 289; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Крайсніка*, п. 723.

²³⁶⁷ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1047; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Руто* та ін., п. 245; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Поповича та інших*, п. 893.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ПРИКЛАДИ “ВИСЕЛЕННЯ ТА ІНШИХ ПРИМУСОВИХ ДІЯНЬ”

Наступне може свідчити про те, що для депортації або переміщення потерпілих осіб застосовувався примус:²³⁶⁸

- Фізична сила або страх перед насильством;
- Примус;
- Затримання;
- Психологічний тиск;
- Зловживання владою;
- Використання переваг середовища примусу;
- Позбавлення основоположних прав та свобод;
- Інші злочини проти людяності або воєнні злочини, зокрема, вбивство, тортури, насильницьке зникнення, знищення майна та мародерство;
- Сексуальне насильство;
- Жорстоке поводження або нестерпні умови життя.

1221. Депортація або переміщення має відбуватися шляхом виселення або інших примусових дій.²³⁶⁹ Відповідно, у переміщених осіб не має бути реального вибору.²³⁷⁰ Хоча окремі особи можуть погодитись, або навіть подати запит на переміщення з місцевості, цього недостатньо, якщо згода не була надана добровільно чи в результаті особистого вільного волевиявлення.²³⁷¹ Переміщення вважатиметься правомірним тільки якщо особа дійсно бажає виїхати, і тільки за таких умов злочинець може уникнути кримінальної відповідальності.²³⁷²

1222. Для визначення цього елемента потрібно враховувати наявну ситуацію та атмосферу, а також інші необхідні обставини, як-от вразливість потерпілих або наявність середовища примусу (тобто зростання напруження і страху поєдна-

²³⁶⁸ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(d), с. 12; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Налетіліча та Мартиновича*, п. 519; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 528-529; МКС, [Рішення щодо "Запиту обвинувачення про винесення рішення про юрисдикцію відповідно до статті 19\(3\) Статуту"](#), п. 61; Трифтерер та Амбос (ред.), Статут Міжнародного кримінального суду: A Commentary, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 347.

²³⁶⁹ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(d); МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 279; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 475; МКТЮ, Апеляційне рішення у справі *Крноєлаца*, п. 475; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 233; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крстича*, п. 528.

²³⁷⁰ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1056; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 279; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 475; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 453.

²³⁷¹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1056; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 50; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 489; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 277, 279; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 229.

²³⁷² МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Налетіліча та Мартиновича*, п. 519; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 489; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 279, 282; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 229.

ні зі збільшенням військової присутності).²³⁷³ Однак випадкове переміщення внаслідок повністю правомірного нападу або побічних наслідків правомірного нападу не є насильницьким переміщенням або депортацією.²³⁷⁴

1223. Необхідно також довести, що депортація або насильницьке переміщення відбулися без передбачених міжнародним правом підстав.²³⁷⁵ Відповідно до міжнародного права, під час збройного конфлікту і в мирний час, існує обмежений перелік таких підстав:

- i. Під час збройного конфлікту дозволяється тимчасове переміщення (або “евакуація”) цивільного населення з гуманітарних або нагальних військових причин.²³⁷⁶ У таких ситуаціях переміщені особи повинні бути повернуті в їхні домівки, як тільки це дозволить ситуація.²³⁷⁷ Проте, незаконним є використання так званих “нагальних військових причин” як приводу для “евакуації” цивільного населення з території або держави та подальшого захоплення контролю над цією територією.²³⁷⁸ Крім того, тоді як примусове переміщення з гуманітарних причин є виправданим у певних ситуаціях, воно не є виправданим, якщо гуманітарна криза, яка спричинила переміщення, сама по собі є результатом протиправних діянь самого злочинця.²³⁷⁹
- ii. У мирний час дозволяються депортації або переміщення, які необхідні для захисту національної безпеки, громадського порядку, здоров'я і моралі або прав і свобод інших осіб.²³⁸⁰ Таке переміщення також може бути необхідним з гуманітарних причин у разі епідемій або стихійного лиха, якщо тільки діяння самого злочинця не спричинили цю гуманітарну кризу.²³⁸¹

1224. Така особа або особи законно перебували у місцевості, з якої вони були депортовані або переміщені. Другий елемент цього злочину проти людяності вимагає від суддів розгляду такого питання: чи законно (згідно з національним

²³⁷³ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1056; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 282; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 85, 707; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 489; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крнойлаца*, п. 229.

²³⁷⁴ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1056; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 281; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крайсніка*, п. 724.

²³⁷⁵ МКТЮ, [справа Попович та ін.](#), п. 891; МКТЮ, [справа Крайснік](#), п. 723; МКС, *справа Рудо та ін.*, рішення про підтвердження обвинувачень, п. 233, 723; МКС, *Рудо та інші*, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#), п. 243.

²³⁷⁶ Женевська конвенція IV, стаття 49; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 492; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Прліч та ін.*, п. 52-53; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Поповича та ін.*, п. 903 (з посиланням на МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 287); МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п. 524, 526.

²³⁷⁷ [Женевська конвенція IV](#), стаття 49(2); МКТЮ, [рішення](#) у справі Станішича і Сімашовича, п. 994; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крайсніка*, п. 725; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Поповича та інших*, п. 901.

²³⁷⁸ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 492; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Поповича та інших*, п. 901; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благовича та Йокича*, п. 597.

²³⁷⁹ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 492; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Поповича та ін.*, п. 903 (з посиланням на МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 287); МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Младіча*, п. 356.

²³⁸⁰ [МПГПЦ](#), стаття 12(3).

²³⁸¹ МКТЮ, [рішення](#) у справі *Поповича та ін.*, п. 903 (з посиланням на МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 287); МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Благовича та Йокича*, п. 600.

і міжнародним правом) потерпілі особи проживали на території, з якої вони були депортовані або насильно переміщені.²³⁸²

1225. Громадяни держави мають право проживати на території своєї держави.²³⁸³ Крім того, хоча міжнародні інструменти не передбачають загального права іноземців на в'їзд на територію держави, повноваження держави обмежувати в'їзд на свою територію не є необмеженими.²³⁸⁴

1226. Тим паче, вимога "законного перебування" на території не передбачає правового обов'язку для потерпілої особи надати підтвердження проживання.²³⁸⁵ Відповідно, немає значення, чи проживала особа в такому місці протягом періоду часу, необхідного для отримання дозволу на проживання, і чи їй було надано таке право на проживання відповідно до імміграційного законодавства.²³⁸⁶ Такий захист, наприклад, поширюється на осіб, які приїхали жити в громаду, зокрема, внутрішньо переміщених осіб.²³⁸⁷ Натомість це правило має на меті виключити ситуації, коли особи незаконно займають будинки чи приміщення.²³⁸⁸

МКТЮ, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ ПОПОВИЧ ТА ІН., П. 903 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНІ].

Судова палата вважає, що слова "законно перебувають" слід розуміти в їхньому загальному значенні і не прирівнювати до юридичної концепції законного проживання. [...] Очевидно, що такий захист має на меті охопити, наприклад, внутрішньо переміщених осіб, які знайшли тимчасове житло після того, як були виселені зі своєї первісної місця проживання. На думку Судової палати, вимога законного перебування має на меті виключити лише ті ситуації, коли особи займають будинки або приміщення незаконно або нелегально, а не встановлювати вимогу щодо "резидентства", яке має бути продемонстроване як правовий стандарт.

iii. Склад депортації та примусового переміщення (суб'єктивні елементи)

1227. Суб'єктивний елемент депортації та примусового переміщення як злочину проти людяності характеризується умислом та усвідомленням, які може бути встановлено, якщо (1) злочинець умисно депортував або насильно перемістив

²³⁸² МКТЮ, рішення у справі *Поповича та ін.*, п. 900; МКТЮ, рішення у справі *Толіміра*, п. 797; МКТЮ, рішення у справі *Благоєвича та Йокича*, п. 595; МКТЮ, рішення у справі *Джордевіча*, п. 1613, 1616.

²³⁸³ МПГПП, стаття 12.

²³⁸⁴ Тріфтерер та Амбос (ред.), Статут Міжнародного кримінального суду: A Commentary, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 264 (цитуючи Комітет з прав людини, Зауваження [загального порядку № 15/27](#), п. 5: "за певних обставин іноземець може користуватися захистом [МПГПП] навіть у зв'язку з в'їздом або проживанням, наприклад, коли виникають міркування щодо недискримінації, заборони нелюдського поводження та поваги до сімейного життя").

²³⁸⁵ МКТЮ, справа *Попович та ін.* Судове рішення, п. 900.

²³⁸⁶ МКТЮ, справа *Попович та ін.* Судове рішення, п. 900.

²³⁸⁷ МКС, Судове рішення у справі *Нтаганди*, п. 1069; МКТЮ, рішення у справі *Поповича та ін.*, п. 900; МКТЮ, рішення у справі *Джордевіча*, п. 1616.

²³⁸⁸ МКТЮ, рішення у справі *Поповича та ін.*, п. 900; МКТЮ, рішення у справі *Дордевіча*, п. 1616, 1640.

одну або більше осіб; і (2) злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про правомірність такого перебування.

1228. Злочинець умисно депортував або примусово перемістив одну чи більше осіб. Такий умисел може бути встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння)²³⁸⁹ з метою спричинити депортацію або переміщення однієї або більше осіб; або (2) злочинець усвідомлював, що депортація або переміщення відбудеться за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²³⁹⁰ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²³⁹¹
1229. Загальний *mens rea* цього злочину проти людяності передбачає умисел на насильницьке переміщення однієї або більше осіб через де-юре або де-факто кордон у разі депортації та умислу на насильницьке переміщення однієї або більше осіб у межах національних кордонів у разі примусового переміщення.²³⁹² Однак ні депортація, ні примусове переміщення не вимагають від злочинця умислу перемістити потерпілих осіб назавжди. Натомість, потрібно лише умисне переміщення.²³⁹³
1230. Злочинець знав про фактичні обставини, які свідчили про законність такої присутності. Елементи злочинів МКС також визначають особливий суб'єктивний елемент злочину проти людяності депортації або примусового переміщення. Відповідно, має бути доведено, що злочинець був обізнаний про факти, які свідчили про законність перебування потерпілих на території, звідки вони були переміщені або депортовані. Немає потреби доводити, що злочинець проводив юридичний аналіз щодо законності присутності потерпілої особи або що він знав, що присутність було законною.²³⁹⁴ Достатньо, наприклад, того факту, що злочинець знав, що переміщені особи тривалий час проживали на відповідній території.

²³⁸⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774; МТКЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п. 493; МТКЮ, [Судове рішення](#) у справі *Толіміра* п. 801.

²³⁹⁰ Статут МКС, стаття 30(2)(а) і (b); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774.

²³⁹¹ МКС, [Рішення у справі Катанги](#), п. 775-776.

²³⁹² МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 493; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 58; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Поповича та інших*, п. 904; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 801.

²³⁹³ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 493; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 57; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Поповича та інших*, п. 904; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 317; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 206; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 801.

²³⁹⁴ Тріфтерер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 265.

- f) Ув'язнення як злочин проти людяності (Статут МКС, Стаття 7(1)(e); Статут МКТЮ, Стаття 5(e); Статут МКТР (Стаття 3(e); Статут СССЛ (Стаття 2(e))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за ув'язнення як за злочину проти людяності необхідно встановити наступні елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець ув'язнив одну або більше осіб, або інший жорсткий спосіб позбавив фізичної свободи одну або більше осіб.
- Тяжкість діяння була такою, що воно порушувало основоположні норми міжнародного права.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно ув'язнив одну або більше осіб, або в інший жорсткий спосіб позбавив фізичної свободи одну або більше осіб.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, які свідчать про тяжкість діяння.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1231. Міжнародні інструменти забороняють ув'язнення як злочин проти людяності,²³⁹⁵ що полягає в ув'язненні або іншому жорсткому позбавленні фізичної свободи в порушення основоположних норм міжнародного права однієї або більше осіб.²³⁹⁶
1232. Ув'язнення як злочин проти людяності наразі не криміналізований в українському законодавстві. Однак, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набере чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом сьомим частини першої цієї статті буде визначено спеціальний склад незаконного ув'язнення як злочину проти людяності. Таким чином, законопроект №7290 інтегрує як контекстуальні елементи, так і загальні елементи вказаного злочину проти людяності, що містяться у міжнародних інструментах.

ii. Склад ув'язнення (об'єктивні елементи)

1233. Об'єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами: (1) злочинець ув'язнив одну чи більше осіб або в інший жорсткий

²³⁹⁵ Статут МКС, стаття 7(1)(e); Статут МКТЮ, стаття 5(e); Статут МТР, стаття 3(e); Статут ПАКЮ, стаття 2(e). Злочин проти людяності, пов'язаний з позбавленням волі, також заборонений низкою інших міжнародних документів: Закон про ЕССС, стаття 5; Статут КСГ та СПО, стаття 13(1)(e).

²³⁹⁶ Елементи злочинів МКС, стаття 7(2)(e), елемент перший.

спосіб позбавив одну чи більше осіб фізичної свободи; та щоб (2) тяжкість діяння була такою, що воно порушувала б основоположні норми міжнародного права.²³⁹⁷

1234. Злочинець ув'язнив одну чи більше осіб або в інший жорсткий спосіб позбавив одну чи більше осіб фізичної свободи. Для тримання першого елемента ув'язнення як злочину проти людяності необхідно встановити, що злочинець ув'язнив або в інший спосіб жорстко позбавив фізичної свободи одну або більше осіб. Поняття “ув'язнення” у цьому положенні необхідно тлумачити як “свавільне затримання”, що означає позбавлення свободи без належної правової процедури (детальніше про це йдеться нижче в Елементі 2).²³⁹⁸ Інші способи позбавлення фізичної свободи, які вважаються “жорсткими” в контексті цього елемента, можуть охоплювати, наприклад, домашній арешт, обмеження в закритому місті або подібні жорсткі обмеження, зокрема, інтернування в концентраційні табори, або табори для затриманих, або інші форми тривалого утримання під вартою.²³⁹⁹

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: "ЖОРСТКЕ" ПОЗБАВЛЕННЯ СВОБОДИ

Такі фактори, серед іншого, можуть свідчити про те, що позбавлення свободи було достатньо “суворим”, щоб становити ув'язнення як злочин проти людяності:²⁴⁰⁰

- чи піддавалася затримана особа катуванню або іншому жорсткому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню, зокрема злочину сексуального насильства, або іншому залякуванню;
- чи був початковий арешт законним (наприклад, чи був він заснований на дійсному ордері на арешт, чи було затриманій особі повідомлено про причини її затримання, чи було затриманій особі пред'явлено офіційне обвинувачення і чи було затриманій особі повідомлено про будь-які процесуальні права);
- тривалість позбавлення свободи;
- чи було затримання таємним;
- чи була затримана особа відрізана від зовнішнього світу; та/або
- чи було це затримання частиною серії неодноразових затримань.

²³⁹⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(d). Див. також: МКТЮ, справа *Прліч та ін.*, [Апеляційне рішення](#), п. 471; МКТЮ, *Готовіна та ін.*, [Рішення](#) в першій інстанції, п. 1815; МКТЮ, [справа Станішич та Сіматович](#), п. 78; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крайсніка*, п. 752; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Церкеза*, п. 116; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Мартіча*, п. 87-88.

²³⁹⁸ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Кордіча і Серкеза*, п. 302. Зауважте, що позбавлення волі все одно може вважатися свавільним за міжнародним правом, навіть якщо воно відповідає національному законодавству. Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: A Commentary*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 199.

²³⁹⁹ МКТЮ, [рішення](#) у справі *Кордіча та Серкеза*, п. 299; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 473; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 683; МКТР, [рішення](#) у справі *Натагерури та ін.*, п. 473; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 684, 691, 700; МКТР, [рішення](#) у справі *Нтагерури та ін.*, п. 702.

²⁴⁰⁰ МКТЮ, [рішення](#) у справі *Кордіча і Церкеза*, п. 592, 609, 623, 625, 792-793; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Кордіча і Церкеза*, п. 592-594, 605, 610; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 473; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 700; [Рішення](#) у справі *Нтагерури та ін.*, п. 702. Див. також: Тріфтерер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 202.

1235. Тяжкість діяння було таким, що воно порушувало основоположні норми міжнародного права. Для доведення другого елементу цього злочину проти людяності необхідно встановити, що це затримання або позбавлення волі було свавільним,²⁴⁰¹ і що це свавільне затримання було достатньо серйозним, щоб порушити основоположні норми міжнародного права.
1236. Затримання буде вважатися свавільним згідно з міжнародним правом, якщо:²⁴⁰²
- відсутня правова підстава для позбавлення свободи;
 - позбавлення свободи є наслідком здійснення конкретних прав і свобод (як от право на свободу слова, совісті, зібрань, об'єднань та пересування); або
 - повне або часткове недотримання міжнародних норм у галузі прав людини щодо права на справедливий суд є настільки серйозним, що надає позбавленню свободи або ув'язненню довільного характеру.
1237. Крім того, довільне затримання буде достатньо серйозним, якщо воно порушує основоположні норми міжнародного права. Це передбачає більше, ніж незначні процесуальні помилки в дотриманні правових процедур, і вимагає, як мінімум, щоб затримання призвело до порушення міжнародно визнаних прав людини.²⁴⁰³

²⁴⁰¹ МКТЮ, [рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеса*, п. 299, 302; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 113. Див. також: Трифтерер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 201. Свавільне ув'язнення не включає законне позбавлення волі, зокрема "законний арешт, засудження після судового розгляду, законні процедури депортації або екстрадиції, карантин, а під час збройного конфлікту — визначене місце проживання, інтернування з міркувань безпеки та інтернування військовополонених". Краєр та ін. (2015), с. 475.

²⁴⁰² Звіт Робочої групи ООН з довільних затримань, "Питання прав людини всіх осіб, що піддаються затриманню або ув'язненню в будь-якій формі — Звіт Робочої групи з довільних затримань, Додаток I: Переглянуті методи роботи" (19 грудня 1997 р.) E/CN.4/1998/44, с. 16; МТР, *Нтагерура та ін.* [Судове рішення](#), п. 702; МКТЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення](#), п. 471, 473.

²⁴⁰³ Трифтерер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 202.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: “СЕРЙОЗНЕ” ПОЗБАВЛЕННЯ СВОБОДИ

Позбавлення свободи буде “серйозним”, якщо затримання призвело до порушення міжнародно визнаних прав людини, зокрема, *inter alia*, такі:

- гарантії права на справедливий судовий розгляд, як-от право на негайний доступ до сім'ї, адвоката, незалежної медичної допомоги та судді;²⁴⁰⁴
- право на негайне встановлення судом законності затримання та на звільнення, якщо затримання було незаконним;²⁴⁰⁵
- право на незалежний, неупереджений і компетентний суд;²⁴⁰⁶
- право на представництво адвокатом;²⁴⁰⁷ та
- право на апеляційне оскарження.²⁴⁰⁸

iii. Склад ув'язнення (суб'єктивні елементи)

1238. Суб'єктивні елементи злочину проти людяності, пов'язаного з позбавленням свободи, передбачають наявність умислу та усвідомлення, які можуть бути встановлені, коли (1) злочинець умисно ув'язнив одну чи більше осіб або в інший жорсткий спосіб позбавив фізичної свободи одну чи більше осіб; та (2) злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчать про тяжкість діяння.

1239. Злочинець умисно ув'язнив одну чи більше осіб або в інший спосіб жорстко позбавити фізичної свободи одну чи більше осіб. Такий умисел може бути встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння)²⁴⁰⁹ з метою спричинити ув'язнення або позбавлення фізичної свободи однієї або більше осіб; або (2) злочинець усвідомлював, що ув'язнення або позбавлення фізичної свободи станеться за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідків).²⁴¹⁰ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁴¹¹

²⁴⁰⁴ ГА ООН, "Мінімальні стандартні правила ООН щодо поводження з в'язнями" (13 травня 1977 р.) A/RES/70/175, Правила 27, 58; РЄ, "Європейські пенітенціарні правила" (видання Ради Європи, червень 2006 р.), п. 23.1, 24.1, 41.1; ГА ООН, Звід принципів захисту всіх осіб, що піддаються затриманню чи ув'язненню в будь-якій формі, 1988 р., Принцип 15; МПГПП, стаття 9(3).

²⁴⁰⁵ 362 ГА ООН, Звід принципів захисту всіх осіб, що піддаються затриманню чи ув'язненню в будь-якій формі 1988 року, принципи 9-13; МПГПП, стаття 9(3).

²⁴⁰⁶ [Загальна декларація прав людини](#), статті 3, 10; Генеральна Асамблея ООН, Основні принципи, що стосуються ролі юристів.

²⁴⁰⁷ ГА ООН, Основні принципи, що стосуються ролі юристів, п.1.

²⁴⁰⁸ Рада Європи, "Європейські пенітенціарні правила" (Видавництво Ради Європи, червень 2006 р.), п. 61.

²⁴⁰⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крайсніка*, п. 752; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крноєлаца*, п. 115.

²⁴¹⁰ Статут МКС, стаття 30(2)(а) і (b); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774.

²⁴¹¹ МКС, [Рішення у справі Катанги](#), п. 775-776.

1240. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що визначають тяжкість діяння. Елементи злочинів МКС також встановлюють особливий суб'єктивний елемент для злочину проти людяності ув'язнення або іншого жорсткого позбавлення фізичної свободи. Відповідно, має бути встановлено, що злочинець усвідомлював (тобто знав) фактичні обставини, які свідчать про тяжкість діяння. Далєбі, не обов'язково, щоб злочинець давав будь-яку правову оцінку тому, що ув'язнення було порушенням основоположних норм міжнародного права.²⁴¹²

- g) Каткування як злочин проти людяності (Конвенція проти катування, Статті 1 та 2; Статут МКС, Стаття 7(1)(f); Статут МКТЮ, Стаття 5(f); Статут МКТР (Стаття 3(f); Статут СССЛ (Стаття 2(f))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за катування як за злочин проти людяності, необхідно встановити наступні елементи:

1. Об'єктивний елемент

- Злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждання.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел завдати сильного фізичного або морального болю чи страждання.
- Такий біль або страждання було завдано з метою отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу потерпілої або третьої особи, або дискримінації за будь-якою ознакою щодо потерпілої або третьої особи.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1241. Міжнародні інструменти забороняють катування як злочин проти людяності.²⁴¹³ Однак елементи цього злочину різняться в Конвенції проти катувань,

²⁴¹² Нільссон, Стаття 7(1)(e) у Кламберг (ред.), Коментар до права Міжнародного кримінального суду, 1st Edition, Torkel Opsahl Academic Publisher, 2017, с. 47-48.

²⁴¹³ [Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання](#), статті 1 і 2; [Статут МКС](#), стаття 7(1)(f); Статут [МКТЮ](#), стаття 5(f); Статут [МТР](#), стаття 3(f); [Статут СССЛ](#), стаття 2(f). Злочин проти людяності катування також заборонений наступними міжнародно-правовими документами: [Закон про Європейський комітет з питань запобігання катуванням](#), стаття 5; [Статут КЗК та СЗП](#), стаття 13(1)(f). Крім того, катування забороняються наступними договорами з прав людини: [Декларація ООН про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання](#); [МПГПП](#), статті 4, 7; [Європейська конвенція з прав людини](#) (ЄКПЛ), стаття 3. Каткування також заборонені як військовий злочин відповідно до статті 8(2)(a)(ii) та статті 8(2)(c)(i) [Статуту МКС](#).

правових базах МКТЮ/МКТР та МКС. З описаних нижче причин, цей розділ спиратиметься на визначення катування як злочину проти людяності, яке відповідно до МКТЮ та МКТР відображає норми міжнародного звичаєвого права. Це визначення також найбільш точно відповідає визначенню катування, що міститься у статті 127 КК України.

1242. Конвенцією проти катувань визначено катування як:

КОНВЕНЦІЯ ПРОТИ КАТУВАНЬ ТА ІНШИХ ЖОРСТОКИХ, НЕЛЮДСЬКИХ АБО ТАКИХ, ЩО ПРИНИЖУЮТЬ ГІДНІСТЬ, ВИДІВ ПОВОДЖЕННЯ І ПОКАРАННЯ, СТАТТЯ 1

будь-яку дію, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. У цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково.

1243. На початку своєї діяльності Судова палата МКТЮ провела всебічне дослідження цього злочину і прийняла авторитетне визначення катування як злочину проти людяності, яке, як вона зазначила, відображає міжнародне звичаєве право.²⁴¹⁴ Це визначення сформульовано наступним чином:

МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ КУНАРАЧ ТА ІН., П. 142 [ЗНОСКИ ОПУЩЕНО].

Посилаючись на Конвенцію проти катувань та прецедентне право Трибуналу і МКТР, Судова палата прийняла визначення [катування як злочину проти людяності], що базується на наступних складових елементах:

- (i) Заподіяння, дією або бездіяльністю, сильного болю або страждання, фізичного чи морального.
- (ii) Дія або бездіяльність має бути умисною.
- (iii) Дія або бездіяльність має бути спрямована на отримання інформації або зізнання, або на покарання, залякування чи примус потерпілої чи третьої особи, або на дискримінацію за будь-якою ознакою потерпілої чи третьої особи.

²⁴¹⁴ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 497; МКТЮ, *Кунарач та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 142. Див. також: МКТЮ, [рішення](#) у справі *Квочки та ін.*, п. 141; МКТР, [Обвинувальний вирок](#) у справі *Семанзи*, п. 343; [Рішення](#) у справі *Нтагерури та інших*, п. 703.

1244. Хоча частина цього визначення катування як злочину проти людяності відповідає визначенню з Конвенції проти катування, і МКТЮ, і МКТР дійшли висновку, що вимога про те, що акт катування “вчиняється державною посадовою особою або іншою особою, яка виступає як офіційна особа, або за її підбурюванням, або з її відома чи мовчазної згоди”, не відповідає звичаєвому міжнародному праву, і тому не вважали це за елемент катування як злочину проти людяності.²⁴¹⁵ Крім того, ні МКТЮ, ні МКТР не передбачали те, що акт катування “не охоплює біль або страждання, що виникають тільки в результаті законних санкцій, і не були невід’ємними або випадковими їх наслідками.”²⁴¹⁶ як це встановлюють Конвенція проти катувань і Римський статут.²⁴¹⁷
1245. Визначення катування як злочину проти людяності за Елементами злочинів МКС характеризується такими елементами: (i) злочинець заподіяв сильний фізичний або моральний біль чи страждання одній або декільком особам; (ii) така особа або особи перебували під вартою або під контролем злочинця; та (iii) такий біль або страждання не виникали лише внаслідок законних санкцій, і не були невід’ємними або випадковими їх наслідками.²⁴¹⁸ Хоча елемент (i) у формулюванні МКС також міститься у визначенні катувань як злочину проти людяності у міжнародному звичаєвому праві (за редакцією МКТЮ та МКТР), елементи (ii) та (iii) визначення МКС не вважаються відображенням міжнародного звичаєвого права.²⁴¹⁹
1246. Відповідно, описані в цьому розділі елементи — це елементи, що містяться в Конвенції проти катувань, які, на думку МКТЮ та МКТР, відображають міжнародне звичаєве право.²⁴²⁰ Оскільки Україна має дотримуватися норм міжнародного звичаєвого права,²⁴²¹ судді повинні переконатися, що докази відповідають

²⁴¹⁵ Слід зазначити, що спочатку МКТЮ в Апеляційному рішенні у справі *Фурундзія* (п. 11) зазначив, що визначення катувань у Конвенції проти катувань, включно з критерієм державного службовця, відображає міжнародне звичаєве право. Однак МКТЮ змінив цю думку в [Апеляційному рішенні](#) у справі *Кунарац та ін.* (п. 146), де було пояснено, що критерій державної посадової особи не виходить за рамки Конвенції проти катувань. Цей підхід був підтверджений МКТЮ в [Апеляційному рішенні](#) у справі *Квочка та ін.* (п. 284) та МТР в [Апеляційному рішенні](#) у справі *Семанца* (п. 248).

²⁴¹⁶ *Наприклад*, МКТЮ, *Кунарац та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 142; МКТЮ, *Квочка та інші*, п. 141; МКТР, [Рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 593-594; МКТР, [Рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 343.

²⁴¹⁷ [Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання](#), стаття 1; [Статут МКС](#), стаття 7(2)(e); [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(f), елемент три.

²⁴¹⁸ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(f).

²⁴¹⁹ *Наприклад*, МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 482-484, 497; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача*, п. 142-144; Тріфферер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментарій*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, р. 271; Краєр та ін. (ред.), *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2015, р. 251; Асоціація із запобігання катуванням та Центр правосуддя та міжнародного права, ["Катування в міжнародному праві: Посібник з юриспруденції"](#) (2008), с. 170. Див. також [Конвенцію проти катувань](#), стаття 1(2).

²⁴²⁰ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 146; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Фурундзія*, п. 111; МКТЮ, [справа "Делаліч та інші"](#) (Delalic et al.), п. 459; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 248; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 593.

²⁴²¹ Міжнародне звичаєве право — це сукупність обов'язкових для всіх держав норм, що впливають з послідовної поведінки держав ("практика держав"), які діють, виходячи зі щирого переконання, що право — на протипагу, *наприклад*, ввічливості або політичним вигодам — вимагає від них діяти саме так ("opinio juris").

кожному з наведених нижче елементів. Крім того, як зазначалося вище, визначення катування, що міститься у статті 127 КК України, в цілому відповідає визначенню катування за міжнародним звичаєвим правом.

1247. Наразі українське законодавство не криміналізує катування як злочин проти людяності. Однак, у широкому сенсі його склад корелює із звичайним злочином катування за статтею 127 КК України, яка забороняє “умисне діяння, спрямоване на заподіяння особі сильного фізичного болю чи морального страждання», вчинене з метою примусити її чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, або з метою покарати її чи іншу особу, а також з метою залякування чи дискримінації її або інших осіб.
1248. Злочин катування за КК України корелює з однойменним злочином проти людяності за міжнародним звичаєвим правом, оскільки характеризується умисним (тобто свідомим) заподіянням фізичного або психічного болю чи страждання з певною метою. Однак, звичайний злочин катування не характеризується тим, що акт катування вчинявся в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто контекстуальний елемент злочинів проти людяності).
1249. Крім того, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набере чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом восьмим частини першої цього положення буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: катування, вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення. Примітка 5 до статті 442-1 визначає катування як “умисне заподіяння особі сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання”. Відповідно, законопроект №7290 інтегрує як контекстуальні елементи, так і загальні елементи вказаного злочину проти людяності, що містяться в міжнародних інструментах.

ii. Склад катування (Об’єктивний елемент)

1250. Об’єктивна сторона злочину проти людяності катування полягає в тому, що (1) злочинець завдав сильного фізичного або психічного болю чи страждань одній або кільком особам.
1251. Злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждань одній або кільком особам. Вихідною точкою для доведення катування є встановлення того, що одна або декілька осіб зазнали сильного болю чи страждань. Такий біль або страждання можуть бути спричинені як дією, так і бездіяльністю злочинця.²⁴²² Страждання можуть бути як фізичними, так і моральними, і немає

Міжнародний суд ООН, [Рішення щодо континентального шельфу Північного моря](#), п. 71-74, 77. Див. також: Сассолі, *Міжнародне гуманітарне право: Правила, суперечності та вирішення проблем, що виникають під час війни*, Едвард Елгар, 2019, с. 46.

²⁴²² МКС, [рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2700; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 468; МКТЮ, рішення у справі *Кунарача та ін.*, п. 468; МКТЮ, *Кунарак та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 142; МТР, [рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 594.

необхідності доводити, що біль або страждання охоплювали конкретні фізичні ушкодження, порушення функцій організму або смерть.²⁴²³

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ПРИКЛАДИ КАТУВАННЯ

Міжнародні суди та трибунали визнавали катуванням такі діяння:

- Фізичні страждання: побиття; нанесення опіків, заподіяння каліцтва чи завдання ножових поранень; підвішування; утримання людини у болючому положенні; ураження електричним струмом; надмірний вплив тепла або холоду; морення голодом; зґвалтування та інші види сексуального насильства.²⁴²⁴
- Моральні страждання: психологічне насильство; поміщення людини в надзвичайно стресову ситуацію, як-от ув'язнення, ізоляція або темрява; погроза благополуччю особи чи її сім'ї; примушування потерпілих спостерігати за стратами інших або ховати тіла своїх сусідів і друзів; позбавлення сну.²⁴²⁵

1252. Хоча немає вимоги, щоб біль або страждання були видимими або постійними,²⁴²⁶ вони повинні відповідати певному рівню тяжкості, що призводить до серйозної та довготривалої шкоди для здатності людини вести нормальне та конструктивне життя, що виходить за межі тимчасового горя, збентеження чи приниження.²⁴²⁷ Вимога тяжкості передбачає “важливий ступінь болю і страждань, [який] може бути досягнуто однією дією або комбінацією дій, що розглядаються сукупно”.²⁴²⁸

²⁴²³ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2701; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 251; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 150; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Фурундзія*, п. 111; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Налетіліча та Мартиновича*, п. 299.

²⁴²⁴ МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2984-2985, 3027-3028, 3073; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 481-486, 937-943, 963-965, 970-974; МКТР, [Рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 597; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 257; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 150-151; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанци*, п. 170, 209, 213, 486, 586.

²⁴²⁵ МКТЮ, [справа Делаліча та ін.](#), п. 938-942, 958-964, 993-998; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Фурундзія*, п. 113; МКТЮ, *Кунарач та ін.* Апеляційне [рішення](#), п. 150-151.

²⁴²⁶ МКС, [рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2703; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Квока та ін.*, п. 148; [рішення](#) у справі *"Лімай та інші"*, п. 236.

²⁴²⁷ МКС, [рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2701; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Налетіліча та Мартиновича*, п. 342; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Мркішича та Сліванканіна*, п. 514; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Квочки та ін.*, п. 149; МКТЮ, [справа "Лімай та інші"](#), п. 236.

²⁴²⁸ МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2701

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ОЦІНКА “ТЯЖКОСТІ” КАТУВАНЬ

Для оцінки тяжкості болю та страждань, завданих внаслідок ймовірного катування, слід враховувати таке:²⁴²⁹

- Характер, тривалість і контекст заподіяння болю;
- Умисел у застосуванні жорстокого поводження чи його “інституціоналізація” (тобто перетворення на норму чи практику);
- Спосіб і метод, використаний злочинцем для завдання болю;
- Вік, стать і стан здоров'я потерпілої особи;
- Підлеглість чи нижче становища потерпілої особи;
- Фізичні і моральні наслідки поводження для потерпілої особи; та
- Специфічне соціальне, культурне та релігійне походження потерпілої особи.

iii. Склад катування (Суб'єктивні елементи)

1253. Суб'єктивні елементи злочину проти людяності катування передбачають умисел, який може бути встановлено, коли (1) злочинець умисно завдав сильного фізичного або психічного болю чи страждання одній або кільком особам; та (2) злочинець умисно завдав болю чи страждання з метою отримати інформації або визнання, або здійснити покарання, залякування чи примус потерпілого або третьої особи, або дискримінації за будь-якою ознакою щодо потерпілого або третьої особи.

1254. Злочинець умисно завдав сильного фізичного або морального болю чи страждання одній або кільком особам. Цей елемент встановлює специфічний суб'єктивний склад злочину проти людяності катування, відповідно до якого злочинець мав “умисно заподіяти сильний біль або страждання”.²⁴³⁰ Відповідно, має бути встановлено, що “злочинець умисно діяв таким чином, що за нормального перебігу подій спричинив би сильний фізичний чи моральний біль або страждання потерпілим”.²⁴³¹ Крім того, немає необхідності доводити, що злочинець знав, що біль або страждання, які він заподіює, є “сильними”.²⁴³²

²⁴²⁹ МКТЮ, [справа Лімай та ін.](#), п. 237; МКТЮ, [справа Мркишич і Сліванканін](#), п. 514; МКТЮ, [Рішення](#) у справі [Крноїлаца](#), п. 182; МКТЮ, [рішення](#) у справі [Харіданая та ін.](#), п. 417; МКТЮ, [рішення](#) у справі [Квочки та ін.](#), п. 143.

²⁴³⁰ [Статут МКС](#), стаття 7(2)(e); МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Кунарача та ін.](#), п. 142, 153; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі [Караджича](#), п. 508; МТР, [Рішення](#) у справі [Акаесу](#), п. 594.

²⁴³¹ МКТЮ, [Кунарак та інші](#), [Апеляційне рішення](#), п. 153.

²⁴³² МКС, [Рішення](#) у справі [Бемба про підтвердження обвинувачень](#), п. 194. Див. також: МКС, [Елементи злочинів](#), загальний вступ, п. 4.

**МКТЮ, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ КАРАДЖИЧА, П. 508
[ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО].**

Злочинець повинен умисно діяти таким чином, що за звичайного перебігу подій потерпілій особі (потерпілим) було б завдано сильного фізичного чи морального болю або страждання, для досягнення однієї з цілей, заборонених визначенням злочину катування [...]. Не вимагається, щоб злочинець діяв в офіційному статусі як державний службовець або інша особа, наділена владними повноваженнями.

1255. Злочинець умисно заподіяв біль або страждання для досягнення забороненої мети. Відповідно до цього елементу злочинець має заподіяти біль або страждання з метою отримання інформації або зізнання, здійснення покарання, залякування чи примусу щодо потерпілого або третьої особи, або дискримінації за будь-якою ознакою щодо потерпілого або третьої особи (тобто із забороненою метою).²⁴³³ Аналогічно, відповідно до статті 127 КК України катування вчиняється “з метою примусити її [потерпілу особу] чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, у тому числі отримати інформацію чи зізнання, або з метою покарати її чи іншу особу за дії, вчинені нею або іншою особою чи у вчиненні яких вона або інша особа підозрюється, або з метою залякування її або інших осіб”. Далі, частиною другою статті 127 передбачено кваліфікований склад злочину катування вчиненого «з метою дискримінації у тому числі з мотивів расової, національної чи релігійної нетерпимості».
1256. Цей перелік заборонених цілей (мети) катування не є вичерпним.²⁴³⁴ Наприклад, “приниження гідності потерпілої особи” також вважається забороненою метою.²⁴³⁵
1257. Крім того, не вимагається, щоб діяння катування вчинилося виключно з забороненою метою.²⁴³⁶ Це означає, що за умови досягнення забороненої мети, не має значення, чи була мотивація поведінки особистою, наприклад, сексуальне задоволення у випадку зґвалтування як методу катування.²⁴³⁷

²⁴³³ МКТЮ, [Вирок](#) у справі *Кунарача*, п. 497; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача* та ін., п. 142; МКТЮ, [Вирок](#) у справі *Мартіча*, п. 74.

²⁴³⁴ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Делаліча*, п. 470; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 487; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Мартіча*, п. 77.

²⁴³⁵ МКТЮ, [Вирок](#) у справі *Фурундзії*, п. 162.

²⁴³⁶ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Делаліча*, п. 470; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 487; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Мартіча*, п. 77; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 508.

²⁴³⁷ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Делаліча*, п. 470-471; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача* та ін., п. 153; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 487.

- h) Зґвалтування як злочин проти людяності (Статут МКС, Стаття 7(1)(g)-1; Статут МКТЮ, Стаття 5(g); Статут МКТР (Стаття 3(g); Статут СССЛ (Стаття 2(g))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за зґвалтування як за злочин проти людяності необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець здійснив втручання в тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.
- Втручання було здійснене із застосуванням сили або погрози застосування сили або примусу, наприклад, спричиненого страхом перед можливим застосуванням насильства, тиску, затримання, психологічним пригніченням або зловживанням владою, проти такої особи або іншої особи, або використанням середовища примусу, або ж втручання було здійснене щодо особи, яка була не в змозі надати справжню згоду.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно здійснив втручання в тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.
- Злочинець усвідомлював, що діяння вчиняється із застосуванням сили, погрози силою або примусу, з використанням середовища примусу або щодо особи, не здатної надати справжню згоду.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1258. Міжнародні документи забороняють зґвалтування як злочин проти людяності, якщо воно було скоєне в контексті широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення.²⁴³⁸

1259. Наразі зґвалтування як злочин проти людяності не заборонене українським законодавством. Однак ці дії підпадають під ознаки звичайного злочину зґвалтування, передбаченого статтею 152 КК України, яка забороняє “вчинення статевих актів, пов'язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням статевих органів або будь-якого іншого

²⁴³⁸ Статут МКС, стаття 7(1)(g); Статут МКТЮ, стаття 5(g); Статут МКТР, стаття 3(g); Статут СССЛ, стаття 2(g). Злочин проти людяності — зґвалтування — також заборонено статтею 5 Закону ЕССС. Зґвалтування також заборонено як військовий злочин відповідно до Статуту МКС, статті 8(2)(b)(xxii) та 8(2)(e)(vi).

предмета, без добровільної згоди потерпілої особи (зґвалтування)”. Однак, на відміну від злочину проти людяності зґвалтування, положення КК України не вимагає, щоб акт зґвалтування був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення (тобто, контекстуальний елемент).

1260. Крім того, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набере чинності) доповнення кримінального КК України статтею 442-1, а пунктом четвертим частини першої цього положення буде визначено спеціальний склад зґвалтування як злочину проти людяності. Обидва положення в цілому в широкому контексті відповідають контекстуальним і спеціальним елементам вказаного злочину проти людяності, що містяться в Римському статуті МКС і Елементах злочинів.

ii. Склад зґвалтування (Об’єктивні елементи)

1261. Об’єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами: (1) злочинець втрутився у тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла; та (2) втручання було здійснене із застосуванням сили або погрози застосування сили або примусу, наприклад, спричиненого страхом перед можливим застосуванням насилля, тиску, затримання, психологічним пригніченням або зловживанням владою, проти такої особи або іншої особи, або використанням середовища примусу, або втручання було здійснене щодо особи, яка була не в змозі надати справжню згоду.

1262. Злочинець втрутився у тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла. Для встановлення першого елемента зґвалтування необхідно довести, що було здійснене втручання в тіло особи шляхом проникнення. Це гендерно нейтральна вимога і, відповідно, вона охоплює випадки одностатевого проникнення, а також потерпілими і злочинцями можуть бути як чоловіки, так і / або жінки.²⁴³⁹

МКС, РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ НТАГАНДИ, П. 933.

Поняття “втручання” має бути достатньо широким, щоб бути гендерно нейтральним. Відповідно, “втручання” у правовій системі Суду включає в себе одностатеве проникнення і охоплює як чоловіків та/або жінок, як злочинців, так і потерпілих.

²⁴³⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганді*, п. 933; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемба*, п. 100; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганді про підтвердження обвинувачень*, п. 52; СССЛ, *Сесай та інші*. п. 146.

1263. Будь-яка форми проникнення, якою б незначною вона не була, є достатньою для завершення злочину.²⁴⁴⁰ Відповідно, у разі вагінального зґвалтування, проникнення у великі статеві губи було б достатнім. Цей елемент охоплює дві форми проникнення:

- Проникнення *статевим органом* у будь-яку частину тіла.²⁴⁴¹ Це широке визначення, яке охоплює не тільки проникнення в піхву або анус, але і оральне проникнення (тобто проникнення в рот).²⁴⁴² Крім того, проникнення може бути в будь-яку частину тіла *потерпілої особи або злочинця*.²⁴⁴³ Отже, зґвалтування може відбуватися і в тому разі, коли статевий орган проник в будь-яку частину тіла злочинця.
- Проникнення в *анальний або генітальний отвір потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла*.²⁴⁴⁴ Це формулювання охоплює проникнення за допомогою інших ніж статевий орган об'єктів, що може також охоплювати проникнення за допомогою інших частин тіла, наприклад, руки або будь-якого іншого предмета.²⁴⁴⁵

1264. Втручання було здійснено із застосуванням сили або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, спричиненого страхом перед застосуванням насилля, тиску, затримання, психологічним пригніченням або зловживанням владою щодо такої особи або іншої особи, або користуючись середовищем примусу, або вторгнення було скоєно проти особи, нездатної надати справжню згоду.²⁴⁴⁶ Цей елемент передбачає обставини та умови, які надають проникненню злочинного характеру.²⁴⁴⁷

1265. Примусова поведінка або середовище примусу можуть бути спрямовані на потерпілу або на третю особу.²⁴⁴⁸ Суддя повинен розглянути контекст, в якому відбулося проникнення, щоб оцінити, чи було скоєно хоча б одне з таких примусових діянь або діяння було скоєно за однієї або декількох обставин: (і) з

²⁴⁴⁰ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(g)-1; МКТЮ, Кунарак та ін., [Апеляційне рішення](#), п. 127; МКТЮ, [Рішення](#) у справі Фурундзії, п. 185; МТР, [Рішення](#) у справі Каєлієлі, п. 912-915; МТР, [Рішення](#) у справі Семанзи, п. 344-346.

²⁴⁴¹ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(g)-1; МКС, [Судове рішення](#) у справі Бемби, п. 101; МКС, Судове рішення у справі Фурундзії, п. 183; МКС, [Делаліч та ін.](#), п. 101; МКТЮ, [Рішення](#) у справі Фурундзії, п. 183-185; МКТЮ, [Рішення](#) у справі Делаліча та ін., п. 1066; МТР, [Рішення](#) у справі Гакумбіці, п. 321.

²⁴⁴² МКС, [Судове рішення](#) у справі Бемба, п. 101; SCSL, Sesay et al. 146; МКТЮ, [рішення](#) у справі Фурундзії, п. 183-185; МКТЮ, [рішення](#) у справі Делаліча та ін., п. 1066.

²⁴⁴³ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(g)-1; МКТЮ, [Кунарац та ін.](#), [Апеляційне рішення](#), п. 127; МТР, [Рішення та вирок](#) у справі Каєлієлі, п. 913; МТР, [Рішення та вирок](#) у справі Гакумбіці, п. 321.

²⁴⁴⁴ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(g)-1; МКТЮ, [Кунарац та ін.](#), [Апеляційне рішення](#), п. 127; МТР, [Рішення та вирок](#) у справі Каєлієлі, п. 913; МТР, [Рішення та вирок](#) у справі Гакумбіці, п. 321.

²⁴⁴⁵ МКТР, [Судове рішення](#) у справі Акайєсу, п. 596; SCSL, Sesay et al. 146; МКТР, [рішення](#) у справі Гакумбіці, п. 321.

²⁴⁴⁶ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(g)-1; МКС, [Судове рішення](#) у справі Нтаганди, п. 934; МКС, [Рішення](#) у справі Бемби, п. 102; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Кунарака та ін., п. 129-130; МКТР, [Рішення](#) у справі Акаєсу, п. 598; МКТР, [Рішення](#) у справі Семанзи, п. 344.

²⁴⁴⁷ МКС, [Судове рішення](#) у справі Бемби, п. 102; МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, п. 964; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Кунарача та ін., п. 127; МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі Каджелієлі, п. 913.

²⁴⁴⁸ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, "[Гаазькі принципи щодо сексуального насильства](#)" (2019), с. 47; [Елементи злочинів](#) МКС, статті 7(1)(g)-1, 8(2)(b)(xxii)-1 та 8(2)(e)(vi)-1, елемент другий. Див. також: МКС, [Судове рішення](#) у справі Нтаганди, п. 944; Кунарак та ін., [Апеляційне рішення](#), п. 130; МКТЮ, [рішення](#) у справі Кунарача та інших, п. 711; МТР, [Рішення](#) у справі Рукундо, п. 384.

застосуванням сили; (ii) шляхом погрози силою або примусу; (iii) з використанням середовища примусу; або (iv) проти особи, яка не здатна надати справжню згоду.²⁴⁴⁹ Цілковито ймовірно, що декілька пов'язаних діянь або обставин будуть мати вплив одночасно або протягом певного проміжку часу, що в сукупності створить середовище, в якому згода неможлива.

1266. Не обов'язково доводити відсутність згоди потерпілої особи,²⁴⁵⁰ і немає вимоги, щоб потерпіла особа чинила опір.²⁴⁵¹ Насправді, як правило, фізичний опір не здійснюється через різні психологічні фактори або через те, що потерпіла особа боїться подальшого насильства з боку злочинця.²⁴⁵²
1267. Обставини примусу не обов'язково повинні підтверджуватися демонстрацією фізичної сили,²⁴⁵³ натомість погрози, залякування, вимагання та інші форми примусу, що ґрунтуються на страху або відчаї, можуть становити примус.²⁴⁵⁴ Якщо було застосовано фізичну силу, вона не обов'язково повинна досягати значного рівня, як-от "надмірна" фізична сила або "фізична сила, небезпечна для життя".²⁴⁵⁵ Погроза не обов'язково має стосуватися застосування фізичної сили, може бути також погроза заподіяння іншої шкоди. Самої погрози достатньо, якщо вона викликає у потерпілої особи обґрунтовані побоювання, що їй або третій особі буде завдано шкоди.²⁴⁵⁶

²⁴⁴⁹ МКС, [Рішення](#) у справі *Онґвена*, п. 2709; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 934; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанґи*, п. 965; Кунарак та ін., [Апеляційне рішення](#), п. 129; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акайєсу*, п. 688; МТР, [рішення](#) у справі *Багосори* та ін., п. 2199.

²⁴⁵⁰ МКС, [Рішення](#) у справі *Онґвена*, п. 2709 (цитуючи МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 934; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанґи*, п. 934; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанґи*, п. 965; Кунарак та ін., [Апеляційне рішення](#), п. 131; МКТР, [Рішення](#) у справі *Мухімані*, п. 546. Див. також [Правила процедури та доказів](#) МКС, Правила 70 та 71.

²⁴⁵¹ МКС, [рішення](#) у справі *Онґвен*, п. 2709 (з посиланням на [рішення](#) у справі ЕССС, [рішення](#) у справі *Kaing Guek Eav (псевдонім Duch)*, п. 363; SCSL, [рішення](#) у справі *Тейлора*, п. 416; МКТЮ, Кунарак та інші, [Апеляційне рішення](#), п. 128. Див. також: МАСПЛ, [рішення](#) у справі "*Фернандес Ортега та інші проти Мексики*" (*Fernández Ortega et al. v. Mexico*), п. 115.

²⁴⁵² ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "*М.К. проти Болгарії*", п. 164.

²⁴⁵³ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(g)-1; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онґвена*, п. 2710; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 934; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 934; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба*, п. 103; МКТР, [Рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 688; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 937; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 129; СССЛ, [Судове рішення у справі Тейлора](#), п. 416; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 70; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Фурундзії*, п. 82; МТР, [Рішення](#) у справі *Мухімані*, п. 297. Див. також: [Стамбульська конвенція](#), стаття 36; [Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції](#), стаття 36, п. 192; ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "*М.К. проти Болгарії*", п. 161, 163; Комітет з ліквідації дискримінації щодо жінок, "Загальна рекомендація № 35 щодо гендерно зумовленого насильства щодо жінок, яка оновлює Загальну рекомендацію № 19" (14 липня 2017 р.) [CEDAW/C/GC/35](#), п. 33.

²⁴⁵⁴ МКС, [Рішення](#) у справі *Онґвена*, п. 2710; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 934-935; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанґи*, п. 965; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 105-106; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 130; МКТР, [Рішення](#) у справі *Рукундю*, п. 382.

²⁴⁵⁵ Amnesty International, "Згвалтування [та сексуальне насильство: Право і стандарти прав людини в Міжнародному кримінальному суді](#)" (2011), с. 18.

²⁴⁵⁶ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Фурунджия*, п. 174; МКТЮ, *Кунарач та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 130; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Кунарача та інших*, п. 711; МТР, [Рішення](#) у справі *Рукундю*, п. 383-384, 388.

МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ СУДУ У СПРАВІ КУНАРАЧ ТА ІН., П. 129 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО].

Сила або погроза силою є чітким доказом відсутності згоди, але сила *сама* по собі не є елементом зґвалтування. Зокрема, [...] існують “інші фактори, окрім сили, які можуть зробити акт сексуального проникнення недобровільним з боку потерпілої особи”. Вузкий фокус на силі або погрозі силою може дозволити злочинцю unikнути відповідальності за сексуальні дії, на які інша сторона не дала згоди, з використанням примусових обставин і без застосування фізичної сили.

1268. Злочинці часто використовують більш витончені форми примусу, як-от спонування або знуцання (наприклад, словесне чи психічне насильство або контроль поведінки), щоб створити або використати вразливість потерпілих і зробити їх залежними від злочинця або підлеглими йому.²⁴⁵⁷

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ПРИМУС

Нижче наведено неповний перелік прикладів примусу:

- “страх перед насильством, тиском, затриманням, психологічним пригніченням або зловживанням владою”;²⁴⁵⁸
- “залякування, вимагання та інші форми примусу, що ґрунтуються на страху або відчаї”;²⁴⁵⁹
- затримання (законне чи незаконне);²⁴⁶⁰
- регулярне насильство над затриманими (зокрема сексуальне насильство);²⁴⁶¹
- захоплення та утримання потерпілих;²⁴⁶²
- психологічне насильство; та
- обіцянки, дані потерпілим, зокрема обіцянки, пов'язані з освітою чи працевлаштуванням, або обіцянки пощадити чи допомогти членам сім'ї.²⁴⁶³

1269. Крім того, примус може бути притаманний певним обставинам, таким як збройний конфлікт або окупація або військова присутність ворожих сил серед

²⁴⁵⁷ ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "М.К. проти Болгарії", п. 146; МКС, [Рішення](#) у справі Онгвен, п. 2710.

²⁴⁵⁸ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(1)(g)-6, елемент 1, стаття 8(2)(b)(xxii), елемент 2, стаття 8(2)(e)(vi)-6, елемент 2; МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 965; МКС, Судове рішення у справі Нтаганди, п. 965; МКС, [Рішення](#) у справі Нтаганди, п. 934; АСНПР, [Керівні принципи щодо протидії сексуальному насильству](#), с. 14.

²⁴⁵⁹ МКС, [Рішення](#) у справі Онгвена, п. 2710; [Рішення](#) у справі Нтаганди, п. 935; МКТР, [Рішення](#) у справі Акасу, п. 688; МКТЮ, [рішення](#) у справі Кунарака та інших, п. 747.

²⁴⁶⁰ МКС, [Рішення](#) у справі Нтаганди, п. 934; МКС, Katanga & Chui [Decision on the Confirmation of the Charges](#), п. 434; МКТЮ, [Квочка та ін., Судове рішення](#), п. 98, 555; МКТЮ, Кунарак та ін., Апеляційне [рішення](#), п. 132; МКТЮ, Кунарац та ін., п. 464, 542, 574; ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "Менешева проти Росії" (Menesheva v. Russia).

²⁴⁶¹ МКТЮ, Кунарац та ін. [Судове рішення](#), п. 574; МКТЮ, [рішення](#) у справі Квочки та інших, п. 561; ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "Салманоглу та Полатташ проти Туреччини" (Salmanoğlu & Polattaş v. Turkey).

²⁴⁶² МКС, [Рішення](#) у справі Нтаганди, п. 943.

²⁴⁶³ МКТЮ, [Квочка та ін. Судове рішення](#), п. 551.

цивільного населення.²⁴⁶⁴ Створенню обстановки примусу може сприяти кілька факторів, як-от кількість причетних до вчинення злочину людей, незалежно від того, чи скоєно зґвалтування під час або відразу після бойових дій або скоєно разом з іншими злочинами.²⁴⁶⁵ Наприклад, у справі Нтаганди, що розглядалась МКС, солдати вдалися до сексуального насильства відразу після захоплення сіл збройною групою, і зґвалтування були поєднані з вчиненням солдатами інших злочинів проти жителів сіл.²⁴⁶⁶

1270. Нарешті, існують певні ситуації, в яких людина не здатна дати вільну, добровільну і справжню згоду. Це може бути пов'язано з індукованими (зокрема, під впливом наркотиків або алкоголю, введених потерпілій особі або вжитих самостійно), природними або віковими причинами.²⁴⁶⁷

iii. Склад зґвалтування (Суб'єктивні елементи)

1271. Суб'єктивні елементи зґвалтування як злочину проти людяності вимагають наявності умислу та усвідомлення,²⁴⁶⁸ які може бути встановлено, коли (1) злочинець умисно здійснив втручання в тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла; та (2) злочинець усвідомлював (достовірно знав), що діяння вчиняється із застосуванням сили, погрози застосування сили або примусу, з використанням середовища примусу, або щодо особи, яка не здатна надати справжню згоду.

1272. Злочинець умисно здійснив втручання в тіло особи шляхом проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла. Такий умисел може бути встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння)²⁴⁶⁹ для

²⁴⁶⁴ МКС, [Рішення](#) у справі *Онґвена*, п. 2710; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 935; МКТЮ, Апеляційне рішення у справі *Кунарака та ін.*, п. 935; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарака та ін.*, п. 130.

²⁴⁶⁵ МКС, [Рішення](#) у справі *Онґвена*, п. 2710; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 935, 945; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 104; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарака та ін.*, п. 130; МКТР, [Рішення](#) у справі *Багосори та ін.*, п. 2199; МКТР, [Рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 344; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Рукундондо*, п. 383-385.

²⁴⁶⁶ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 945.

²⁴⁶⁷ [Елементи злочинів](#) МКС, п. 16, 51, 64; [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 107; Судове рішення у справі *Нтаганди*, п. 107; [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 981; Прокурор проти Сесая та ін., SCSL-04-15-T, Судове рішення від 2 березня 2009 року ("[Судове рішення](#) у справі Сесая та ін."), п. 148; [М.С. проти Болгарії](#), п. 79. Див. також [Міжнародний протокол з документування та розслідування сексуального насильства в умовах конфлікту](#), с. 59; ВООЗ, [Керівництво з медико-правової допомоги потерпілим від сексуального насильства](#), глава 2, с. 7-8, 11-12; КПС, "[Що таке згода?](#)", с. 2.

²⁴⁶⁸ [Статут МКС](#), статті 30(2) та 30(3); МКС, [Рішення](#) у справі *Катанґи*, п. 970; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 111-112; МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Мувунї*, п. 522; МКТР, [Рішення і вирок](#) у справі *Семанзи*, п. 346; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарака та ін.*, п. 127; SCSL, Sesay та ін. [Судове рішення](#), п. 150. Див. також: [МКТЮ](#), Кунарач та інші, п. 460.

²⁴⁶⁹ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(а); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанґи*, п. 774; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарака та ін.*, п. 127; МКТР, [Рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 346; Міжнародний [трибунал](#) у справі *Ба-*

того, щоб спричинити сексуальне проникнення в тіло потерпілої особи; або (2) злочинець усвідомлював, що втручання відбудеться за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідків).²⁴⁷⁰ Відповідно до МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁴⁷¹

1273. Злочинець усвідомлював (достовірно знав), що діяння вчиняється із застосуванням сили, погрози застосування сили або примусу, з використанням середовища примусу, або щодо особи, яка не здатна надати справжню згоду.²⁴⁷² Для цього необхідно, щоб злочинець знав про існування середовища примусу. Такий висновок можна зробити з аналізу обставин. Немає потреби доводити, що злочинець проводив юридичний аналіз обставин, натомість, слід довести тільки обізнаність потерпілого про відповідні факти.²⁴⁷³

госори та інших, п. 2200.

²⁴⁷⁰ Статут МКС, стаття 30(2)(b); МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 774, 970; МКС, [Рішення](#) у справі Бемба, п. 111.

²⁴⁷¹ МКС, [Рішення у справі Катанги](#), п. 775-776.

²⁴⁷² МКС, [Рішення](#) у справі Бемба, п. 112; МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, п. 970; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Кунарача та ін., п. 127; МКТР, [Судове рішення](#) у справі Семанзи, п. 346; МТР, [рішення](#) у справі Багосори та інших, п. 2200.

²⁴⁷³ [Елементи злочинів МКС](#), Загальний вступ, п. 4.

- i) Сексуальне рабство як злочин проти людяності (Статут МКС, Стаття 7(1)(g)-2; Статут СССЛ (Стаття 2(g))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за сексуальне рабство як злочин проти людяності необхідно встановити наявність наступних елементів:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або позбавив їх волі подібним шляхом.
- Злочинець примусив одну або більше осіб до вчинення одного або більше актів сексуального характеру.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець умисно здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі повноваження (правомочності), притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або позбавив їх волі подібним шляхом.
- Злочинець умисно примусив таку особу або осіб до вчинення однієї або кількох дій сексуального характеру.

3. Контекстуальні елементи

- Дії були вчинені в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1274. Міжнародні документи забороняють сексуальне рабство як злочин проти людяності, коли воно вчиняється в контексті широкомасштабного і систематичного нападу на цивільне населення.²⁴⁷⁴

1275. Сексуальне рабство як злочин проти людяності наразі не заборонено українським законодавством. Однак подібна поведінка може бути криміналізована як звичайний злочин торгівлі людьми відповідно до статті 149 КК України, яка забороняє “торгівлю людьми [...] з метою експлуатації [...]”. Згідно з приміткою 1 до цього положення, експлуатація людини включає, зокрема, всі форми сексуальної експлуатації. Однак, на відміну від сексуального рабства як злочину проти людяності, положення КК України не вимагає, щоб акт торгівлі людьми був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення (тобто, контекстуальний елемент).

²⁴⁷⁴ [Статут МКС](#), стаття 7(1)(g); [Статут СССЛ](#), стаття 2(g). Сексуальне рабство також заборонено як військовий злочин відповідно до [Статуту МКС](#), статті 8(2)(b)(xxii) та 8(2)(e)(vi).

1276. Законопроект №7290 (якщо він набере чинності) не передбачає включення сексуального рабства до переліку злочинів проти людяності. Проте, оскільки сексуальне рабство є однією з форм оборнення в рабство, такі діяння можуть переслідуватися за пунктом п'ятим частини першої статті 442-1, що криміналізує оборнення в рабство або торгівлю людьми як злочин проти людяності.²⁴⁷⁵

ii. Склад сексуального рабства (Об'єктивні елементи)

1277. Об'єктивні елементи цього злочину проти людяності вимагають, щоб (1) злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі правомочності, притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або іншим аналогічним шляхом позбавлення волі; та (2) злочинець примусив одну або більше осіб до вчинення одного або більше актів сексуального характеру.

1278. Злочинець здійснив щодо особи або осіб будь-яке або всі правомочності, притаманні праву власності, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або позбавив їх волі подібним шляхом.

1279. Злочинець примусив одну або більше осіб до вчинення одного або більше актів сексуального характеру. Окрім доведення того, що злочинець здійснив право власності, судді повинні також переконатися в тому, що злочинець змусив поневолену особу вчинити дію або дії сексуального характеру.²⁴⁷⁶ Сексуальне насильство є "додатковим елементом, який у поєднанні з доказами рабства становить сексуальне рабство".²⁴⁷⁷

²⁴⁷⁵ Тріфтерер та Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, Beck Hart, 2016, с. 212; ЕКОСОП, [Сучасні форми рабства: Систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібні до рабства практики під час збройних конфліктів](#), п. 30. Див. також МКТЮ, Кунарак та ін. Судове рішення, п. 543 (зазначено "контроль над сексуальністю" під час визначення того, чи було скоєно оборнення в рабство). У той час як Жан Аллен вважає "сексуальний" прикметником для опису форми або типу оборнення в рабство, Селлерс і Кестенбаум не погоджуються з цим, вважаючи, що сексуальне рабство, або, точніше, сексуальне насильство, включаючи посягання на сексуальну недоторканність і репродуктивну автономію, є ознакою здійснення права власності, або *actus reus*, оборнення в рабство (визначеного як рабство) у всіх його формах. П. Візор Селлерс і Гетген Кестенбаум, "Сексуалізоване рабство" і міжнародне звичаєве право" в Шарон Вайль (ред.) та ін., Президент під слідством: Prosecuting Hissène Habré, Oxford University Press, 2020, с. 366; МКС, [Рішення](#) у справі *Онґвен*, п. 2715; МАСПЛ, [Рішення](#) у справі Лопес Сото проти Венесуели, п. 176-179.

²⁴⁷⁶ МКС, [Рішення](#) у справі *Онґвен*, п. 2715.

²⁴⁷⁷ SCSL, [рішення](#) у справі *Тейлора*, п. 421, з посиланням на SCSL, Sesay et al. 162.

СССЛ, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ СЕСАЙ ТА ІН., П. 162 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО].

Щоб притягнути до відповідальності обвинуваченого за цей злочин, обвинувачення також має довести, що обвинувачений примушував поневолену особу до дій сексуального характеру. Акти сексуального насильства є додатковим елементом, який у поєднанні з доказами рабства становить сексуальне рабство.

1280. Цей елемент стосується “здатності потерпілого вирішувати умови, за яких він або вона вступає в сексуальні стосунки”.²⁴⁷⁸ Відповідно, сексуальне рабство передбачає здійснення злочинцем права власності над сексуальною автономією людини.²⁴⁷⁹ Сексуальне рабство може також охоплювати ситуації, коли жінки та дівчата змушені жити (тобто співіснувати) з особою, з якою їх примушують вступати в акти сексуального характеру.²⁴⁸⁰
1281. Сексуальне рабство може включати примусовий статевий акт (тобто зґвалтування),²⁴⁸¹ а також інші фізичні та нефізичні дії сексуального характеру (наприклад, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація або будь-які інші форми сексуального насильства).²⁴⁸² “Сексуальний” характер діяння може стосуватися дій, які здійснюються за допомогою засобів сексуального характеру, або дій, спрямованих на сексуальність особи.²⁴⁸³
1282. Оскільки у вчиненні злочину сексуального рабства може бути задіяно більше одного злочинця, сексуальні дії не обов’язково мають бути вчинені особою, яка реалізувала правомочності, притаманні праву власності.²⁴⁸⁴

iii. Склад сексуального рабства (Суб’єктивні елементи)

1283. Суб’єктивні елементи сексуального рабства як злочину проти людяності вимагають наявності умислу,²⁴⁸⁵ який може бути встановлено, коли (1) злочинець умисно здійснив щодо особи будь-яке або всі будь-яке або всі правомочності,

²⁴⁷⁸ МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 978; МКС, [Рішення](#) у справах *Катанги та Чуї про підтвердження обвинувачень*, п. 432, с. 582.

²⁴⁷⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1204; МКС, [Вирок](#) у справі *Катанги*, п. 975, 981, 1013; МКС, [Зауваження Ongwen Amici Curiae щодо злочинів на сексуальному та гендерному ґрунті](#), п. 15.

²⁴⁸⁰ МКС, [Судове рішення](#) по справі *Катанги*, п. 976.

²⁴⁸¹ МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 3047; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 955.

²⁴⁸² МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2716. Див. також: МКТР, [Рішення](#) у справі *Акейсу*, п. 688; МТР, [Рішення](#) у справі *Фурунджі*, п. 688; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Фурунджія*, п. 186; SCSL, [рішення](#) у справі *Brima та ін.*, п. 720; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Мілутинович та ін.*, п. 194-5, 199; МКТР, [рішення](#) у справі *Рукундю*, п. 380; МКС ОТР, ["Аналітичний документ щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів 2014"](#), с. 3; ЕКОСОР, ["Сучасні форми рабства: Систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та практики, подібні до рабства, під час збройних конфліктів"](#), п. 21-22.

²⁴⁸³ МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвен*, п. 2716; ЕКОСОР, [Сучасні форми рабства: Систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та практики, подібні до рабства, під час збройних конфліктів](#), п. 21.

²⁴⁸⁴ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 980. Див. також: МКС, [Елементи злочинів](#), п. 17, 52, 65.

²⁴⁸⁵ [Статут МКС](#), статті 30(2) і 30(3); МКС, [Рішення у справі Катанги і Чуї про підтвердження обвинувачень](#), п. 433.

притаманні праву власності; та (2) злочинець умисно примусив таку особу або осіб до вчинення одного або кількох актів сексуального характеру.

1284. Злочинець умисно здійснив щодо особи будь-яке або всі правомочності, притаманні праву власності, або позбавив їх волі подібним шляхом. Такий умисел буде встановлений, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння) для того, щоб здійснити щодо особи будь-яке або всі правомочності, притаманні праву власності, або позбавив їх волі подібним шляхом; або (2) злочинець усвідомлював, що позбавлення волі станеться за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²⁴⁸⁶ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁴⁸⁷
1285. Злочинець умисно змусив таку особу або осіб вчинити одну або більше дій сексуального характеру. Такий намір буде встановлений, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння) з метою примусити особу до вчинення дій сексуального характеру; або (2) злочинець усвідомлював, що такий наслідок настане за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²⁴⁸⁸ Як зазначалося, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁴⁸⁹

²⁴⁸⁶ Статут МКС, стаття 30(2)(а) і (b); МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774, 981-982; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги і Чуї про підтвердження звинувачень*, п. 433.

²⁴⁸⁷ МКС, [Рішення у справі Катанги](#), п. 775-776.

²⁴⁸⁸ МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774, 981-982; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги та Чуї про підтвердження обвинувачень*, п. 433.

²⁴⁸⁹ МКС, [Рішення у справі Катанги](#), п. 775-776.

- ж) Примушування до зайняття проституцією як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(g)-3; СССЛ (стаття 2(g))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за примушування до зайняття проституцією як злочину проти людяності необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець (i) змусив одну або декілька осіб вчинити одну або декілька дій сексуального характеру (ii) шляхом застосування сили або погрози застосування сили або примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічним пригніченням або зловживанням владою щодо такої особи, або осіб, або іншої особи, або шляхом використання середовища примусу чи нездатності такої особи або осіб дати справжню згоду.
- Злочинець або інша особа отримали, або очікували отримати матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру, або у зв'язку з ними.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел схилити одну або більше осіб до вчинення однієї або більше дій сексуального характеру.
- Злочинець усвідомлював, що діяння було скоєно із застосуванням сили, або погрозою застосування сили чи примусу, з використанням середовища примусу, або проти особи, не здатної дати справжню згоду.
- Злочинець мав умисел, який полягав в тому, що він або інша особа отримують матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1286. Міжнародні документи забороняють злочин проти людяності примушування до зайняття проституцією, якщо воно здійснюється в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.²⁴⁹⁰

1287. Примушування до зайняття проституцією як злочин проти людяності наразі не заборонено українським законодавством. Однак таке діяння може бути криміналізоване як звичайний злочин сутенерства або втягнення особи в заняття проституцією відповідно до статті 303 КК України, яка забороняє “[в]тягнення особи в заняття проституцією або примушування її до зайняття проституцією з використанням обману, шантажу чи уразливого стану цієї особи, або із за-

²⁴⁹⁰ [Статут МКС](#), стаття 7(1)(g); [Статут СССЛ](#), стаття 2(g). Примусова проституція також заборонена як військовий злочин відповідно до [Римського статуту](#), статті 8(2)(b)(xxii) і 8(2)(e)(vi).

стосуванням чи погрозою застосування насильства, або сутенерство”. Однак, на відміну від примушування до зайняття проституцією як злочину проти людяності, положення КК України не вимагає, щоб втягнення в зайняття проституцією було вчинено в контексті широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення (тобто контекстуальний елемент).

1288. Крім того, законопроект № 7290 передбачатиме (якщо він набуде чинності) доповнення кримінального кодексу статтею 442-1, а пунктом четвертим частини першої цього положення буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: примушування до зайняття проституцією (тобто сексуальна експлуатація), вчинене у рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення. Це положення в цілому відповідає визначенню вказаного злочину проти людяності, що міститься в міжнародних документах.

ii. Склад примушування до зайняття проституцією (Об’єктивні елементи)

1289. Об’єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами: (1) злочинець (i) вчинив акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусив таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру (ii) шляхом застосування сили або погрози застосування сили або примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічним пригніченням або зловживанням владою щодо такої особи, або осіб, або іншої особи, або шляхом використання середовища примусу чи нездатності такої особи або осіб дати справжню згоду; та (2) злочинець або інша особа отримали, або очікували отримати матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру, або у зв’язку з ними.

1290. Злочинець (i) вчинив акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусив таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру. Цей елемент полягає не в тому, що злочинець сам брав участь в сексуальному акті, а в тому, що він спричинив вчинення дії сексуального характеру.²⁴⁹¹ Це може включати зґвалтування, а також інші фізичні та нефізичні дії сексуального характеру.²⁴⁹² Детальне пояснення дивіться у розділі Сексуальне насильство як злочин проти людяності, Елемент перший.

1291. Злочинець (ii) вчинив вищезазначене(i) діяння шляхом застосування сили або погрози застосування сили або примусу, або шляхом використання середовища примусу чи нездатності такої особи або осіб дати справжню згоду.²⁴⁹³ Детальне пояснення дивіться у розділі Зґвалтування як злочин проти людяності, Елемент другий.

²⁴⁹¹ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(g)-3, Елемент перший.

²⁴⁹² Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Бек, Харт, 2016, с. 215.

²⁴⁹³ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(g)-3, Елемент перший; Тріфтерер і К. Амбос, Коментар, с. 215.

1292. Злочинець або інша особа отримали, або очікували отримати матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру, або у зв'язку з ними. Для дотримання цього елемента потрібно довести, що злочинець або інша особа отримали або очікували отримати оплату в грошовій або іншій формі або вигоди в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними.²⁴⁹⁴ Злочин примушування до зайняття проституцією може також бути вчинено тоді, коли особа змушена вчиняти дії сексуального характеру, щоб отримати щось необхідне для виживання або уникнення подальшої шкоди.²⁴⁹⁵

iii. Склад примушування до зайняття проституцією (Суб'єктивні елементи)

1293. Суб'єктивна сторона примушування до зайняття проституцією як злочину проти людяності характеризується такими умислом і знанням: (1) злочинець мав умисел змусити одну або більше осіб вчинити одну або більше дій сексуального характеру; (2) злочинець усвідомлював, що діяння було скоєно із застосуванням сили, або погрозою застосування сили чи примусу, з використанням середовища примусу, або проти особи, не здатної дати справжню згоду; і (3) злочинець мав умисел, який полягав в тому, що він або інша особа отримають матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними.

1294. Злочинець мав умисел змусити одну або більше осіб вчинити одну або більше дій сексуального характеру. Цей елемент буде встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння) з метою змусити одну або більше осіб вчинити одну або більше дій сексуального характеру; або (2) злочинець усвідомлював, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²⁴⁹⁶ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁴⁹⁷

1295. Злочинець усвідомлював, що діяння було скоєно із застосуванням сили, або погрозою застосування сили чи примусу, з використанням середовища примусу, або проти особи, не здатної дати справжню згоду.²⁴⁹⁸ Для цього потрібно, щоб злочинець усвідомлював існування обставин примусу. Це може бути встановлено на основі обставин загалом. Злочинець має знати про існування таких обставин, що не передбачає юридичної оцінки. Натомість, достатньо того, щоб обвинувачений був обізнаний про відповідні факти.²⁴⁹⁹

²⁴⁹⁴ Тріфтерер і К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Бек, Харт, 2016, с.с. 215, 497.

²⁴⁹⁵ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Бек, Харт, 2016, с. 215.

²⁴⁹⁶ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(а) і (b); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п.п. 774, 970; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 111.

²⁴⁹⁷ Див. МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п.п. 775-776.

²⁴⁹⁸ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 112; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 970; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 127.

²⁴⁹⁹ [Елементи злочинів МКС](#), Загальний вступ, п. 4.

1296. Злочинець мав умисел, який полягав в тому, що він або інша особа отримають матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними. Цей елемент буде встановлено, якщо (1) злочинець мав умисел, що він або інша особа отримають матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними (умисел щодо діяння); або (2) злочинець усвідомлював, що він або інша особа отримає матеріальну або іншу вигоду за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²⁵⁰⁰ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁵⁰¹

к) Примусова вагітність як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(g)-4; Статут СССЛ (стаття 2(g))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за примусову вагітність як за злочин проти людяності необхідно встановити такі елементи злочину:

1. Об'єктивний елемент

- Злочинець (i) позбавив волі одну або декількох жінок, (ii) які стали вагітними в примусовому порядку.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел позбавити волі одну або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку.
- Злочинець знав, що одна або кілька позбавлених волі жінок завагітніли.
- Злочинець мав умисел змінити етнічний склад будь-якого населення або вчинити інші серйозні порушення міжнародного права шляхом утримання однієї або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1297. Міжнародні документи забороняють примусову вагітність як злочин проти людяності, якщо її вчинено в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.²⁵⁰² У Статуті МКС примусова вагітність визначається як “незаконне позбавлення волі будь-якої жінки,

²⁵⁰⁰ Статут МКС, стаття 30(2)(a) і (b); МКС, Судове рішення у справі Катанги, п. 774.

²⁵⁰¹ Див. МКС, Судове рішення у справі Катанги, п.п. 775-776.

²⁵⁰² Статут МКС, стаття 7(1)(g); Статут СССЛ, стаття 2(g). Примусова вагітність також заборонена як військовий злочин відповідно до Статуту МКС, статті 8(2)(b)(xxii) і 8(2)(e)(vi).

яка стала вагітною в примусовому порядку, з метою зміни етнічного складу будь-якого населення або вчинення інших серйозних порушень міжнародного права. Це визначення в жодному разі не повинно тлумачитися як таке, що впливає на національне законодавство щодо вагітності”²⁵⁰³

1298. Примусову вагітність як злочин проти людяності наразі не заборонено українським законодавством. Однак він може переслідуватися як звичайний злочин торгівлі людьми відповідно до статті 149 КК України, яка забороняє “[т]оргівлю людьми [...] з метою експлуатації [...]”. Згідно з приміткою 1 до цієї статті, експлуатація людини включає, зокрема, примусову вагітність. Однак, на відміну від примусової вагітності як злочину проти людяності, положення КК України не вимагає, щоб акт торгівлі людьми був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення (тобто контекстуальний елемент).
1299. Крім того, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набуде чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом четвертим частини першої цього положення буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: примусова вагітність, вчинена в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення. Це положення загалом узгоджується із визначенням вказаного злочину проти людяності, що містяться в міжнародних інструментах.

ii. Склад примусової вагітності (Об’єктивний елемент)

1300. Об’єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами: злочинець позбавив волі одну або більше жінок, які завагітніли в примусовому порядку. Це можна розділити на два компоненти: (i) незаконне позбавлення волі однієї або більше жінок; та (ii) позбавлена(i) волі жінка(i) завагітніли в примусовому порядку.²⁵⁰⁴ Суть заборони примусової вагітності полягає в тому, що потерпілу незаконно ставлять у становище, в якому вона не може вирішити, чи продовжувати їй вагітність (тобто насильне позбавлення жінки її репродуктивної автономії).²⁵⁰⁵
1301. Слід зазначити, що речення, яке міститься у визначенні примусової вагітності у Статуті МКС, про те, що цей злочин “в жодному разі не має тлумачитися як такий, що впливає на національне законодавство щодо вагітності”, не додає нового елемента злочину, знімаючи побоювання, що примусова вагітність може розглядатися як легалізація абортів.²⁵⁰⁶
1302. Злочинець незаконно позбавив волі одну або декількох жінок. По-перше треба довести, що злочинець незаконно позбавив волі одну або декількох жінок,

²⁵⁰³ Статут МКС, стаття 7(2)(f).

²⁵⁰⁴ МКС, Судове рішення у справі Онгвена, п. 2724.

²⁵⁰⁵ МКС, Рішення про підтвердження звинувачень у справі Онгвена, п. 99; МКС, Судове рішення у справі Онгвена, п. 2722.

²⁵⁰⁶ МКС, Судове рішення у справі Онгвена, п. 2721.

тобто що потерпіла особа була позбавлена фізичної свободи всупереч нормам міжнародного права.²⁵⁰⁷ Позбавлення фізичної свободи може охоплювати, наприклад, ув'язнення, домашній арешт, обмеження в закритому місті або схожі обмеження, зокрема інтернування в концентраційні табори або табори для затриманих.²⁵⁰⁸ Позбавлення волі не обов'язково має тривати певний час²⁵⁰⁹ або досягати певного рівня суворості.²⁵¹⁰ Детальні пояснення дивіться в розділі Ув'язнення як злочин проти людяності.

1303. Позбавлення волі жінка(и) завагітніли в примусовому порядку. По-друге, необхідно встановити, що жінка або жінки, які перебували в ув'язненні, завагітніли насильно від злочинця або іншої особи.²⁵¹¹ Насильницьке зачаття могло відбутися до або під час незаконного позбавлення волі.²⁵¹²
1304. Поняття 'примусова вагітність' охоплює ті ж обставини примусу, які описані в інших злочинах сексуального насильства в Римському статуті, і які описані вище (дивіться наведений вище Елемент другий зґвалтування як злочину проти людяності.²⁵¹³ Відповідно, 'примусово' в цьому контексті означає "силу або погрозу застосування сили або примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічного пригнічення або зловживання владою щодо потерпілої особи або іншої особи, або використання середовища примусу, або потерпіла була не здатна надати справжню згоду".²⁵¹⁴

²⁵⁰⁷ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2724.

²⁵⁰⁸ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 299; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Прліча*, п. 473; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блашкіча*, п.п. 684, 691, 700; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Нтагерура*, п. 702.

²⁵⁰⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2724.

²⁵¹⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2724.

²⁵¹¹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п.п. 2725.

²⁵¹² МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2723.

²⁵¹³ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2725; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Онгвена*, п. 99. Див. також, [Елементи злочинів](#) МКС, статті 7(1)(g)-1 Елемент перший, 7(1)(g)-3 Елемент перший, 7(1)(g)-6 Елемент перший.

²⁵¹⁴ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2725.

МКС, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ ОНГВЕНА, П. 2723-2725 [ЗНОСКИ ОПУЩЕНО]

Злочин примусової вагітності, незалежно від того, чи є він злочином проти людяності або воєнним злочином, вчиняється тоді, коли злочинець “позбавив волі одну або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку”. Насильницьке зачаття жінки може відбутися до або під час незаконного ув'язнення. Злочинець не обов'язково має особисто зробити потерпілу вагітною — позбавлення волі жінки, яка завагітніла насильно від іншої особи, є необхідною і достатньою умовою для вчинення злочину примусової вагітності.

Матеріальний елемент цього злочину можна розділити на два компоненти. Перший з них — “незаконне позбавлення волі”, що означає, що жінка була обмежена у своєму фізичному пересуванні всупереч нормам міжнародного права. Елементи злочинів не вказують на конкретну тривалість ув'язнення, а також на те, що позбавлення свободи було “суворим”, як це чітко вимагається для злочину проти людяності ув'язнення.

Другий компонент об'єктивного елементу полягає в тому, що жінка “завагітніла в примусовому порядку”. Під цим розуміють ті самі обставини примусу, що описані в Статуті для інших злочинів сексуального насильства. Це означає, що жінку не обов'язково мали примусити завагітніти лише за допомогою фізичного насильства. “Примусово” в цьому контексті означає силу або погрозу застосування сили чи примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічного пригнічення або зловживання владою щодо потерпілої особи або іншої особи, або використання середовища примусу, або що потерпіла була не здатна надати справжню згоду. Існування таких обставин примусу підриває здатність жінки дати добровільну і справжню згоду.

iii. Склад примусової вагітності (Суб'єктивні елементи)

1305. Суб'єктивна сторона примусової вагітності як злочину проти людяності характеризується такими умислом і знанням:²⁵¹⁵ (1) злочинець мав умисел позбавити волі одну чи більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку; (2) злочинець знав, що одна чи більше позбавлених волі жінок завагітніли; та (3) злочинець мав умисел змінити етнічний склад будь-якого населення або здійснити інші серйозні порушення міжнародного права шляхом позбавлення волі однієї або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку.
1306. Злочинець мав умисел позбавити волі одну або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку. Такий умисел може бути встановлений, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння),²⁵¹⁶ щоб спричинити позбавлення волі; або (2) злочинець усвідомлював, що позбавлення волі станеться за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²⁵¹⁷ Згідно з МКС, усвідомлення того, що

²⁵¹⁵ Див. [Статут МКС](#), стаття 30(2) і 30(3); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 970; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 111-112; МКТР, [Рішення і вирок](#) у справі *Мувуны*, п. 522; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 346; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 127; СССЛ, [Судове рішення](#) у справі *Сесая та ін.*, п. 150. Див. також, МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 460.

²⁵¹⁶ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(а); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 127; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 346.

²⁵¹⁷ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(b); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774.

наслідок настане за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що ці події відбудуться.²⁵¹⁸

1307. Злочинець знав, що одна або декілька позбавлених волі жінок завагітніли. Таке знання буде встановлено, якщо злочинець усвідомлював, що одна або більше жінок, які були позбавлені волі, завагітніли в примусовому порядку.²⁵¹⁹

1308. Злочинець мав умисел змінити етнічний склад будь-якого населення або здійснити інші серйозні порушення міжнародного права шляхом позбавлення волі однієї або більше жінок, які стали вагітними в примусовому порядку. Крім того, злочин проти людяності примусової вагітності характеризується конкретним умислом злочинця, який він мав меті здійснити, позбавляючи волі жінку,²⁵²⁰ яка стала вагітною в примусовому порядку:²⁵²¹

- змінити етнічний склад будь-якого населення, *чи*
- вчинити інші серйозні порушення міжнародного права, наприклад, використання потерпілої як підневільної дружини, вчинення зґвалтування, сексуального рабства, катування або інших злочинів, передбачених Статутом МКС, незалежно від того, чи мав злочинець умисел спеціально залишити жінку вагітною.²⁵²²

1309. Не обов'язково, щоб обвинувачений мав умисел позбавити волі жінку без цих альтернативних намірів.²⁵²³ Як такий, злочин полягає в позбавленні волі жінки, яка стала вагітною в примусовому порядку, з метою вчинення інших серйозних порушень міжнародного права, незалежно від того, чи мав обвинувачений конкретний умисел залишити жінку вагітною.²⁵²⁴

МКС, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ ОНГВЕНА, П. 2727, 2729

Ця вимога щодо спеціального умислу є альтернативною і означає те, що злочин примусової вагітності за Статутом вчиняється з умислом або змінити етнічний склад населення, або здійснити інші серйозні порушення міжнародного права, наприклад, ув'язнити жінку з метою зґвалтування, сексуального рабства, рабства та/або її катування.

[...]

У цьому розумінні злочин примусової вагітності полягає в позбавленні волі жінки, яка стала вагітною в примусовому порядку, з метою здійснення інших серйозних порушень міжнародного права, незалежно від того, чи мав обвинувачений конкретний намір зберегти вагітність жінки.

²⁵¹⁸ Див. МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п.п. 775-776.

²⁵¹⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі Бемби, п. 112; МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 970.

²⁵²⁰ Цей спеціальний умисел не поширюється на сам акт насильницького запліднення потерпілої. МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі Онгвена, п. 99.

²⁵²¹ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п.п. 2726-2727.

²⁵²² МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 2729.

²⁵²³ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 2728. Так само, див., МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі Онгвена, п. 100.

²⁵²⁴ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 2729.

l) Примусова стерилізація як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(g)-5)

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за примусову стерилізацію як за злочин проти людяності необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець позбавив одну або більше осіб біологічної репродуктивної функції.
- Таке діяння не було виправдане медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб, а також не було здійснено за їхньою справжньою згодою.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел позбавити одну або більше осіб біологічної репродуктивної функції.
- Злочинець знав, що його дії не були виправдані медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб і не здійснювалися за їхньою справжньою згодою.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу проти цивільного населення, або мав умисел зробити його частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1310. Примусова стерилізація як злочин проти людяності (тобто, коли вона вчиняється в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення) вперше була кодифікована Статутом МКС.²⁵²⁵ Примусова стерилізація визначається в Елементах злочинів МКС як ситуація, в якій злочинець позбавляє одну або більше осіб їхньої біологічної репродуктивної функції, і це діяння не виправдане медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб, а також не було здійснено за їхньою справжньою згодою.²⁵²⁶

1311. Примусова стерилізація як злочин проти людяності наразі не заборонена українським законодавством. Однак, законопроект № 7290 передбачатиме (якщо він набуде чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом четвертим частини першої цього положення буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: примусова стерилізація, вчинена в рамках широкомасштаб-

²⁵²⁵ Статут МКС, стаття 7(1)(g). Примусова стерилізація також заборонена як воєнний злочин відповідно до Статуту МКС, статті 8(2)(b)(xxii) та 8(2)(e)(vi). Таке діяння також було караним Нюрнберзьким трибуналом у контексті медичних експериментів, що відбувалися під час Другої світової війни, зокрема в концентраційних таборах: США проти Брандта, Судові процеси над воєнними злочинцями у Нюрнберзькому військовому трибуналі, Томи. 1 і 2, Справа № 1.

²⁵²⁶ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-5.

ного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення. Це положення в цілому відповідає визначенню вказаного злочину проти людяності, що міститься в міжнародних інструментах.

ii. Склад примусової стерилізації (об'єктивні елементи)

1312. Об'єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами: (1) злочинець позбавив одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності; і (2) таке діяння не було виправдане медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб і не було здійснено за їхньою справжньою згодою.
1313. Злочинець позбавив одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності.²⁵²⁷ Людину можна позбавити біологічної репродуктивної здатності такими способами: медична операція; умисне використання хімічних речовин з цією метою; жорстоке зґвалтування, коли репродуктивна система була зруйнована; насильницька кастрація або інші форми тяжкого каліцтва статевих органів, що застосовуються до чоловіків.²⁵²⁸ Однак сюди не входять заходи контролю народжуваності, які на практиці мають непостійний ефект.²⁵²⁹
1314. Таке діяння не було виправдане медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб і не було здійснено за їхньою справжньою згодою.²⁵³⁰ Відповідно до Елементів злочинів МКС, “справжня згода” не включає згоду, отриману шляхом обману.²⁵³¹

iii. Склад примусової стерилізації (Суб'єктивні елементи)

1315. З суб'єктивної сторони примусова стерилізація як злочин проти людяності характеризується такими умислом і знанням:²⁵³² (1) злочинець мав умисел позбавити одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності; і (2) злочинець знав, що його діяння не було виправдано медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб і не здійснювалось за їхньою справжньою згодою.
1316. Злочинець мав умисел позбавити одну або більше осіб біологічної репродуктивної здатності. Такий умисел буде встановлено, якщо (1) злочинець мав умисел вчинити дії або бездіяльність (тобто свідомо діяв або бездіяльність)

²⁵²⁷ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(g)-5, Елемент перший.

²⁵²⁸ Кламберг, [Коментар до Міжнародного кримінального суду](#), Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2017, с. 54; Триффтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 216; Аскін, Воєнні злочини проти жінок: Переслідування в міжнародних трибуналах з воєнних злочинів, Martinus Nijhoff, 1997, с.с. 91-92 (“насильницька нездатність до репродукції особливо поширена у разі особливо жорстоких зґвалтувань, множинних зґвалтувань, групових зґвалтувань, зґвалтувань малолітніх дітей, зґвалтувань, вчинених із застосуванням сторонніх предметів, а також зґвалтувань, вчинених в антисанітарних умовах, що сприяють поширенню інфекцій або хвороб”).

²⁵²⁹ [Елементи злочинів МКС](#), посилання 19.

²⁵³⁰ [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(g)-5, Елемент другий.

²⁵³¹ [Елементи злочинів МКС](#), посилання 20.

²⁵³² Кламберг, [Коментар до Міжнародного кримінального суду](#), Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2017, с. 54; [Статут МКС](#), статті 30(2), 30(3).

(умисел щодо діяння) з метою позбавлення однієї або більше осіб біологічної репродуктивної здатності; або (2) злочинець усвідомлював, що одна або більше осіб будуть позбавлені біологічної репродуктивної здатності за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²⁵³³ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁵³⁴

1317. Злочинець знав, що його діяння не було виправдано медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб, а також не здійснювалось за їхньою справжньою згодою. Для доведення знання необхідно продемонструвати, що злочинець знав, що позбавлення біологічної репродуктивної здатності однієї або кількох осіб не було виправдано медичним або стаціонарним лікуванням відповідної особи або осіб і не здійснювалось за їхньою справжньою згодою.²⁵³⁵

m) Сексуальне насильство як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(g)-б; Статут СССЛ (стаття 2(g))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за сексуальне насильство як за злочин проти людяності необхідно встановити такі елементи злочину:

1. Об'єктивний елемент

- Злочинець (i) вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб чи змусив таку особу або осіб вчинити дію сексуального характеру (ii) шляхом застосування сили або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічного пригнічення або зловживання владою проти потерпілої особи або іншої особи, чи шляхом використання середовища примусу чи нездатності такої особи або осіб надати справжню згоду.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел вчинити акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусити таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру.
- Злочинець усвідомлював, що він вчинить акт сексуального характеру або примусить особу чи осіб вчинити акт сексуального характеру силою, погрозою застосування сили чи примусом або з використанням середовища примусу чи нездатності такої особи чи осіб дати справжню згоду.

3. Контекстуальний елемент

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

²⁵³³ Статут МКС, стаття 30(2)(a) і (b); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п.п. 774.

²⁵³⁴ Див. МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п.п. 775-776.

²⁵³⁵ Статут МКС, стаття 30(3).

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1318. Міжнародні документи забороняють сексуальне насильство як злочин проти людяності, якщо воно здійснюється в контексті широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення.²⁵³⁶
1319. Сексуальне насильство як злочин проти людяності наразі не заборонено українським законодавством. Однак, таке діяння підпадає під ознаки злочину сексуального насильства, передбаченого статтею 153 КК України, яка забороняє “[в]чинення будь-якого насильства сексуального характеру, не пов’язаного з проникненням в організм іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи (сексуальне насильство)”. Однак, на відміну від сексуального насильства як злочину проти людяності, положення КК України не вимагає, щоб акт сексуального насильства був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення (тобто, контекстуальний елемент).
1320. Законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набуде чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом четвертим частини першої цього положення буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: сексуальне насильство, вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення. Це положення загалом відповідає контекстуальним і конкретним елементам вказаного злочину проти людяності, що містяться в міжнародних інструментах. Однак, як обговорено нижче, цей законопроект охоплює ширше коло діянь, ніж положення Римського статуту, оскільки він не містить вимоги щодо мінімального рівня тяжкості (Елемент другий і третій з Елементів злочинів МКС).

ii. Склад сексуального насильства (Об’єктивний елемент)

1321. Об’єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується тим, що (1) злочинець або: (i) вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб; або змусив таку особу або осіб вчинити дію сексуального характеру (ii) шляхом сили, погрози застосування сили або примусу, або з використанням середовища примусу, або не здатності такої особи або осіб надати справжню згоду.
1322. Статут МКС також вимагає, щоб діяння злочинця мало тяжкість співмірну з іншими видами сексуального насильства, визначеними у статті 7(1)(g) Статуту МКС (наприклад, зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність та примусова стерилізація).²⁵³⁷ Однак ця вимога “співмірної тяжкості” є унікальною для Статуту МКС і не є елементом складу злочину в міжнародному звичаєвому праві.²⁵³⁸ Статуту інших міжнародних

²⁵³⁶ [Статут МКС](#), стаття 7(1)(g); [Статут СССД](#), стаття 2(g). Сексуальне насильство також заборонено як військовий злочин відповідно до [Статуту МКС](#), статті 8(2)(b)(xxii) і 8(2)(e)(vi).

²⁵³⁷ [Статут МКС](#), стаття 7(1)(g).

²⁵³⁸ [Статут МКС](#), стаття 7(1)(g); [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(g)-6, Другий елемент; під ред. Краєра та ін., *Вступ до міжнародного кримінального права та процедури*, 3-тє видання, Кембрідж Юніверсіті Прес, 2015, стор. 251-252.

судів/трибуналів та законодавство деяких європейських юрисдикцій не вимагають, щоб акт сексуального насильства був “співмірної тяжкості” з іншими злочинами проти людяності.²⁵³⁹ Крім того, пункт 4 частини першої статті 442-1 законопроекту 7290 не вимагає, щоб сексуальне насильство було “співмірної тяжкості”. Відповідно, стаття 442-1 більш відкрита до широкого застосування, ніж її відповідник у Статуті МКС. З рештою, цей елемент не передбачено для доведення сексуального насильства як злочину проти людяності за українським правом, і тому його не буде надалі розглянуто в цьому Посібнику.

МКТР, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ АКАЄСУ, П. 688

Трибунал розглядає сексуальне насильство, яке включає зґвалтування, як будь-яку дію сексуального характеру, вчинену щодо особи за обставин, що носять характер примусу. Сексуальне насильство не обмежується фізичним вторгненням в тіло людини і може включати дії, які не передбачають проникнення або навіть фізичного контакту.

1323. Злочинець вчинив акт сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб; або змусив таку особу або осіб вчинити акт сексуального характеру.²⁵⁴⁰ Акт сексуального характеру охоплює як фізичні, так і нефізичні (тобто психологічні) дії з сексуальним елементом.²⁵⁴¹ Відповідно, такі дії, як примусове оголення, можуть становити сексуальне насильство навіть за відсутності фізичного контакту.²⁵⁴² Акти сексуального характеру можуть бути вчинені будь-якою особою і проти будь-якої особи, незалежно від віку, статі чи гендеру. Це стосується і одностатевих актів.²⁵⁴³ Злочинець може вчинити акт сексуального характеру

²⁵³⁹ Див, [Статут Міжнародного трибуналу](#), стаття 5(g); [Статут МТКЮ](#), стаття 3(g); [Статут СССЛ](#), стаття 2(g). Див. також, *наприклад*, Німеччина, [Законопроєкт про введення Міжнародного кримінального кодексу](#), 2002, Розділ 7(1) (6); Іспанія, [Кримінальний Кодекс](#), 2016, стаття 607bis(2)(2).

²⁵⁴⁰ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Дордевича*, п. 1768; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 1065; МКТЮ, [Вирок](#) у справі *Тодоровича*, п.п. 37-40.

²⁵⁴¹ МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 688; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Фурундзія*, п. 186; СССЛ, [Судове рішення](#) у справі *Бріма та ін.*, п. 720; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Мілутіновича та ін.*, п.п. 194-195, 199; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Рукундю*, п. 380. Див. також, ОП МКС, [Програмний документ щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів](#), 2014, с. 3; [УВКБ ООН Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та практика, подібна до рабства, під час збройних конфліктів: Заключний звіт](#), п.п. 21-22

²⁵⁴² МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 688; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п.п. 769, 772; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п. 170; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п. 1013; СССЛ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Бріма та ін.*, п. 184. Див. також, [УВКБ ООН Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та практика, подібна до рабства, під час збройних конфліктів: Заключний звіт](#), п. 21 (“Сексуальне насильство включає в себе такі дії, як “примушування людини роздягнутися догола на людях”); ОП МКС, [Звіт про діяльність щодо попереднього вивчення ситуацій 2016 р.](#) (14 листопада 2016), п. 94 (“Крім того, затриманих насильно утримували у стані вимушеної оголеності, змушували виконувати фізичні вправи оголеними [...]”); ОП МКС, [Програмний документ щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів](#), 2014, с. 3 (“Акт сексуального характеру не обмежується фізичним насильством і може не передбачати жодного фізичного контакту — *наприклад*, примусове оголення.”). У попередньому рішенні МКС щодо Ордеру на арешт *Бемби* не заперечувався той факт, що примусове оголення є сексуальним насильством; скоріше, у рішенні зазначалося, що передбачувані акти примусового оголення не були достатньо серйозними для кримінального переслідування: МКС, [Рішення про ордер на арешт Бемби](#), п.п. 39-40; Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, [‘Гаазькі принципи щодо сексуального насильства’](#), 2019 р., с. 13-14.

²⁵⁴³ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 100; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 933. Див. також, МКС

щодо однієї чи кількох осіб або змусити особу вчинити акт сексуального характеру щодо себе чи третьої особи (в тому числі іншої особи чи тварини), або щодо мертвого тіла.²⁵⁴⁴

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ПРИКЛАДИ 'АКТІВ СЕКСУАЛЬНОГО ХАРАКТЕРУ'

Сексуальне насильство може бути скоєне за допомогою безлічі різних актів, зокрема:

- кастрація, каліцтво статевих органів, примусове обрізання та каліцтво жіночих статевих органів;²⁵⁴⁵
- примусова проституція;²⁵⁴⁶
- примусова мастурбація та будь-які інші примусові дотики, які потерпіла особа змушена здійснювати щодо себе або щодо третьої особи;²⁵⁴⁷
- повне або часткове роздягання (тобто примусове оголення), включно зі зняттям головного убору в культурах, де це має сексуальний підтекст;²⁵⁴⁸
- змушувати когось носити одяг із сексуальними асоціаціями;²⁵⁴⁹
- торгівля людьми з метою сексуальної експлуатації та рабства;²⁵⁵⁰
- огляд чийось геніталій, ануса, грудей або дівочої пліви без медичної або подібної необхідності;²⁵⁵¹
- цілування або облизування людини, особливо статевої частини тіла;²⁵⁵²

[Програмний документ щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів](#), 2014, посилання 6.

²⁵⁴⁴ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, '[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)', 2019 р., с. 8; [Елементи злочинів МКС](#), статті 7(1)(g)-6, 8(2)(b)(xxii)-6, і 8(2)(e)(vi)-6, Елемент перший. Див. напр., МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 1065; МКТЮ, [Вирок](#) у справі *Тодоровича*, п.п. 38-40.

²⁵⁴⁵ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, '[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)', 2019, с. 10.

²⁵⁴⁶ [Статут МКС](#), статті 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii), 8(2)(e)(vi).

²⁵⁴⁷ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п.п. 1013, 1018; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п.п. 1062-1066; МКТЮ, [Вирок](#) у справі *Тодоровича*, п.п. 39-40; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 198; [УВКБ ООН Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та практика, подібна до рабства, під час збройних конфліктів: Заключний звіт](#), п. 22; ОП МКС, [Звіт про діяльність щодо попереднього вивчення ситуацій 2016 р.](#) (14 листопада 2016), п. 94.

²⁵⁴⁸ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 769; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Фурундзія*, п. 272; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п. 170; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п. 1013; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 688; СССЛ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Бріма та ін.*, п. 184; УВКПЛ, [Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, в Україні з 14 березня 2014 року по 31 січня 2017 року](#), п. 69; Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, '[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)', 2019, с. 10; ОП МКС, [Звіт про діяльність щодо попереднього вивчення ситуацій 2016 р.](#) (14 листопада 2016), п. 94.

²⁵⁴⁹ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, '[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)', 2019, с. 9.

²⁵⁵⁰ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п.п. 775-782; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п.п. 3044-3049.

²⁵⁵¹ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, '[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)', 2019, с. 10.

²⁵⁵² МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 793; Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, '[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)', 2019, с. 10.

- покарання когось за відмову вступати в сексуальні стосунки;²⁵⁵³
- зґвалтування (в тому числі групове, подружнє або “виправнє” зґвалтування), яке включає проникнення в піхву, анальний отвір або рот будь-якою частиною тіла або предметом (наприклад, палицею);²⁵⁵⁴
- сексуальні домагання шляхом участі в (повторюваному) небажаному сексуальному акті, які за певних обставин може бути витлумачене як образливе, принизливе або лякаюче;²⁵⁵⁵
- погрози сексуального насильства чи залякування або створення у когось обґрунтованого побоювання чи страху перед актами сексуального насильства;²⁵⁵⁶
- доторкатися до людини в сексуальний спосіб, наприклад, роблячи або отримуючи масаж;²⁵⁵⁷
- дотик до статевих органів людини, наприклад, торкання її грудей або занурення рук у спідню білизну чи одяг потерпілої особи;²⁵⁵⁸ чи
- насильницькі діяння щодо статевих органів (наприклад побиття, обпалювання, ураження електричним струмом або удари), наприклад, введення предметів у пеніс людини.²⁵⁵⁹

1324. Злочинець використав (ii) силу, погрозу застосування сили або примусу, або скористався середовищем примусу, або вчинив статевий акт щодо особи (осіб), не здатної надати справжню згоду. Дивіться детальні пояснення в розділі Зґвалтування як злочин проти людяності, Елемент другий.

²⁵⁵³ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, ‘[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)’, 2019, с. 8.

²⁵⁵⁴ [Статут МКС](#), статті 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii), 8(2)(e)(vi); МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п.п. 759, 761, 817; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Фурундзія*, п.п. 270-271; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п.п. 98, 100, 102; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п. 1010; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Сіміча*, п. 721; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п.п. 686, 688; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п.п. 3035-3043; Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, ‘[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)’, 2019, с. 12.

²⁵⁵⁵ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, ‘[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)’, 2019, с. 9.

²⁵⁵⁶ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п.п. 98, 104; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п.п. 1013, 1018; Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, ‘[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)’, 2019, с. 8; УВКПЛ, [Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, в Україні з 14 березня 2014 року по 31 січня 2017 року](#), п.п. 68, 74.

²⁵⁵⁷ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п. 99; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Рукундо*, п. 381; Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, ‘[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)’, 2019, с. 10; ОП МКС, [Звіт про діяльність щодо попереднього вивчення ситуацій 2016 р.](#) (14 листопада 2016), п. 94.

²⁵⁵⁸ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, ‘[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)’, 2019, с. 10; УВКПЛ, [Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, в Україні з 14 березня 2014 року по 31 січня 2017 року](#), п.п. 80-81.

²⁵⁵⁹ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п.п. 1019, 1035, 1038-1040; МКТЮ, [Вирок](#) у справі *Тодоровича*, п. 38; [Судове рішення](#) у справі *Сіміча*, п.п. 695, 698; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Налетіліча і Мартіновича*, п. 450; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п.п. 498; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 198; Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, ‘[Таазькі принципи щодо сексуального насильства](#)’, 2019, с. 10; УВКПЛ, [Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, в Україні з 14 березня 2014 року по 31 січня 2017 року](#), п.п. 70-71.

iii. Визначення сексуального насильства (Суб'єктивні елементи)

1325. З суб'єктивної сторони сексуальне насильство як злочин проти людяності характеризується такими умислом і знанням:²⁵⁶⁰ (1) злочинець мав умисел вчинити акт сексуального характеру щодо однієї чи більше осіб або примусити таку особу чи осіб до участі в акті сексуального характеру; та (2) злочинець усвідомлював, що вчинить акт сексуального характеру або примусить особу чи осіб до участі в акті сексуального характеру силою, погрозою застосування сили чи примусу або зловживаючи середовищем примусу чи нездатністю такої особи чи осіб надати справжню згоду.
1326. Злочинець мав умисел вчинити акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусити таку особу чи осіб до вчинення акту сексуального характеру. Такий умисел може бути встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння)²⁵⁶¹ з метою вчинити акт сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або примусити таку особу чи осіб вчинити акт сексуального характеру; або (2) злочинець усвідомлював, що одна чи кілька осіб візьмуть участь в акті сексуального характеру за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²⁵⁶² Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁵⁶³
1327. Злочинець знав, що він вчинить акт сексуального характеру або примусить особу чи осіб вчинити акт сексуального характеру силою, погрозою застосування сили чи примусом або з використанням середовища примусу чи нездатності такої особи чи осіб дати справжню згоду. Для доведення такого “знання” необхідно довести, що злочинець усвідомлював, що акт сексуального характеру вчиняється із застосуванням сили, погрози застосування сили або примусу, з використанням середовища примусу або щодо особи, нездатної дати справжню згоду.²⁵⁶⁴ Це можна встановити на підставі обставин. Однак це не вимагає від злочинця усвідомлення правового характеру відповідного діяння, тобто немає необхідності в тому, щоб злочинець знав, що це діяння є злочином проти людяності або негуманним актом.²⁵⁶⁵

²⁵⁶⁰ [Статут МКС](#), статті 30(2), 30(3).

²⁵⁶¹ [Статут МКС](#), статті 30(2)(а); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774.

²⁵⁶² [Статут МКС](#), стаття 30(2)(b); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 111.

²⁵⁶³ *Див.*, МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п.п. 775-776.

²⁵⁶⁴ [Статут МКС](#), стаття 30(3); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 111.

²⁵⁶⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2753.

- п) Переслідування як злочин проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(h); Статут МКТЮ, стаття 5(h); Статут МКТР (стаття 3(h); Статут СССЛ (стаття 2(h))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за переслідування як за злочин проти людяності, необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець грубо позбавив одну чи кілька осіб основоположних прав у супереччя міжнародному праву.
- Злочинець переслідував таку особу або осіб через їхню належність до певної групи чи спільноти, або переслідував групу чи спільноту як таку.
- Таке переслідування здійснювалося за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними, як це визначено в пункті 3 статті 7 Статуту, або за іншими ознаками, що загально визнані неприпустимими згідно з міжнародним правом.
- Таке діяння було вчинене у зв'язку з будь-яким діянням, зазначеним у пункті 1 статті 7 Статуту, або будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел грубо позбавити одну або більше осіб основоположних прав.
- Злочинець мав умисел дискримінувати особу (осіб) за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними або іншими загальновизнаними ознаками.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

і. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1328. Міжнародні інструменти забороняють “переслідування будь-якої групи чи спільноти, яку можна ідентифікувати, за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними або іншими ознаками, що загально визнані неприпустимими згідно з міжнародним правом”.²⁵⁶⁶ Статут МКС визначає “переслідування” як “умисне і грубе позбавлення основоположних прав у супереччя міжнародному праву за ознакою належності до тієї чи іншої групи або спільноти”²⁵⁶⁷

1329. Наразі українське законодавство не криміналізує переслідування як злочин проти людяності. Проте, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набуде

²⁵⁶⁶ Статут МКС, стаття 7(1)(h); Статут МКТЮ, стаття 5(h); Статут МКТР, стаття 3(h); Статут СССЛ, стаття 2(h). Злочин проти людяності переслідування також заборонений відповідно до Закону НПСК, стаття 5.

²⁵⁶⁷ Статут МКС, стаття 7(2)(g).

чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом першим частини першої цього положення буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: переслідування. У законопроекті ‘переслідування’ визначено як “обмеження основних прав людини за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, статевими або іншими ознаками дискримінації, визначеними міжнародним правом”. Відтак, обидва положення інтегрують контекстуальні та загальні елементи вказаного злочину проти людяності, що містяться в міжнародних інструментах.

ii. Склад переслідування (Об’єктивні елементи)

1330. Об’єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами: (1) злочинець грубо позбавив, всупереч міжнародному праву, одну чи більше осіб основоположних прав; (2) злочинець переслідував таку особу чи осіб через їх належність до групи чи спільноти або переслідував групу чи спільноту як таку; (3) таке переслідування ґрунтувалося на політичних, расових, національних, етнічних, культурних, релігійних, гендерних ознаках, як визначено у статті 7(3) Статуту МКС, або на інших ознаках, які загально визнані неприпустимими згідно з міжнародним правом; та (4) діяння було вчинено у зв’язку з будь-яким злочином проти людяності, зазначеним у статті 7(1) Статуту МКС, або будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію МКС.
1331. Злочинець грубо позбавив, всупереч міжнародному праву, одну чи більше осіб основоположних прав. Цей елемент полягає в тому, що одна або більше осіб були позбавлені своїх основоположних прав всупереч міжнародному праву.²⁵⁶⁸ Основоположні права — це права людини, встановлені міжнародним звичаєвим правом і міжнародними договорами з прав людини.²⁵⁶⁹
1332. У широкому розумінні це порушення, які спричиняють: (1) серйозні тілесні та психічні ушкодження; (2) посягання на свободу; та (3) посягання на власність.²⁵⁷⁰ Це можуть бути різноманітні права, наприклад: право на життя; право на особисту свободу та особисту недоторканність; право не бути підданим катуванням

²⁵⁶⁸ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онґвена*, п. 2733; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Прліча* та ін, п. 422; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 579; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 101; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п.п. 347-348.

²⁵⁶⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 991; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 139; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п. 499; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна* та ін., п. 995; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Крноєлача*, п. 434; Шабас, Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Статуту МКС, 2-е видання, Oxford University Press, 2016, с. 196. Див. також, МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Нтаганди*, п. 58. Відповідні міжнародні інструменти включають, зокрема: (i) Загальну декларацію прав людини; (ii) Міжнародний пакт про громадянські і політичні права; (iii) Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права; (iv) Європейську конвенцію з прав людини.

²⁵⁷⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онґвена*, п. 2733 (“основоположні права [...] можуть включати різноманітні права, наприклад право на життя, право на особисту свободу, право не бути оберненим у рабство або підневільний стан, право не бути підданим катуванням або жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню, а також право на приватну власність.”) Див. також, МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 991; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 220; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п.п. 104-109; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п.п. 585-600; Трифтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 276.

або жорстокому, нелюдському чи такому, що принижує гідність, поведженню; право не бути підданим свавільному арешту, затриманню або вигнанню; і право на приватну власність.²⁵⁷¹ Позбавлення основоположних прав повинно порушувати міжнародне право, що означає ситуацію, коли міжнародним правом не передбачено виправдань для відповідного порушення.²⁵⁷²

МКС, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ ОНГВЕНА, П. 2733

Перший з цих елементів полягає в тому, що злочинець жорстоко позбавив, всупереч міжнародному праву, одну або більше осіб основоположних прав. Не будь-яке порушення прав людини має значення, а лише “грубе позбавлення” особи “основоположних прав всупереч міжнародному праву” (додається). Це може включати різноманітні права, наприклад право на життя, право на особисту свободу, право не бути утримуваним у рабстві або підневільному стані, право не бути підданим катуванням або жорстокому поведженню, нелюдському або такому, що принижує гідність, поведженню, а також право на приватну власність.

²⁵⁷¹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2733; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 991; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 220; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п.п. 104-109; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п.п. 585-600.

²⁵⁷² МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 993; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п.п. 103; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 139.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ПРИКЛАДИ 'ПЕРЕСЛІДУВАННЯ'

“Переслідування” може характеризуватися наступними діями, якщо вони здійснюються на дискримінаційних підставах, розглядаються в сукупності з іншими діями та відповідають контекстуальним елементам злочинів проти людяності:

- вбивство;²⁵⁷³
 - напади на цивільних осіб;²⁵⁷⁴
 - катування (наприклад, фізичне насильство, психологічне насильство, сексуальне насильство тощо);²⁵⁷⁵
 - мародерство;²⁵⁷⁶
-
- відмова у свободі пересування;²⁵⁷⁷
 - відмова у працевлаштуванні;²⁵⁷⁸
 - втручання у приватне життя через свавільні обшуки в будинках;²⁵⁷⁹
 - незаконний арешт і затримання;²⁵⁸⁰
 - відмова у праві на судовий розгляд;²⁵⁸¹ і
 - відмова у рівному доступі до публічних послуг (наприклад, медичної допомоги).²⁵⁸²

²⁵⁷³ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 747; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п.п. 106-109; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 143.

²⁵⁷⁴ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п.п. 104-105; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п.п. 156-159.

²⁵⁷⁵ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п. 1012; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Стакіча*, п.п. 748-760; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п.п. 505-513; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п.п. 154-155.

²⁵⁷⁶ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Стакіча*, п.п. 762-764; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п. 1045; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п.п. 108-109; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п.п. 527-529; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п.п. 144-148.

²⁵⁷⁷ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Стакіча*, п.п. 770-773; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Младіча*, п.п. 3263-3266; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п.п. 1042-1043, 1049; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п.п. 292-297; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п.п. 535-536.

²⁵⁷⁸ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Стакіча*, п.п. 770-773; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Младіча*, п.п. 3263-3266; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п.п. 1032-1041, 1049; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п.п. 292-297; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п.п. 535-536.

²⁵⁷⁹ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Младіча*, п.п. 3263-3266; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п.п. 292-297; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п.п. 535-536.

²⁵⁸⁰ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Младіча*, п.п. 3263-3266; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п.п. 1044-1045, 1049; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п.п. 292-297; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п.п. 517-521, 535-536.

²⁵⁸¹ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Стакіча*, п.п. 770-773; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Младіча*, п.п. 3263-3266; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п.п. 1044-1045, 1049; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п.п. 292-297; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п.п. 535-536.

²⁵⁸² МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Стакіча*, п.п. 770-773; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Младіча*, п.п. 3263-3266; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна та ін.*, п.п. 1046-1049; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п.п. 292-297; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п.п. 535-536.

1333. Крім того, необхідно довести, що позбавлення було грубим,²⁵⁸³ тобто серйозною, тяжкою або кричущою відмовою в дотриманні основоположних прав.²⁵⁸⁴ Будь-яке діяння, яке саме по собі є злочином проти людяності, буде вважатися грубим позбавленням основоположних прав.²⁵⁸⁵ Встановлюючи цей елемент, судді мають оцінити сукупний ефект оскаржуваного діяння та оцінити, чи були явно порушено права, скільки осіб зазнали нападу, і в якій мірі особи були позбавлені своїх прав.²⁵⁸⁶
1334. Злочинець переслідував таку особу чи осіб через їх належність до групи чи спільноти або переслідував групу чи спільноту як таку. Цей елемент полягає в тому, що злочинець переслідував потерпілих через їх належність до групи чи спільноти.²⁵⁸⁷ Альтернативно, цей елемент характеризується тим, що злочинець переслідував групу або спільноту як таку.²⁵⁸⁸ Така група може бути визначена як позитивно, так і негативно, тобто злочинець може переслідувати певних осіб або групи за те, що вони не належать до певної групи.²⁵⁸⁹
1335. Члени групи чи спільноти мають бути лише “ідентифіковані” на основі об’єктивних критеріїв або суб’єктивних уявлень чи переконань злочинця щодо належності потерпілої особи до відповідної групи чи спільноти.²⁵⁹⁰ Не має значення, чи дійсно потерпілі належали до відповідної групи / спільноти, якщо вони суб’єктивно сприймалися такими, і тому стали об’єктом нападу з боку

²⁵⁸³ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2733; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 580; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Мілутиновича*, п. 178; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Купрешкіча*, п.п. 605, 617-619; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 671; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 135.

²⁵⁸⁴ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 992; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Купрешкіча*, п.п. 619-621; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 671; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 135.

²⁵⁸⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 991; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Нтаганди*, п. 58; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Купрешкіча*, п.п. 605, 615; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 349.

²⁵⁸⁶ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 992; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Купрешкіча*, п.п. 621-622; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 199; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 349.

²⁵⁸⁷ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2734; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 988; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п.п. 582-583; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Мілутиновича*, п. 177; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 350.

²⁵⁸⁸ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2734; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 988; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Налетіліча і Мартіновича*, п. 636.

²⁵⁸⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2735; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1009.

²⁵⁹⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2736; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п.п. 1010-1011; МКС, *Ситуація в Бангладеш/М'янмі*, [Рішення про надання дозволу](#), п. 102; Трифтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 221; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Налетіліча і Мартіновича*, п. 636 у посиланні 1572; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Мілутиновича*, п. 177; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крноєлача*, п. 185.

злочинця.²⁵⁹¹ Переслідування може відбуватися на основі поєднання декількох ознак.²⁵⁹²

МКС, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ ОНГВЕНА, П. 2736

Під час оцінки ймовірного статусу захищеної групи важливе значення має конкретний політичний, соціальний та культурний контекст, а також, окрім об'єктивних факторів, що стосуються ймовірної дискримінаційної ознаки, суб'єктивне сприйняття приналежності як злочинця, так і потерпілої особи. Однак слід зазначити, що, хоча необхідно довести, що злочинець переслідував певних осіб, групу або спільноту на основі однієї із заборонених підстав, не вимагається, щоб усі потерпілі від злочину переслідування були членами, прихильниками, союзниками або були в інший спосіб пов'язані із захищеною групою.

1336. Таке переслідування ґрунтувалося на політичних, расових, національних, етнічних, культурних, релігійних, гендерних ознаках, як визначено у статті 7(3) Статуту МКС, або на інших ознаках, які загально визнані неприпустимими згідно з міжнародним правом. Для встановлення цього елемента необхідно довести, що злочинець обрав потерпілих за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними або іншими ознаками, які загально визнані як неприпустимі згідно з міжнародним правом.²⁵⁹³

1337. Дискримінаційне переслідування може ґрунтуватися на таких підставах:

- **Політична:** групу можна охарактеризувати як політичну, якщо її учасники поділяють членство у політичній партії, ідеологічні політичні переконання, фактичну чи уявну опозицію або погляди, що відмінні від поглядів певного політичного режиму.²⁵⁹⁴ Ця підстава охоплює переслідування через особисту політичну належність, незалежно від того, чи є вона реальною чи просто сприймається як така злочинцем.²⁵⁹⁵ Переслідування за політичними мотивами “може охоплювати різні категорії осіб, наприклад: посадовців та політичних активістів; осіб, які мають певні думки, переконання чи вірування; осіб певної етнічної належності чи національності”.²⁵⁹⁶

²⁵⁹¹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1011; МКС, Ситуація у Бурунді [Рішення про надання дозволу](#), п. 133; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Руто* та ін., п. 273; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 204; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крноєлача*, п. 185; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Налетіліча і Мартіновича*, п. 636; Трифтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 221.

²⁵⁹² МКС, [Судове рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1009.

²⁵⁹³ *Статут МКС*, стаття 7(1)(h); МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 583; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Мілутиновича*, п. 177; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Налетіліча і Мартіновича*, п. 636 у посиланні 1572; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п.п. 131, 161; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п.п. 101, 674.

²⁵⁹⁴ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Мбарушімана*, п. 37; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Руто* та ін., п.п. 273, 347; МКС, [‘Звіт про діяльність щодо попереднього вивчення ситуацій’](#) (5 грудня 2019), п. 80.

²⁵⁹⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2737 (цитуючи МКС, Ситуація у Бурунді [Рішення про надання дозволу](#), п. 133; НПСК, [Апеляційне рішення](#) у справі *Каїнга Гвека (відомого як Дуть)*, п. 272.

²⁵⁹⁶ НПСК, [Апеляційне рішення](#) у справі *Каїнга Гвека (відомого як Дуть)*, п. 272.

- **Расова:** расова група “характеризується спадковими фізичними ознаками, які часто асоціюються з географічною місцевістю”.²⁵⁹⁷ Переслідування за расовою ознакою охоплює “будь-які розрізнення, винятки, обмеження чи переваги на основі раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження.”²⁵⁹⁸
- **Національна:** визначення групи за національною ознакою ґрунтується на характеристиках, які “ширші, ніж громадянство, і охоплюють ознаки групи, яка вважає, що вона є нацією, навіть якщо члени групи перебувають в більш ніж одній державі”.²⁵⁹⁹ Наприклад, група осіб у державі може переслідуватись тому, що вони є громадянами іншої держави.²⁶⁰⁰
- **Етнічна:** етнічну групу можна визначити як групу, яка має “спільну мову та культуру”,²⁶⁰¹ або групу, яка виділяє себе як таку (самоідентифікація); або групу, яку інші, зокрема злочинці, ідентифікували як окрему (ідентифікація іншими).²⁶⁰² Наприклад, етнічна група може бути визначена на основі її спільної мови, племінних звичаїв і традиційних зв'язків з її землями.²⁶⁰³
- **Культурна:** культурну групу можна охарактеризувати як групу, яка поділяє спільні звичаї, мистецтво та соціальні інститути.²⁶⁰⁴
- **Релігійна:** релігійну групу можна визначити як групу, члени якої сповідують однакову релігію, належать до однієї конфесії, поділяють обряд богослужіння або спільні вірування.²⁶⁰⁵ Переслідування за релігійними ознаками охоплює напади на осіб на основі обраної ними релігійної приналежності або такої приналежності за сприйняттям злочинця; недотримання ними релігійних переконань або приписів, яких дотримується злочинець; або відсутності у них релігії.²⁶⁰⁶

²⁵⁹⁷ МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Кайшеми та ін*, п. 98; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 514.

²⁵⁹⁸ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 224 (цитуючи Міжнародну конвенцію про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (прийнята Резолюцією Генеральної Асамблеї ООН 2106 А (XX) від 21 грудня 1965 року, набула чинності 4 січня 1969 року), стаття 1).

²⁵⁹⁹ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 224.

²⁶⁰⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 205; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Бле Гуде*, п. 123; МКС, [Рішення про видачу ордеру на арешт](#) у справі *Сімоні Гбагбо*, п. 16. Див. також, Робінсон, [Короткий виклад рішень Міжнародного кримінального суду](#), 2022, с. 73

²⁶⁰¹ МКС, *Ситуація в Бангладеш/М'янмі*, [Рішення про надання дозволу](#), п. 103; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Кайшеми та ін*, п. 98; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 513.

²⁶⁰² МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Кайшеми та ін*, п. 98.

²⁶⁰³ МКС, [Рішення щодо клопотання Прокурора про видачу ордеру на арешт Омара Хасана Ахмада Аль Башира](#) у справі *Аль Башира*, п. 137; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Нтаганди*, п. 58; МКС, [Рішення за заявою обвинувачення за статтею 58\(7\) Статуту](#) у справі *Амада Харуна та Алі Кушайба*, п. 74; МКС, [Публічна відредагована версія "Рішення щодо заяви Прокурора за статтею 58 стосовно Абдель Рахіма Мухаммада Хусейна"](#) у справі *Мухаммада Хусейна*, п. 11.А.

²⁶⁰⁴ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 224.

²⁶⁰⁵ МКС, *Ситуація в Бангладеш/М'янмі*, [Рішення про надання дозволу](#), п. 103; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Кайшеми та ін*, п. 98; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 515.

²⁶⁰⁶ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 224. Див. наприклад., МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 205; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Бле Гуде*, п. 123; МКС, [Рішення про видачу ордеру на арешт](#) у справі

- **Гендерна:** згідно з Римським статутом, термін ‘гендер’ стосується двох статей, чоловічої та жіночої, у суспільному контексті”.²⁶⁰⁷ У Політиці Офісу Прокурора МКС щодо злочину гендерного переслідування зазначається, що “гендер стосується статевої ознаки і соціальних конструкцій та критеріїв, що використовуються для визначення чоловічої та жіночої статі, включаючи їхні ролі, поведінку, діяльність та ознаки. Як соціальна конструкція, гендер відрізняється в контексті окремих суспільств, а також між різними суспільствами, і може змінюватися з часом”.²⁶⁰⁸ Крім того, “гендерні переслідування вчиняються проти осіб через ознаки статі та/або через соціальні конструкції і критерії, що використовуються для визначення гендеру”.²⁶⁰⁹ Загалом вважається, що це охоплює переслідування через сексуальну орієнтацію або гендерну ідентичність.²⁶¹⁰
- **Інші ознаки:** фраза “або за іншими ознаками” дозволяє враховувати переслідування і за ознаками, які не є прямо перераховані, за умови, що переслідування за такими ознаками “загально визнано неприпустимим згідно з міжнародним правом”. “Загальновизнані” слід розуміти як “широковизнані”; це не означає, що всі держави повинні визнати переслідування за певною ознакою неприпустимим, аби таке переслідування було загальновизнаними.²⁶¹¹ Такими ознаками можуть бути вік, сексуальна орієнтація або інвалідність.²⁶¹²

1338. Діяння було вчинено у зв’язку з будь-яким злочином проти людяності, зазначеним у статті 7(1) Статуту МКС, або будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію МКС. Діяння злочинця, що позбавило потерпілих їх основоположних прав, має бути вчинено у зв’язку з іншим діянням, переліченим у статті 7(1) (тобто іншим злочином проти людяності, переліченим у Статуті МКС) або будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду (тобто геноцидом, воєнним злочином або агресією).²⁶¹³

1339. По суті, це означає, що якщо має місце діяння, яке саме по собі не є злочином згідно зі Статутом МКС, але здійснюється у зв’язку з такими злочинами (або шляхом вчинення таких злочинів), судді все одно можуть вважати таке діяння переслідуванням.²⁶¹⁴ Наприклад, заборони, накладені на певну групу з метою

Сімоні Гбагбо, п. 16.

²⁶⁰⁷ Статут МКС, стаття 7(3).

²⁶⁰⁸ ОП МКС, [Політика щодо злочину гендерного переслідування](#), с. 3.

²⁶⁰⁹ ОП МКС, [Політика щодо злочину гендерного переслідування](#), с. 3.

²⁶¹⁰ ОП МКС, [Політика щодо злочину гендерного переслідування](#), с. 6. Див. також, ОП МКС, [Програмний документ щодо сексуального та гендерного насильства](#), червень 2014, с. 3; Грей та ін., Переслідування за ознакою гендеру як злочин проти людяності: Шлях попереду, Oxford University Press, 2019, с. 14.

²⁶¹¹ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 226.

²⁶¹² Шабас, Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Статуту МКС, 2-е видання, Oxford University Press, 2016, с. 198.

²⁶¹³ Статут МКС, стаття 7(1)(h); [Елементи злочинів МКС](#), стаття 7(1)(h), Елемент 4. Див. також, МКС, [Ситуація в Бангладеш/М'янмі, Рішення про надання дозволу](#), п. 131; МКС, [Судове рішення](#) у справі Онгвена, п. 2730; МКС, [Судове рішення](#) у справі Нтаганди, п. 1023.

²⁶¹⁴ МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі Нахімана та ін., п.п. 985-988; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Квочки, п. 321; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Купрешкіча, п.п. 615(e), 622. Див. також, Шабас, Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Статуту МКС, 2-е видання, Oxford University Press, 2016, с.с. 199-200.

обмеження її прав на участь у суспільному житті (наприклад, відвідування громадських парків, театрів чи бібліотек), або мова ворожнечі, спрямована на частину населення на дискримінаційних підставах, самі по собі не є достатньо серйозними, щоб вважатися переслідуванням. Однак вони можуть вважатися переслідуванням, якщо розглядаються в контексті широкомасштабного нападу, спрямованого проти цивільного населення, під час якого вчиняються інші злочини проти людяності, і повинні бути оцінені з точки зору їх сукупного впливу.²⁶¹⁵ Будь-який дискримінаційний захід, який не має такого зв'язку, однак, не становитиме злочину проти людяності переслідування.²⁶¹⁶

1340. Хоча цей елемент є специфічним для Статуту МКС, практика МКТЮ є подібною до нього: тяжкість основних діянь переслідування як злочину проти людяності, незалежно від того, розглядаються вони ізольовано чи в сукупності з іншими діяннями, має бути подібною до тяжкості інших злочинів, наведених у статті 5 Статуту МКТЮ (тобто інших злочинів проти людяності).²⁶¹⁷

iii. Склад переслідування (Суб'єктивні елементи)

1341. Суб'єктивна сторона переслідування як злочину проти людяності характеризується умислом,²⁶¹⁸ який буде встановлено, якщо (1) злочинець мав умисел грубо позбавити одну чи більше осіб основоположних прав; та (2) злочинець мав умисел дискримінувати особу (осіб) за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними або іншими загальноновизнаними ознаками.
1342. Злочинець мав умисел грубо позбавити одну чи більше осіб основоположних прав. Такий умисел може бути встановлено, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (умисел щодо діяння)²⁶¹⁹ з метою грубого позбавлення однієї або більше осіб основоположних прав; або (2) злочинець усвідомлював, що грубе позбавлення основоположних прав однієї або більше осіб відбудеться за звичайного перебігу подій (умисел щодо наслідку).²⁶²⁰ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁶²¹ Що стосується необхідності того, щоб позбавлення прав людини було "грубим", то це не вимагає від злочинця формування оціночного судження щодо тяжкості заподіяних позбавлень.²⁶²²

²⁶¹⁵ МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нахімана та ін.*, п.п. 985-988; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Купрешикіча*, п.п. 615(е), 622.

²⁶¹⁶ МКС, Ситуація у Бурунді [Рішення про надання дозволу](#), п. 131.

²⁶¹⁷ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п.п. 102, 671; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 160; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крноєлача*, п. 221; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Сіміча*, п. 177; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 296

²⁶¹⁸ [Статут МКС](#), статті 30(2), 30(3).

²⁶¹⁹ [Статут МКС](#), статті 30(2)(а); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774.

²⁶²⁰ [Статут МКС](#), статті 30(2)(b); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774.

²⁶²¹ Див. МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п.п. 775-776.

²⁶²² МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2740.

1343. Злочинець мав умисел дискримінувати особу (осіб) за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними або іншими загально визнаними ознаками.²⁶²³ Для доведення цього суб'єктивного елементу необхідно встановити, що злочинець свідомо переслідував потерпілу особу на підставі або через те, що він сприймав потерпілу особу як таку, що належить до певної групи чи спільноти.²⁶²⁴ Іншими словами, грубе позбавлення основоположних прав має здійснюватися з умислом дискримінувати особу (осіб) за однією з перелічених ознак.²⁶²⁵ Цей умисел може походити із загальної поведінки злочинця, а також з обставин, що супроводжували вчинення злочину.²⁶²⁶
1344. Не має значення, чи мав злочинець також особисті мотиви для вчинення діянь, оскільки такі мотиви не виключають наявності дискримінаційного умислу.²⁶²⁷ Крім того, дискримінаційний умисел може ґрунтуватися на декількох ознаках переслідування, таких як раса та стать.²⁶²⁸

МКТР, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ ПРЛІЧА ТА ІН., П. 422 [ПОСИЛАННЯ ОПУЩЕНО]

Переслідування як злочин проти людяності вимагає доказів того, що головний злочинець мав конкретний умисел здійснити дискримінацію за однією з [перелічених] ознак. Хоча необхідний дискримінаційний умисел не може виводитись безпосередньо із загального дискримінаційного характеру нападу, який кваліфікується як злочин проти людяності, “дискримінаційний умисел може виводитись з такого контексту, якщо, з огляду на факти справи, обставини вчинення інкримінованих діянь підтверджують наявність такого умислу”.

²⁶²³ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2740; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 583; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Мілутіновича*, п.п. 176-177; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Налетіліча і Мартіновича*, п. 638; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 350; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Акаєсу*, п.п. 464, 468.

²⁶²⁴ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2739 (цитуючи МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Аль Хасана*, п. 671); МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Поповіча та ін.*, п. 968; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Караджича*, п. 500; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 305; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 129; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 422; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 674; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 350. Див. також, Шабас, Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Статуту МКС, 2-видання, Oxford University Press, 2016, с. 172.

²⁶²⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2739; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 422; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 674; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Семанзи*, п. 350.

²⁶²⁶ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2739 (цитуючи МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Аль Хасана*, п. 671); МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Поповіча та ін.*, п. 969; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Квочки*, п. 460; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 422.

²⁶²⁷ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Дордевіча*, п. 887.

²⁶²⁸ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Аль Хасана*, п. 702.

- о) Насильницьке зникнення як злочин проти людяності (Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень; Статут МКС, стаття 7(1)(i))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за насильницьке зникнення як за злочин проти людяності, необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

1. Злочинець:
 - (а) Заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб; *чи*
 - (б) Відмовився визнати факт арешту, затримання чи викрадення, або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб.
1. І:
 - (а) Такий арешт, затримання, або викрадення передували відмові визнати факт позбавлення волі чи надати інформацію про долю або місце перебування особи чи супроводжувалися такою відмовою; *або*
 - (б) Такий відмові передувало позбавлення волі або відмова супроводжувалась таким позбавленням волі.
2. Такий арешт, затримання чи викрадення було здійснено державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи мовчазної згоди.
3. Така відмова визнати факт позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місцеперебування такої особи чи осіб була здійснена державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу чи за їхньої підтримки.

2. Суб'єктивні елементи

4. Злочинець мав умисел: (а) заарештувати, затримати або викрасти одну чи більше осіб; *або* (б) відмовитись визнати факт арешту, затримання або викрадення, або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб.
5. Злочинець знав, що:
 - (а) Такий арешт, затримання або викрадення за звичайних обставин супроводжується відмовою визнати факт позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб; *або*
 - (б) Такий відмові передувало позбавлення волі або відмова супроводжувалась таким позбавленням волі.
6. Злочинець знав, що такий арешт, затримання або викрадення здійснюються державою або політичною організацією, або з їхнього дозволу, підтримки чи мовчазної згоди.

3. Контекстуальні елементи

7. Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
8. Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

1345. Насильницькі зникнення заборонені Міжнародною конвенцією про захист усіх осіб від насильницьких зникнень,²⁶²⁹ учасницею якої є Україна.²⁶³⁰ Конвенція визначає насильницьке зникнення як “арешт, затримання, викрадення чи позбавлення волі в будь-якій іншій формі представниками держави чи особами або групами осіб, які діють з дозволу, за підтримки чи за згодою держави, за подальшої відмови визнати факт позбавлення волі або приховування даних про долю чи місце перебування зниклої особи, унаслідок чого цю особу залишено без захисту закону”.²⁶³¹
1346. Окрім того, стаття 7(1)(i) Римського статуту забороняє насильницьке зникнення як злочин проти людяності,²⁶³² яке визначається як “арешт, затримання або викрадення осіб державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи за їхньою мовчазною згодою з подальшою відмовою визнати таке позбавлення волі або повідомити про долю чи місце перебування цих осіб з метою залишення їх без законодавчого захисту протягом тривалого періоду часу”.²⁶³³
1347. Злочин насильницького зникнення за Статутом МКС дозволяє притягнути до відповідальності одну або декілька осіб на різних етапах зникнення.²⁶³⁴ Загалом, злочин складається з двох основних альтернативних видів діянь — позбавлення волі (Елемент 1(a) або Елемент 2(b)) та приховування інформації (Елемент 1(b) або Елемент 2(a)). Таким чином, існує два основних способи, якими злочинець може бути причетний до насильницького зникнення, що призведе до відповідальності за цей злочин (за умови, що решту елементів також дотримано):
- **Злочинець заарештував, затримав чи викрав одну або більше осіб** (Елемент 1(a)), якщо таке діяння передувало відмові визнати факт позбавлення волі чи надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб, або супроводжувалось такою відмовою (Елемент 2(a)), і злочинець знав, що така відмова станеться за звичайного перебігу подій (Елемент 3(a)).
 - **Злочинець відмовився визнати арешт, затримання чи викрадення або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи** (Елемент 1(b)), якщо цьому діянню передувало позбавлення волі, або це діяння супроводжувалось позбавленням волі (Елемент 2(b)), що злочинець усвідомлював (Елемент 3(b)).
1348. Відповідно, залежно від фактів, судді повинні усвідомлювати, що національний або міжнародний прокурор, ухвалюючи рішення про пред’явлення обвинувачення, застосує або Елементи 1(a), 2(a) і 3(a), **АБО** Елементи 1(b), 2(b) і 3(b) (як буде більш детально пояснено нижче). Обидва діяння мають бути здійснені з дозволу, підтримки або мовчазної згоди держави чи політичної організації.

²⁶²⁹ [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень](#)

²⁶³⁰ УВКПЛ, “Ратифікація 18 міжнародних договорів з прав людини”.

²⁶³¹ [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень](#), стаття 2.

²⁶³² [Статут МКС](#), стаття 7(1)(i).

²⁶³³ [Статут МКС](#), стаття 7(2)(i).

²⁶³⁴ Кітгчайсарі, Міжнародне кримінальне право, Oxford University Press, 2001, с. 123.

1349. Крім того, Статут МКС вимагає, щоб злочинець мав умисел позбавити потерпілу особу законодавчого захисту протягом тривалого періоду часу.²⁶³⁵ Ця додаткова вимога (тобто, що виведення з-під законодавчого захисту має відбуватися протягом *тривалого періоду часу*) є унікальною для Статуту МКС.²⁶³⁶ Робоча група з насильницьких зникнень рекомендувала, щоб “визначення насильницького зникнення, передбачене Римським статутом, тлумачилося національними органами влади відповідно до більш точного визначення, наведеного в статті 2 Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень”. Стаття 2 Конвенції вимагає лише, щоб особа (особи) опинилася “без захисту закону”.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1350. Наразі українське законодавство не передбачає кримінальної відповідальності за насильницьке зникнення як злочин проти людяності. Однак воно криміналізує насильницьке зникнення як загальнокримінальний злочин згідно зі статтею 146-1 КК України. Визначення, наведене у статті 146-1, подібне до визначень Статуту МКС та Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. Зокрема, злочином насильницького зникнення за КК України є “арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, в тому числі іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи місце перебування”. Як і у випадку з Міжнародною конвенцією про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, стаття 146-1 не вимагає, щоб особи перебували без законодавчого захисту протягом тривалого періоду часу. Положення КК України не вимагає, щоб акт насильницького зникнення був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент).

1351. Більше того, законопроект №7290 передбачатиме (якщо він набуде чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом шостим частини першої цього положення буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: насильницьке зникнення, вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення. У примітці 2 до статті 442-1 зазначено, що “під насильницьким зникненням у цій статті слід розуміти арешт, затримання, викрадення, або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або з приховуванням даних про долю такої людини чи місце її перебування, а так само відмову від визнання факту арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі чи приховування даних про долю такої людини чи місце її перебування”. Елементи цього злочину слід тлумачити відповідно до міжнародних інструментів.

²⁶³⁵ Статут МКС, стаття 7(2)(i).

²⁶³⁶ Доповідь Робочої групи з насильницьких чи недобровільних зникнень, «Найкращі практики насильницьких зникнень у національному кримінальному законодавстві», 28 грудня 2010 р., A/HRC/16/48/Add.3, п. 15.

1352. Як і в Міжнародній конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, і на відміну від Статуту МКС, ці визначення не вимагають, щоб особи були виведені з-під законодавчого захисту на *тривалий період часу*. Відповідно, вимога щодо виведення потерпілої особи з-під захисту закону “на тривалий період часу” не є обов’язковою для будь-якого національного кримінального переслідування у майбутньому за насильницькі зникнення в Україні, чи то за чинною статтею 146-1 КК України, чи то за пунктом шостим частини першої статті 442-1 КК України (якщо законопроект 2689 набуде чинності).²⁶³⁷

ii. Склад насильницького зникнення (Об’єктивні елементи)

1353. Як зазначалося вище, об’єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами:

(1) Злочинець:

(а) заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб; і (b) такий арешт, затримання, або викрадення передували відмові визнати факт позбавлення волі чи надати інформацію про долю або місце перебування особи чи супроводжувалися такою відмовою; *або*

(b) відмовився визнати факт арешту, затримання чи викрадення, або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб; і (b) такий відмові передувало позбавлення волі або відмова супроводжувалась таким позбавленням волі;

(2) такий арешт, затримання чи викрадення було здійснено державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи мовчазної згоди; і

(3) така відмова визнати факт позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місцеперебування такої особи чи осіб була здійснена державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу чи за їхньої підтримки.

²⁶³⁷ [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень](#), стаття 2. Див. також: Краєр та ін. (ред.), *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 3-тє видання, Cambridge University Press, 2015 р., с. 260.

**МКС, СИТУАЦІЯ В БУРУНДІ ВІДКРИТА ВІДРЕДАГОВАНА ВЕРСІЯ
“РІШЕННЯ ВІДПОВІДНО ДО СТАТТІ 15 РИМСЬКОГО СТАТУТУ
ПРО ДОЗВІЛ НА ПРОВЕДЕННЯ РОЗСЛІДУВАННЯ СИТУАЦІЇ В
РЕСПУБЛІЦІ БУРУНДІ”, П. 118 [ЗНОСКИ ОПУЩЕНО]**

Злочин [насильницького зникнення] складається з двох нерозривно пов'язаних між собою компонентів: (i) позбавлення потерпілої особи свободи; та (ii) подальша відмова у наданні інформації або її приховування. Що стосується першого компоненту, то Палата розуміє терміни “арешт, затримання або викрадення” як такі, що всебічно охоплюють будь-яку форму позбавлення свободи особи проти її волі. Злочин також включає сценарій, в якому потерпіла особа, спочатку заарештована і утримувана під вартою на законних підставах, може “зникнути” під час перебування під вартою. Що стосується другої складової, то Палата вважає, що відмова визнати або надати інформацію охоплює пряме заперечення або надання неправдивої інформації про долю або місце перебування потерпілої особи. Незалежно від того, чи подає сім'я потерпілої особи офіційну скаргу, чи ні, державні органи зобов'язані за посадовими обов'язками невідкладно розпочати неупереджене та ретельне розслідування зникнення потерпілої особи.

1354. Відповідно, у наступних розділах будуть розглянуті 1) об'єктивні елементи щодо арешту, затримання або викрадення однієї чи більше осіб; 2) об'єктивні елементи щодо відмови визнати арешт, затримання або викрадення; та 3) загальні об'єктивні елементи.

а. Злочинець заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб

1355. **Елемент 1(а): Злочинець заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб.** Для дотримання Елемента 1(а) необхідно встановити, що діяння злочинця призвели до позбавлення особи чи осіб волі. Міжнародні інструменти характеризують це як “арешт, затримання або викрадення”, хоча також може мати місце “будь-яка форма позбавлення свободи особи проти її волі”.²⁶³⁸ Це включає ситуації, коли особа спочатку була заарештована або затримана на законних підставах, але згодом зникла під час перебування під вартою.²⁶³⁹

1356. Слово “затримав” має на меті охопити триваючі випадки позбавлення волі.²⁶⁴⁰ Іншими словами, злочинець не обов'язково повинен бути причетним до арешту або викрадення від самого спочатку.

²⁶³⁸ [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень](#), стаття 2; МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 118. Див. також, [Ситуація в Кот-д'Івуарі](#), ICC/02/11, Виправлення до Рішення відповідно до статті 15 Статуту МКС про дозвіл на розслідування ситуації в Республіці Кот-д'Івуар, 15 листопада 201, п.п. 77-82.

²⁶³⁹ [Елементи злочинів МКС](#), посилання 26; МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 118.

²⁶⁴⁰ [Елементи злочинів МКС](#), посилання 25.

1357. **Елемент 2(а): Такий арешт, затримання, або викрадення передували відмові визнати факт позбавлення волі чи надати інформацію про долю або місце перебування особи чи супроводжувалися такою відмовою.** Далєбі, необхідно довести, що позбавлення волі (Елемент 1(а)) супроводжувалося відмовою визнати або надати інформацію про місце перебування особи.²⁶⁴¹ Цей елемент “нерозривно пов’язаний”²⁶⁴² з елементом про те, що потерпіла особа була позбавлена волі, і стосується одного з основоположних аспектів злочину, а саме того, що друзям та родичам зниклих осіб активно перешкоджають в отриманні, або вони позбавлені права на інформацію про долю або місце перебування відповідних осіб.²⁶⁴³

1358. “Відмова визнати або надати інформацію” охоплює ситуації, коли злочинець прямо заперечує факт арешту, затримання або викрадення, а також ситуації, коли він надає неправдиву або заплутану інформацію щодо долі або місця перебування особи.²⁶⁴⁴

1359. Нарешті, показово, що у разі зникнення людини держава зобов’язана провести розслідування та надати інформацію в найкоротші терміни, незалежно від того, чи подала сім’я заяву про зникнення.²⁶⁴⁵ До тих пір, поки цього не станеться і не буде з’ясована доля або місце перебування особи, насильницьке зникнення буде вважатися триваючим (або продовжуваним) злочином.²⁶⁴⁶

b. Злочинець відмовився визнати факт арешту, затримання чи викрадення або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи (осіб)

1360. **Елемент 1(б): Злочинець відмовився визнати факт арешту, затримання чи викрадення, або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб.** Цей елемент полягає в тому, що злочинець, який не брав участі в початковому арешті, затриманні або викраденні, згодом відмовляється підтвердити факт затримання або надати інформацію про долю чи місце перебування потерпілої особи.

²⁶⁴¹ Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, стаття 2; Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(і).

²⁶⁴² МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 118.

²⁶⁴³ МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 118.

²⁶⁴⁴ МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 118.

²⁶⁴⁵ Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, стаття 3; МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 118, посилання 303 та наведені в ньому джерела.

²⁶⁴⁶ МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 121; КПЛ ООН, [Квінтерос проти Уругваю](#), п.п. 7.3, 14; МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Веласкес-Родрігес проти Гондурасу*, п.п. 155 і 181; МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Гойбуру та інші проти Перу*, п. 81; МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Геліодоро Португал проти Панами*, п.п. 34-35, 106-107; ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі *Ель-Масрі проти Кошишньої Югославської Республіки Македонія*, п. 240; ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі *Варнава та інші проти Туреччини*, п. 148.

1361. Для отримання додаткової інформації про встановлення цього елемента дивіться вище Елемент 2(a).
1362. **Елемент 2(b): такий відмові передувало позбавлення волі або відмова супроводжувалась таким позбавленням волі.** Для встановлення цього елемента необхідно довести, що відмова визнати факт арешту, затримання чи викрадення або надати інформацію про долю чи місце перебування потерпілої особи передувала або супроводжувала таке позбавлення волі.
1363. Детальні роз'яснення щодо встановлення цього елемента дивіться вище Елемент 2(b).

с. Загальні об'єктивні елементи

1364. Такі елементи мають бути встановлені незалежно від того, чи несе особа відповідальність за арешт, затримання або викрадення, **АБО** за відмову визнати долю зниклої особи або надати правдиву інформацію.
1365. **Елемент 4: Такий арешт, затримання чи викрадення було здійснено державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи мовчазної згоди.** Цей елемент полягає в тому, що арешт, затримання або викрадення були здійснені державою або політичною організацією, або за їхньої підтримки чи дозволу.²⁶⁴⁷ Насильницьке зникнення, як правило, є “злочином держави”, пов'язаним з діями поліції, збройних сил, державної служби безпеки або груп, які реалізують державну політику.²⁶⁴⁸
1366. Однак слід зазначити, що, на відміну від підходу інших міжнародних інструментів,²⁶⁴⁹ у статуті МКС термін “політичні організації” охоплює й інші недержавні суб'єкти. Хоча точне значення фрази “політична організація” залишається дещо розмитим, було переконливо аргументовано, що під нею слід розуміти (принаймні) “політично мотивовані організації, метою яких є вчинення нападів, що становлять злочини проти людяності”.²⁶⁵⁰
1367. **Елемент 5: Така відмова визнати факт позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб була здійснена державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу чи за їхньої підтримки. У**

²⁶⁴⁷ [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень](#), стаття 2; МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 119.

²⁶⁴⁸ Під час встановлення зв'язку між державою та організацією слід підкреслити, що внутрішня політична нестабільність або будь-яка інша надзвичайна ситуація не може слугувати виправданням діянь агентів держави: МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 119.

²⁶⁴⁹ Див., [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень](#), стаття 2; Генеральна Асамблея ООН, [Декларація про захист усіх осіб від насильницьких зникнень](#) (28 лютого 1992 року) E/CN.4/RES/1992/29, Преамбула. Розширюючи таким чином визначення, Статут МКС, тим не менш, досягає балансу між збереженням державного або організаційного характеру злочину та основним обґрунтуванням міжнародного кримінального права як сукупності норм, що стосуються особистої відповідальності осіб, а не лише взаємодії особи та держави, як у праві прав людини.

²⁶⁵⁰ Стен, Критичний вступ до міжнародного кримінального права, Cambridge University Press, 2019, с. 67.

зв'язку з Елементом четвертим, цей елемент полягає в тому, що держава або політична організація також здійснила, санкціонувала або підтримала відмову визнати позбавлення волі.²⁶⁵¹

1368. Наприклад, у справі *Веласкес-Родрігес проти Гондурасу (Velasquez-Rodriguez v Honduras)* Міжамериканський суд з прав людини встановив, що зникнення Веласкеса “було здійснено агентами, які діяли під прикриттям публічної влади”. Діяння влади, на які посилається Суд, полягають в наступному: систематичне заперечення владою будь-яких відомостей про затримання, місце перебування або долю потерпілої особи на запити родичів потерпілої особи, адвоката тощо; нездатність військових або урядових органів надати інформацію про затримання, місце перебування або долю потерпілої особи; нездатність військових або державних службовців запобігти зникненню, розслідувати його, покарати винних або допомогти зацікавленим особам з'ясувати місце перебування і долю потерпілої особи або місцезнаходження останків; відсутність результатів роботи слідчої комісії, створеної урядом і військовими; а також той факт, що судові провадження розглядалися повільно, з явною відсутністю зацікавленості, або взагалі були закриті.²⁶⁵²

iii. Склад насильницького зникнення (Суб'єктивні елементи)

1369. Із суб'єктивної сторони насильницьке зникнення як злочин проти людяності характеризується такими умислом та знанням:²⁶⁵³ (1) злочинець мав умисел (а) заарештувати, затримати або викрасти одну чи більше осіб, або (б) відмовитися визнати факт арешту, затримання чи викрадення або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб; (2) злочинець усвідомлював, що (а) такий арешт, затримання або викрадення за звичайних обставин супроводжуватиметься відмовою визнати таке позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб, або (б) така відмова передувала або супроводжувалася позбавленням волі; (3) злочинець усвідомлював, що такий арешт, затримання або викрадення було здійснено державою або політичною організацією, або з їхнього дозволу, підтримки чи мовчазної згоди; і (4) злочинець мав умисел вивести таку особу або осіб з-під законодавчого захисту.

1370. **Злочинець мав намір: (а) заарештувати, затримати або викрасти одну або більше осіб, або (б) відмовитися визнати факт арешту, затримання чи викрадення або надати інформацію про долю чи місцеперебування такої особи або осіб.** Такий умисел може бути встановлений, якщо (1) злочинець умисно вчинив дію або вдався до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від

²⁶⁵¹ Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, стаття 2; [Елементи злочинів](#) МКС, стаття 7(1)(i).

²⁶⁵² МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Веласкес-Родрігес проти Гондурасу*, п.п. 118, 147(d)(iv), 147(d)(v), 182. Так само, див., МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Годінез-Круз проти Гондурасу*, п.п. 124, 153(d)(iv), 153(d)(v), 192.

²⁶⁵³ [Статут МКС](#), статті 30(2), 30(3); Кламберг, Коментар до Міжнародного кримінального суду, Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2017, с. 59.

дії) (**умисел щодо діяння**)²⁶⁵⁴ з метою арешту, затримання або викрадення однієї чи більше осіб, або відмови визнати факт арешту, затримання чи викрадення, або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб; або (2) злочинець усвідомлював, що за звичайного перебігу подій він заарештує, затримає або викраде одну чи більше осіб, або він відмовляється визнати факт арешту, затримання чи викрадення, або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб (**умисел щодо наслідку**).²⁶⁵⁵ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁶⁵⁶

1371. **Елемент 3(а): Злочинець усвідомлював, що (а) такий арешт, затримання або викрадення за звичайних обставин супроводжуватиметься відмовою визнати таке позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб, або (б) така відмова передувала або супроводжувалася позбавленням волі.** Цей елемент полягає в тому, що злочинець усвідомлював, що арешт або затримання за звичайних обставин супроводжуватиметься відмовою визнати факт позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи або осіб. В Елементах злочинів МКС зазначено, що “цей елемент, включено через складність цього злочину, і він не обмежує положень Загального вступу до Елементів злочинів”,²⁶⁵⁷ тобто, що особа несе кримінальну відповідальність і підлягає покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, тільки якщо об’єктивну сторону вчинено з умислом і знанням.²⁶⁵⁸ Тобто злочин є вчиненим, якщо злочинець вчинив насильницьке зникнення з умислом і знанням, а також з усвідомленням обставин передбачених цим елементом.
1372. Статут МКС вимагає усвідомлення того, що позбавлення волі “за звичайних обставин супроводжується відмовою”. Відповідно, необхідний рівень усвідомлення не стосується співробітника поліції, який діє добросовісно, але охоплює тих, хто усвідомлює ймовірність “зникнення”, навіть якщо вони не знають конкретно про будь-яку подальшу відмову в наданні інформації.²⁶⁵⁹ Якщо злочинець продовжує утримувати особу під вартою, цей елемент буде дотримано, якщо злочинець усвідомлював, що така відмова вже мала місце.²⁶⁶⁰
1373. Загалом, судді повинні оцінити обставини та факти, пов’язані з діями злочинця, щоб зробити висновки про те, чи усвідомлював злочинець передбачені цим елементом злочину обставини.²⁶⁶¹

²⁶⁵⁴ Статут МКС, стаття 30(2)(а); МКС, [Рішення](#) у справі Катанга, п. 774.

²⁶⁵⁵ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(b); МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 774.

²⁶⁵⁶ Див. МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п.п. 775-776.

²⁶⁵⁷ [Елементи злочинів](#) МКС, посилання 27

²⁶⁵⁸ [Елементи злочинів](#) МКС, Загальний вступ, п. 2.

²⁶⁵⁹ Вітшель і Рюкерт у Лі, Міжнародний кримінальний суд: Елементи злочинів, правила процедури та доказування, Transnational Publishers, 2001, с. 103.

²⁶⁶⁰ [Елементи злочинів](#) МКС, посилання 28.

²⁶⁶¹ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі Бемби, п. 263.

1374. **Злочинець знав, що такий арешт, затримання або викрадення було здійснено державою або політичною організацією, або з їхнього дозволу, підтримки чи мовчазної згоди.** Це знання характеризується усвідомленням злочинця того, що арешт, затримання або викрадення (здійснені ним, або якщо він відмовився визнати або надати інформацію про долю або місце перебування заарештованої, затриманої або викраденої особи чи осіб) були здійснені державою або політичною організацією, або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи з їхньої мовчазної згоди.²⁶⁶²
1375. **Елемент 6: Злочинець мав умисел вивести таку особу або осіб з-під законодавчого захисту.** Цей елемент встановлює ще одну специфічну вимогу до суб'єктивної сторони.²⁶⁶³ Відповідно, має бути встановлено, що злочинець умисно позбавив особу або осіб волі з метою виведення їх з-під законодавчого захисту. Позбавлення законодавчого захисту включає ситуації, в яких потерпіла особа позбавлена доступу до допомоги суду або правових процедур.²⁶⁶⁴ Це часто можна встановити оцінкою засобів, за допомогою яких людину позбавляють волі. Викрадення з використанням автомобілів без розпізнавальних знаків і з тонованим склом;²⁶⁶⁵ захоплення або утримання в безлюдних місцях²⁶⁶⁶ або неофіційних в'язницях;²⁶⁶⁷ або відсутність реєстрації імен затриманих²⁶⁶⁸ — все це приклади критеріїв важливих у цьому контексті.²⁶⁶⁹ Аналогічно, інші показники охоплюють відсутність ордеру на арешт, відсутність записів про затримання, відсутність будь-яких кримінальних звинувачень і відсутність доказів того, що потерпіла особа постала перед компетентним судом або була притягнута до кримінальної відповідальності (серед іншого).²⁶⁷⁰

²⁶⁶² МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 112; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 970; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кунарача та ін.*, п. 127.

²⁶⁶³ [Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень](#), стаття 2; [Елементи злочинів](#) МКС, стаття 7(1)(i). Див. також, Краєр та ін. (ред.), *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 3-тє видання, Cambridge University Press, 2015, р. 260: “Крім того, злочин насильницького зникнення вимагає наявності певного умислу — вивести особу з-під законодавчого захисту”.

²⁶⁶⁴ МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 120, посилання 305 і наведені в ньому джерела.

²⁶⁶⁵ МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Веласкес-Родрігес проти Гондурасу*, п.п. 99-100; МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Годінез-Круз проти Гондурасу*, п.п. 106, 110.

²⁶⁶⁶ МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Годінез-Круз проти Гондурасу*, п. 154(b)(iii).

²⁶⁶⁷ МАСПЛ, [Рішення](#) у справі *Годінез-Круз проти Гондурасу*, п. 153(d)(iii).

²⁶⁶⁸ ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі *Курт проти Туреччини*, п. 125; ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі *Чакічі проти Туреччини*, п. 105

²⁶⁶⁹ МКС, Ситуація у Бурунді [Публічна відредагована версія “Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Бурунді”](#), п. 120.

²⁶⁷⁰ Trial International, [Насильницькі зникнення](#).

- р) Апартеїд як злочин проти людяності (Міжнародна конвенція про припинення злочину апартеїду і покарання за нього, стаття I; Статут МКС, стаття 7(1)(j))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за апартеїд як за злочин проти людяності необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Злочинець вчинив нелюдське діяння щодо однієї або більше осіб.
- Таке діяння було зазначено у пункті 1 статті 7 Статуту МКС, або діянням, яке за своїм характером подібне до будь-якого з цих діянь.
- Це діяння було вчинено в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою або групами.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел вчинити нелюдське діяння щодо однієї або кількох осіб.
- Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчать про характер діяння.
- Злочинець усвідомлював, що він вчиняє діяння в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування.
- Злочинець мав умисел зберегти такий режим цим діянням.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав намір зробити його частиною такого нападу.

і. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1376. Міжнародні інструменти забороняють апартеїд як злочин проти людяності.²⁶⁷¹ Зокрема, Міжнародна конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього від 30 листопада 1973 року, яку підписала Україна,²⁶⁷² визначає апартеїд як вчинення нелюдських діянь “з метою встановлення та збереження домінування однієї расової групи осіб над будь-якою іншою расовою групою осіб та систематичного гноблення її”.²⁶⁷³

1377. МКС, перший з міжнародних судів і трибуналів, до Статуту якого включено апартеїд як злочин проти людяності. Передбачене в ньому визначення апартеїду відповідає вищезазначеній Конвенції: “нелюдські діяння, подібні за своїм характером до тих, що зазначені в пункті 1 [статті 7], які вчиняються в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування

²⁶⁷¹ Статут МКС, стаття 7(1)(k); Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього, стаття I.

²⁶⁷² Збірник договорів ООН, ‘Статус договорів: Міжнародна конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього’.

²⁶⁷³ Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього, стаття II.

однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою або групами та які вчиняються з метою збереження такого режиму”.²⁶⁷⁴ Однак, оскільки жодне з рішень МКС, винесених до цього часу, не стосувалося апартеїду, релевантна щодо цього злочину судова практика відсутня.²⁶⁷⁵

1378. Дискусійним є те, чи відображає злочин проти людяності апартеїду міжнародне звичаєве право.²⁶⁷⁶ На думку деяких дослідників, це пов’язано з початковим небажанням західних держав ратифікувати Конвенцію проти апартеїду, відсутністю ясності щодо точного визначення цього злочину та відсутністю фактичних кримінальних переслідувань, пов’язаних з цим злочином.²⁶⁷⁷ Відповідно, складається враження, що спрямована проти держав *заборона* апартеїду вважається нормою міжнародного звичаєвого права, в той час як спрямований на конкретних осіб *злочин* апартеїду тяжіє до статусу звичаєвої норми, але ще не набув його.²⁶⁷⁸ Тим не менш, навіть якщо апартеїд як злочин проти людяності наразі не є частиною міжнародного звичаєвого права, він все ще застосовується в Україні через ратифікацію нею Конвенції про заборону апартеїду.
1379. Наразі апартеїд як злочин проти людяності не заборонений українським законодавством. Однак законопроект № 7290 передбачатиме (якщо він набуде чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом першим частини другої цього положення буде визначено спеціальний склад злочину проти людяності: апартеїд, вчинений у рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення. У примітці 2 до статті 442-1 цього законопроекту зазначено, що “термін ‘апартеїд’ вживається в цьому Кодексі у значенні, наведеному в Конвенції про припинення злочину апартеїду та покарання за нього від 30 листопада 1973 року”. Відповідно, це положення інтегрує як контекстуальні елементи, так і загальні елементи вказаного злочину проти людяності, що містяться в міжнародних інструментах.

²⁶⁷⁴ Статут МКС, стаття 7(2)(h).

²⁶⁷⁵ Кламберг, Коментар до Міжнародного кримінального суду, Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2017, с. 59.

²⁶⁷⁶ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 234. Див. також, Болдуін, ‘[Human Rights Watch відповідає: Роздуми про апартеїд та переслідування в міжнародному праві](#)’ (Human Rights Watch, 9 липня 2021).

²⁶⁷⁷ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 234 у посиланні 543.

²⁶⁷⁸ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с.с. 234-235; Д. Даггард і Д. Рейнольдс, ‘[Апартеїд, міжнародне право та окупована палестинська територія](#)’ (2013) 24(3) *European journal of International Law* 867, с.с. 882-883: “На звичайний статус заборони апартеїду вказує його місце в загальних зусиллях ООН, спрямованих на ліквідацію всіх форм расової дискримінації. [Хоча більшість держав [...] визнають загальну заборону апартеїду в Міжнародній конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації та інших договорах, Конвенцію про апартеїд ратифікувала менша кількість держав [...]. Перехід міжнародного злочину апартеїду до статусу звичаєвого посилює той факт, що сама заборона встановлена як норма звичаєвого міжнародного права.” Див. також, Болдуін, ‘[Human Rights Watch відповідає: Роздуми про апартеїд та переслідування в міжнародному праві](#)’ (Human Rights Watch, 9 липня 2021).

ii. Склад апартеїду (Об'єктивні елементи)

1380. Об'єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами: (1) злочинець вчинив нелюдське діяння проти однієї або більше осіб; (2) таке діяння зазначене у статті 7 (1) Статуту МКС, або було діянням, яке за своїм характером подібне до будь-якого з цих діянь; і (3) діяння було вчинено в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою або групами.
1381. **Злочинець вчинив нелюдське діяння проти однієї або більше осіб.** І Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього, і Статут МКС передусім характеризують злочин апартеїду вчиненням нелюдського діяння. У той час як Статут МКС не містить навіть приблизного переліку актів, стаття II Конвенції містить перелік нелюдських діянь, які становлять апартеїд, коли вони вчиняються з метою встановлення і збереження домінування однієї расової групи над іншою та її систематичного гноблення.²⁶⁷⁹ Детальні роз'яснення щодо нелюдських діянь дивіться в розділі Інші нелюдські діяння як злочини проти людяності, Елемент перший.

КОНВЕНЦІЯ ПРО ПРИПИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ АПАРТЕЇДУ ТА ПОКАРАННЯ ЗА НЬОГО, СТАТТЯ II²⁶⁸⁰

Для цілей цієї Конвенції термін “злочин апартеїду” [...] застосовується до таких нелюдських діянь, вчинених з метою встановлення і збереження домінування однієї расової групи осіб над будь-якою іншою расовою групою осіб і її систематичного гноблення:

Відмова члену або членам расової групи чи груп у праві на життя та свободу особи:

- Шляхом вбивства членів расової групи або груп;

²⁶⁷⁹ [Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього](#), стаття II.

²⁶⁸⁰ [Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього](#), стаття II. Див. також, Тріфферер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с.с. 283-284: “Усі діяння, перелічені в статті II Конвенції про апартеїд як такі, що становлять апартеїд, визначаються як ‘нелюдські діяння’, і, ймовірно, між поняттями ‘нелюдські діяння’ та ‘антигуманні діяння’ існує значний ступінь співпадіння. [...] Хоча дехто може стверджувати, що деякі з [...] діянь, перелічених у статті II, наприклад відмова у праві на працю або освіту, хоча, звичайно, є дуже серйозними обмеженнями, не мають такої ж природи, як діяння, перелічені у статті 7, п. 1 [Статуту МКС], це твердження не враховує руйнівний вплив на життя тих, кому відмовлено в цих правах, визнаних Загальною декларацією прав людини та гарантованих Міжнародним пактом про економічні, соціальні та культурні права, а також на суспільство, позбавлене повного потенціалу своїх представників. Більше того, [...] багато з цих дій становлять злочин проти людяності переслідування.”

- Шляхом заподіянням членам расової групи чи груп тяжких тілесних ушкоджень або психічних травм, посягання на їхню свободу чи гідність або в результаті застосування до них катування чи жорстокого, нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження чи покарання;
- Шляхом свавільного арешту та незаконного ув'язнення членів расової групи або груп;
- Умисне створення расовій групі або групам умов життя, розрахованих на повне або часткове фізичне знищення;
- Будь-які законодавчі та інші заходи, розраховані на недопущення участі расової групи або груп в політичному, соціальному, економічному та культурному житті країни, а також умисне створення умов, що перешкоджають повноцінному розвитку такої групи або груп, зокрема шляхом відмови членам расової групи або груп в основних правах і свободах людини, включаючи право на працю, право на створення визнаних профспілок, право на освіту, право залишати свою країну та повертатися до неї, право на громадянство, право на свободу пересування та проживання, право на свободу переконань та їх вільне вираження, право на свободу мирних зібрань та об'єднань;
- Будь-які заходи, в тому числі законодавчі, спрямовані на поділ населення за расовою ознакою шляхом створення окремих резервацій і гетто для членів расової групи або груп, заборони змішаних шлюбів між представниками різних расових груп, експропріації земельної власності, що належить расовій групі або групам чи їхнім членам;
- Експлуатація праці членів расової групи або груп, зокрема, шляхом залучення їх до примусової праці;
- Переслідування організацій та осіб шляхом позбавлення їх основних прав і свобод через те, що вони виступають проти апартеїду.

1382. **Таке діяння було зазначено у статті 7(1) Статуту МКС, або було діянням, яке за своїм характером подібне до будь-якого з цих діянь.** Детальні пояснення щодо цього елементу дивіться в розділі Інші нелюдські діяння як злочини проти людяності, Елемент другий. Усі нелюдські діяння, згадані в Конвенції про запобігання злочину апартеїду та його припинення (див. сіру рамку вище), підпадають під цей елемент.²⁶⁸¹

1383. **Діяння було вчинено в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою або групами.** Останній об'єктивний елемент злочину проти людяності апартеїду полягає в тому, що нелюдське діяння (тобто діяння, яке є одним з інших злочинів проти людяності, перелічених у статті 7(1) Статуту МКС, або подібне за своїм характером) було вчинене в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення та домінування однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою або групами. Саме термін “інституціоналізований режим” втілює значення злочину проти людяності апартеїду, оскільки він “криміналізує поведінку на міжнародному рівні, яка є законною або принаймні дозволеною офіційною політикою на національному рівні”.²⁶⁸²

²⁶⁸¹ Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього, стаття II.

²⁶⁸² Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 284.

1384. Крім того, цей елемент може бути встановлено лише в тому разі, якщо “гноблення” та “домінування”, витлумачені відповідно до їхнього звичайного значення,²⁶⁸³ здійснюються однією расовою групою щодо будь-якої іншої расової групи або груп. Посилання на “расові” групи походить від злочину апартеїду як державної політики, запровадженої в Південній Африці, коли одна расова група нав’язувала іншій расовій групі низку дискримінаційних політик.²⁶⁸⁴ Ані Конвенція проти апартеїду, ані Статут МКС не дають визначення терміну “расова група” щодо апартеїду як злочину проти людяності.²⁶⁸⁵ Однак, один із способів визначення цього терміну можна взяти з Міжнародної конвенції про ліквідацію всіх форм расової дискримінації, яка встановлює загальноприйняте визначення “расової дискримінації” як:

МІЖНАРОДНА КОНВЕНЦІЯ ПРО ЛІКВІДАЦІЮ ВСІХ ФОРМ РАСОВОЇ ДИСКРИМІНАЦІЇ

стаття 1(1):

“Расова дискримінація” означає будь-яке розрізнення, виняток, обмеження чи перевага, заснована на ознаках раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження, метою або наслідком яких є знищення або применшення визнання, використання чи здійснення на рівних засадах прав людини та основних свобод у політичній, економічній, соціальній, культурній чи будь-яких інших галузях суспільного життя

1385. Крім того, “расова група” визначається стосовно злочину проти людяності переслідування та злочину геноциду як особи, які поділяють “спадкові фізичні ознаки” (наприклад, колір шкіри), “часто ототожнюються з географічним регіоном, незалежно від мовних, культурних, національних чи релігійних чинників”.²⁶⁸⁶

iii. Склад апартеїду (Суб’єктивні елементи)

1386. Суб’єктивна сторона злочину проти людяності апартеїду характеризується такими умислом та знанням:²⁶⁸⁷ (1) злочинець мав умисел вчинити нелюдське діяння проти однієї або більше осіб; (2) злочинець усвідомлював фактичні обставини, що визначають характер діяння; (3) злочинець усвідомлював, що вчиняє діяння в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення

²⁶⁸³ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут МКС Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-е видання, Бек Харт, 2016 р., с. 284 («Згідно з одним словником, пригнічувати — це «керувати або поводитися [з кимось] із постійною несправедливістю чи жорстокістю», а домінувати — це «контролювати або дуже сильно впливати на (людей, події тощо)»!»).

²⁶⁸⁴ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут МКС Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-е видання, Бек Харт, 2016 р., стор. 232, 284.

²⁶⁸⁵ Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут МКС Міжнародного кримінального суду: коментар*, 3-е видання, Бек Харт, 2016 р., с. 284.

²⁶⁸⁶ МКТР, [Судове рішення](#) у справі Акасу, п. 514; МКТР, [Судове рішення](#) у справі Кайішема та Рузіндана, п. 98.

²⁶⁸⁷ [Статут МКС](#), статті 30(2), 30(3); Кламберг, [Коментар до Міжнародного кримінального суду](#), Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2017, с. 59.

і домінування; (4) злочинець мав умисел підтримувати інституціоналізований режим систематичного гноблення і домінування шляхом вчинення нелюдського діяння проти однієї або більше осіб.

1387. **Злочинець мав умисел вчинити нелюдське діяння проти однієї або більше осіб.** Такий умисел буде встановлений, якщо (1) злочинець мав умисел вчинити дію або вдатися до бездіяльності — нелюдський акт — (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (**умисел щодо діяння**); або (2) злочинець усвідомлював, що нелюдське діяння станеться за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідку**).²⁶⁸⁸ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁶⁸⁹
1388. **Злочинець усвідомлював фактичні обставини, що свідчать про характер діяння.** Цей елемент характеризується тим, що злочинець усвідомлював фактичні обставини, які свідчать про характер (тобто природу і тяжкість) нелюдського діяння, вчиненого проти потерпілої особи (потерпілих). Однак цей елемент не полягає в тому, що злочинець усвідомлював правовий характер відповідного діяння, тобто немає необхідності в тому, щоб злочинець знав, що це діяння є злочином проти людяності або нелюдським діянням.²⁶⁹⁰
1389. **Злочинець усвідомлював, що вчиняє діяння в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування.** Цей елемент характеризується тим, що злочинець знав, що вчиняє нелюдські діяння в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування.²⁶⁹¹ Не підлягає доказуванню те, що злочинець знав про всі характеристики режиму, достатньо того, що злочинець знав, що його дії були частиною інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування.²⁶⁹²
1390. **Злочинець мав умисел зберегти інституціоналізований режим систематичного гноблення і домінування шляхом вчинення нелюдського діяння проти однієї або більше осіб.** Цей елемент визначає специфічний суб'єктивний елемент апартеїду як злочину проти людяності,²⁶⁹³ який характеризується тим, що злочинець мав умисел вчинити дію або вдатися до бездіяльності (тобто нелюдське діяння) з метою збереження інституціоналізованого режиму систематичного гноблення і домінування над однією або кількома особами (**умисел щодо діяння**).²⁶⁹⁴

²⁶⁸⁸ Статут МКС, стаття 30(2)(а) і (b); МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 774

²⁶⁸⁹ Див. МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п.п. 775-776.

²⁶⁹⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі Онгвена, п. 2753.

²⁶⁹¹ Статут МКС, стаття 30(3).

²⁶⁹² Для обговорення подібного елемента див., наприклад, МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 1125; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Блашкіча, п. 124.

²⁶⁹³ Кламберг, [Коментар до Міжнародного кримінального суду](#), Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels, 2017, с. 59; Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 285; Краер та ін. (ред.), *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 3-тє видання, Cambridge University Press, 2015, с. 261.

²⁶⁹⁴ Статут МКС, стаття 30(2)(а); Тріфтерер і Амбос (ред.), *Статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*,

- q) Інші нелюдські діяння як злочини проти людяності (Статут МКС, стаття 7(1)(k); Статут МКТЮ, (стаття 5(i); Статут МКТР (стаття 3(i); Статут СССЛ (стаття 2(i))

СКЛАД ЗЛОЧИНУ. Для засудження злочинця за інші нелюдські діяння як злочини проти людяності необхідно встановити такі елементи:

1. Об'єктивні елементи

- Нелюдським діянням злочинець заподіяв сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю.
- Таке діяння мало характер, подібний до будь-якого іншого акту, зазначеного в статті 7(1) Статуту МКС.

2. Суб'єктивні елементи

- Злочинець мав умисел шляхом нелюдського діяння заподіяти серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю однієї або кількох осіб.
- Злочинцю були відомі фактичні обставини, що свідчили про характер діяння.

3. Контекстуальні елементи

- Діяння було вчинено в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
- Злочинець знав, що це діяння було частиною широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, чи мав намір зробити діяння частиною такого нападу.

i. Можливість кримінальної відповідальності за українським правом

1391. Міжнародні інструменти забороняють “інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю”.²⁶⁹⁵
1392. Законодавство України наразі не передбачає кримінальну відповідальність за інші нелюдські діяння як злочини проти людяності. Проте законопроектом №7290 буде передбачено (якщо він набуде чинності) доповнення КК України статтею 442-1, а пунктом дев'ятим частини першої цього положення буде передбачено спеціальний склад злочину проти людяності: нанесення середньої тяжкості або тяжких тілесних ушкоджень. Попри те, що формулювання дещо відрізняється від міжнародних інструментів (тобто “середнє або тяжке тілесне ушкодження” порівняно з “сильними стражданнями чи тяжкими тілесними ушкодженнями або серйозною шкодою психічному чи фізичному здоров'ю”), це положення по суті слід тлумачити як таке, що інтегрує як контекстуальні

3-тє видання, Beck Hart, 2016, с. 285.

²⁶⁹⁵ Статут МКС, стаття 7(1)(k); Статут МКТЮ, стаття 5(i); Статут МКТР, стаття 3(i); Статут СССЛ, стаття 2(i). Злочин проти людяності інших нелюдських діянь також заборонений такими міжнародно-правовими документами: [Нюрнберзький статут](#), стаття 6(c); [Токійський статут](#), стаття 5(c); і [Закон НПСК](#), стаття 5. Інші нелюдські діяння також заборонені як воєнні злочини згідно зі статтею 8(2)(a)(ii) Статуту МКС.

елементи, так і загальні елементи інших нелюдських діянь як злочину проти людяності, що містяться в ньому.

ii. Склад інших нелюдських діянь (Об'єктивні елементи)

1393. Об'єктивна сторона цього злочину проти людяності характеризується такими елементами: (1) нелюдським діянням злочинець заподіяв сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю; і (2) таке діяння мало характер, подібний до будь-якого іншого діяння, зазначеного у статті 7(1) Статуту МКС.
1394. **Нелюдським діянням злочинець заподіяв сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю.** По-перше, для того, щоб встановити, що діяння злочинця є нелюдським, необхідно довести, що шляхом вчинення такого діяння було заподіяно сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю.²⁶⁹⁶ Для цього необхідно довести, що (i) потерпіла особи зазнала серйозних тілесних або психічних ушкоджень; і (ii) страждання були результатом дії або бездіяльності злочинця.²⁶⁹⁷
1395. Шкода потерпілому характеризується *серйозною* шкодою психічному чи фізичному здоров'ю, що виходить за рамки тимчасового нещастя, незручностей чи приниження.²⁶⁹⁸ Крім того, хоча завдана шкода не має бути постійною або непоправною, вона має заподіяти серйозної та довготривалої шкоди здатності людини вести нормальне та конструктивне життя.²⁶⁹⁹

²⁶⁹⁶ МКС, [Судове рішення](#) у справі Онгвена, п. 2743; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі Катанги і Чуї, п.п. 453-454; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Блаєвича і Йокіча, п. 626; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Кордіча і Черкеза, п. 117; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Галіча, п. 152; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Крноєлача, п. 130; МКТР, [Судове рішення](#) у справі Каїшеми та ін, п. 151.

²⁶⁹⁷ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі Катанги і Чуї, п. 454; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Кордіча і Черкеза, п. 117; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Крноєлача, п. 130; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Крстіча, п. 512; МКТР, [Судове рішення](#) у справі Каїшеми та ін, п. 151.

²⁶⁹⁸ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Крстіча, п. 513; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі Кордіча і Черкеза, п. 117; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Крноєлача, п. 131; МКТР, [Судове рішення](#) у справі Акаєсу, п. 503.

²⁶⁹⁹ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Крстіча, п. 513; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Крноєлача, п. 131; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі Блаєвича і Йокіча, п. 627; МКТЮ, [Судовий вирок](#) у справі Василевича, п. 235; МКТР, [Судове рішення](#) у справі Акаєсу, п. 502.

МКТЮ, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ КРСТІЧА, П. 513 [ЗНОСКИ ОПУЩЕНО]

Судова палата вважає, що об'єктивна сторона тяжкої тілесної або психічної шкоди [...] характеризується умисною дією або бездіяльністю, що заподіює серйозних тілесних або психічних страждань. Тяжкість страждань повинна оцінюватися в кожному випадку окремо з належним урахуванням конкретних обставин. Відповідно до рішення у справі *Акаєсу*, Судова палата зазначає, що серйозна шкода не обов'язково повинна спричинити постійну та непоправну шкоду, але вона повинна охоплювати шкоду, яка виходить за межі тимчасового нещастя, незручностей чи приниження. Це має бути шкода, яка призводить до тяжкого та довготривалого порушення здатності особи вести нормальне та конструктивне життя. [...] Палата вважає, що нелюдське поведіння, катування, згвалтування, сексуальне насильство та депортація належать до дій, які можуть спричинити серйозні тілесні або психічні ушкодження.

1396. Відповідно, не кожне порушення прав людини буде автоматично вважатися “нелюдським діянням”.²⁷⁰⁰

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ТЯЖКІСТЬ ТІЛЕСНИХ АБО ПСИХІЧНИХ УШКОДЖЕНЬ

Для оцінки ступеня тяжкості страждань або ушкоджень слід взяти до уваги таке:²⁷⁰¹

- Характер, тривалість і контекст заподіяння болю;
- Умисність та інституціоналізація жорстокого поведіння;
- Спосіб заподіяння болю;
- Вік, стать та стан здоров'я потерпілої особи;
- Становище підлеглих потерпілої особи;
- Фізичний та психічний вплив поведіння на потерпілу особу; і
- Конкретне соціальне, культурне та релігійне походження потерпілої особи.

1397. **Таке діяння мало характер, подібний до будь-якого іншого діяння, зазначеного в статті 7(1) Статуту МКС.** Другий елемент полягає в тому, що таке діяння мало подібний характер (тобто природу і тяжкість) до інших злочинів проти людяності, перелічених у статті 7(1) Статуту МКС (тобто умисного вбивства, катування, винищення, оборнення в рабство, депортації або насильницького переміщення населення, ув'язнення, сексуального насильства і т.д.).²⁷⁰²

²⁷⁰⁰ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги і Чуї*, п. 448; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Поповіча та ін.*, п. 761; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нахімана та ін.*, п. 985.

²⁷⁰¹ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Крноєлача*, п. 182; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п.п. 143, 149, 151; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 78; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Поповіча та ін.*, п. 763; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 627; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Галіча*, п. 153; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 688.

²⁷⁰² [Елементи злочинів](#) МКС, стаття 7(1)(k), посилання 30. Див. також, МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*,

1398. Аналогічно, відповідно до МКТЮ і МКТР, діяння є злочином проти людяності, якщо воно подібне за ступенем тяжкості до інших злочинів цієї категорії, перелічених у статутах трибуналів.²⁷⁰³ Для дотримання принципу законності таке діяння, як правило, має бути серйозним порушенням міжнародного звичаєвого права або основних норм міжнародного права з прав людини.²⁷⁰⁴

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД: ПРИКЛАДИ “ІНШИХ НЕЛЮДСЬКИХ ДІЯНЬ”

Нижче наведено невичерпний перелік діянь, які було визнано міжнародними трибуналами як “інші нелюдські діяння”:

- Насильницьке обрізання та ампутація статевого члена;²⁷⁰⁵
- Переслідування та удари мачете;²⁷⁰⁶
- Примушування бути свідком вбивства членів сім’ї;²⁷⁰⁷
- Снайперський розстріл цивільних осіб;²⁷⁰⁸
- Примусовий шлюб або примушування до проституції;²⁷⁰⁹
- Тримання під вартою у суворих умовах (наприклад, відсутність належного харчування, гігієни та медичної допомоги);²⁷¹⁰
- Примусове роздягання на людях та примушування потерпілої особи сидіти в багнюці, марширувати або виконувати фізичні вправи;²⁷¹¹
- Відкрите приниження, побиття та нанесення тілесних ушкоджень;²⁷¹²

п. 2747.

²⁷⁰³ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 626; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 117; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Кайшеми та ін.*, п.п. 150-151; МКТР, [Рішення щодо клопотання Мувуні про винесення виправдувального вироку](#) у справі Мувуні (Muvunyi), п. 72

²⁷⁰⁴ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги і Чуї*, п. 448; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 625.

²⁷⁰⁵ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Кен’ятти та ін.*, п. 270

²⁷⁰⁶ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Кен’ятти та ін.*, п. 272.

²⁷⁰⁷ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Кен’ятти та ін.*, п.п. 274-277.

²⁷⁰⁸ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Галіча*, п. 158.

²⁷⁰⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п.п. 2741, 2744; НПСК, [Судове рішення](#) у справі *Нуон Чеа та Кхіеу Сампхана*, п.п. 740-749; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 79.

²⁷¹⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2744; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 80; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Крноєлача*, п. 133; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п. 209; НПСК, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кайнга Гуека (відомого як Дуть)*, п. 372.

²⁷¹¹ МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 697.

²⁷¹² МКТР, [Рішення і вирок](#) у справі Мувуні (Muvunyi), п. 530; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 79.

- Насильницьке переміщення;²⁷¹³
- Знуцання над трупом, що спричинило душевні страждання очевидців;²⁷¹⁴ і
- Наруга над тілом померлого.²⁷¹⁵

iii. Склад інших нелюдських діянь (Суб'єктивні елементи)

1399. Суб'єктивна сторона інших нелюдських діянь як злочинів проти людяності характеризується такими умислом і знанням:²⁷¹⁶ (1) злочинець мав умисел шляхом нелюдського діяння заподіяти серйозних страждань або психічного чи фізичного болю одній або кільком особам; і (2) злочинцю були відомі фактичні обставини, що свідчили про характер діяння.
1400. **Злочинець мав умисел шляхом нелюдського діяння заподіяти серйозних страждань або психічного чи фізичного болю одній або кільком особам.** Цей елемент характеризується тим, що (1) злочинець мав умисел вчинити дію або вдатися до бездіяльності (тобто свідомо діяв або утримався від дії) (**умисел щодо діяння**) з метою заподіяння серйозного фізичного або психічного болю чи страждань одній або кільком особам; або (2) злочинець усвідомлював, що сильний фізичний або психічний біль чи страждання виникнуть за звичайного перебігу подій (**умисел щодо наслідку**).²⁷¹⁷ Згідно з МКС, усвідомлення того, що наслідки настануть за звичайного перебігу подій, характеризується фактичною впевненістю в тому, що вони настануть.²⁷¹⁸
1401. **Злочинцю були відомі фактичні обставини, що свідчили про характер діяння.**²⁷¹⁹ Цей елемент характеризується тим, що злочинець усвідомлював фактичні обставини, які свідчать про характер (тобто природу і тяжкість) нелюдського діяння, вчиненого проти потерпілої особи. Однак цей елемент не полягає в тому, що злочинець усвідомлював правовий характер відповідного діяння, тобто немає необхідності в тому, щоб злочинець знав, що це діяння є злочином проти людяності або нелюдським діянням.²⁷²⁰

²⁷¹³ МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Прліча та ін.*, п. 79.

²⁷¹⁴ МКТР, [Рішення і вирок](#) у справі *Каелілі*, п.п. 934-936.

²⁷¹⁵ МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Багосора та ін.*, п. 729.

²⁷¹⁶ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(а) і (b) і 30(3); МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги і Чуї*, п. 455; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 628; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Перішича*, п. 112; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 117; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Крноєлача*, п. 132; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Кайшеми та ін.*, п. 153.

²⁷¹⁷ [Статут МКС](#), стаття 30(2)(а) і (b); МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п. 774; МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги і Чуї*, п. 455; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Блаєвича і Йокіча*, п. 628; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Перішича*, п. 112; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 117; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Крноєлача*, п. 132; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Кайшеми та ін.*, п. 153.

²⁷¹⁸ Див. МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, п.п. 775-776.

²⁷¹⁹ МКС, [Рішення про підтвердження звинувачень](#) у справі *Катанги і Чуї*, п. 455.

²⁷²⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2753.

ЧАСТИНА 2: ІНШІ АСПЕКТИ МАТЕРІАЛЬНОГО МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА, ЩО ЗАСТОСОВУЮТЬСЯ В КОНТЕКСТІ НАЦІОНАЛЬНОГО СУДОЧИНСТВА

I. Види співучасті

A. Важливість принципів міжнародного права для визначення видів співучасті за Кримінальним кодексом України

1402. У цьому розділі описуються способи притягнення виконавців до відповідальності за їхню участь у міжнародних злочинах за різними видами співучасті, передбаченими Кримінальним кодексом України (ККУ). Види співучасті за міжнародні злочини, зокрема за статтею 437 (планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни— див. [Главу 1, Частину I, Розділ II](#)), статтею 438 (порушення законів та звичаїв війни — див. [Главу 1, Частину I, Розділ I](#)) та статтею 442 (геноцид — див. [Главу 1, Частину I, Розділ III](#)), описані в статтях 18 та 26-31 ККУ. Крім того, деякі форми скоєння злочину, передбачені статтями 426, 438 і 442, *де-факто* є аналогічними або схожими на певні загальновизнані види співучасті за міжнародним кримінальним правом (МКП) (наприклад, віддання наказів про вчинення воєнних злочинів, відповідальність командування за вчинення воєнних злочинів і підбурювання до геноциду).
1403. Хоча ці види співучасті у більшості випадків не відрізняються від видів співучасті, що застосовуються за вчинення загальнокримінальних злочинів, їх аналіз за МКП, може показати, як види співучасті, передбачені ККУ, можуть застосовуватися в контексті справ про масові звірства та воєнні злочини. Відповідно, цей розділ має на меті проаналізувати, як види співучасті за ККУ можна тлумачити відповідно до міжнародного права, щоб продемонструвати варіанти кваліфікації діянь осіб, які вчинили міжнародні злочини (зокрема дистанційно). Відповідні міжнародні інструменти, що визначають форми співучасті, включають міжнародне звичаєве право, статут Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МКТЮ), статут Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди (МКТР) та статут Міжнародного кримінального суду (МКС).
1404. У цьому розділі буде (1) описано види співучасті за Кримінальним кодексом України; (2) описано види співучасті за міжнародним кримінальним правом та обговорено застосовність цих видів співучасті у судових справах щодо міжнародних злочинів за українським законодавством; (3) наведено визначення цих видів співучасті та проаналізовано відмінності між видами співучасті, передбаченими Кримінальним кодексом України, та видами співучасті, передбаченими міжнародним кримінальним правом. Відповідно, розділ (3) поділено на обговорення основної відповідальності; відповідальності груп, організованих груп і злочинних організацій; відповідальності за пособництво; віддання наказів про вчинення воєнних злочинів; відповідальності командирів; і підбурювання до геноциду.

В. Види співучасті за ККУ

1405. ККУ регулює різноманітні види співучасті, які застосовуються до всіх видів злочинів (тобто до всіх правопорушень, передбачених Кодексом, зокрема загальнокримінальні злочини та міжнародні злочини), у статтях 18, 27-28.
1406. “Суб’єкт кримінального правопорушення” (або злочинець) визначається у статті 18 ККУ як «фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність». Кожне кримінальне правопорушення, перелічене в ККУ, визначає дію або бездіяльність виконавця, які передбачають притягнення останнього до відповідальності як виконавця (або співвиконавця) кримінального правопорушення).²⁷²¹
1407. Розділ VI Кримінального кодексу України містить положення, що стосуються співучасті. Відповідно до статті 26 ККУ, “співучастю у кримінальному правопорушенні є умисна спільна участь декількох суб’єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення”. Стаття 27 також визначає види співучасників, а стаття 28 встановлює відповідальність за кримінальні правопорушення, “вчинені групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою або злочинною організацією”.

СТАТТЯ 27. ВИДИ СПІВУЧАСТІ

1. Співучасниками кримінального правопорушення, поряд із виконавцем, є організатор, підбурювач та пособник.
2. Виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб’єктами кримінального правопорушення безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом.
3. Організатором є особа, яка організувала вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Організатором також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації.
4. Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення.
5. Пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, сліди кримінального правопорушення чи предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення.

[...]

²⁷²¹ Див., [ККУ](#), Стаття 29.

СТАТТЯ 28. ВЧИНЕННЯ КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВОПОРУШЕННЯ ГРУПОЮ ОСІБ, ГРУПОЮ ОСІБ ЗА ПОПЕРЕДНЬОЮ ЗМОВОЮ, ОРГАНІЗОВАНОЮ ГРУПОЮ АБО ЗЛОЧИННОЮ ОРГАНІЗАЦІЄЮ

1. Кримінальне правопорушення визнається таким, що вчинене групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців без попередньої змови між собою.
2. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку кримінального правопорушення, домовилися про спільне його вчинення.
3. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) кримінальних правопорушень, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.
4. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим злочинною організацією, якщо воно скоєно стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (п'ять і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації кримінально протиправної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших кримінально протиправних груп. (Стаття 28 із змінами, внесеними згідно із Законами № 270-VI від 15.04.2008, № 2617-VIII від 22.11.2018)

1408. Статті 29-31 додатково коментують кримінальну відповідальність виконавців та співучасників злочинів.

1409. Крім того, у статтях 426, 438 та 442 ККУ містяться певні форми співучасті за вчинення кримінальних правопорушень, які можна порівняти з усталеними формами співучасті за МКП. Загалом, до них належить:

- a. “віддання наказу вчинити будь-яку таку дію”, що підпадає під статтю 438, а саме порушення законів та звичаїв війни (тобто воєнні злочини);
- b. “бездіяльність військової влади” за статтею 426, яка є кримінальним правопорушенням, коли його вчиняють українські військовослужбовці або інші державні службовці, особи пов'язані з військовою службою.²⁷²² Хоча в ККУ немає прямого еквівалента аналогічної відповідальності керівника або військового командування противника за “бездіяльність”, така поведінка може підпадати під статтю 438, оскільки вона кодифікована в Додатковому протоколі I,²⁷²³ тобто як “порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України...” (ст. 438).

²⁷²² ККУ, Стаття 401(2).

²⁷²³ Додатковий протокол I, статті 86 і 87.

- с. “публічні заклики до геноциду, а також виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів” відповідно до статті 442(2).

С. Види співучасті за міжнародним кримінальним правом

1. Поняття та структура видів співучасті за міжнародним кримінальним правом

1410. Міжнародні злочини вчиняються на фоні широкомасштабної кримінальності, що має організований характер, та часто характеризується різними видами/рівнями форм відповідальності, що перетинаються. У той час як національне кримінальне право зазвичай зосереджується на безпосередніх виконавцях, тобто тих, хто натиснув на спусковий гачок, відповідальність за міжнародні злочини часто поширюється на виконавців середнього та високого рівня, які сприяють вчиненню злочинів через багатоступеневе прийняття рішень. З огляду на їхню роль у спричиненні подій або контролі над ними, ці виконавці (наприклад, високопоставлені політики, високопоставлені військові або співробітники служб безпеки тощо) часто вважаються “найбільш” відповідальними за вчинення масових звірств, попри те, що вони самі фізично не скоювали цих злочинів.²⁷²⁴

1411. Щоб охопити різні форми участі злочинців у скоєні злочинів, які є характерними для збройних конфліктів, міжнародні суди і трибунали розробили і включили в свою практику різні варіації форм відповідальності. Як правило, як зазначено нижче, ці форми відповідальності підпадають під одну з наступних категорій: основна відповідальність (зокрема форми відповідальності, розроблені для відображення вчинення злочинів співвиконавцями або групами); відповідальність співучасників; відповідальність командування/начальника; і підбурювання до геноциду.

а) Ідентифікація та класифікація видів співучасті за міжнародним правом

1412. Статути та судова практика міжнародних судів і трибуналів, зокрема МКТЮ, МКТР і МКС, відіграли важливу роль у визначенні різних видів відповідальності, що застосовуються до міжнародних злочинів.

1413. 1945: Статут Нюрнберзького трибуналу. Статут Нюрнберзького трибуналу (Нюрнберзький статут) був одним з перших міжнародних договорів, який визначив форми співучасті за міжнародні злочини. Після переліку злочинів, які підпадали під юрисдикцію Трибуналу, у статті 6 Нюрнберзького статуту зазначено наступне: “Керівники, організатори, підбурювачі та пособники, які брали участь у розробці або виконанні спільного плану або змови з метою вчинення будь-якого з вищезазначених злочинів, несуть відповідальність за всі діяння, вчинені будь-якими особами на виконання такого плану”.²⁷²⁵ Статут

²⁷²⁴ Озіл, "Осмилення масових звірств", Cambridge University Press, 2009, с. 247; Стюарт, "Кінець режимів відповідальності за міжнародні злочини" (2012) 25 Лейденський журнал міжнародного права 165, с. 165-167.

²⁷²⁵ [Статут Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі](#), стаття 6.

Нюрнберзького трибуналу заклав основу для відповідальності осіб, які займають високі керівні посади, за міжнародні злочини, навіть якщо вони були досить віддалені від фізичного місця вчинення таких злочинів.²⁷²⁶

1414. 1993/1994: Статути та практика МКТЮ та МКТР. Форми співучасті, характерні для міжнародних злочинів, отримали подальшу конкретизацію в статутах МКТЮ та МКТР. Обидва документи передбачають, що “особа, яка планувала, підбурювала, віддавала наказ, вчиняла або іншим чином допомагала чи сприяла плануванню, підготовці або виконанню злочину, зазначеного в [...] цьому Статуті, несе індивідуальну відповідальність за цей злочин”.²⁷²⁷
1415. Хоча статути МКТЮ і МКТР не деталізують ці види співучасті, практика кожного трибуналу пройшла довгий шлях у розробці, класифікації та конкретизації елементів форм відповідальності. Зокрема, МКТЮ розробив систему для розмежування основної відповідальності та відповідальності співучасників. Найбільш критично, як зазначалося в пп. [514-516](#), МКТЮ розробив формулу відповідальності “вчинення злочину”, включивши до неї “спільну злочинну діяльність” (СЗД),²⁷²⁸ на яку згодом спиралися й інші спеціальні (*ad hoc*) трибунали.²⁷²⁹
1416. Крім того, обидва Статути передбачають форму співучасті командира/начальника, згідно з якою військовий командир/цивільний начальник може бути притягнутий до відповідальності за злочини, вчинені його підлеглими, якщо

²⁷²⁶ наприклад, МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Тадіча*, пп. 665: “Військові трибунали в окупованій Німеччині забезпечували дотримання принципів [Нюрнберзької] хартії відповідно до положень статті II, 2 Закону про Контрольну раду № 10, в якій зазначено, що Будь-яка особа, незалежно від громадянства або якості, в якій вона діяла, вважається такою, що вчинила злочин, визначений у пункті 1 цієї статті, якщо вона була (а) виконавцем або (б) співучасником вчинення будь-якого такого злочину або віддавала наказ чи підбурювала до вчинення такого злочину, або (с) брала в ньому мовчазну участь, або (д) була пов'язана з планами чи підприємствами, пов'язаними з його вчиненням, або (е) була членом будь-якої організації чи групи, пов'язаної з вчиненням будь-якого такого злочину”; Матеріали військового трибуналу, що проходив у Гамбурзі, справа №. WO 235/525 *Справа Валентина Фюрштейна та ін.*, де (щодо вбивства військовополонених) було зазначено, що для того, щоб бути визнаним винним, обвинувачений “повинен бути причетним до злочину”, що може включати непряму участь, тобто бути “гвинтиком у колесі подій, що призвели до результату”, віддаючи накази або в інший спосіб [відповідальність за внесок у спільну мету]; Комісія ООН з воєнних злочинів, [Справа № 60 \(Процес у справі концентраційного табору Дахау: Процес над Мартіном Готфрідом Вайсом та тридцятьма дев'ятьма іншими\)](#), де 40 обвинувачених займали посади в ієрархії управління концтабором Дахау [відповідальність на підставі участі у спільному задумі/плані вчинення злочинних дій через організовану систему]; Британський військовий суд з розгляду справ воєнних злочинців, Ессен, [справа № 8 "Ессенський процес лінчування": Суд над Еріхом Гейером та шістьма іншими](#): де семеро обвинувачених, включаючи капітана Еріха Гейера, який дав вказівки перевести британських військовополонених і не втручатися, якщо цивільні особи будуть приставати до військовополонених, що вони і зробили, були визнані причетними до вбивства військовополонених [відповідальність на підставі участі у вчиненні діяння, яке не входило до спільної мети/плану, але було передбачуваним наслідком досягнення цієї мети]. Див. далі: МКТЮ, Апеляційне [рішення](#) у справі *Тадіча*, пп. 195-213.

²⁷²⁷ [Статут МКТЮ](#), стаття 7(1); [Статут МКТР](#), стаття 6(1).

²⁷²⁸ Див. про розвиток цього режиму: МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, пп. 192-226.

²⁷²⁹ наприклад, [рішення та ухвала СССЛ](#) у справі Кондева щодо [попереднього клопотання захисту про усунення недоліків у формі обвинувального акту](#), п. 9; [рішення та ухвала СССЛ](#) у справі *Бріма та ін.*, пп. 9; СССЛ, *Brima та ін.* [Рішення та наказ про попереднє клопотання захисту про усунення недоліків у формі обвинувального акту](#), п. 49; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтакірутімані*, п. 463; МКТР, *Каремера та ін.* [Рішення щодо юрисдикційних апеляцій: Спільне злочинне підприємство](#), пп. 13-16; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Каремри та Нгірумпатсе*, пп. 145, 623; СССЛ, *Brima та ін.* [Апеляційне рішення](#), пп. 72-80; СССЛ, *Sesay та ін.* [Апеляційне рішення](#), пп. 394, 400

він “знав або мав підстави знати, що підлеглий збирається вчинити такі діян-ня або вже вчинив їх, а начальник не вжив необхідних і розумних заходів для запобігання таким діянням або для покарання виконавців у їх вчиненні”.²⁷³⁰

1417. Що стосується геноциду, то Статути передбачали заборону таких діянь: змова з метою геноциду, пряме і публічне підбурювання до вчинення геноциду, замах на вчинення геноциду і співучасть у вчиненні геноциду.²⁷³¹
1418. Види співучасті, на які посилаються МКТЮ/МКТР, визнані такими, що відображають міжнародне звичаєве право.²⁷³²
1419. 1998: Статут МКС. Статут МКС встановлює найповніший на сьогоднішній день перелік форм відповідальності, характерних для міжнародних злочинів, який включає в себе такі форми:
- a. Вчинення злочину (Стаття 25(3)(a)), а саме:
 - i. Вчинення злочину фізичною особою (безпосереднє (пряме) виконавство);
 - ii. Вчинення злочину спільно з іншою особою (співучасть/співвиконавство);
 - iii. Вчинення злочину через іншу особу, незалежно від того, чи несе ця інша особа кримінальну відповідальність (опосередковане виконавство); та
 - iv. Вчинення злочину через інших осіб, разом із співвиконавцями (непряма співучасть/непряме співвиконавство).
 - b. Наказування, підбурювання або спонукування до вчинення злочину (стаття 25(3)(b)).
 - c. Надання допомоги, підбурювання або інше сприяння у вчиненні злочину (стаття 25(3)(c)).
 - d. Сприяння вчиненню (або замаху на вчинення) злочину групою осіб, які діяли зі спільною метою (стаття 25(3)(d)).
 - e. Прямо і публічно підбурювали інших до вчинення геноциду (стаття 25(3)(e)).
 - f. Не зміг запобігти, припинити або передати компетентним органам злочини, скоєні підлеглими (відповідальність командування/ начальника) (стаття 28(a) та (b), відповідно).

1420. Хоча МКТЮ, МКТР і МКС передбачають можливість притягнення до відповідальності осіб, чий зв'язок із вчиненням міжнародних злочинів є віддаленим, вони роблять це у різний спосіб. На відміну від МКТЮ/МКТР, які спираються

²⁷³⁰ [Статут МКТЮ](#), стаття 7(3); [Статут МКТР](#), стаття 6(3).

²⁷³¹ [Статут МКТЮ](#), стаття 4(3); [Статут МКТР](#), стаття 3(3).

²⁷³² *наприклад*, МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Тадіча*, пп. 666-669; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Оріча*, п. 267; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, пп. 188-194; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, пп. 196-198; МКТР, *Хаджихасанович та ін.*, [Рішення щодо проміжної апеляції, що оскаржує юрисдикцію стосовно відповідальності командування](#), пп. 31, 44; МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Нтакірутїмани*, п. 819; МКТР, *Карамера та ін.*, [Рішення щодо клопотань про винесення виправдувального вироку](#), п. 15; МКТР, [Андре Рув'янський та ін., \[Рішення щодо клопотань про винесення виправдувального вироку\]\(#\), пп. 15; \[Рішення щодо проміжної апеляції\]\(#\) у справі *Андре Рвамакуби стосовно застосування поняття "спільне злочинне підприємство" до злочину геноциду*, МКТР, *Андре Рвамакуба*. Див. також: Гой, "Індивідуальна кримінальна відповідальність у Міжнародному кримінальному суді: Порівняння зі спеціальними трибуналами" \(2012\) 12 *International Criminal Law Review* 1, с. 3.](#)

на принцип СЗД,²⁷³³ МКС покладається на концепцію контролю над злочином для притягнення до відповідальності віддалених або високопоставлених виконавців (див. нижче, пп. 515-527).²⁷³⁴ Відповідно, Статут МКС та практика МКС розрізняють форми відповідальності у вигляді основного виконавця за статтею 25(3)(a) та “інші форми співучасті, відмінні від основного виконавця, за статтею 25(3)(b)-(d)”.²⁷³⁵

2. Застосування принципів міжнародного права щодо форм відповідальності у судових справах щодо міжнародних злочинів за українським законодавством

1421. Частково положення ККУ, що визначають форми відповідальності за міжнародні злочини (тобто статті 18, 27-31 та злочини, передбачені статтями 426, 438 та 442, які *де-факто* стосуються форм відповідальності), охоплюють значну частину діянь, що підпадають під форми відповідальності, визначені міжнародними договорами та практикою. Водночас, формулювання ККУ не повністю відображає широкий спектр ролей, які виконують особи, що сприяють вчиненню міжнародних злочинів, і це — у разі вузького тлумачення — може суттєво обмежувати можливості притягнення до відповідальності за міжнародні злочини.
1422. З цієї причини використання, як орієнтирів форм відповідальності, передбачених міжнародним правом, і застосування ретельно розроблених і добре перевірених інтерпретацій принципів щодо форм відповідальності може допомогти суддям належним чином розподілити відповідальність за такі злочини, не обмежуючись лише безпосередніми виконавцями, що, в свою чергу, дозволить відреагувати на реалії збройного конфлікту і масових звірств. Крім того, застосування цих принципів дозволить суддям врахувати внесок тих, хто, хоча і не брав безпосередньої участі у скоєнні злочинів, тим не менш, відіграв важливу роль у їх вчиненні.
1423. Відповідно, хоча міжнародні договори, принципи та практика, що стосуються форм відповідальності за міжнародні злочини, власне кажучи, не є обов'язковими для українських суддів, вони можуть слугувати корисним керівництвом та ілюстрацією для українських суддів при винесенні рішень щодо відповідальності за міжнародні злочини та тлумаченні видів відповідальності за ККУ.
1424. Тим не менш, залишається питання, чи відповідає такий підхід українському законодавству. Хоча застосування міжнародного права через ККУ більш детально обговорюється в [Главі 1, Частині I, Розділі I.B.2.b](#) «Застосування інструментів

²⁷³³ наприклад, МКС, [Рішення](#) у справі Лубанги [про підтвердження обвинувачень](#), п. 329; МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, пп. 329; МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, п. 1932.

²⁷³⁴ наприклад, МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі Онгвена, пп. 629; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі Лубанги, п. 469; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі Бемба та ін., п. 820; МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, п. 1396; МКС, [Рішення](#) у справі Лубанги [про підтвердження обвинувачень](#), п. 338; МКС, [Катанга і Чуй Рішення про затвердження обвинувачень](#), п. 488.

²⁷³⁵ МКС, [Рішення](#) у справі Лубанги щодо [підтвердження обвинувачень](#), п. 320; МКС, [Рішення](#) у справі Лубанги [щодо рішення Палати попереднього провадження I](#), п. 78; МКС, [Рішення про видачу ордеру на арешт Мбарушимани](#), п. 30.

міжнародного кримінального права: чи можна розглядати статтю 438 ККУ у поєднанні зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС», тут доречно звернути увагу на чотири моменти:

- a. Багато форм співучасті, розроблених міжнародним правом (зокрема визнаних МКТЮ)²⁷³⁶ відображають звичаєве міжнародне право, яке є обов'язковим для всіх держав, зокрема й для України.²⁷³⁷ Таким чином, такі форми відповідальності можуть застосовуватися для кваліфікації діянь злочинців у контексті збройного конфлікту на території України за умови дотримання принципу законності, а саме, що відповідальність ґрунтується на праві, яке діяло на час скоєння діяння, а також за умови передбачуваності настання кримінальної відповідальності за діяння.²⁷³⁸ Що стосується СЗД, яке було визнано таким, що відображає звичаєве міжнародне право,²⁷³⁹ інші національні суди, які розглядаючи справи про міжнародні злочини тлумачать форми відповідальності у контексті принципу законності таким чином, що вони включають СЗД.²⁷⁴⁰
- b. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) постановив, що притягнення виконавців до відповідальності за воєнні злочини із застосуванням форм відповідальності, закріплених у міжнародному звичаєвому праві, не порушує принципу законності.²⁷⁴¹ Наприклад, у справі "Міланкович проти Хорватії" ЄСПЛ підтвердив застосовність такої форми відповідальності як відповідальність командирів через посилення на загальні національні норми, що криміналізують воєнні злочини, в силу звичаєвого статусу положення про

²⁷³⁶ наприклад, МКТЮ, [Рішення](#) у справі Мілутиновича [щодо клопотання Драголюба Ойданіча про оскарження юрисдикції — спільне злочинне підприємство](#), п. 21: однією з передумов для того, щоб спосіб відповідальності підпадав під юрисдикцію МКТЮ, є те, що, серед іншого, "він повинен був існувати згідно зі звичаєвим міжнародним правом у відповідний час".

²⁷³⁷ наприклад, д-р Келленбергер, Президент Міжнародного комітету Червоного Хреста, "Передмова" в Хенкаертс і Досвальд-Бек (ред.), [Звичаєве міжнародне гуманітарне право, том I: Правила](#) (СУР 2009), xv-xvii. Єдиним винятком з цього правила є випадок, коли держава відкрито і наполегливо заперечує проти такого звичаю. Д-р Корона, суддя Міжнародного суду ООН, "Передмова" у [Звичаєвому міжнародному гуманітарному праві, том I: Правила](#) (СУР 2009), xviii- xix. Однак такий виняток не стосується України.

²⁷³⁸ Див. нижче пп. 1578-1585 для отримання додаткової інформації про принцип законності. Див. також: [Суд над головними військовими злочинцями в Міжнародному військовому трибуналі, Нюрнберг, 14 листопада 1945 р. — 1 жовтня 1946 р.](#), т. 1, с. 219 ("Не може бути покарання за злочин без попереднього закону"); [МПГП](#), ст. 15; [УДП](#), ст. 11(2); [ЄСПЛ](#), ст. 7; ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "Кононов проти Латвії" (*Kononov v. Latvia*), п. 235; ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "Міланкович проти Хорватії" (*Milankovic v. Croatia*), п. 62-66.

²⁷³⁹ наприклад, МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадича*, п. 220; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Прліча* та інших: [Том II](#), пп. 587, 591; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 281; МКТЮ, [апеляційне рішення](#) у справі *Поповича та ін.*, п. 1672; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Брданіна*, пп. 1672; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, пп. 363, 405.

²⁷⁴⁰ наприклад, Суд БіГ, справа *Меякіч та ін.*, справа № X-KRŽ-06/200, вирок [другої інстанції](#), 16 лютого 2009 р.; Суд БіГ, справа *Рашевич та ін.*, справа № X-KRZ- 06/275, вирок першої інстанції, 28 лютого 2008 р., с. 103-108 (англійською мовою)/с. 113-120 (боснійською/сербською/хорватською). Аргументація першої інстанції була підтримана в апеляції, як зазначив Прокурор МКТЮ: МКТЮ, *Рашевич та ін.* Остаточний проміжний [звіт Обвинувача](#), п. 6. 6. Див. також: Міжрегіональний науково-дослідний інститут ООН з питань злочинності та правосуддя, "Форми [відповідальності: Комісія та участь](#)" (2018), с. 45-59. Див. також: Бангладеш: Міжнародний трибунал з кримінальних злочинів-1, Головний прокурор проти Мд. Абдул Азіза на прізвисько Хабул та 2 інших. [Рішення](#), п. 365, 424.

²⁷⁴¹ ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "Міланкович проти Хорватії" (*Milankovic v. Croatia*), пп. 52-66. Див. також: ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "Кононов проти Латвії" (*Kononov v. Latvia*)

таку форму відповідальності.²⁷⁴² Відсутність безпосередньої кодифікації не є перешкодою для притягнення виконавців до відповідальності, а судові органи можуть звертатися до звичаєвого права під час тлумачення та застосування національних положень на основі загального визнання “поступового уточнення норм кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення від випадку до випадку, за умови, що уточнення відповідають суті злочину [за національним законодавством] і може бути обґрунтовано передбачене”.²⁷⁴³

- c. Конституційний Суд України прийняв принцип “дружнього ставлення” до міжнародного права, згідно з яким “Конституційний Суд України враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна”.²⁷⁴⁴ Крім того, українські суди встановили практику посилатися на міжнародні договори та практику під час тлумачення принципів міжнародного права у своїй судовій практиці.²⁷⁴⁵
- d. Статути та практика спеціальних (*ad hoc*) трибуналів і МКС є цінним посібником з тлумачення міжнародно визнаних форм відповідальності. Як буде показано нижче, існує багато збігів між формами відповідальності, що закріплені в ККУ, та МКП, а тому останні можна буде взяти за основу при застосуванні загальнокримінальних форм відповідальності до міжнародних злочинів.

1425. Звідси випливає, що в ході розгляду справ про міжнародні злочини та тлумаченні форм відповідальності за ККУ українські судді повинні, наскільки це можливо, керуватися міжнародними договорами та практикою, щоб враховувати реалії збройного конфлікту та необхідність притягнення до відповідальності віддалених виконавців за вчинення масових звірств.

D. Визначення форм відповідальності за ККУ та МКП

1426. ККУ передбачає дві широкі категорії форм відповідальності, які застосовуються до всіх кримінальних правопорушень, передбачених ККУ, включно з міжнародними злочинами, а саме: відповідальність за безпосереднє виконавство та співвиконавство, а також відповідальність за опосередковане виконавство. Відповідальність за опосередковане виконавство також детально описана в положеннях про злочини, вчинені групою осіб, організованою групою або злочинною організацією. Крім того, у відповідних положеннях містяться різні форми вчинення злочинів, характерні для міжнародних злочинів, а саме: відання наказу на вчинення воєнних злочинів, бездіяльність військових командирів

²⁷⁴² ЄСПЛ, рішення у справі “Міланкович проти Хорватії”, пп. 52-66.

²⁷⁴³ ЄСПЛ, рішення у справі “Міланкович проти Хорватії”, п. 59.

²⁷⁴⁴ Constitutional Court of Ukraine, [Decision](#) of 1 June 2016 No. 2-рп/2016, para. 2.3.

²⁷⁴⁵ *наприклад*, Постанову Верховного Суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року, де Суд послався на статтю 8bis Статуту МКС та інші міжнародні документи для тлумачення статті 437 ККУ відповідно до міжнародного злочину агресії. Для отримання додаткової інформації див. п. 969.

(відповідальність командування) та підбурювання до геноциду. Кожна з них буде розглянута по черзі нижче.

1. Відповідальність безпосереднього виконавця та співвиконавця

а) Застосовність за ККУ

1427. Безпосередня відповідальність за ККУ поширюється на осіб, які безпосередньо вчинили злочин. У кожному злочині, переліченому в ККУ, визначено діяння або бездіяльність, які виконавці повинні вчинити, щоб бути притягнутими до відповідальності як безпосередні виконавці (або співвиконавці) злочину.²⁷⁴⁶ Суб'єктивні елементи, які мають бути наявні у безпосереднього виконавця, загально викладені у статтях 24 та 25, або визначені більш детально в положенні, що стосується конкретного злочину.
1428. Крім того, стаття 27(2) охоплює співвиконавців, які вчиняють злочини “у співчасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення” або “безпосередньо чи шляхом використання інших осіб”. Згідно зі статтею 26, “співучастю у кримінальному правопорушенні є умисна спільна участь декількох суб'єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення”. Стаття 29(1) передбачає, що “підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинене ним кримінальне правопорушення”.
1429. Відповідно, основна відповідальність поширюється на:
- Безпосереднього виконавця** (виконавець), який вчинив об'єктивні та суб'єктивні елементи правопорушення;²⁷⁴⁷
 - Співвиконавців**, які “у співчасті з іншими кримінальними правопорушниками” безпосередньо вчинили злочин, тобто спільно виконали об'єктивні елементи злочину та розділили між собою суб'єктивні елементи;²⁷⁴⁸
 - Виконавці або співвиконавці, які вчинили кримінальне правопорушення “**шляхом використання інших осіб**, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне”.²⁷⁴⁹
1430. Ані ККУ, ані українська судова практика не проводять суттєвої різниці між виконавцем та співвиконавцем.²⁷⁵⁰ Для того, щоб бути визнаним співвиконавцем, достатньо, щоб особа хоча б частково задовільнила *об'єктивні елементи* злочину

²⁷⁴⁶ ККУ, стаття 29.

²⁷⁴⁷ ККУ, стаття 18 та відповідний склад злочину, передбачений ККУ, який встановлює дії або бездіяльність, які повинні бути виконані.

²⁷⁴⁸ ККУ, стаття 26: “Злочинною співучастю є умисна спільна участь кількох суб'єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення”, а також стаття 27(2): “Виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співчасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення безпосередньо вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом [...]”.

²⁷⁴⁹ ККУ, стаття 27(2): “Виконавцем (співвиконавцем) визнається особа, яка у співчасті з іншими виконавцями вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом, [...] через інших осіб, які відповідно до закону не можуть нести кримінальну відповідальність за вчинене ними”.

²⁷⁵⁰ Дудоров і Харонюк, “Кримінальне право” (Вайте, 2014), с. 232.

разом з іншою (іншими) особою (особами),²⁷⁵¹ з необхідним умислом.²⁷⁵² Можливий розподіл ролей між співвиконавцями не впливає на правову кваліфікацію. Крім того, навіть якщо їх ролі відрізняються, дії співвиконавців вважаються юридично тотожними.²⁷⁵³

b) Основна відповідальність за міжнародним правом

1431. Основна відповідальність за МКП охоплює поведінку, подібну до тієї, що мається на увазі й у ККУ. У цьому розділі буде розглянуто тлумачення безпосередніх виконавців та виконавців, які вчинили злочин, використовуючи інших осіб, які не несуть кримінальної відповідальності. Однак, як зазначено нижче, МКП також сформулювало різні принципи, які додатково розмежовують виконавців і спільників, щоб притягнути до відповідальності більш віддалених виконавців, які діють відповідно до спільних планів або контролюють вчинення злочинів.

i. Безпосереднє вчинення злочину (самостійно або спільно з іншими особами)

1432. Особи, які вважаються безпосередніми виконавцями за МКП, суттєво не відрізняються від осіб, які вважаються виконавцями (співвиконавцями) за ККУ. Зокрема, безпосереднє виконання вимагає, щоб обвинувачений фізично вчинив злочин і задовольнив елемент суб'єктивної сторони (психологічний елемент), передбачений відповідним злочином.²⁷⁵⁴ МКТЮ визнав, що виконавець може бути притягнений до відповідальності за наявності елементів об'єктивної сторони (фізичний елемент), коли "обвинувачений брав участь, фізично або іншим чином безпосередньо, самостійно або спільно з іншими особами, в матеріальних елементах злочину, передбаченого Статутом".²⁷⁵⁵ Таким чином, може бути "декілька виконавців щодо одного і того ж злочину, якщо поведінка кожного з них відповідає необхідним елементам визначення основного складу злочину".²⁷⁵⁶ Особа може бути співвиконавцем, як безпосередній виконавець, якщо, наприклад, обвинувачений брав фізичну участь у досягненні матеріальних елементів злочину вбивства. При цьому немає необхідності доказувати те, чийми кулями було вбито кожного з потерпілих.²⁷⁵⁷

²⁷⁵¹ Дудоров і Хавронюк, "[Кримінальне право](#)" (Вайте, 2014), с. 232.

²⁷⁵² [ККУ](#), стаття 29(1).

²⁷⁵³ Дудоров і Хавронюк, "[Кримінальне право](#)" (Вайте, 2014), с. 232.

²⁷⁵⁴ МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги про підтвердження обвинувачень*, пп. 332(i); МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Катанги та Чуї*, п. 332(i); МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Лукича та Лукича*, п. 488. 488; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Лукича та Лукича*, п. 897; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Лімай та ін.*, п. 509; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Катанги та Чуї*, п. 333 (i); МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#), п. 509; МКТЮ, справа [Кунарача](#) та інших, п. 390; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Налетіліча та Мартиновича*, п. 62; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крстича*, п. 601; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Галіча*, п. 168; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Рутаганди*, п. 43.

²⁷⁵⁵ МКТЮ, [справа](#) "Лукич і Лукич", п. 897; МКТЮ, справа "Лімай та ін.", п. 509; МКТЮ, справа "Харадінай та ін.", пп. 509; МКТЮ, [Харадінай та ін.](#), [Рішення](#), п. 615.

²⁷⁵⁶ МКТЮ, [Кунарак та ін.](#) [Судове рішення](#), п. 390.

²⁷⁵⁷ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі "Лукич та Лукич", пп. 162; МКТЮ, *Лімай та ін.* [Апеляційне рішення](#), пп. 47-50.

1433. Таке діяння підпадає під дію статей 18 або 27(2) ККУ щодо співвиконавця, який “у співучасті з іншими суб’єктами кримінального правопорушення безпосередньо [...] вчинив кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом”.

ii. Вчинення злочину через інших осіб, які не несуть кримінальної відповідальності

1434. Основна відповідальність осіб, які вчиняють злочини через інших осіб, які не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинення цих злочинів, також визнається в рамках МКП. Зокрема, Статут МКС передбачає режим відповідальності за “вчинення злочину через іншу особу” (тобто непряме вчинення злочину відповідно до статті 25(3)(а)). Це стосується ситуацій, коли виконавець здійснює контроль над волею особи, яка не несе кримінальної відповідальності за свої дії.²⁷⁵⁸ Цей вид співучасті вимагає, щоб обвинувачений: здійснював контроль над злочином, матеріальні елементи якого були здійснені однією або кількома особами; виконував елементи суб’єктивної сторони вчиненого злочину; був обізнаний про фактичні обставини, які дозволяли йому здійснювати контроль над злочином через інших осіб.²⁷⁵⁹ Відповідно, з огляду на контроль, здійснюваний непрямым виконавцем, цей вид співучасті стосується ситуацій, коли прямий виконавець не несе кримінальної відповідальності (тобто він не задовольняє необхідні умови *суб’єктивної сторони* для притягнення до відповідальності), попри те, що він фізично скоїв злочин.²⁷⁶⁰

1435. Таке діяння підпадає під дію ч. 2 ст. 27 ККУ, яка передбачає відповідальність виконавців (або співвиконавців), що вчинили злочин через інших осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності. Такими особами можуть бути, наприклад, особи, які: не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність; діяли під впливом непереборного примусу або крайньої необхідності; неосудні; або “невинні суб’єкти” (тобто особи, які, будучи введеними в оману щодо справжнього характеру діяння, вчинили діяння, яке задовільняє *об’єктивну сторону* злочину, але за відсутності необхідних елементів *суб’єктивної сторони*).²⁷⁶¹

²⁷⁵⁸ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Онгвен*, пп. 628; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги про підтвердження обвинувачень*, п. 332; МКС, [Рішення щодо підтвердження обвинувачень](#) у справах *Катанги та Чуї*, п. 332; МКС, [Рішення щодо підтвердження обвинувачень](#) у справі *Катанги та Чуї*, п. 488. Слід зазначити, що цей вид відповідальності також охоплює ситуації, коли обвинувачений здійснював контроль над організованою ієрархічною організацією (див. нижче п. 523).

²⁷⁵⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, пп. 1414.

²⁷⁶⁰ МКС, [Апеляційне рішення](#) щодо *Онгвен*, пп. 627-628.

²⁷⁶¹ Дудоров і Хавронюк, "[Кримінальне право](#)" (Вайте, 2014), с. 144-145. Див. також МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 628, Краєр та ін. (ред.), *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2015, с. 367.

ПРИКЛАДИ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ ОСОБАМИ, ЯКІ НЕ МОЖУТЬ НЕСТИ КРИМІНАЛЬНУ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ЗА СТАТТЕЮ 27(2)

Ситуація 1

У (командир артилерійського підрозділу) надав своїм підлеглим (операторам РСЗВ ГРАД) координати для нанесення удару по військових об'єктах, які, на думку підлеглих, були призначені для військових цілей, але насправді були відомі У як житлові райони, де не було жодних військових об'єктів.

Ситуація 2

А, В і С були пілотами літаків стратегічної авіації. За наказом D (їхнього командира) кожен пілот запустив кілька крилатих ракет по цілях, які, на їхню думку, були військовими об'єктами. Однак, зрештою, ці ракети влучили в готельний комплекс у невеликому селі, де, за повідомленнями, не було жодних військових об'єктів.

Щоб довести, що воєнні злочини були скоєні в кожній ситуації (наприклад, напад на цивільне населення або цивільні об'єкти), необхідно довести, що виконавці нападу *умисно* спрямували напад на цивільне населення або цивільні об'єкти, знаючи про їхній захищений цивільний статус.

На суді оператори ГРАДів або пілоти можуть стверджувати, що вони лише виконували накази свого командира (тобто непрямого виконавця) і не знали про цивільний характер цілей, а натомість знали лише технічні характеристики нападу (наприклад, координати). Натомість, командири (У та D) можуть нести відповідальність за дії операторів ГРАДів або пілотів.

2. Відповідальність для груп осіб, організованих груп та злочинних організацій

а) Застосовність за ККУ

1436. ККУ містить положення, а саме статті 27(3), 28 та 30, які розширюють можливість кваліфікації участі осіб у скоєнні злочинів на вчинення злочинів групами осіб, організованими групами та злочинними організаціями,.

1437. Відповідно до статті 28 ККУ:

- a. Кримінальне правопорушення визнається таким, що *вчинене* групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців без попередньої змови між собою.²⁷⁶²
- b. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим *за попередньою змовою* групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку кримінального правопорушення, домовилися про спільне його вчинення.²⁷⁶³
- c. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та

²⁷⁶² ККУ, стаття 28(1).

²⁷⁶³ ККУ, стаття 28(2).

іншого (інших) кримінальних правопорушень, об'єднаних *єдиним планом* з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, *відомого* всім учасникам групи.

- d. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим злочинною організацією, якщо воно скоєно *стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (п'ять і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою* зорганізувалися для спільної діяльності з *метою* безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації кримінально протиправної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших кримінально протиправних груп.²⁷⁶⁴

1438. Це положення не встановлює окремої форми відповідальності. Скоріше, поведінка особи, яка вчиняє злочин у складі групи осіб, організованої групи або злочинної організації, повинна підпадати під один з перелічених у статті 27 видів співучасті (наприклад, (спів)виконавець, організатор, підбурювач або пособник) для того, щоб нести індивідуальну кримінальну відповідальність.²⁷⁶⁵

1439. Як і у ситуації з іншими формами відповідальності за ККУ, для притягнення до відповідальності за статтею 28 (у зв'язку з іншим відповідним режимом за статтею 27) обвинувачений повинен вчинити кримінальне правопорушення умисно.²⁷⁶⁶

1440. Крім того, як зазначено нижче, згідно зі статтею 27(3), обвинувачений може бути притягнутий до відповідальності за організацію злочину, якщо він “утворив організовану групу чи злочинну організацію або керував нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організувала приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації”. Стаття 30(1) також передбачає, що організатор несе кримінальну відповідальність за злочини, вчинені організованою групою або злочинною організацією, якщо ці злочини входили в його умисел.

1441. Хоча ці положення не можна безпосередньо порівняти з будь-якою формою відповідальності за МКП, вони мають схожість з різними принципами, розробленими для притягнення до відповідальності осіб, які несуть відповідальність за вчинення міжнародних злочинів у складі групи осіб або через організації.

b) **Відповідальність осіб, які діють у групах або через організації в міжнародному кримінальному праві**

1442. В МКП розроблені різні теорії для визнання відповідальності “широкого кола осіб, які працюють разом, щоб довести до кінця підготовку масштабних і логістично складних злочинів”.²⁷⁶⁷ У такому разі практика МКС та інших міжна-

²⁷⁶⁴ ККУ, стаття 28(4).

²⁷⁶⁵ Мельник, [Науково-практичний коментар до статті 28 Кримінального кодексу України](#) (1 січня 2009 року).

²⁷⁶⁶ ККУ, стаття 26.

²⁷⁶⁷ Браммерц і Джарвіс, *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016, с. 221,

родних судів і трибуналів підтримує широкий підхід до поняття «скоєння», що охоплює лідерів і організаторів, які фізично не скоюють відповідні злочинні діяння.²⁷⁶⁸ Притягнення до відповідальності лише виконавців, які безпосередньо виконували матеріальні елементи злочинів, ігнорувало б роль виконавців вищого рівня, які зробили вчинення злочину можливим, а притягнення таких виконавців до відповідальності лише як співучасників може не відобразити ступінь їхньої вини.²⁷⁶⁹ Відповідно, міжнародні суди і трибунали постановили, що таким особам не обов'язково здійснювати злочин особисто і безпосередньо.²⁷⁷⁰

1443. Спеціальні (*ad hoc*) трибунали та МКС розробили різні теорії щодо спільного вчинення злочинів. Хоча ці теорії не можуть бути безпосередньо застосовані до ККУ і не надають прямих порівнянь зі статтею 28, вони можуть надати суддям корисні рекомендації щодо того, як міжнародні судові процеси підходили до оцінки відповідальності осіб, які вчиняють злочини в групах співучасників або через організації. Зокрема, ці види співучасті можуть слугувати вказівками для оцінки сфери застосування статті 28 — зокрема, щодо понять “змова” або “спільний план”, “організована група” або “стійка ієрархічна організація” — та у разі, коли стаття 28 може бути застосована у зв'язку з основною відповідальністю за Кримінальним кодексом України, а не відповідальністю співучасників.

i. МКТЮ/МКТР: Спільна злочинна діяльність

1444. МКТЮ розробив форму відповідальності “спільна злочинна діяльність” (СЗД),²⁷⁷¹ на яку згодом спиралися інші спеціальні (*ad hoc*) трибунали.²⁷⁷² Ця форма співучасті закріплена в міжнародному звичаєвому праві,²⁷⁷³ і розглядається як форма “доручення”, яка, відповідно, призводить до основної відповідальності.²⁷⁷⁴ СЗД

цитуючи МТКЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 192.

²⁷⁶⁸ Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2016, с. 570. Див. також: МТБЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 192; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги про підтвердження обвинувачень*, п. 330; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 627; СКСЛ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Бріми*, пп. 72-80; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Каремера* та ін., пп. 145.

²⁷⁶⁹ МТКЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 192.

²⁷⁷⁰ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 458; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 627; МТКЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 192; МТКЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Квочка та ін.*, п. 112; МТБЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крноїлаца*, п. 116; МТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтакірутїмани*, п. 466.

²⁷⁷¹ Див. про розвиток режиму: МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, пп. 192-226.

²⁷⁷² *наприклад*, [рішення та ухвала СССЛ](#) у справі Кондева щодо [попереднього клопотання захисту про усунення недоліків у формі обвинувального акту](#), п. 9; [рішення та ухвала СССЛ](#) у справі *Бріма та ін.*, пп. 9; СССЛ, *Бріма та ін.* [Рішення та ухвала щодо попереднього клопотання захисту про усунення недоліків у формі обвинувального акту](#), п. 49; ICSL, Ntakiran, Ntakiran та ін., п. 49; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтакірутїмани*, п. 463; МКТР, [Рішення щодо юрисдикційних апеляцій](#) у справі *Каремера* та ін. (*Karemera et al: Спільне злочинне підприємство*, пп. 13-16; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Каремри та Нгірумпатсе*, пп. 145, 623; СССЛ, *Бріма та ін.* [Апеляційне рішення](#), пп. 72-80; СССЛ, *Sesay та ін.* [Апеляційне рішення](#), пп. 394, 400.

²⁷⁷³ *наприклад*, МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 220; МКТЮ, *Прліч та ін.* [Судове рішення: Том II](#), пп. 587, 591; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Толіміра*, п. 281; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Поповича та ін.*, п. 1672; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, пп. 1672; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Брданіна*, пп. 363, 405.

²⁷⁷⁴ *наприклад*, МКТЮ, *Квочка та ін.* [Апеляційне рішення](#), пп. 79-80; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Серомби*, пп. 182; МКТЮ, *Мілутінович та ін.* [Рішення щодо клопотання Драголюба Ойданіча про оскарження юрисдикції — Спільна злочинна діяльність](#), пп. 20, 31. Див. також: Браммерц і Джарвіс, *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016, с. 222.

також використовується іншими національними судами, які розглядають справи про міжнародні злочини.²⁷⁷⁵

1445. МКТЮ розробив три окремі категорії співучасті за СЗД. Кожна категорія має однакові об'єктивні елементи, а саме: множинність осіб; наявність спільного плану, задуму або мети, що дорівнює або передбачає вчинення злочину; та участь обвинуваченого у спільній діяльності шляхом істотного внеску у вчинення злочинів, що охоплюються спільною діяльністю.²⁷⁷⁶ Спільна злочинна мета не обов'язково повинна бути заздалегідь зрозуміла або сформульована, вона може матеріалізуватися миттєво.²⁷⁷⁷ Наявність спільної мети можна встановити з того факту, що декілька осіб діють узгоджено для реалізації спільного злочинного задуму.²⁷⁷⁸ Безпосередній виконавець не обов'язково повинен бути членом СЗД, якщо буде доведено, що злочин може бути інкримінований іншому члену СЗД, і що цей член, використовуючи безпосереднього виконавця, діяв відповідно до спільного плану.²⁷⁷⁹ Участь обвинуваченого не обов'язково має полягати у вчиненні конкретного злочину (наприклад, вбивства, знищення, катування або зґвалтування), але може мати форму допомоги або сприяння у досягненні спільної мети.²⁷⁸⁰

1446. Суб'єктивні (або ментальні) елементи для кожної з трьох категорій різняться:

- Відповідальність за **СЗД I** вимагає, щоб обвинувачений мав умисел вчинити злочини (це має бути спільний умисел усіх співучасників).²⁷⁸¹ Наприклад, це стосується випадків, коли співучасники сформували спільний план вбивства цивільних осіб, і хоча кожен з них виконував свою роль, всі вони мали спільний умисел на вбивство цивільних осіб.
- Відповідальність за **СЗД II** передбачає існування організованої системи жорстокого поводження (наприклад, концентраційного табору або

²⁷⁷⁵ наприклад, Суд БіГ, Меґаїкіс та ін., справа № X-KRŽ-06/200, вирок [другої інстанції](#), 16 лютого 2009 р.; Суд БіГ, Раґевіч та ін., справа № X-KRZ-06/275, вирок першої інстанції, 28 лютого 2008 р., с. 103-108 (англійською мовою)/с. 113-120 (боснійською/сербською/хорватською). Аргументація першої інстанції була підтримана в апеляції, як зазначив Обвинувач МКТЮ: ICTY, Rašević et al [Prosecutor's Final Progress Report](#), п. 6]. 6]. Див. також: Міжрегіональний науково-дослідний інститут ООН з питань злочинності та правосуддя, "[Modes of Liability: Комісія та участь](#)" (2018), с. 45-59; Бангладеш: Міжнародний трибунал з кримінальних злочинів-1, Головний прокурор проти пана Абдул Азіза на прізвисько Хабул та 2 інших. [Рішення](#), п. 365, 424.

²⁷⁷⁶ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Тадіча](#), п. 227; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Станішича та Сімамовича](#), пп. 77; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Стакіча](#), п. 64; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Stanišić & Župljanin](#), пп. 110, 136; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Поровіч та ін.](#), пп. 1378; МКТЮ, [Сайнович та ін.](#) [Апеляційне рішення](#), пп. 987; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Брданіна](#), п. 430.

²⁷⁷⁷ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Стакіча](#), п. 64; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Тадіча](#), п. 227.

²⁷⁷⁸ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Дордевіча](#), п. 141, з посиланням на МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Крайшніка](#), п. 418; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Брданіна](#), п. 430. Таким чином, з точки зору права не вимагається, щоб судово палата робила окремий висновок щодо індивідуальних дій та умислу кожного члена спільного злочинного підприємства для встановлення того, що безліч осіб діяли спільно для реалізації спільної злочинної мети.

²⁷⁷⁹ МКТЮ, справа Мартіч, [Апеляційне рішення](#), пп. 168; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Брданіна](#), пп. 413, 430.

²⁷⁸⁰ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Стакіча](#), п. 64.

²⁷⁸¹ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Тадіча](#), п. 228; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Стакіча](#), пп. 65; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Брданіна](#), пп. 365; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Крайшніка](#), пп. 200, 707; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Stanišić & Simatović](#), пп. 77.

в'язниці); обізнаність обвинуваченого про характер цієї системи; та участь обвинуваченого у забезпеченні дотримання цієї системи.²⁷⁸² Наприклад, це стосується ситуацій, коли в'язні, які утримуються в слідчому ізоляторі, зазнавали жорстокого поводження, а обвинувачений знав про цю систему і сприяв її впровадженню, наприклад, він відповідальний за адміністрування центру.

- Відповідальність за статтею **СЗД III** покладає на обвинуваченого відповідальність за злочини, що виходять за рамки спільної мети, якщо (1) існувала можливість *передбачити*, що такий злочин може бути скоєний членом СЗД (або однією чи кількома особами, яких використовував обвинувачений чи будь-який інший член СЗД) для досягнення спільної мети; і (2) обвинувачений добровільно пішов на цей ризик, приєднавшись до СЗД або продовжуючи брати в ній участь.²⁷⁸³ Наприклад, обвинувачений нестиме відповідальність за зґвалтування, якщо воно було частиною спільного плану насильницького переміщення цивільного населення з села шляхом вбивств, катувань та нелюдського поводження, обвинувачений зробив свій внесок у цей спільний план, наприклад, шляхом підготовки та розгортання солдатів, а зґвалтування були передбачуваним наслідком спільного плану.

ПРИКЛАДИ СПРАВ – СЗД

МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ СТАКІЧА, ПП. 66-85

У справі *Стакіча*, Стакіч був обвинувачений в участі в кампанії переслідувань, що включала, серед *іншого*, злочини проти людяності — депортацію і примусове переміщення (СЗД I). Апеляційна палата МКТЮ підтримала висновок Судової палати про наявність спільної мети, яка “полягала в проведенні дискримінаційної кампанії з етнічної чистки муніципалітету Пріедора шляхом депортації та переслідування боснійських мусульман і боснійських хорватів з метою встановлення сербського контролю”. Апеляційна палата встановила, що обвинувачений діяв в інтересах спільної мети СЗД і відіграв у ній важливу роль, враховуючі такі фактори: як найвищий представник цивільної влади, Стакіч відіграв вирішальну роль у скоординованій співпраці з поліцією та армією в реалізації плану створення сербського муніципалітету в Пріедорі; Стакіч був одним з головних учасників кампанії переслідування; він брав активну участь у створенні та управлінні таборами, де мало місце жорстоке поводження з ув'язненими; він брав активну участь в організації масового виселення несербського населення з Пріедору. Нарешті, Апеляційна палата встановила, що обвинувачений розділяв умисел з іншими учасниками СЗД досягти спільної мети і мав умисел вчинити основні злочини.

²⁷⁸² МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, пп. 202-203; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Крноелаца*, п. 89; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Василевича*, пп. 98.

²⁷⁸³ МІСТ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Караджича*, пп. 433; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Stanišić & Simatović*, п. 77; МКТЮ, Апеляційне [рішення](#) у справі Сайновича та інших, п. 1557; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Тадіча*, п. 228; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Стакіча*, п. 65; МКТЮ, Апеляційне [рішення](#) у справі *Брданіна*, пп. 365, 411.

МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ КВОЧКА ТА ІНШІ, ПП. 178-246

У справі *Квочка та інші*, Квочка був визнаний винним як співвиконавець наступних злочинів в рамках спільної злочинної діяльності в таборі Омарска (СЗД II): переслідування, вбивства і тортури. Спільною метою СЗД було переслідування та підкорення ув'язнених несербського походження. Апеляційна палата МКТЮ підтримала висновки Судової палати про те, що “Квочка навмисно сприяв злочинній системі, що діяла в таборі Омарска, і тому несе відповідальність за злочини, скоєні в рамках спільної злочинної діяльності”.

Апеляційна палата обґрунтувала свій висновок тим, що Квочка сприяв щоденному функціонуванню та утриманню табору і, таким чином, дозволив системі жорстокого поводження увічнитися, сприяючи тим самим досягненню спільної мети. Що стосується обізнаності Квочки про мету табору, Апеляційна палата встановила, що жорстокі умови, постійні побиття і широкомасштабний характер системи жорстокого поводження не могли залишитися непоміченими для тих, хто там працював, не кажучи вже про тих, хто обіймав таку високу посаду, як Квочка. Нарешті, Апеляційна палата встановила, що, оскільки СЗД в таборі Омарска була реалізацією системи дискримінаційного жорстокого поводження з ув'язненими несербського походження, умисел дискримінувати ув'язнених і умисел сприяти діяльності СЗД становили єдину форму умислу. Таким чином, висновок Судової палати про те, що Квочка мав умисел на дискримінацію затриманих (тобто, через його обізнаність та участь у скоєнні злочинів на ґрунті переслідування), охоплював його умисел на сприяння СЗД.

МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ ШАЙНОВИЧ ТА ІНШІ, ПП. 1575-1604

У справі *Шайнович та інші*, обвинувачені Шайнович, Лукіч і Павкович були визнані винними у скоєнні, в силу своєї участі у спільному злочинному підприємстві, сексуальних нападів, що становили переслідування, в Белезі, Чірезі та Приштині в 1999 році в Косово. Троє обвинувачених були визнані винними в участі у спільній злочинній діяльності, спільною метою якого було насильницьке переміщення косовського албанського населення в Косово і за його межами за допомогою широкомасштабної і систематичної кампанії терору і насильства, природним і передбачуваним наслідком якої було вчинення сексуальних нападів (СЗД III).

Апеляційна палата встановила, що троє обвинувачених знали про різні злочинні та насильницькі дії проти албанського населення Косова в 1998 і 1999 роках і, отже, були обізнані про контекст, в якому відбувалося насильницьке переміщення. Зокрема, Апеляційна палата встановила, що Шайнович знав про обвинувачення щодо застосування надмірної і непропорційної сили поліцією і військовими, про переміщення і переслідування цивільних осіб, злочини проти приватної власності (такі як грабежі і підпали), а також про невизначені порушення міжнародного гуманітарного права (зокрема, твердження про напади на цивільне населення). Він також отримав конкретну інформацію про вчинення зґвалтувань на зустрічі 17 травня 1999 року. Було встановлено, що Лукіч (як керівник штабу Міністерства внутрішніх справ Сербії (МВС) і фактичний командувач сил МВС, дислокованих у Косові) знав про серйозні обвинувачення у злочинній діяльності сил МВС у Косові в 1998 році і отримував інформацію про злочини, скоєні членами МВС і Югославської армії (ЮА) в 1999 році. Крім того, було встановлено, що Лукіч просив надавати йому детальні звіти про тяжкі злочини, зокрема зґвалтування, і був поінформований/отримував повідомлення про сексуальні напади на косовських албанських жінок з боку солдатів ЮА, чоловіків у військовій формі та резервістів МВС. Павкович часто дізнавався про сексуальні напади, скоєні силами ЮА і МВС під час повітряної кампанії НАТО.

Враховуючи ці факти і висновки, Апеляційна палата встановила, що обвинувачені повинні були усвідомлювати, що сексуальні напади можуть бути скоєні на дискримінаційній основі в обстановці етнічної ворожнечі, спрямованої на насильницьке переміщення косовських албанців (під час якого косовські албанські жінки, вимушені покинути свої будинки, були особливо вразливими). Участь обвинувачених у спільній злочинній діяльності (Шайновича — через його роль у координації спільних операцій ЮА та МВС, Лукіча — через його роль керівника штабу МВС у Приштині, а Павковича — через його посаду командувача 3-ї армії ЮА) свідчить про те, що вони діяли задля досягнення спільної мети СЗД, усвідомлюючи можливість вчинення сексуальних нападів, і, таким чином, це свідчить про те, що вони добровільно пішли на цей ризик.

ii. МКС: Теорія контролю/управління

1447. Замість того, щоб покладатися на принцип СЗД, розроблений спеціальними (*ad hoc*) трибуналами, МКС прийняв концепцію *контролю над злочином для притягнення до відповідальності* віддалених або високопоставлених виконавців злочину як головних виконавців.²⁷⁸⁴ Згідно з цією теорією, особи, віддалені від місця вчинення злочину, можуть бути притягнуті до відповідальності за злочин, якщо буде встановлено, що вони керували вчиненням злочину, оскільки саме від них залежало, чи буде вчинено злочин і як саме він буде вчинений.²⁷⁸⁵ Іншими словами, виконавцями злочину є ті, хто контролював його вчинення і знали про фактичні обставини, які дозволяли їм здійснювати такий контроль.²⁷⁸⁶
1448. МКС визнає такі форми скоєння злочину (на додаток до прямого виконання): співвиконавство, непряме виконавство та непряме співвиконавство. Кожна з цих форм буде розглянута нижче.
1449. **Співвиконавство**²⁷⁸⁷ (вчинення злочину спільно з іншою особою):²⁷⁸⁸ Обвинувачений може бути притягнутий до відповідальності за формою відповідальності, якщо він зробив “в рамках спільного плану істотний внесок, що створює для нього можливі перешкоди скоєнню злочину”.²⁷⁸⁹ На думку Апеляційної палати МКС, контроль за вчиненням злочину “є переконливим і адекватним підходом для розмежування співучасті та відповідальності за пособництво, оскільки він оцінює роль особи *відносно злочину*”.²⁷⁹⁰

²⁷⁸⁴ наприклад, МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Онгвена*, пп. 629; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, п. 469; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Бемба та ін.*, п. 820; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтаганди*, п. 1041; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1396; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги про підтвердження обвинувачень*, п. 338; МКС, *Катанга і Чуй Рішення про затвердження обвинувачень* п. 488.

²⁷⁸⁵ МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 920; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги* щодо [підтвердження обвинувачень](#), п. 330.

²⁷⁸⁶ МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги про підтвердження обвинувачень*, п. 31; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, пп. 1396.

²⁷⁸⁷ Це форма злочину, передбачена статтею 25(3)(а) [Статуту МКС](#).

²⁷⁸⁸ Це форма злочину, передбачена статтею 25(3)(а) [Статуту МКС](#).

²⁷⁸⁹ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 469. Див. також: Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2016, с. 570.

²⁷⁹⁰ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 469.

1450. Таким чином, об'єктивні елементи цього режиму вимагають, щоб обвинувачений зробив "істотний внесок"²⁷⁹¹ у спільний план між обвинуваченим та принаймні одним іншим виконавцем, який би призвів до вчинення відповідного злочину за звичайного перебігу подій.²⁷⁹² Спільний план між особами не обов'язково має бути безпосередньо спрямований на вчинення злочину,²⁷⁹³ але повинен призвести до вчинення одного або декількох злочинів.²⁷⁹⁴ Іншими словами, план повинен полягати у вчиненні злочинів або у вчиненні діянь, які за звичайного розвитку подій призвели б до вчинення злочинів.²⁷⁹⁵ Спільний план може бути явним або неявним, заздалегідь узгодженим або раптово реалізованим.²⁷⁹⁶ Про його існування можуть свідчити як прямі, так і непрямі докази,²⁷⁹⁷ включно з подальшою поведінкою обвинуваченого.²⁷⁹⁸
1451. Зрештою, те, чи був конкретний внесок "істотним", залежить від характеру та ролі обвинуваченого, а також від функцій, які він виконував. Оцінки в цьому разі проводяться в кожному конкретному випадку з урахуванням ролі обвинуваченого в загальних обставинах справи.²⁷⁹⁹ Внесок співучасника може бути зроблений до або під час скоєння злочину.²⁸⁰⁰
1452. Щодо суб'єктивних елементів: обвинувачені повинні були усвідомлювати, що вони зробили істотний внесок, і повинні були мати умисел досягнути матеріальних елементів злочину, що впливають із спільного плану, або усвідомлювати, що, реалізуючи спільний план, злочин "станеться в ході звичайного розвитку подій".²⁸⁰¹

²⁷⁹¹ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, п. 473; МКС, [Рішення щодо підтвердження обвинувачень](#) у справах *Катанги та Чуй*, п. 525; МКС, [Рішення про затвердження обвинувачень](#) у справі *Бле Гуде*, п. 135.

²⁷⁹² [Статут МКС](#), стаття 25(3)(а). Див. також: МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 445; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 980-981; МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2786; МКС, [Запит обвинувачення Нтаганди про надання повідомлення про можливу перекваліфікацію відповідно до правила 55\(2\)](#), п. 16

²⁷⁹³ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 446.

²⁷⁹⁴ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 445.

²⁷⁹⁵ МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2787; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 981; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, пп. 1626-1627, 1630.

²⁷⁹⁶ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 446; МКС, [Рішення у справі Нтаганди](#), п. 775. МКС, [рішення](#) у справі *Кілоло та ін.*, п. 66; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги*, п. 988.

²⁷⁹⁷ МКС, [справа "Кілоло та ін."](#), п. 66; МКС, [справа "Лубанга"](#), п. 66; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги*, п. 988.

²⁷⁹⁸ МКС, [справа "Кілоло та ін."](#), [рішення](#) в першій інстанції, п. 66; МКС, *Катанга та Чуй*, [Рішення про затвердження обвинувачень](#), п. 301; МКС, *Кен'ятта та ін.* [Рішення про затвердження обвинувачень відповідно до статті 61\(7\)\(а\) і \(б\) Римського статуту](#), п. 400.

²⁷⁹⁹ МКС, [Рішення у справі Лубанги](#), пп. 1000-1001.

²⁸⁰⁰ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 469, 473; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Катанги та Чуй*, пп. 526; МКС, [Рішення про затвердження обвинувачень](#) у справі *Руто та ін.*, п. 306.

²⁸⁰¹ МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 1013; МКС, [справа Кілоло та ін.](#), [рішення](#) в першій інстанції, п. 70; МКС, *Катанга та Чуй* [Рішення про затвердження обвинувачень](#), п. 533; МКС, [справа "Катанга та Чуй"](#), п. 533; МКС, [Рішення про затвердження обвинувачень](#) у справі *Лубанги*, пп. 363-364. Див. також: МКС, [Рішення](#) щодо підтвердження обвинувачень у справі *Бемба*, п. 371; МКС, [Рішення](#) щодо підтвердження обвинувачень у справі *Нтаганда*, пп. 371; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтаганди*, пп. 1045.

ПРИКЛАД СПРАВИ – СПІВВИКОНАВСТВО МКС, РІШЕННЯ У СПРАВІ ЛУБАНГИ, ПП. 1351-1357

У справі *Лубанги*, що розглядається МКС, Судова палата встановила, що Лубанга та його співучасники погодилися на спільний план створення армії з метою встановлення та утримання політичного і військового контролю над Ітурі та брали в ньому участь. Це призвело до призову і зарахування на військову службу хлопців і дівчат віком до 15 років та їх використання для активної участі у бойових діях. Відповідно, Лубанга був визнаний винним як **співвиконавець** воєнного злочину, що полягав у призиві та наборі дітей-солдатів і використанні їх для участі в активних бойових діях.

Цей висновок Судової палати ґрунтується на тому, що, будучи Президентом СКП/ПСВК (Союз конголезьких патріотів/Патріотичні сили визволення Конго), Лубанга здійснював загальну координацію діяльності СКП/ПСВК, брав участь у плануванні військових операцій і відігравав вирішальну роль у забезпеченні матеріально-технічної підтримки (наприклад, зброєю, продуктами харчування, обмундируванням) ПСВК. Лубанга також активно підтримував призовні ініціативи, виступаючи з промовами, в яких заохочував дітей, зокрема віком до 15 років, вступати до армії. Крім того, Лубанга особисто використовував дітей віком до 15 років як своїх охоронців. Палата переконалася поза розумним сумнівом, що Томас Лубанга діяв з умислом і обізнаністю щодо призову та вербування дітей-солдатів.

1453. **Опосередковане вчинення** (вчинення через іншу особу).²⁸⁰² Має місце тоді, коли обвинувачений контролював волю тих, хто виконував злочин.²⁸⁰³ Це може відбуватися за двома сценаріями: (1) коли обвинувачений контролював волю особи, яка не несла кримінальної відповідальності за свої дії;²⁸⁰⁴ або (2) коли обвинувачений контролював організовану ієрархічну організацію,²⁸⁰⁵ що означає, що “непрямий виконавець використав принаймні частину підпорядкованого йому апарату влади, щоб навмисно спрямувати його на вчинення злочину, не залишаючи одному з підлеглих свободи вирішувати, чи має бути скоєний злочин”.²⁸⁰⁶
1454. Відповідно до об’єктивної сторони цього виду співучасті, має бути встановлено, що обвинувачений здійснював контроль над злочином, матеріальні елементи

²⁸⁰² Це форма злочину, передбачена [Статутом МКС](#), стаття 25(3)(а).

²⁸⁰³ *наприклад*, МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Онгвен*, пп. 628; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, п. 465; МКС, [Рішення](#) у справі *Лубанги про підтвердження обвинувачень*, п. 332.

²⁸⁰⁴ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Онгвен*, пп. 628; МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, п. 1402. Це може мати місце, коли, *наприклад*, безпосередній виконавець був неповнолітнім, який не досяг віку кримінальної відповідальності; страждав на психічні розлади або порушення; перебував у стані несвідомого сп’яніння; або вчинив діяння як “ненавмисний учасник [...], що діяв під примусом або помилково”: Краєр та ін. (ред.), *Вступ до міжнародного кримінального права та процесу*, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2015, с. 367.

²⁸⁰⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Катанги*, пп. 1408-1409: ключовою вимогою є “функціональний автоматизм, який приводить у дію апарат влади”, тобто “накази керівника виконуються автоматично, принаймні з огляду на взаємозамінність потенційних фізичних виконавців”. *Див.* також: МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди про підтвердження обвинувачень*, п. 120; МКС, справа *Мутаура та ін. Рішення щодо заяви прокурора про виклик до суду Френсіса Кірімі Мутаури, Ухуру Муїгаї Кеніятті та Мохаммеда Хусейна Алі*, п. 36; МКС, справа *Сімона Гауді*, п. 36; МКС, [Рішення щодо клопотання Прокурора відповідно до статті 58 про видачу ордеру на арешт Сімони Гбагбо](#), п. 28.

²⁸⁰⁶ МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Онгвен*, пп. 631; МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена*, п. 2784. *Див.* також: МКС, [Рішення](#) у справі *Катанги*, пп. 1403-1406, 1411-1412; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди*, пп. 778.

якого були створені однією або кількома особами.²⁸⁰⁷ Наявність організованої групи може бути виявлена тоді, коли обвинувачений мав “функціональне домінування”²⁸⁰⁸ над організаційною структурою, в межах якої він міг використовувати свій авторитет і владу для забезпечення виконання своїх наказів.²⁸⁰⁹ Щоб встановити, що такий контроль був наявний, докази повинні показати:²⁸¹⁰

- a. чітку **організаційну ієрархію**, в рамках якої виконання наказів стало майже автоматичним.²⁸¹¹ Це демонструється в ситуаціях, коли у разі відмови одного члена організації підкоряться, інший готовий втрутитися і забезпечити виконання наказу (наказів).²⁸¹² Характер організації — зокрема, інтенсивний, суворий і жорстокий режим тренувань або рутинне застосування дисциплінарних покарань — також має значення;²⁸¹³ та
- b. що в рамках цієї ієрархії обвинувачений дійсно здійснював **«контроль над перебігом подій, що спричинили злочин»**, задумуючи злочин, керуючи його підготовкою на різних ієрархічних рівнях та/або контролюючи його скоєння та реалізацію за допомогою організаційного апарату.²⁸¹⁴

1455. Що стосується суб’єктивних елементів, то у обвинувачених повинні бути наявні елементи суб’єктивної сторони скоєного злочину, а також вони мають усвідомлювати фактичні обставини, які дозволили їм здійснювати контроль над злочином через інших осіб.²⁸¹⁵ Як мінімум, це вимагає, щоб обвинувачений знав про організаційну структуру, яка дозволила йому використовувати іншу особу для досягнення матеріальних елементів злочину.²⁸¹⁶

²⁸⁰⁷ Статут МКС, стаття 25(3)(а); МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, пп. 1399, 1416.

²⁸⁰⁸ Краєр, Вступ до міжнародного кримінального права і процесу, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2015, с. 368.

²⁸⁰⁹ [Рішення](#) МКС у справі Катанга і Чуй [про підтвердження обвинувачень](#), п. 514. У таких ситуаціях, хоча ймовірно, що особи, які безпосередньо скоїли злочин, понесуть кримінальну відповідальність, існує ймовірність того, що певні безпосередні виконавці можуть бути звільнені від кримінальної відповідальності. МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, п. 1404.

²⁸¹⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1412.

²⁸¹¹ МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, пп. 1408; МКС, [Рішення](#) у справі Нтаганди [про підтвердження обвинувачень](#), п. 120.

²⁸¹² МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1408.

²⁸¹³ [Рішення](#) МКС у справі Катанга і Чуй [про підтвердження обвинувачень](#), п. 518.

²⁸¹⁴ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1412.

²⁸¹⁵ Статут МКС, стаття 25(3)(а); МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі Онгвен, п. 249; МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1399, 1413-1415.

²⁸¹⁶ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1415.

ПРИКЛАД СПРАВИ – НЕПРЯМЕ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ МКС, РІШЕННЯ У СПРАВІ ОНГВЕНА, ПП. 2928-2973

У справі *Онгвена*, що розглядалася МКС, Онгвена було визнана винним, серед *іншого*, у воєнному злочині нападу на цивільне населення, вбивствах, жорстокому поводженні та знищенні майна як **непрямий виконавець**. Судова палата МКС встановила, що за наказом Онгвена солдати АОГ напали на табір ВПО Лукодї, вчинили напади на цивільних осіб у таборі (яких розстрілювали, спалювали і били), а також підпалили хати цивільних осіб. Дійшовши висновку, що ці злочини були скоєні «через інших», Судова палата встановила, що Онгвен прийняв рішення про напад на табір ВПО, зібрав солдатів АОГ з цією метою і наказав солдатам нападати на всіх присутніх. Крім того, з огляду на умови вербування, ініціації та навчання, а також служби в АОГ, такі командири, як Онгвен, могли покладатися на виконання своїх наказів надійним контингентом осіб. Відповідно, Судова палата дійшла висновку, що поведінка окремих бойовиків АОГ за виконання злочинів під час нападу має бути приписана Онгвену як його власна.

Що стосується елементів суб'єктивної сторони, то Палата встановила, що характер участі Онгвена у плануванні та виконанні нападу міг бути здійснений лише навмисно. Крім того, на підставі інструкцій, які він надав бойовикам АОГ перед нападом, Палата встановила, що Онгвен мав умисел нападати на цивільних осіб, вбивати їх, знущатися над ними, а також грабувати і знищувати їхнє майно.

1456. **Непряме співвиконавство** (вчинення злочину спільно з іншою особою або через іншу особу).²⁸¹⁷ Об'єктивні елементи вимагають: (1) наявності спільного плану між обвинуваченим і співвиконавцями щодо вчинення злочинів або діянь, які за звичайного розвитку подій призвели б до скоєння злочину; (2) контроль з боку співвиконавця (співвиконавців) над особами, які виконують злочин, шляхом підпорядкування волі безпосередніх виконавців (зокрема організованого апарату влади через автоматичне функціонування апарату); (3) обвинувачений, хоча і не зобов'язаний особисто скоювати злочинне діяння, але робить істотний внесок у його здійснення і має можливість перешкоджати його вчиненню.²⁸¹⁸
1457. Що стосується суб'єктивної сторони, то обвинувачені повинні були мати умисел щодо свого істотного внеску, взаємно усвідомлювати і погоджуватися з тим, що реалізація спільного плану призведе до вчинення злочинів, а також усвідомлювати фактичні обставини, що дозволяють їм здійснювати спільний контроль за вчиненням злочину через іншу особу.²⁸¹⁹

²⁸¹⁷ Це форма злочину, передбачена статтею 25(3)(а) Статуту МКС. Це поєднання відповідальності за співвиконавство та непряме виконання.

²⁸¹⁸ *наприклад*, МКС, Апеляційне рішення у справі *Онгвена*, пп. 637-8; МКС, Рішення у справі *Онгвена*, пп. 2787-2788; МКС, Рішення у справі *Нтаганди*, пп. 774; МКС, Рішення про підтвердження обвинувачень у справі *Мутаура та ін.*, пп. 297-298; МКС, Рішення про підтвердження обвинувачень у справі *Нтаганди*, пп. 104, 121; МКС, Рішення у справі Аль-Башира щодо клопотання обвинувачення про видачу ордеру на арешт Омара Хасана Ахмада Аль-Башира, п. 213.

²⁸¹⁹ МКС, Рішення у справі *Онгвена*, п. 2788; МКС, Рішення у справі *Нтаганди*, пп. 774.

ПРИКЛАД СПРАВИ – НЕПРЯМЕ ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ МКС, РІШЕННЯ У СПРАВІ ОНГВЕНА, ПП. 2928-2973

У справі *Онгвена*, що розглядалася МКС, Онгвена було визнано винним, серед *іншого*, у воєнному злочині нападу на цивільне населення, вбивствах, жорстокому поводженні та знищенні майна як **непрямий виконавець**. Судова палата МКС встановила, що за наказом Онгвена солдати АОГ напали на табір ВПО Лукоді, вчинили напади на цивільних осіб у таборі (яких розстрілювали, спалювали і били), а також підпалили хати цивільних осіб. Дійшовши висновку, що ці злочини були скоєні «через інших», Судова палата встановила, що Онгвен прийняв рішення про напад на табір ВПО, зібрав солдатів АОГ з цією метою і наказав солдатам нападати на всіх присутніх. Крім того, з огляду на умови вербування, ініціації та навчання, а також служби в АОГ, такі командири, як Онгвен, могли покладатися на виконання своїх наказів надійним контингентом осіб. Відповідно, Судова палата дійшла висновку, що поведінка окремих бойовиків АОГ за виконання злочинів під час нападу має бути приписана Онгвену як його власна.

Що стосується елементів суб'єктивної сторони, то Палата встановила, що характер участі Онгвена у плануванні та виконанні нападу міг бути здійснений лише навмисно. Крім того, на підставі інструкцій, які він надав бойовикам АОГ перед нападом, Палата встановила, що Онгвен мав умисел нападати на цивільних осіб, вбивати їх, знущатися над ними, а також грабувати і знищувати їхнє майно.

3. Відповідальність за співучасть

1458. “Відповідальність за співучасть” — це форма кримінальної відповідальності, яку може понести обвинувачений за злочинні дії іншої особи, якщо він має достатній зв'язок зі злочином або брав у ньому участь.²⁸²⁰ Як ККУ, так і міжнародні суди та трибунали визнають кілька форм відповідальності за співучасть у міжнародних злочинах.

а) Застосування відповідно до ККУ

1459. Три положення про відповідальність за співучасть у злочині, передбачені ККУ, викладені у статті 27 наступним чином:

СТАТТЯ 27. ВИДИ СПІВУЧАСНИКІВ

3. Організатором є особа, яка організувала вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Організатором також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації.

²⁸²⁰ Наприклад, Thomson Reuters Practical Law, "Акцесорна відповідальність" (2023).

4. Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення.
5. Пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, сліди кримінального правопорушення чи предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення.

1460. Статті 29(2)-(5) ККУ надають додаткові роз'яснення щодо кримінальної відповідальності співучасників за ККУ.

СТАТТЯ 29. КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ СПІВУЧАСНИКІВ

2. Організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною статті 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає кримінальне правопорушення, вчинене виконавцем.
3. Ознаки, що характеризують особу окремого співучасника кримінального правопорушення, ставляться в вину лише цьому співучасникові. Інші обставини, що обтяжують відповідальність і передбачені у статтях Особливої частини цього Кодексу як ознаки кримінального правопорушення, що впливають на кваліфікацію дій виконавця, ставляться в вину лише співучаснику, який усвідомлював ці обставини.
4. У разі вчинення виконавцем незакінченого кримінального правопорушення інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у незакінченому кримінальному правопорушенні.
5. Співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалося їхнім умислом.

1461. Відповідно, статті 27(3)-(5) ККУ охоплюють три форми відповідальності за співучасть: організацію, підбурювання та пособництво, тоді як статті 26 та 29(5) передбачають, що організатор, підбурювач або пособник повинен мати умисел на вчинення злочину, який він поділяє з виконавцем. Стаття 29(2) пояснює, що організатор, підбурювач або пособник несуть кримінальну відповідальність за відповідною частиною статті 27 та статтею, що передбачає кримінальне правопорушення. Як обговорюється нижче, подібна поведінка охоплюється формами відповідальності, визнаними міжнародним кримінальним правом, вивчення яких може надати рекомендації щодо застосування цих форм відповідальності в контексті воєнних злочинів і злочинів, пов'язаних з конфліктом.

i. Організація

1462. Відповідно до ч. 3 ст. 27 ККУ, об'єктивні ознаки цієї форми відповідальності передбачають, що організатор повинен (1) організувати вчинення злочину

(злочинів) або керувати його підготовкою чи вчиненням; або (2) створити організовану групу чи злочинну організацію, керувати нею, фінансувати її або організовувати приховування злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.²⁸²¹

1463. Що стосується суб'єктивних елементів, організатор повинен мати умисел вчинити діяння, що становить кримінальне правопорушення. Це підтверджується частиною 5 статті 29, яка говорить “співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо це діяння не входило в їхній умисел”. Стосовно організаторів, які створюють організовані групи або злочинні організації, стаття 30(1) підтверджує: “Організатор організованої групи або злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі кримінальні правопорушення, вчинені організованою групою або злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом”.

ПРИКЛАДИ ФОРМ “ОРГАНІЗАЦІЇ” З УКРАЇНСЬКОЇ ПРАКТИКИ ²⁸²²

- Залучення виконавців, співучасників або інших організаторів до вчинення злочину;
- Розподіл обов'язків між виконавцями, співучасниками або іншими організаторами;
- В іншому разі — об'єднання та координація зусиль співучасників та виконавців (їх розміщення/присутність на місці злочину, визначення послідовності злочинних дій, форми та порядку спілкування між співучасниками під час вчинення злочину);
- Визначення об'єкта правопорушення;
- Розробка плану вчинення злочину;
- Пошук або пристосування засобів чи інструментів/знарядь для вчинення злочину;
- Віддання наказу вчинити злочин;
- Усунення перешкод для вчинення злочину;
- Створення інших передумов для вчинення злочину;
- Інструктаж співучасників щодо вчинення відповідних злочинних дій (через дії або бездіяльність);
- Розробка заходів з нейтралізації діяльності правоохоронних органів (наприклад, шляхом підкупу, насильства над співробітниками або їхніми родичами, їх усунення або іншого блокування їхньої діяльності, що могла б перешкодити вчиненню злочину); або
- Визначення місць переховування співучасників після вчинення злочину, а також місць переховування зброї, знарядь вчинення злочину, слідів злочину, предметів, здобутих злочинним шляхом тощо.

1464. Виходячи з цих типів поведінки, внесок організатора в міжнародні злочини може варіюватися залежно від характеру злочину, способу його вчинення, типів залучених сил тощо. У разі незначних інцидентів насильства (наприклад, вбивства окремих цивільних осіб, грабежу тощо) роль організатора навряд чи

²⁸²¹ ККУ, стаття 27(3).

²⁸²² Постанова Верховного Суду України "Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями" від 23 грудня 2005 року № 13, п. 3. 3; Андрушко, Арсенюк та Тихий, Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2009), [Коментар до статті 27 ККУ](#).

відрізнятиметься від обставин, пов'язаних зі звичайними злочинами, передбаченими ККУ. Наприклад, якщо військовослужбовець організовує своїх товаришів по службі для пограбування будинків місцевих цивільних осіб з метою особистої наживи — тобто, розробляє план і виділяє засоби (наприклад, транспортні засоби та зброю) для цих цілей — він може бути кваліфікований як організатор.

1465. Однак ситуація є більш складною у разі багатоепізодних або тривалих інцидентів, або у зв'язку, наприклад, зі складною координацією нападу (наприклад, облога міст різними підрозділами), складними процесами планування або прийняття рішень (наприклад, використання стратегічної авіації), або нападів із застосуванням сучасної складної зброї (наприклад, реактивної артилерії або наземних балістичних комплексів). У такому разі може здатися, що сприяння злочинам не вписується в раніше розроблене розуміння форми відповідальності у вигляді «організації» за ККУ, яке більше стосується звичайних злочинів (наприклад, бандитизму, відмивання грошей тощо). Тим не менш, формулювання статті 27(3) — у поєднанні з попередньою судовою практикою в Україні — є досить широким, щоб охопити безліч способів, якими виконавці середньої та вищої ланки можуть бути залучені до організації вчинення міжнародних злочинів (які розглядалися міжнародними судами та трибуналами в рамках різних форм відповідальності). У рамці нижче наведено кілька ілюстративних прикладів.

ПРИКЛАДИ СИТУАЦІЙ, В ЯКИХ ЗАЛУЧЕНА ОСОБА МОЖЕ ПОТЕНЦІЙНО МОЖЕ БУТИ ПРИТЯГНУТА ДО ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ЯК “ОРГАНІЗАТОР”

- Політик високого рівня, який скеровував цивільних осіб, що рятувалися від насильства, в район, де, як він знав, відбувалися напади на цивільних осіб, а також направляв туди озброєне підкріплення, щоб сприяти нападу.²⁸²³
- Озброєний солдат, який супроводжував двох інших озброєних солдатів (безпосередніх виконавців) та кількох затриманих до місця, де безпосередні виконавці розстріляли затриманих.²⁸²⁴

²⁸²³ наприклад, МКТР, [Рішення](#) у справі *Каліманзіри*, пп. 392-393. У цій справі Судова палата встановила, що Каліманзіра особисто заохочував тисячі цивільних осіб знайти притулок у районі, де він обіцяв їм захист. Замість того, щоб бути захищеними, цивільні особи зазнали нападу і були вбиті в присутності *Каліманзіри*, який також звернувся до поліції і військових за підкріпленням для допомоги в нападі. Відповідно, Судова палата визнала Каліманзіру винним у пособництві та підбурюванні до геноциду. Для детального обговорення пособництва та підбурювання див. нижче.

²⁸²⁴ наприклад, МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Василевича*, п. 134. Частина цієї справи стосувалася інциденту, під час якого Василевич супроводжував трьох своїх товаришів по службі, які захопили сімох чоловіків-мусульман, до місця, де ці чоловіки-мусульмани були розстріляні. Хоча сам Василевич не здійснював вбивство цих людей, він був озброєний і стояв поруч, коли його товариші по службі розстрілювали цих людей. Відповідно, Апеляційна палата визнала Василевича винним у пособництві та підбурюванні до вбивства. Для детального обговорення пособництва та підбурювання див. нижче.

- Командир віддав наказ про відведення своїх солдатів, які охороняли військовополонених, що забезпечило воєнізованим формуванням необмежений фізичний доступ до військовополонених і, таким чином, сприяло їхньому вбивству.²⁸²⁵
- Офіцер середньої ланки, який зібрав поліцію для нападу на село, під час якого цивільні особи були вбиті та піддані жорстокому поводженню, а цивільні будинки зруйновані (наприклад, підпалені).²⁸²⁶
- Лідер групи солдатів, які вивозили жінок з місця ув'язнення до іншого місця, де їх далі утримували та гвалтували інші солдати.²⁸²⁷
- Начальник місця несвободи, який не забезпечив затриманих належним харчуванням, водою, медичним обслуговуванням, туалетом та спальними місцями, незважаючи на відсутність ознак обмеженості ресурсів (тобто організував неналежні умови утримання), тим самим піддаючи затриманих нелюдським умовам і спричиняючи їм навмисні страждання та жорстоке поводження.²⁸²⁸

1466. Водночас, у багатьох справах про воєнні злочини спосіб організації співпадає зі способом віддачі наказу (тобто формою вчинення злочину, передбаченого статтею 438 ККУ (див. п. 566 нижче)). Це може бути, коли, наприклад, командир артилерійського підрозділу наказує своїм підлеглим обстріляти житловий район міста, знаючи про цивільний статус цілей, але при цьому сприяє нападу, плануючи його, ставлячи завдання операторам артилерійських установок, розставляючи операторів у певних місцях тощо. Іншими словами, у багатьох випадках, коли командири віддають накази про вчинення воєнних злочинів, вони, ймовірно, також відіграють додаткову роль в їх підготовці, знаходячи засоби, розподіляючи обов'язки та завдання тощо.

²⁸²⁵ наприклад, МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Мркшича*, пп. 612, 620-622. У цій справі Судова палата встановила, що наказ *Мркшича* про відкриття вогню проти єдиного солдата, який охороняв військовополонених, "мав негайний і безпосередній вплив на вчинення наступних вбивств". Таким чином, Судова палата встановила, що *Мркшич* допомагав і підбурював до вчинення злочину вбивства. Для детального обговорення пособництва та підбурювання див. нижче.

²⁸²⁶ МКТЮ, Апеляційне [рішення](#) у справі *Бошковського і Тарчуловського*, пп. 130, 135, 138, 150, 153-154, 157. У цій справі Тарчуловський був визнаний відповідальним за підбурювання на підставі доказів, які свідчать про те, що (i) він відповідав за підготовку операції, основною метою якої були невибіркові напади на цивільних осіб та їхнє майно; (ii) він особисто керував цією операцією; (iii) він був присутній у селі під час скоєння злочинів; і (iv) він дозволив співробітникам міліції не проводити перевірку за фактом загибелі трьох чоловіків. Для детального обговорення підбурювання див. нижче.

²⁸²⁷ наприклад, МКТЮ, *Кунарац та ін.* [Судове рішення](#), пп. 21, 22, 26, 28-33, 636-670. Серед інших злочинів, Драголюб Кунарац, командир добровольчого підрозділу солдатів, був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до катувань і згвалтувань: він привів дівчат і залишив їх у будинку, де перебували солдати його підрозділу, знаючи, що дівчат потім згвалтують. Це сталося в контексті військового захоплення міста, де цивільні особи утримувалися в різних місцях довгострокового і короткострокового утримання під вартою по всьому місту. Для детального обговорення пособництва та підбурювання див. нижче.

²⁸²⁸ [МКТЮ](#), *Делаліч та інші*, пп. 1073-1119, 1123. Судова палата визнала Здравко Мучича як безпосередньо, так і як начальника/командира відповідальним за умисне заподіяння сильних страждань або серйозної шкоди тілу чи здоров'ю ув'язнених, а також за жорстоке поводження з ними, виходячи з його фактичного становища керівника табору для військовополонених у *Челебічі* (під час боснійської війни), а також з того, що "в силу цієї посади [Мучич] був особою, яка несла головну відповідальність за умови утримання в таборі і мала можливість впливати на них" (див. п. 1123 рішення). Для детального обговорення основної (прямої) відповідальності та відповідальності командира, див. нижче.

1467. Організаторство не має точного відтворення у формах відповідальності, визначених у МКП. Однак організація за ч. 3 ст. 27 ККУ може бути використана для охоплення поведінки, яка охоплює непряме виконання або непрямую співучасть, планування та віддання наказу, а за певних обставин — пособництво або сприяння в будь-який інший спосіб вчиненню злочину.

ii. Підбурювання (ККУ, стаття 27(4))

1468. У частині 4 статті 27 йдеться про підбурювачів, які “схилили іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином”. Іншими словами, підбурювання за ККУ передбачає провокування до вчинення злочину шляхом виникнення бажання (переконання в доцільності, вигідності, необхідності), виникнення рішучості або зміцнення умислу безпосереднього виконавця вчинити злочин.²⁸²⁹

1469. Що стосується суб'єктивних елементів цього виду, відповідно до статті 29(5), підбурювач повинен мати необхідний умисел щодо діяння, вчиненого виконавцем (тобто кримінального правопорушення).

МЕТОДИ ПЕРЕКОНАННЯ ЗА КРИМІНАЛЬНИМ КОДЕКСОМ УКРАЇНИ

Відповідно до ККУ, способами схилення співучасника до вчинення злочину є наступні:²⁸³⁰

- Спонування — систематичне або одноразове прохання особи, яка потребує допомоги, вчинити злочин;
- Підкуп — надання або обіцянка надання матеріальної (гроші, майно, передача або збереження майнових прав, звільнення від майнових обов'язків тощо) чи іншої допомоги (сприяння у працевлаштуванні, вирішенні певних життєвих проблем, звільнення від кримінальної відповідальності тощо) в обмін на вчинення злочину;
- Погроза — залякування особи погрозою заподіяння фізичної, майнової, моральної чи іншої шкоди, якщо вона не вчинить злочин;
- Примус — схилення іншої особи до вчинення злочину шляхом заподіяння їй тілесних ушкоджень або застосування іншого насильства, пошкодження майна, що належить їй чи її близьким, поширення певних відомостей про неї тощо; та
- Схилення в інший спосіб — вчинення будь-яких інших дій, якими особа схиляє співучасника до вчинення злочину, зокрема: вказівки, накази, поради, заклики тощо.

1470. Цей вид може бути корисним для притягнення до відповідальності віддалених виконавців міжнародних злочинів у разі, коли вони впливали на безпосередніх виконавців з метою вчинення злочинів, зокрема, наприклад, тих, хто створив у своєму підрозділі середовище, в якому заохочується вчинення міжнародних

²⁸²⁹ Андрушко, Арсенюк і Тихий, Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2009), [Коментар до статті 27 ККУ](#).

²⁸³⁰ Андрушко, Арсенюк і Тихий, Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2009), [Коментар до статті 27 ККУ](#).

злочинів, тих, хто вимагав від інших вчинення злочинів, або тих, хто підбурював інших до вчинення злочинів шляхом примушування до цього. Цей вид співучасті охоплює поведінку, подібну до визнаних міжнародними судами та трибуналами видів відповідальності за підбурювання, розпалювання або схиляння, а також пособництво та підбурювання.

iii. Виконання ролі пособника (ККУ, ч. 5 ст. 27)

1471. Згідно зі статтею 27(5), об'єктивні ознаки цієї форми співучасті передбачають, що “пособником” є особа, яка:²⁸³¹ (1) сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод; або (2) заздалегідь обіцяла переховати кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби, які були використані для його вчинення, сліди кримінального правопорушення або предмети, здобуті в результаті вчинення кримінального правопорушення, а також придбати чи збути їх, або в інший спосіб сприяти приховуванню слідів злочину.
1472. Відповідно до статті 29(5), суб'єктивний елемент цієї форми вимагає, щоб пособник мав умисел на вчинення діяння, яке вчинив виконавець (тобто кримінального правопорушення).

ПРИКЛАДИ ДІЯНЬ “ПОСОБНИКА”

- Високопоставлений адміністративний керівник муніципалітету, який сприяв продовженню програми примусової праці, призначивши керівника відповідного муніципального департаменту, відповідального за цю програму, і який сприяв обміну полоненими, призначаючи членів комітету з обміну полоненими та консультиуючись з ними щодо обміну полоненими.²⁸³²
- Командир військово-інженерного підрозділу, який надавав ресурси та техніку свого підрозділу до місць масових розстрілів, для розкопок поховань.²⁸³³
- Старший пастор, який привів озброєних нападників до комплексу, де нападники потім вбили цивільних.²⁸³⁴

²⁸³¹ ККУ, стаття 27(5).

²⁸³² МКТЮ, *Сіміч та ін. Апеляційне рішення*, пп. 153-155, 182-184, 189. У цій справі Благое Сіміч, голова муніципальної ради Босанського Шамача в Боснії і Герцеговині, був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до злочину переслідування цивільних осіб несербської національності шляхом їх незаконного арешту та утримання під вартою, примусової праці та примусового переміщення (див. п. 189 апеляційного рішення).

²⁸³³ МКТЮ, *Благоєвич і Йокич, Обвинувальний вирок*, пп. 357, 567(j), 763, 766-767, 769-775. Драган Йокич, начальник інженерної служби та командир інженерної роти в Армії Республіки Сербської (під час боснійської війни), був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до масових страт 2 700-4 200 потерпілим, оскільки він відправив і контролював розгортання ресурсів та обладнання бригади "Зворнік" на місця масових страт для розкопок поховань.

²⁸³⁴ МКТР, *Нтакірутімана та ін., Рішення та вирок*, пп. 788-790. Елізафан Нтакірутімана привіз на своєму автомобілі озброєних нападників до комплексу Мугонеро вранці 16 квітня 1994 року, і ці нападники почали вбивати біженців тутсі в комплексі. Обвинувачений знав, що члени етнічної групи тутсі були об'єктом нападу, і що, перевозячи нападників до комплексу, він допомагав їм у нападі. Відповідно, його було визнано винним у пособництві та підбурюванні до вбивства та заподіяння тяжких тілесних і психічних ушкоджень потерпілим тутсі.

- Армійський начальник, який забезпечував і постачав військово спорядження місцевим силам, що скоювали злочини, зокрема депортацію і насильницьке переміщення.²⁸³⁵

1473. Ця форма співучасті схожа на сприяння та підбурювання або сприяння в будь-який інший спосіб вчиненню чи спробі вчинення злочину, що визнається міжнародними судами та трибуналами.

b) Відповідальність за пособництво у міжнародному праві

1474. Як зазначалося вище, окрім включення до ККУ, відповідальність за пособництво також визнається у міжнародному звичаєвому праві, а також у інструментах і практиці міжнародних судів і трибуналів.²⁸³⁶ Відповідно, у цьому розділі будуть розглянуті такі форми відповідальності: планування, підбурювання, прохання або спонукання, пособництво та підбурювання, а також інше сприяння вчиненню злочину.

i. Планування

1475. Планування конкретно зазначено як форма відповідальності у статутах МКТЮ та МКТР,²⁸³⁷ і визнається міжнародним звичаєвим правом.²⁸³⁸ Однак планування не визнається як форма відповідальності за Статутом МКС, натомість така поведінка, ймовірно, підпадає під форми відповідальності у вигляді співучасті у злочині²⁸³⁹ та інше сприяння злочину.

1476. Згідно з практикою МКТЮ і МКТР, об'єктивний елемент «планування» вимагає, щоб одна або кілька осіб «розробили дизайн злочинного діяння, що становить

²⁸³⁵ МКТЮ, [рішення](#) у справі Шайновича та інших (том 3 з 4), пп. 623-630. Драголюб Ойданіч (начальник Генерального штабу югославської армії) був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до депортації та насильницького переміщення албанського цивільного населення, зокрема, через те, що він озброював неалбанське населення в Косово.

²⁸³⁶ *наприклад*, [Статут МКС](#), стаття 25(3)(b)-(d); [Статут МКТЮ](#), стаття 7(1); [Статут МКТР](#), стаття 6(1).

²⁸³⁷ [Статут МКТЮ](#), стаття 7(1); [Статут МКТР](#), стаття 6(1).

²⁸³⁸ *наприклад*, МКТЮ, *Шайнович та ін.* [Рішення щодо клопотання Драголюба Ойданіча про оскарження юрисдикції – Спільне злочинне підприємство](#), п. 21: через те, що однією з передумов для того, щоб спосіб відповідальності підпадав під юрисдикцію МКТЮ, є те, що, серед іншого, "він повинен був існувати відповідно до міжнародного звичаєвого права у відповідний час".

²⁸³⁹ У МКС поняття відповідальності в силу планування обговорювалося в контексті того, що співвиконавець міг зробити істотний внесок у спільний план на будь-якому етапі, зокрема етап планування, див.: МКС, [Рішення щодо апеляції у справі Нтаганди \(Ntaganda\)](#), [Рішення щодо апеляції у справі Лубанги \(Lubanga\)](#), [Рішення щодо апеляції у справі Бемби та ін.](#): МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нтаганди*, пп. 22, 24, 1066; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Лубанги*, пп. 7, 469; МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби та ін.*, пп. 69; МКС, [Рішення про затвердження обвинувачень](#) у справі *Бле Гуде*, п. 134; МКС, [Рішення про видачу ордеру на арешт Аль-Хассана](#), п. 170. Суддя МКС Крістін Ван ден Вінгаерт також зазначила, що "планування" також міститься в кількох проектах Статуту цього Суду, де воно з'являється поряд з формулюванням того, що стане статтею 25(3)(a) Статуту": МКС, [Рішення](#) у справі *Чуй відповідно до статті 74 Статуту – Окрема думка судді Крістін Ван ден Вінгаерт*, с. 10, с. 22.

один або кілька» злочинів, які згодом будуть вчинені.²⁸⁴⁰ Це може включати «формулювання методу розробки дизайну діяння, алгоритму або угоди про вчинення конкретного злочину», який згодом було скоєно.²⁸⁴¹ Достатньо продемонструвати, що планування було фактором, який суттєво сприяв злочинному діянню.²⁸⁴² Крім того, не потрібно доводити присутність обвинуваченого на місці злочину, щоб довести, що злочини були вчинені під керівництвом обвинуваченого або за його планом.²⁸⁴³

1477. Що стосується суб'єктивних елементів, то особа, яка планує злочин, повинна була мати «умисел спланувати вчинення злочину або, як мінімум, усвідомлювати значну ймовірність того, що злочин буде вчинено за виконання запланованих дій або бездіяльності».²⁸⁴⁴

ПРИКЛАД З ПРАКТИКИ – ПЛАНУВАННЯ МКТЮ, РІШЕННЯ У СПРАВІ КОРДІЧА І ЧЕРКЕСА, ПП. 493-494, 497, 829

У справі *Кордіча і Черкеса* в МКТЮ один з обвинувачених, Кордіч, був визнаний винним, серед іншого, у злочині проти людяності у вигляді переслідування, який був скоєний різними засобами і методами, зокрема через напади на низку міст і населених пунктів; вбивства цивільних осіб; затримання і жорстоке поводження з цивільними особами; насильницьке переміщення; розпалювання міжнаціональної ворожнечі; а також грабежі і руйнування.

Кордіч був політичним лідером боснійських хорватів у Центральній Боснії і *де-факто* був пов'язаний з військовим керівництвом. Відповідно, Кордіч брав участь у нападах ОВХ (військове формування боснійських хорватів) на різні муніципалітети та їхньому захопленні. Наприклад, для того, щоб полегшити ОВХ захоплення муніципалітету Бусовача, необхідно було розподілити зброю та обладнання, що зберігалось в місцевих казармах Югославської національної армії. Кордіч брав участь у плануванні захоплення однієї з цих казарм і вивезенні зброї та боєприпасів, які там знаходилися.

Судова палата МКТЮ встановила, що, хоча Кордіч не входив до найвищих ешелонів керівництва боснійських хорватів і не сам задумав кампанію переслідувань, він, тим не менш, був регіональним політичним лідером і з ентузіазмом долучився до загального задуму переслідувань, плануючи, готуючи і віддаючи накази щодо тих частин кампанії, які входили до сфери його повноважень.

1478. Значна частина дій, які можуть становити «планування», може бути охоплена поняттям «організація» відповідно до ч. 3 ст. 27 ККУ. Низка різних форм організації, визнаних українською практикою, зокрема розподіл обов'язків, визначення об'єкта злочину, розробку плану вчинення злочину, пошук або при-

²⁸⁴⁰ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Черкеса*, п. 26; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Мілошевича*, п. 268;

²⁸⁴¹ МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Семанзи*, п. 380.

²⁸⁴² МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Черкеса*, п. 26; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Мілошевича*, п. 268.

²⁸⁴³ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Бошковського і Тарчуловського*, п. 125.

²⁸⁴⁴ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордіча та Черкеса*, п. 31; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Мілошевича*, п. 273; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Нахімани та ін.*, п. 479.

стосування засобів/інструментів/зброя для вчинення злочину, можуть бути витлумачені як такі, що включають дії, які кваліфікуються як «планування» *ad hoc* трибуналами та відповідно до міжнародного звичаєвого права. Що стосується *mens rea*, коли злочини можуть вчинятися з непрямим умислом (тобто, коли обвинувачений передбачав суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажав їх, але свідомо припускав їх настання), вони також можуть охоплювати нижчий стандарт МКП («усвідомлення значної ймовірності того, що злочин [буде] вчинено за виконання запланованих дій або бездіяльності»).

ПРИКЛАДИ “ПЛАНУВАННЯ”

Сценарій 1

Обвинувачений, який підтримував жорстку субординацію у своєму підрозділі, брав активну участь у прийнятті рішень з низки питань, що стосувалися його підрозділу, в тому числі щодо кількості боєприпасів та відбору його членів. Хоча він не розробляв загальну стратегію збройних сил, до складу яких входив його підрозділ, обвинувачений мав можливість вирішувати, як його підрозділ буде реалізовувати цю стратегію, і, у зв'язку з цим, планував снайперську кампанію, яка була реалізована його військами, а також приймав рішення про розміщення зброї (наприклад, розміщення артилерії і переміщення авіаційних бомбових установок) і способи застосування такої зброї.²⁸⁴⁵

Сценарій 2

Обвинувачений організував перевезення групи людей (які були забезпечені міліцейською формою і зброєю) в район, близький до села, проти якого вони мали розпочати військову операцію. Обвинувачений брав участь у зустрічах, під час яких обговорював операцію з іншими учасниками та домовився про вогневу підтримку цієї операції з боку іншого підрозділу. Обвинувачений особисто керував групою міліціонерів під час операції, які були добре озброєні різноманітною зброєю, зокрема гранати, реактивну вибухівку та значну кількість бензину і запалювальних матеріалів.²⁸⁴⁶

ii. Підбурювання, схилення, спонукання

1479. Статути *ad hoc* трибуналів містять таку форму відповідальності як «підбурювання»,²⁸⁴⁷ тоді як у Статуті МКС йдеться про «примушування або спонукання».²⁸⁴⁸ Ці види відповідальності охоплюють функціонально однакову поведінку, проте існують певні відмінності в їхньому тлумаченні.

1480. Об'єктивні ознаки вимагають, щоб обвинувачений “сприяв” або «примушував чи заохочував» когось до вчинення злочину (підбурювання);²⁸⁴⁹ впливав на безпосереднього виконавця шляхом переконливого аргументування, переконання

²⁸⁴⁵ наприклад, МКТЮ, [Рішення](#) у справі Мілошевича, пп. 959-963.

²⁸⁴⁶ наприклад, [Апеляційне рішення](#) у справі Бошковського і Тарчуловського, пп. 151-154.

²⁸⁴⁷ [Статут МКТЮ](#), стаття 7(1); та [Статут МКТР](#), стаття 6(1).

²⁸⁴⁸ [Статут МКТЮ](#), стаття 25(3)(b).

²⁸⁴⁹ МКТЮ, [справа Блашкіча](#), п. 280; МКТЮ, [справа Кордича та Черкеса](#), п. 27; МКТЮ, [справа Лімая та інших. Судове рішення](#), п. 514; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі Багілішеми, п. 30.

або будь-якої іншої поведінки, яка спонукала таку особу до вчинення злочину (“схиляння”),²⁸⁵⁰ або просив чи закликав безпосереднього виконавця вчинити злочинне діяння (“спонукання”).²⁸⁵¹ Крім того, повинен існувати причинно-наслідковий зв'язок між підбурюванням, спонуканням або підбурюванням та вчиненням злочинном. У справах в МКС вимагається, щоб підбурювання/прохання мало безпосередній вплив на вчинення або замах на вчинення злочину;²⁸⁵² тоді як *ad hoc* трибунали вимагали, щоб підбурювання суттєво сприяло вчиненню злочину.²⁸⁵³ Сторона обвинувачення не зобов'язана “доводити, що злочин або основне правопорушення не було б скоєно, якби не підбурювання обвинуваченого”.²⁸⁵⁴

1481. Підбурювання, схиляння або спонукання можуть бути явними або неявними,²⁸⁵⁵ і можуть мати різні форми, такі як промови або створення атмосфери, сприятливої для вчинення злочину підлеглими, наприклад, шляхом надання карт-бланшу на вчинення злочину, подачі прикладу власною поведінкою або через відому та постійну терпимість.²⁸⁵⁶ Між обвинуваченим і безпосереднім виконавцем злочину не обов'язково повинні існувати стосунки “начальник-підлеглий”.²⁸⁵⁷ Вплив, як правило, має психологічний характер (наприклад, переконання, заманювання або обіцянки), але може також мати форму фізичного тиску (наприклад, примусу або погроз), якщо особа, яку переконують/примушують, все ще має свободу діяти і вирішувати, чи вчиняти злочин, чи ні.²⁸⁵⁸
1482. Що стосується суб'єктивних елементів, то МКС вимагає, щоб обвинувачений усвідомлював, що злочини будуть скоєні за звичайного перебігу подій.²⁸⁵⁹ З іншого боку, *ad hoc* трибунали вимагають, щоб обвинувачений мав умисел спровокувати або схилити до вчинення злочину, або усвідомлював значну ймовірність того, що вчинення злочину буде ймовірним наслідком його дій.²⁸⁶⁰

²⁸⁵⁰ МКС, справа *Кілоло та ін.* [Судове рішення](#), п. 76.

²⁸⁵¹ МКС, справа *Кілоло та ін.* [Судове рішення](#), п. 75.

²⁸⁵² [Статут МКС](#), стаття 25(3)(b); МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди про підтвердження обвинувачень*, п. 153. Див. також: Браммерц і Джарвіс, *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016, с. 235, з посиланням на ICTY, Kordić & Čerkez [Appeal Judgment](#), п. 27. Це означає, що дії обвинуваченого мали підштовхнути безпосереднього виконавця до вчинення злочину: МКС, справа *Кілоло та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 848; МКС, справа *Кілоло та ін.* Первинне [рішення](#), п. 81.

²⁸⁵³ МКТЮ, [справа Шайнович та ін.](#), п. 83; МКТЮ, [справа Квочка та ін.](#), п. 252; МКТР, справа *Нахімана та ін.*, [Апеляційне рішення](#), п. 480.

²⁸⁵⁴ МКТЮ, [справа Шайнович та ін.](#), п. 84; МКТЮ, [справа Квочка та ін.](#), п. 252; МКТР, справа *Нахімана та ін.*, [Апеляційне рішення](#), п. 480.

²⁸⁵⁵ МКТЮ, [справа Шайнович та ін.](#), п. 83; МКТЮ, [справа Толімір](#), пп. 902.

²⁸⁵⁶ Браммерц і Джарвіс, *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016, с. 235, цитуючи МКТЮ, [рішення](#) у справі *Галіча*, п. 168. Див. також: Агірре Аранбуру, "Сексуальне насильство поза розумними сумнівами: Using Pattern Evidence and Analysis for International Cases" (2010) 23 *Leiden JIL*, с. 609, 614.

²⁸⁵⁷ МКС, [рішення](#) у справі *Кілоло та ін.*, п. 77; МКТЮ, [рішення](#) у справі *Оріча*, п. 272.

²⁸⁵⁸ Тріфтерер та Амбос, Римський статут Міжнародного кримінального суду: A Commentary, 3rd Edition, С.Н. Веєк, Hart, Nomos, 2016, с. 1003; МІСТ, Šešelj [Appeal Judgment](#), para. 124.

²⁸⁵⁹ [Статут МКС](#), стаття 25(3)(b); МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди про підтвердження обвинувачень*, пп. 153; Браммерц і Джарвіс, *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016, с. 235, з посиланням на МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Kordić & Čerkez*, п. 27.

²⁸⁶⁰ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, пп. 29, 32; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брданіна*,

ПРИКЛАД – ПІДБУРЮВАННЯ АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ БОСКОСКИ І ТАРЧУЛОВСКИ, ПП. 2-3, 130, 135, 138, 150, 153-154, 157.

У справі *Боскоскі і Тарчуловські*, що розглядалася в МКТЮ, Тарчуловські, один з обвинувачених, був визнаний винним, серед *іншого*, в підбурюванні до порушень законів і звичаїв війни (тобто вбивств, безглузких руйнувань і жорстокого поводження), що мали місце під час нападу на село Люботен. У відповідний час Тарчуловські був поліцейським в Управлінні охорони президента в Міністерстві внутрішніх справ Колишньої Югославської Республіки Македонія.

Апеляційна палата МКТЮ встановила, що Судова палата дійшла правильного висновку, що дії Тарчуловського під час підготовки та проведення поліцейської операції в Люботені суттєво сприяли вчиненню злочинів, які сталися під час цієї операції (тобто вбивства, жорстоке поводження та підпали будинків цивільних осіб), і що він мав необхідний *mens rea*. Роль Тарчуловського у підготовці та проведенні операції включала, *зокрема*: його участь у зустрічі, на якій він разом з представниками міліції та військових обговорював операцію; звіт і нотатки з зустрічі, в яких йдеться про те, що операція приписується обвинуваченому або відзначається його керівництвом нею; свідчення свідка про те, що операція була спланована Тарчуловським; участь Тарчуловського у підготовці операції (наприклад, він організував вогневу підтримку з боку іншого підрозділу і особисто керував групою міліціонерів під час операції); і той факт, що Тарчуловський був присутній у селі під час скоєння злочинів.

1483. Цей вид відповідальності можна порівняти з “пособництвом”, передбаченим ч. 4 ст. 27 ККУ, яке включає схиляння іншої особи до вчинення злочину «шляхом переконання, підпорядкування, погрози, примусу або в інший спосіб». Хоча «пособництво» існує як окремий вид відповідальності згідно з МКП (більш детально обговорюється нижче, тип поведінки, передбачений ч. 4 ст. 27, зокрема, “переконання”, “примус” і “погроза”, як видається, більше пов’язаний з підбурюванням або схилянням до злочину. Відповідні міркування щодо суб’єктивної сторони злочину є такими ж, як і для статті 27(3). Зокрема, коли злочини можуть бути вчинені з непрямым умислом (тобто, коли обвинувачений передбачав суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажав їх, але свідомо припускав їх настання), вони також можуть охоплювати нижчий стандарт МКП (“усвідомлення значної ймовірності того, що вчинення злочину буде ймовірним наслідком їхніх діянь”).

п. 269; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Налетіліча та Мартиновича*, п. 60.

ПРИКЛАДИ “ВИМАГАННЯ/ПІДБУРЮВАННЯ”

Ситуація 1

Під час окупації міста досвідчений підрозділ був посилений новоприбулими мобілізованими військовослужбовцями. Один з новоприбулих солдатів познайомився з досвідченим солдатом (тобто обвинуваченим), який порадив йому, що необхідним кроком для того, щоб стати справжнім патріотом і солдатом, є похід у місто і вбивство цивільної особи. Спочатку солдат вагався, але врешті-решт вчинив злочин через переконання (зокрема, погрози), з якими він зіткнувся з боку обвинуваченого.

Ситуація 2

Керівник місцевої окупаційної адміністрації (тобто обвинувачений) зробив кілька підбурювальних та дискримінаційних заяв, в яких він виступав за звільнення певної групи з роботи та вигнання членів цієї групи з окупованої території. З огляду на те, що обвинувачений обіймав керівну посаду, ці заяви підштовхнули низку військовослужбовців до вчинення злочинів проти цивільного населення (вбивств, зґвалтувань, катувань тощо).

iii. Надання допомоги та підбурювання

1484. Відповідно до МКС, обвинувачений може нести відповідальність за надання допомоги, підбурювання або інше сприяння вчиненню злочину.²⁸⁶¹
1485. Об'єктивні елементи цього виду відповідальності за міжнародним кримінальним правом вимагають, щоб обвинувачений допомагав, підбурював або іншим чином сприяв вчиненню злочину або замаху на його вчинення, в тому числі шляхом надання засобів для його вчинення.²⁸⁶² Допомога може полягати в дії або бездіяльності і може бути надана до, під час або після вчинення злочину.²⁸⁶³ Таке сприяння може мати форму практичної (або матеріальної) допомоги,²⁸⁶⁴ заохочення,²⁸⁶⁵ або висловлення співчуття щодо вчинення злочину.²⁸⁶⁶ Не обов'язково,

²⁸⁶¹ Статут МКС, стаття 25(3)(с); Статут МКТЮ, стаття 7(1); і Статут МКТР, стаття 6(1).

²⁸⁶² МКС, справа "Кілоло та інші", пп. 83-84; МКС, справа "Кілоло та інші", апеляційне рішення, пп. 1325; МКС, Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Аль-Махді, п. 26; МКС, Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Онгвена, п. 43; МКТЮ, Апеляційне рішення у справі Алексовського, пп. 163, 165; МКТЮ, Апеляційне рішення у справі Поповича та ін., пп. 1732; МКТЮ, Рішення у справі Орїча, пп. 269, 282, 288; МКТЮ, Рішення у справі Благоєвича та Йокіча, пп. 726; МКТР, Рішення та вирок у справі Семанци, пп. 385, 388.

²⁸⁶³ МКС, рішення у справі Кілоло та ін., п. 96; Рішення у справі Благоєвича та Йокіча, п. 726.

²⁸⁶⁴ МКС, справа Кілоло та ін., п. 88; МКТЮ, справа Попович та ін., Апеляційне рішення, п. 1732; МКТЮ, справа Квочка та ін., п. 253; МКТЮ, справа Мркішич та ін., п. 1732. 1732; МКТЮ, Квочка та ін., Рішення, п. 253; МКТЮ, Мркішич та ін., Рішення, п. 551; СССЛ, Sesay et al. Trial Decision, п. 276; СССЛ, Taylor Trial Decision, fn.1136.

²⁸⁶⁵ Заохочення не обов'язково має бути явним і може включати ситуації, коли обвинувачений присутній на місці злочину як "мовчазний глядач", здатний надати мовчазне заохочення "просто своєю присутністю та авторитетом": МКС, Рішення у справі Кілоло та ін., п. 89; МКТР, Апеляційне рішення у справі Кайїшеми та Рузіндани, пп. 201-202; МКТР, Рішення та вирок у справі Семанци, пп. 385; МКТ, Апеляційне рішення у справі Нзірабатваре, п. 150.

²⁸⁶⁶ МКС, справа Кілоло та ін., п. 89; МКТЮ, справа Попович та ін., Апеляційне рішення, п. 1732; МКТЮ, справа Мркішич та ін., пп. 1732; МКТЮ, Мркішич та ін., Рішення у справі, п. 551; МКТЮ, рішення у справі Квочка та ін., п. 254; МКТЮ, рішення у справі Фурунджия, п. 231; МКТР, рішення у справі Акаєсу, п. 484; СССЛ, рішення

щоб обвинувачений був особисто присутній під час вчинення злочину.²⁸⁶⁷ Крім того, обвинувачений може бути притягнутий до відповідальності за пособництво, якщо він надавав свою підтримку опосередковано, через посередника, наприклад, діючи в порядку підлеглості.²⁸⁶⁸

1486. У МКС не існує мінімального порогу допомоги, який повинен бути досягнутий для встановлення відповідальності обвинуваченого за пособництво та підбурювання, а також не існує жодних суворих вимог щодо впливу допомоги на вчинення злочину. Зрештою, питання про те, чи є поведінка обвинуваченого “пособництвом”, залежатиме від фактів у кожній конкретній справі, в тому числі від ролі обвинуваченого стосовно безпосереднього виконавця (виконавців).²⁸⁶⁹ Однак, на думку *ad hoc* трибуналів, “допомога не обов’язково повинна була спричинити дії безпосереднього виконавця, але вона повинна була мати “суттєвий вплив” на вчинення злочину”.²⁸⁷⁰

1487. Що стосується суб’єктивних елементів надання допомоги та підбурювання, то стандарт відрізняється між МКС та *ad hoc* трибуналами:

- У МКС докази повинні продемонструвати, що дії обвинуваченого були здійснені “з метою сприяння вчиненню такого злочину”.²⁸⁷¹ Недостатньо, щоб обвинувачений просто знав, що його поведінка сприятиме вчиненню злочину.²⁸⁷² Це може бути продемонстровано, наприклад, доказами прямого заохочення обвинуваченим вчинення злочину.²⁸⁷³ В іншому разі, однак, обвинувачений може бути мало обізнаний або взагалі не знати про злочин, якщо безпосередній виконавець (виконавці) перебуває далеко від обвинуваченого і зберігає (зберігають) високий ступінь автономії над своєю діяльністю.²⁸⁷⁴

у справі *Sesay та ін.*, пп. 276-277; СССЛ, [рішення](#) у справі *Taylor*, п. 1136.

²⁸⁶⁷ МКС, [Рішення](#) у справі *Кілоло та ін.*, п. 96; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Оріча*, п. 282; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Фурунджі*, п. 209; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кайішеми та Рузіндани*, п. 201; МКТР, [Рішення](#) у справі *Рутаганди*, п. 43.

²⁸⁶⁸ МКС, справа “*Кілоло та ін.*”, [Апеляційне рішення](#), п. 1330; МКС, справа “*Кілоло та ін.*”, пп. 1330; МКС, справа *Кілоло та ін.*, [рішення](#) в першій інстанції, п. 96; МКТЮ, [Обвинувальний вирок](#) у справі *Оріча*, п. 282; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Благоєвича та Йокича*, п. 127; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Поповича та ін.*, п. 1784.

²⁸⁶⁹ МКС, справа “*Кілоло та ін.*”, [Апеляційне рішення](#), пп. 1327; МКС, справа “*Кілоло та ін.*”, [рішення](#) в першій інстанції, п. 93; МКС, [Рішення](#) у справі *Онгвена про підтвердження обвинувачень*, п. 43.

²⁸⁷⁰ МКТЮ, [справа Благоєвича та Йокича](#), п. 726 (курсив наш); МКТЮ, справа *Поповича та ін.*, [Апеляційне рішення](#), пп. 726 (виділено нами); МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Поповича та інших*, п. 1732; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 1732; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Караджича*, п. 576; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Фурунджі*, п. 235; МКТР, [Рішення](#) у справі *Рутаганди*, п. 43.

²⁸⁷¹ МКС, [Рішення у справі Онгвен про підтвердження обвинувачень](#), п. 43.

²⁸⁷² МКС, справа *Кілоло та ін.* [Судове рішення](#), п. 97.

²⁸⁷³ Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2016, с. 579.

²⁸⁷⁴ наприклад, МКС, [Рішення](#) у справі *Єкатому про підтвердження звинувачень*, пп. 164, де Палата попереднього провадження МКС не змогла підтвердити звинувачення у пособництві та підбурюванні, оскільки “Прокурор не зміг довести, що антибалаківські групи, які діяли в районах, віддалених від столиці Бангі, перебували під ефективним контролем членів Національної координаційної групи, зокрема Нгаїссону. Хоча відповідні антибалаківські групи формально і політично перебували під егідою Національної координації [...], вони зберігали високий ступінь автономії в оперативних питаннях, настільки, що члени Національної координації — особливо Нгаїссона — мали обмежену інформацію про їхні злочинні дії і контроль над ними, якщо такі взагалі були”.

На додаток до цього специфічного психічного елементу, необхідно також продемонструвати, що обвинувачений мав необхідний умисел і знання щодо злочину, про який йде мова.²⁸⁷⁵ Це означає, що обвинувачений повинен був принаймні усвідомлювати, що безпосередній виконавець злочину буде скоювати його за звичайного перебігу подій.²⁸⁷⁶

- З іншого боку, у *ad hoc* трибуналах суб'єктивний елемент вимагає, щоб обвинувачений діяв “з усвідомленням того, що його діяння сприяють скоєнню злочину фактичним виконавцем (виконавцями)”.²⁸⁷⁷ При цьому не вимагається, щоб обвинувачений знав, який саме злочин він планував вчинити або який був фактично вчинений; достатньо того, що він усвідомлював, що один з низки злочинів, ймовірно, буде вчинений, за умови, що один з цих злочинів буде фактично вчинений.²⁸⁷⁸

ПРИКЛАД СПРАВИ – СПРИЯННЯ ТА ПІДБУРЮВАННЯ МКТЮ, АПЕЛЯЦІЙНЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ ВАСИЛЬЄВИЧА, ПП. 1, 133-135

У справі *Василієвича*, що розглядалася в МКТЮ, Василієвич був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до вбивства як воєнного злочину і злочину проти людяності, а також у пособництві та підбурюванні до нелюдського поводження як злочину проти людяності. Засудження Василієвича пов'язане з інцидентом, коли він допомагав Мілану Лукічу (лідеру воєнізованого угруповання, до якого Василієвич не входив, але був пов'язаний з ним) і двом невідомим чоловікам насильно перевезти сімох чоловіків-мусульман на східний берег річки Дрина, де їх розстріляли. П'ятеро з семи чоловіків загинули в результаті розстрілу, а двоє вижили, впавши в річку і прикинувшись мертвими.

Апеляційна палата встановила, що Васильєвич знав, що семеро чоловіків-мусульман будуть вбиті; що він пройшов зі зброєю в руках від місця, де вони припаркували автомобілі, до річки Дрина; що він направив пістолет на сімох чоловіків-мусульман; і що він стояв позаду чоловіків-мусульман зі своїм пістолетом разом з іншими трьома злочинцями незадовго до того, як почалася стрілянина. Апеляційна палата постановила, що єдиним обґрунтованим висновком, який можна зробити на підставі сукупності доказів, є те, що Васильєвич знав, що його дії сприятимуть скоєнню вбивств. Відповідно, Апеляційна палата встановила, що, перешкоджаючи чоловікам втекти на шляху до берега річки і під час стрілянини, дії Васильєвича мали «істотний вплив на вчинення злочину»

1488. Хоча “пособництво” є окремим видом відповідальності відповідно до ч. 4 ст. 27 ККУ, пособництво, як видається, має відмінне значення від його значення в МКП. Як зазначалося вище, пособництво відповідно до ч. 4 ст. 27 ККУ визначається як “переконання, підпорядкування, погроза [або] примус”, і, таким

²⁸⁷⁵ МКС, справа *Кілоло та ін.* [Судове рішення](#), п. 98.

²⁸⁷⁶ МКС, справа *Кілоло та ін.* [Судове рішення](#), п. 98.

²⁸⁷⁷ МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Каєлієлі*, пп. 768; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Станішича та Сіматовича*: [Том II](#), п. 1264; МКТЮ, [Рішення і вирок](#) у справі *Станішича та Сіматовича*, пп. 1264; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Оріча*, п. 288.

²⁸⁷⁸ [Рішення](#) у справі МІСТ, *Stanišić та Simatović*: [Том II](#), пп. 1264; МКТР, [Рішення та вирок](#) у справі *Каєлієлі*, п. 768; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Оріча*, п. 288.

чином, воно ближче до “підбурювання чи спонування”, що передбачено в МКП. Однак у ч. 4 ст. 27 також згадується, що пособництво може вчинятися в інших формах, що робить цей перелік невичерпним. Таким чином, певні категорії допомоги, що підпадають під “пособництво” як воно визначено в МКП, можуть бути кваліфіковані як пособництво за ККУ. Надання матеріальної допомоги та сприяння, однак, більш доречно було б кваліфікувати за статтею 27(5), яка включає сприяння вчиненню злочину шляхом “порад, вказівок, надання засобів чи знарядь або усунення перешкод”.

1489. Згідно зі статтею 26 ККУ, пособництво або підбурювання до злочину передбачає, що виконавець мав умисел вчинити злочин. Це найбільше відповідає вимозі МКС про те, що допомога повинна надаватися “з метою полегшити вчинення такого злочину”. Однак, якщо злочини можуть бути вчинені з непрямым умислом (тобто, коли обвинувачений передбачав суспільно небезпечні наслідки і, хоча і не бажав їх, але свідомо припускав їх настання), вони також можуть підпадати під нижчий стандарт МКТЮ (“з усвідомленням того, що його діяння сприяють вчиненню злочину фактичним виконавцем (виконавцями)”).

ПРИКЛАДИ ПОСОБНИЦТВА, ПІДБУРЮВАННЯ АБО ІНШОГО СПРИЯННЯ У ВЧИНЕННІ АБО ЗАМАХУ НА ВЧИНЕННЯ ЗЛОЧИНУ

Ситуація 1

Водій автобуса, який перевозив цивільних осіб з однієї держави до фільтраційного табору в іншій державі, тим самим сприяючи стороні конфлікту у вчиненні злочину депортації.

Ситуація 2

Солдат, який охороняв будинок, в якому, як йому було відомо, його товариші по службі привезли жінку для зґвалтування. Він охороняв будинок, щоб переконатися, що ніхто не спробує втрутитися у вчинення злочину.

Ситуація 3

Військовослужбовець, який дізнався, що його товариші планують вчинити віроломство, і дав їм пораду, як це зробити більш ефективно, та/або забезпечив їх цивільним одягом для вчинення злочину.

Ситуація 4

Функціонер місцевої окупаційної адміністрації, який забезпечував солдатів у місці несвободи такими предметами, як мотузка, що використовувалися для катувань.

iv. Інша участь у злочинах

1490. Відповідно до статті 25(3)(d) Статуту МКС, обвинувачений може бути притягнутий до відповідальності за “іншу участь у злочинах”, якщо він навмисно сприяв вчиненню або замаху на вчинення злочину спільно з іншою групою осіб, які

діяли зі спільною метою. Судді повинні мати на увазі, що це не розглядається як форма відповідальності згідно зі статутами МКТЮ або МКТР.

1491. Об'єктивні ознаки цього злочину вимагають, щоб (1) безпосередні виконавці, які намагалися вчинити злочин або вчинили його, належали до групи, що діяла зі спільною метою; та (2) обвинувачений сприяв вчиненню злочину в будь-який інший спосіб, окрім визначених у статті 25(3)(b)-(c) Статуту МКС (тобто, окрім наказу, підбурювання, спонукування або пособництва та підбурювання).²⁸⁷⁹
1492. Група осіб, які діють за спільною метою, не обов'язково повинна бути організована у військову, політичну чи адміністративну структуру,²⁸⁸⁰ і не потрібно доводити, що обвинувачений був членом цієї групи.²⁸⁸¹ Спільна мета групи повинна містити елемент злочинності, тобто вчинення злочину, або вчинення злочину за звичайного перебігу подій.²⁸⁸² Це можна встановити за допомогою доказів колективних рішень, дій або бездіяльності групи.²⁸⁸³ При цьому не обов'язково, щоб спільна мета була заздалегідь узгоджена або сформульована — вона могла виникнути без особливої підготовки і впливати з подальших узгоджених дій групи.²⁸⁸⁴
1493. Внесок у досягнення спільної мети може бути зроблений як членами групи, так і особами, які не входять до неї.²⁸⁸⁵ Внесок обвинуваченого повинен мати суттєвий вплив на вчинення злочину, щоб відповідати цій формі відповідальності.²⁸⁸⁶ Внесок як такий, хоча він і не повинен бути єдиним визначальним фактором у вчиненні злочину,²⁸⁸⁷ не може бути загальним, несуттєвим або тривіальним за своєю природою.²⁸⁸⁸ Тим не менш, не вимагається, щоб обвинувачений фізично вчинив злочин,²⁸⁸⁹ і його внесок може бути пов'язаний як з матеріальними (фізичними) елементами злочинів (наприклад, наданням зброї), так і з суб'єктивними (психічними) елементами (наприклад, заохоченням).²⁸⁹⁰
1494. Що стосується суб'єктивної сторони, то обвинувачений повинен мати умисел зробити свій внесок.²⁸⁹¹ Крім того, внесок повинен бути зроблений з метою

²⁸⁷⁹ Статут МКС, стаття 25(3)(d); МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, пп. 1620, 1624; МКС, [Рішення](#) у справі Катанги про передачу додаткового юридичного та фактичного матеріалу, пп. 16; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі Мбарушимани, п. 640; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі Мутаури та ін., п. 421; МКС, [Рішення](#) про підтвердження обвинувачень у справі Руту, пп. 421; МКС, Руту та ін., [Рішення про затвердження обвинувачень](#), п. 351; МКС, Нтаганда, [Рішення про затвердження обвинувачень](#), п. 158.

²⁸⁸⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1626.

²⁸⁸¹ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1631.

²⁸⁸² МКС, [Судове рішення у справі Катанги](#), пп. 1626-1627, 1630.

²⁸⁸³ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1627.

²⁸⁸⁴ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1626.

²⁸⁸⁵ МКС, [Рішення](#) у справі Катанги, пп. 1631; МКС, [Рішення](#) у справі Мбарушимани [про підтвердження обвинувачень](#), пп. 272, 275.

²⁸⁸⁶ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1633-1634.

²⁸⁸⁷ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1633-1634.

²⁸⁸⁸ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1632.

²⁸⁸⁹ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1635.

²⁸⁹⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1635.

²⁸⁹¹ Статут МКС, стаття 25(3)(d); МКС, [Судове рішення](#) у справі Катанги, пп. 1632, 1637-1639; МКС, [Рішення](#) у справі

сприяння досягненню спільної злочинної мети, якщо така мета передбачає вчинення злочину, або, як альтернатива, він повинен бути зроблений з усвідомленням умислу групи вчинити злочин.²⁸⁹² Обвинувачений може нести відповідальність лише за ті злочини, які група вчинила або намагалася вчинити з умислом реалізувати спільну мету.²⁸⁹³ Наприклад, обвинувачений не буде нести відповідальність за опортуністичні дії членів групи, які не мають жодного відношення до спільної мети.²⁸⁹⁴

ПРИКЛАД – ІНШІ ВНЕСКИ ЧЕРЕЗ СПІЛЬНУ МЕТУ МКС, СУДОВЕ РІШЕННЯ У СПРАВІ КАТАНГИ, ПП. 1361, 1652-1691

У справі *Катанги*, що розглядалася в МКС, Судова палата встановила, що Катанга, голова ополчення Нгіті, зробив значний внесок у скоєння вбивств, нападів на цивільне населення, мародерства і знищення майна та з'валтувань, які сталися під час нападу ополченців Нгіті на село Богоро. Палата дійшла висновку, що ополчення Нгіті було організацією, яка мала власний задум (тобто **спільну мету**) напасти на село Богоро з метою його зачистки від військовослужбовців Конголезького корпусу та цивільних осіб з племені гема.

Крім того, Палата встановила, що хоча Катанга не організував напад, він надав допомогу ополченцям, щоб полегшити напад (і, таким чином, сприяти досягненню спільної мети бойовиків "Нгіті"), підтримуючи зв'язок з іншими групами, що діяли в цьому районі, з метою укладення союзу між ополченцями і військовою владою в Бені, а також забезпечивши отримання, безпечно зберігання і організований розподіл зброї та боеприпасів, необхідних для нападу, між різними командирами ополченців. Відповідно, Палата дійшла висновку, що внесок обвинуваченого мав значний вплив на виникнення і спосіб вчинення злочинів, скоєних ополченцями під час нападу, і що він зробив цей внесок навмисно.

1495. Оскільки ця форма відповідальності вимагає, щоб група осіб діяла зі спільною метою, діяння, що підпадають під цю форму відповідальності, можуть покриватися статтею 28(2)-(4) ККУ, яка, як обговорювалося, вимагає, щоб злочин, вчинений групою осіб або організованою/злочинною групою, був скоєний за попередньою змовою або спільним планом, у зв'язку з відповідною формою відповідальності за статтею 27. Подібно до «іншого сприяння», передбачених Статутом МКС, стаття 28 ККУ не визначає точний тип індивідуальних внесків, необхідних для притягнення особи до відповідальності як члена злочинної групи/організації.

Мбарушимани [про підтвердження обвинувачень](#), п. 288.

²⁸⁹² Статут МКС, стаття 25(3)(d).

²⁸⁹³ МКС, [Судове рішення у справі Катанги](#), пп. 1628-1630.

²⁸⁹⁴ МКС, [Судове рішення у справі Катанги](#), пп. 1630.

ПРИКЛАДИ ІНШИХ ВИДІВ СПРИЯННЯ ЗЛОЧИНАМ

Ситуація 1

Підрозділ Х збройних сил напав на село і захопив його. Під час цього нападу солдати цілеспрямовано атакували цивільних осіб, піддаючи їх вбивствам, жорстокому поводженню та зґвалтуванням. Обвинувачений, політик, не організував напад, але надав допомогу підрозділу Х, підтримуючи зв'язок з недержавними озброєними групами, що діяли в цьому районі, з метою сприяння нападу, а також постачаючи підрозділу Х зброю та боеприпаси, необхідні для нападу. Таким чином, внесок обвинуваченого мав значний вплив на здійснення нападу та спосіб вчинення злочинів, скоєних підрозділом Х під час нападу.

Ситуація 2

Військові лідери, в тому числі командир У, працювали разом і домовилися про втрату цивільних лідерів та активістів у регіоні Y. V, який був командиром у сусідньому регіоні, не брав участі в цьому плані, але зміг використати свій вплив і звання, а також зв'язки з військовим керівництвом регіону Y, щоб забезпечити боеприпасами і зброєю командира У і його солдатів. Без участі командира V втрати цивільних осіб не продовжилися б.

4. Віддання наказу про вчинення воєнного злочину як форма вчинення злочину, передбаченого статтею 438 ККУ

а) Застосування відповідно до ККУ

1496. Міжнародні злочини часто вчиняються безпосередніми виконавцями за наказом керівника.²⁸⁹⁵ Хоча «віддання наказу» є окремим видом відповідальності у МКС,²⁸⁹⁶ в українському законодавстві цей вид відповідальності включений до статті 438, яка криміналізує «віддання наказу» про вчинення наступних діянь: «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, депортація цивільного населення на примусові роботи, розграбування національних багатств на окупованій території, застосування засобів та методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами, або будь-які інші порушення законів та звичаїв війни, що визнані міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» ([див. Глава 1, Частина I, Розділ I.A.](#)). Іншими словами, віддання наказу про вчинення воєнного злочину передбачає основну відповідальність виконавця так само, як і вчинення самого воєнного злочину.

1497. З огляду на відсутність попередньої судової практики у справах, пов'язаних зі статтею 438, особливо за участю командирів, поняття «віддання наказу» до цього часу не отримало широкого тлумачення. Крім того, положення не уточнює, яке діяння підпадає під «віддання наказу», які форми можуть мати накази, яка необхідна наявність умислу тощо. Тому тлумачення міжнародних судів і

²⁸⁹⁵ Краєр, Вступ до міжнародного кримінального права і процесу, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2015, с. 359.

²⁸⁹⁶ наприклад, [Статут МКС](#), стаття 25(3)(b).

трибуналів як форми відповідальності може допомогти суддям у визначенні сфери застосування цього положення.

ПРИКЛАДИ ВІДАННЯ НАКАЗУ

Ситуація 1

У місті Z командир Т віддав наказ солдатам свого підрозділу допомогти у нападі на цивільних осіб, що здійснювався командиром С та його солдатами. Перехоплені розмови між солдатами показують, що командир Т не дав точного опису того, яку саме допомогу вони мають надати командирі С та його солдатам. Однак, оскільки командир Т знав, що в місті Z відбувається напад на цивільних осіб, цей нечіткий наказ, по суті, дав солдатам зелене світло на вчинення злочинів проти цивільного населення.

Ситуація 2

Після захоплення міста Х командир N наказав своєму підрозділу ходити по домівках у пошуках цивільних осіб, особливо чоловіків призовного віку, і забирати їх до спортивного залу місцевої середньої школи для перевірки. Після прибуття до спортзалу чоловіків затримали і піддали тортурам. Деяких з них так і не відпустили, і їхнє місцезнаходження наразі невідоме.

Ситуація 3

Командир D і командир E планують напасти на місто F, використовуючи певний маршрут. У перехоплених розмовах між солдатами командир E наказав своїм солдатам допомогти доставити солдата, що підпорядковувався командирі D до міста F, а також «залишитися на випадок, якщо виникнуть якісь проблеми, і вирішити їх так, як ви вмієте». Ці нечіткі накази солдати слід інтерпретували як захоплення, побиття, катування і страту цивільних осіб, які вважалися вороже налаштованими до збройних сил.

b) Наказування за міжнародним правом

1498. Накази стосуються ситуацій, коли обвинувачений (тобто особа, яка має владні повноваження) віддає наказ підлеглому вчинити злочин, і цей підлеглий продовжує вчиняти цей злочин.²⁸⁹⁷
1499. Об'єктивні ознаки наказу вимагають, щоб (1) обвинувачений був наділений владними повноваженнями де-юре або де-факто;²⁸⁹⁸ (2) обвинувачений віддав вказівку вчинити злочин або вчинити дію чи бездіяльність, в ході якої було

²⁸⁹⁷ МКТР, [Рішення](#) у справі *Акаєсу*, пп. 483; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 281; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, п. 28; МКС, [Рішення](#) у справі *Мудакумури щодо заяви прокурора за статтею 58*, п. 63; МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди про підтвердження обвинувачень*, п. 145; МКС, [Рішення щодо підтвердження обвинувачень](#) у справі *Гбагбо*, п. 244.

²⁸⁹⁸ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди про підтвердження обвинувачень*, пп. 145; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, п. 28; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Гакумбіці*, пп. 181-183; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Лімая та ін.*, пп. 515; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Галіча*, п. 168; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Крстича*, пп. 601; МКТР, [рішення](#) у справі *Акаєсу*, п. 483; МКТР, [Рішення](#) у справі *Рутаганди*, п. 39.

вчинено злочин;²⁸⁹⁹ і (3) між вказівкою та вчиненням злочину існував причинно-наслідковий зв'язок.²⁹⁰⁰

1500. Хоча обвинувачений повинен був перебувати на керівній посаді,²⁹⁰¹ тобто існували відносини «начальник-підлеглий», які надавали обвинуваченому певний рівень контролю над безпосереднім виконавцем на момент віддачі наказу,²⁹⁰² ця посада не обов'язково повинна бути законною, офіційною або постійною.²⁹⁰³ Крім того, вказівка не обов'язково має бути письмовою або надаватися в якійсь конкретній формі, і може передаватися по ланцюгу командування, а не віддаватися обвинуваченим безпосередньому виконавцю (виконавцям).²⁹⁰⁴ Існування наказу може бути доведено за допомогою непрямих доказів, як-от наявність великої кількості подібних злочинів, що відбуваються одночасно на одній і тій самій території.²⁹⁰⁵
1501. Міжнародні суди і трибунали також вимагають наявності причинно-наслідкового зв'язку між наказом і вчиненим злочином. Перед МКС має бути встановлено, що наказ мав безпосередній вплив на вчинення або спробу вчинення злочину.²⁹⁰⁶ Тоді як *ad hoc* трибунали вимагають, щоб наказ обвинуваченого був фактором, який суттєво сприяв вчиненню злочину.²⁹⁰⁷ Тим не менш, ні МКС, ні *ad hoc* трибунали не вимагають, щоб наказ був єдиною причиною злочину.²⁹⁰⁸

²⁸⁹⁹ МКС, [Рішення у справі Мудакумура щодо заяви прокурора за статтею 58](#), п. 63; МКС, [Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень](#), п. 145; МКТЮ, [Рішення у справі Караджича](#), п. 573; МКТЮ, [Апеляційне рішення у справі Галіча](#), п. 176; МКТЮ, [Апеляційне рішення у справі Кордича та Черкеса](#), п. 28; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Гакумбіці](#), пп. 181-183; МКТЮ, Судове рішення у справі *Лімая та ін.*, пп. 515; МКТЮ, [Рішення у справі Галіча](#), п. 168; МКТЮ, [Рішення у справі Крстича](#), пп. 601; МКТР, [рішення у справі Акаесу](#), п. 483; МКТР, [Рішення у справі Рутаганди](#), п. 39.

²⁹⁰⁰ МКС, [Рішення у справі Мудакумура щодо заяви прокурора за статтею 58](#), п. 63; МКС, [Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень](#), п. 145; МКС, [Рішення щодо підтвердження обвинувачень у справі Гбагбо](#), п. 244; МКТЮ, [Рішення у справі Мілутіновича та ін.](#), п. 88; МКТЮ, [Рішення у справі Стругара](#), п. 332; МКТР, [Нахімана та ін., Апеляційне рішення](#), п. 481.

²⁹⁰¹ МКС, [Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень](#), п. 145; МКТЮ, [Апеляційне рішення у справі Кордича та Черкеса](#), п. 28; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Гакумбіці](#), пп. 181-183.

²⁹⁰² МКТР, [Рішення у справі Акаесу](#), пп. 483; МКТЮ, [Рішення у справі Блашкіча](#), п. 278; МКС, [Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень](#), п. 120; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Семанзи](#), п. 361; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Ніірамасухуко та ін.](#), п. 1915.

²⁹⁰³ МКС, [Рішення у справі Нтаганди про підтвердження звинувачень](#), с. 598; МКТЮ, [Рішення у справі Караджича](#), п. 573; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Семанзи](#), п. 361.

²⁹⁰⁴ МКТЮ, [Рішення у справі Караджича](#), п. 573; МКС, [Рішення у справі Мудакумури за заявою прокурора за статтею 58](#), п. 573; МКС, [Рішення у справі Мудакумура щодо заяви прокурора за статтею 58](#), п. 63.

²⁹⁰⁵ МКТЮ, [Апеляційне рішення у справі Бошковського і Тарчуловського](#), п. 164; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Камуханди](#), п. 74; МКТЮ, [Апеляційне рішення у справі Галіча](#), пп. 170-171; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Хаттегекімана](#), пп. 67.

²⁹⁰⁶ МКС, [Рішення у справі Мудакумури щодо заяви прокурора за статтею 58](#), п. 63; МКС, [Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень](#), п. 145; МКС, [Рішення у справі Гбагбо про підтвердження обвинувачень](#), п. 244.

²⁹⁰⁷ МКТЮ, [справа Мілутінович та ін.](#), п. 88; МКТЮ, [справа Стругар](#), п. 332; МКТЮ, [справа Нахімана та ін.](#), пп. 332; МКТР, [Нахімана та ін., Апеляційне рішення](#), п. 481.

²⁹⁰⁸ МКТЮ, [Рішення у справі Мілутінович та ін.](#), п. 88; МКТЮ, [Рішення у справі Стругарів](#), пп. 332; МКС, [Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень](#), п. 145.

1502. Що стосується суб'єктивних елементів, то практика МКС та *ad hoc* трибуналів визнає, що достатньо встановити, що обвинувачений принаймні усвідомлював, що злочин буде скоєно в результаті його інструктажу.²⁹⁰⁹ Перед МКС злочинець повинен був "принаймні усвідомлювати, що злочин (злочини) буде скоєно "за звичайного перебігу подій" в результаті реалізації його дії або бездіяльності".²⁹¹⁰ Практика спеціальних трибуналів, з іншого боку, передбачає нижчий поріг, який вимагає, щоб "діяння або бездіяльність [було наказано] з усвідомленням значної ймовірності того, що за виконання цього наказу буде скоєно злочин".²⁹¹¹
1503. У деяких випадках можна буде встановити, що обвинувачений мав умисел вчинити злочин. Наприклад, обвинувачений може прямо доручити або переконати безпосереднього виконавця вчинити злочин.²⁹¹² Це може включати, наприклад, наказ катувати цивільних осіб з метою отримання інформації про пересування ворожих сил. Однак у реальності збройних конфліктів, особливо в міжнародних збройних силах з їхньою формальністю і дисципліною, командири рідко віддають прямі або недвозначні накази про вчинення злочинів, наприклад, про страту або згвалтування цивільних осіб, або про цілеспрямований артилерійський обстріл цивільних будівель. Навіть якщо вони це роблять, отримати такі докази надзвичайно складно: чим вищим є командир або політичний лідер, тим складніше, якщо взагалі можливо, це буде зробити. Найчастіше виконавці віддають непрямі або неявні накази, що вимагає оцінки того, чи усвідомлювали вони, що злочин буде скоєно в результаті їхніх вказівок.

²⁹⁰⁹ МКС, [Рішення](#) у справі *Нтаганди про підтвердження обвинувачень*, п. 145; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, п. 30.

²⁹¹⁰ МКС, [справа Кілоло та ін.](#), п. 82; МКС, справа *Нтаганди, рішення про підтвердження обвинувачень*, п. 153; МКС, Мудакумура [Рішення щодо заяви прокурора відповідно до статті 58](#) п. 63. Це може бути встановлено, наприклад, шляхом демонстрації того, що обвинувачений "знав з упевненістю", що обвинувачений вчинить злочин через свою попередню поведінку. МКС, справа *Кілоло та ін. Судове рішення*, п. 857: "керуючи і схвалюючи негласну підготовку свідків, а також організувавши виплати та іншу допомогу свідкам до надання ними свідчень, пан Бемба достовірно знав, що пан Кілоло дасть свідкам відповідні вказівки, і що свідки, в свою чергу, дадуть неправдиві свідчення в суді в результаті його поведінки".

²⁹¹¹ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 42; МКТЮ, Апеляційне [рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, п. 30.

²⁹¹² МКС, справа *Кілоло та ін. Судове рішення*, п. 861.

ПРИКЛАД – НАКАЗУВАННЯ МКТЮ, РІШЕННЯ У СПРАВІ БЛАШКІЧА, ПП. 425, 435, 437, 442, 467, 474, 477, 495

У справі *Блашкіча*, що розглядалася в МКТЮ, Блашкіч був визнаний винним у тому, що віддав **наказ** здійснити низку нападів на цивільне мусульманське населення (під час яких цивільні особи були вбиті, а їхнє майно зруйноване або пограбоване). Наприклад, в одному з наказів Блашкіча йшлося про “заплановану терористичну діяльність” з боку ворога, а також про ризик того, що ворог перейде у відкритий наступ з метою знищення всього хорватського. Таким чином, Блашкіч видав “наказ бойового командування про запобігання наступальним діям противника” і наказав підрозділам “зайняти район оборони, заблокувати села і перекрити всі в'їзди і виїзди з сіл”. У наказі також зазначалося, що “у разі відкритої атакуючої діяльності мусульман”, ці підрозділи повинні “нейтралізувати їх і запобігти їхньому пересуванню точним вогнем” в контратаці.

Судова палата встановила, що цей наказ був “дуже чітким наказом про напад” і що, незважаючи на те, що він був сформульований як наказ про “запобігання нападу”, жодна військова мета не виправдовувала цей напад. Крім того, Палата встановила, що злочини, вчинені під час нападу, були скоєні регулярними підрозділами Ради оборони Хорватії (HVO), зокрема, бригадою “Вітешка”, яка безпосередньо підпорядковувалася Блашкічу. Палата також дійшла висновку, що через масштаб і однотипність злочинів, скоєних під час нападу, неможливо стверджувати, що злочини могли бути скоєні неконтрольованими елементами. Нарешті, Палата постановила, що “обвинувачений знав, що війська, які він використовував для виконання наказу про напад [...] раніше були винні в багатьох злочинах проти мусульманського населення Боснії”, і, таким чином, він мав підстави знати, що злочини були або мали бути скоєні, але не вжив жодних заходів у відповідь.

5. Відповідальність командування

1504. Відповідальність командування/начальства стосується відповідальності військових командирів або цивільних начальників за злочини, скоєні силами або підлеглими, що діють під їхнім командуванням, владою і контролем, які сталися через те, що вони не здійснювали належного контролю над цими силами/підлеглими.²⁹¹³ Відповідальність військових командирів і цивільних начальників за нездатність запобігти злочинам, скоєним їхніми підлеглими, і покарати за них, кодифікована в статтях 86 і 87 Додаткового протоколу I і є усталеним принципом звичаєвого міжнародного гуманітарного права (МГП).²⁹¹⁴

²⁹¹³ Краєр та ін. (ред.), Вступ до міжнародного кримінального права і процесу, 3rd Edition, Cambridge University Press, 2015, с. 368.

²⁹¹⁴ [Додатковий протокол I](#), стаття 86(2); МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, [правило 153. Відповідальність командування за неспроможність запобігти воєнним злочинам, придушити їх або повідомити про них](#).

ДОДАТКОВИЙ ПРОТОКОЛ І, СТАТТЯ 86 – БЕЗДІЯЛЬНІСТЬ

1. Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні перепиняти серйозні порушення та вживати необхідних заходів щодо перепинення всіх інших порушень Конвенцій або цього Протоколу, які є результатом неприйняття заходів, що мають бути прийняті.

2. Той факт, що порушення Конвенцій і цього Протоколу було вчинене підлеглою особою, не звільняє її начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності в разі, якщо вони знали, що мають у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б надати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняє або має намір вчинити подібне порушення, і якщо вони не вжили всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або перепинення цього порушення.

ДОДАТКОВИЙ ПРОТОКОЛ І, СТАТТЯ 87 – ОБОВ'ЯЗКИ КОМАНДИРІВ

1. Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від воєнних командирів, оскільки це стосується осіб, які входять до складу підлеглих їм збройних сил, та інших підлеглих їм осіб, щоб вони не допускали порушень Конвенцій і цього Протоколу і, в разі потреби, перепиняли ці порушення та повідомляли про це компетентні власті.

2. З метою запобігання порушенням і перепинення їх Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати, щоб особи, які входять до складу підлеглих їм збройних сил, були обізнані з обов'язками, що покладаються на них Конвенціями і цим Протоколом.

3. Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від кожного командира, який знає про те, що його підлеглі чи інші особи, що перебувають під його контролем, мають намір вчинити або вчинили порушення Конвенцій або цього Протоколу, вжиття необхідних заходів щодо запобігання подібним порушенням Конвенцій або цього Протоколу і, за потреби, щодо порушення дисциплінарного чи кримінального переслідування проти тих, хто вчинив такі порушення.

ЗВИЧАЄВЕ МГП, ПРАВИЛО 153. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КОМАНДУВАННЯ ЗА НЕСПРОМОЖНІСТЬ ЗАПОБІГТИ ВОЄННИМ ЗЛОЧИНАМ, ПОКАРАТИ ЗА АБО ПОВІДОМИТИ ПРО НИХ

Командири та інші начальники несуть кримінальну відповідальність за воєнні злочини, вчинені їхніми підлеглими, якщо вони знали або мали підстави знати, що підлеглі готуються вчинити або вчиняють такі злочини, і не вжили всіх необхідних і розумних заходів для запобігання їх вчиненню, а якщо такі злочини були вчинені — для покарання винних осіб.

1505. Вирішальна роль, яку командири і начальники відіграють у забезпеченні дотримання норм МГП і військової дисципліни,²⁹¹⁵ а також той факт, що командири часто несуть найбільшу відповідальність за вчинення злочинів через свою мовчазну згоду з проявами злочинної діяльності, що реалізуються їхніми підлеглими, робить очевидною важливість обговорюваної форми відповідальності і знаходить своє відображення у її використанні міжнародними судами і трибуналами для притягнення військових командирів до відповідальності.²⁹¹⁶
1506. Згідно з МГП та МКП, відповідальність командування існує у двох формах, що взаємно доповнюють одна одну:²⁹¹⁷
- як форма співучасті (наприклад, як це передбачено статтею 28(а) Статуту МКС); та
 - як окреме кримінальне правопорушення (тобто порушення «обов'язку командира діяти»).
1507. Як буде розглянуто нижче, ККУ наразі не передбачає невжиття заходів (тобто відповідальність командування) військовими командирами (окрім ситуацій, коли йдеться про українських військових командирів²⁹¹⁸) як форму відповідальності або як окремий кримінальний злочин. Тим не менш, така поведінка може підпадати під дію статті 438, оскільки вона кодифікована в Додатковому протоколі I,²⁹¹⁹ тобто за частиною статті 438, яка стосується «порушення правил та звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».

а) Застосування відповідно до ККУ

1508. Хоча стаття 426 ККУ передбачає кримінальну відповідальність української військової влади за бездіяльність — тобто «умисне неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим, або ненаправлення військовою

²⁹¹⁵ Амбос, Трактат з міжнародного кримінального права, том I: Основи та загальна частина, 1st Edition, Oxford University Press, 2013, с. 198.

²⁹¹⁶ Наприклад, Верховний суд США, справа [Ямасіта, 327 U.S. 1 \(1946\)](#); Нюрнберзький військовий трибунал I, Карл Брандт та ін. [Рішення](#), с. 212: "право війни покладає на військового офіцера, який перебуває на командній посаді, беззаперечний обов'язок вживати таких заходів, які перебувають в межах його повноважень і відповідають обставинам, щоб контролювати тих, хто перебуває під його командуванням, з метою запобігання діям, які є порушенням права війни"; [Статут МКТЮ](#), стаття 7(3), МКТЮ, справа [Делаліч та ін.](#) пп. 333-343, 346, Розпорядження; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Хаджихасановича та Кубури](#); [Статут МКТР](#), стаття 6(3); МКТР, Судове [рішення](#) у справі [Хатегекімана](#); МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі [Бізімунгу](#); [Статут МКС](#), стаття 28; МКС, [Судове рішення](#) у справі [Бемби](#); [Статут ПАКЮ](#), стаття 6(3); [Закон про ЄККК](#), стаття 29.

²⁹¹⁷ Мелоні, "[Відповідальність командира: Режим відповідальності за злочини підлеглих чи окремий злочин начальника?](#)" (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 619, с. 624. Див. також: Robinson, "[How Command Responsibility Got So Complicated: Протиріччя щодо винуватості, його заплутування і просте рішення](#)" (2012) 13 Мельбурнський журнал міжнародного права 1.

²⁹¹⁸ Бездіяльність українських військових начальників наразі криміналізується статтею 426 [Кримінального кодексу України](#), яка передбачає кримінальну відповідальність за "Бездіяльність військової влади", а саме: "Умисне неприпинення злочину, вчиненого підлеглим, або бездіяльність органів військового дізнання щодо порушення кримінальної справи стосовно підлеглого злочинця, а також умисне невиконання військовою службовою особою своїх службових обов'язків, якщо воно заподіяло істотну шкоду".

²⁹¹⁹ [Додатковий протокол I](#), статті 86 і 87.

службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення” — цей злочин є військовим злочином (злочином проти встановленого порядку несення військової служби), і, таким чином, лише українські командири можуть бути притягнуті до відповідальності за цим положенням.²⁹²⁰ Таким чином, наразі неможливо притягнути до відповідальності російських військових командирів за їхню бездіяльність в Україні з метою запобігання, припинення або покарання порушень МГП.

1509. Тим не менш, стаття 438 пропонує можливість включення окремого злочину бездіяльності до ККУ на підставі статей 86 і 87 Додаткового протоколу I, оскільки бездіяльність військових командирів сама по собі є “порушенням правил і звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”. Таке тлумачення дозволило б подолати нинішню нерівність, коли українські командири можуть бути притягнуті до відповідальності за свою бездіяльність, а російські командири — ні.

1510. Таке розуміння ґрунтується на наступному аналізі:

- Статті 86 і 87 Додаткового протоколу I (прочитані разом) викладають доктрину відповідальності командування, згідно з якою передбачувані порушники (тобто командири) можуть бути притягнуті до відповідальності за бездіяльність.²⁹²¹
- Україна юридично зобов’язана включити відповідальність командирів у своє національне законодавство. Зокрема:
 - Україна є державою-учасницею Додаткового протоколу I,²⁹²² і тому зобов’язується “поважати і забезпечувати повагу до цього Протоколу за будь-яких обставин”.²⁹²³ Таким чином, Україна зобов’язана виконувати статті 86 і 87 для забезпечення повної поваги до Протоколу.²⁹²⁴
 - Відповідальність командування знаходить правову основу в міжнародному звичаєвому праві,²⁹²⁵ яке є обов’язковим для всіх держав, зокрема Україну.²⁹²⁶ Щодо відповідальності командування ЄСПЛ підтвердив, що

²⁹²⁰ ККУ, стаття 401.

²⁹²¹ Коментар до Додаткових протоколів, [стаття 86](#), пп. 3541-3542; МКТЮ, справа Delalić та ін., [судове рішення](#), п. 340; Delalić та ін., апеляційне рішення, п. 237. 340; Delalić та ін. [Апеляційне рішення](#), п. 237; МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, [Правило 153. Відповідальність командування за неспроможність запобігти воєнним злочинам, придушити їх або повідомити про них](#).

²⁹²² МКЧХ, ["Договори, держави-учасниці та коментарі: Україна"](#). Україна ратифікувала Додатковий протокол I 15 січня 1990 року.

²⁹²³ [Додатковий протокол I](#), стаття 1.

²⁹²⁴ [Коментар до Додаткових протоколів](#) Стаття 1, пункт 39. 39. Див. також, [ДДВП](#), стаття 26: "Кожен чинний договір є обов’язковим для його учасників і повинен виконуватися ними сумлінно".

²⁹²⁵ МКТЮ, справа *Делаліч та ін.*, [судове рішення](#), п. 343; МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, [Правило 153. Відповідальність командування за нездатність запобігти воєнним злочинам, придушити їх або повідомити про них](#). Див. також: [Рішення](#) МКТЮ у справі *Блашкіча*, п. 322; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Брданіна*, п. 275; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Стругара*, п. 357; [Рішення](#) у справі *Акаєсу*, пп. 612-613.

²⁹²⁶ Див. Д-р Келленбергер, Президент Міжнародного комітету Червоного Хреста, "Передмова" в Хенкаертс і Досвальд-Бек (ред.), [Звичаєве міжнародне гуманітарне право, том I: Правила](#), Cambridge University Press, 2009, xv-xvii. Єдиним винятком з цього правила є випадок, коли держава відкрито і наполегливо заперечує проти такого звичаю. Д-р Корума, суддя Міжнародного Суду ООН, "Передмова", Хенкаертс і Досвальд-Бек (ред.), [Звичаєве міжнародне гуманітарне право, том I: Правила](#), Cambridge University Press, 2009, xviii-xix. Однак такий виняток не стосується України.

кримінальне засудження на підставі відповідальності командування через узагальнені внутрішньодержавні заборони воєнних злочинів має достатньо чітке підґрунтя в міжнародному праві в силу свого статусу звичаєвого міжнародного права і, таким чином, не суперечить принципу законності.²⁹²⁷

- У разі розбіжностей між внутрішнім законодавством України та її міжнародними зобов'язаннями за Додатковим протоколом I, внутрішнє законодавство має тлумачитися відповідно до її міжнародно-правових зобов'язань.²⁹²⁸
 - Положення Додаткового протоколу I вважаються частиною нормативних законів України на підставі статті 9 Конституції України, в якій зазначено, що «Чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України».²⁹²⁹
 - Частина 5 статті 3 ККУ, в якій зазначено, що «закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», також підкреслює, що національне законодавство має тлумачитися у світлі міжнародного права.
- Стаття 438 ККУ забороняє «порушення законів та звичаїв війни», що включає «будь-які інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Ця стаття міститься в Розділі XX «Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку», а отже, стосується істотних порушень правил ведення війни, що становлять окремі кримінальні правопорушення. Стаття 438 стосується *будь-яких інших порушень, що містяться в міжнародних договорах, обов'язкових для України, і не обмежується певним переліком воєнних злочинів, а тому включає порушення, що містяться в Додатковому протоколі I*. Оскільки бездіяльність військових командирів за статтями 86 і 87 може тлумачитися як окремий злочин, вона може бути включена в статтю 438.
- На користь того, що відповідальність командування може трактуватися як окреме кримінальне правопорушення, свідчить те, що:
 - Буквальне прочитання статей 86 і 87 Додаткового протоколу I підтверджує, що відповідальність командира може бути окремим кримінальним злочином.²⁹³⁰ Стаття 86 встановлює індивідуальну кримінальну

²⁹²⁷ ЄСПЛ, [рішення](#) у справі "Міланкович проти Хорватії" (Milanković v. Croatia), п. 57.

²⁹²⁸ [ВКЛТ](#), стаття 27.

²⁹²⁹ [Конституція України](#) (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141) 28 червня 1996 року, стаття 9.

²⁹³⁰ *Наприклад*, Мелоні, "[Відповідальність командира: Mode of Liability for Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?](#)" (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 619, p. 624; Робінсон, "[How Command Responsibility Got So Complicated: Протириччя відповідальності, його заплутування та просте рішення](#)" (2012) 13 Мельбурнський журнал міжнародного права; Джексон, "Відповідальність командира" в де Хемптон, Рот і ван Слідрегт (ред.), *Режими відповідальності в міжнародному кримінальному праві*, Видавництво Кембріджського університету, 2019 р., пп. 8, 10.

відповідальність командирів за злочини, скоєні їхніми підлеглими, якщо командири не виконують обов'язку попередити, покарати чи доповісти про військовий злочин.²⁹³¹

- Судова практика МКТЮ, яка визнавала можливість того, що відповідальність командира може бути окремим злочином;²⁹³²
- Кілька національних юрисдикцій, які також прийняли цей підхід і кодифікували відповідальність командира як окремий склад злочину у своєму законодавстві;²⁹³³
- Аналогічне тлумачення статті 426 ККУ, яка криміналізує “бездіяльність військової влади” як окремий кримінальний злочин щодо *української військової влади*; та
- Підтвердження ЄСПЛ того, що кримінальне засудження на підставі відповідальності командування через узагальнені внутрішньодержавні заборони військових злочинів має достатньо чітке підґрунтя в міжнародному праві в силу його статусу звичаєвого міжнародного права, є дуже важливим.²⁹³⁴

ЄСПЛ, РІШЕННЯ У СПРАВІ МІЛАНКОВИЧ ПРОТИ ХОРВАТІЇ (MILANKOVIC V. CROATIA), П. 66

Засудження заявника за військові злочини на підставі його службових обов'язків мало достатньо чітку правову основу *tempore criminis* у міжнародному праві, і **для нього було передбачувано, що його нездатність запобігти військовим злочинам, вчиненим поліцейськими підрозділами, які перебували під його командуванням, призведе до його кримінальної відповідальності**. З цих міркувань також випливає, що цей висновок застосовується незалежно від того, чи були ці злочини вчинені до або після того, як війна в Хорватії на початку 1990-х років стала міжнародним збройним конфліктом. [виділено нами].

1511. Виходячи з наведеного вище аналізу, бездіяльність командирів криміналізується як окремий військовий злочин за статтею 438. У наступному розділі викладено елементи відповідальності командирів, доповнені міжнародною практикою.

²⁹³¹ МКТЮ, справа *Делаліч та ін.* Судове рішення, п. 340. Крім того, згідно з коментарем Міжнародного комітету Червоного Хреста (МКЧХ) до Додаткового протоколу I, відповідно до статті 86(2), командир може бути притягнутий до дисциплінарної або кримінальної відповідальності за бездіяльність щодо порушень, які не є серйозними, а також може підпадати під універсальну юрисдикцію (тобто, "aut dedere aut judicare"), коли він бездіяльний щодо серйозних порушень, скоєних його підлеглими: Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I, [стаття 86](#), пункт. 3542. Серйозні порушення визначені у: [Перша Женевська конвенція](#), стаття 50; [Друга Женевська конвенція](#), стаття 50; [Третя Женевська конвенція](#), стаття 130; [Четверта Женевська конвенція](#), стаття 147; і [Додатковий протокол I](#), стаття 85.

²⁹³² МКТЮ, справа *Делаліч та ін.* Апеляційне рішення, п. 237.

²⁹³³ *наприклад*, Закон про [злочини проти людяності та військові злочини](#), S.C. 2000, с. 24, розділи 5, 7 (Канада); Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches [[Закон про введення Кодексу злочинів проти міжнародного права](#)] (Німеччина) 26 червня 2002 року, Bundesgesetzblatt Jahrgang II, 2002, № 42, 2254, розділи 13, 14; [Кримінальний кодекс Сербії](#), 2019, стаття 384; [Закон Литовської Республіки "Про схвалення та набуття чинності Кримінальним кодексом"](#) від 26 вересня 2000 р. N°VIII-1968, стаття 1131.

²⁹³⁴ ЄСПЛ, [рішення](#) у справі *"Міланкович проти Хорватії"* (Milanković v. Croatia), п. 57.

Крім того, багато способів, якими командири можуть бути залучені до вчинення міжнародних злочинів, зокрема їхню мовчазну згоду на злочинну діяльність, що здійснюється їхніми підлеглими, можуть підпадати під інші види відповідальності за ККУ, а саме віддання наказу, організацію, пособництво та підбурювання.

ПРИКЛАДИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ ЗА СТАТТЕЮ 438

Сценарій 1

Після того, як підрозділи збройних сил зайняли місто X, вони розпочали кампанію насильства проти місцевого цивільного населення. Штаб командира підрозділу перебував в центрі міста, а це означало, що кожного разу, коли він їхав до свого штабу, він міг бачити результат цієї кампанії — численні трупи, одягнені в цивільний одяг, які лежали на вулицях, де вони залишалися протягом декількох днів поспіль. Командир не зробив нічого, щоб розслідувати або покарати за скоєний злочин.

Ситуація 2

Обмінаний військовополонений повідомив, що, коли він був затриманий ворогом, він бачив, як солдати приносили вкрадені ними цивільні речі (наприклад, ювелірні вироби, гроші, гаджети тощо) до місця ув'язнення, і чув, як вони хвалилися тим, що примушували місцевих жінок вступати з ними в статеві зносини, і все це в присутності свого командира. Ті ж самі солдати продовжували займатися такою діяльністю в різних місцях, діючи під командуванням того ж самого командира, який не вживав жодних заходів для запобігання або припинення їхніх злочинів.

Ситуація 3

Після того, як місто Б було захоплене збройними силами, цивільне населення було зібране і "евакуйоване" з міста автобусами. Деякі з тих, кого посадили в ці автобуси, бачили, як їхніх співгромадян били і жорстоко поводитися з ними, якщо вони відмовлялися від евакуації або навіть якщо вони занадто довго не сідали в автобуси. Ці цивільні також бачили, як командир "Y" спостерігав за процесом, який здійснювали його солдати. Командир Y доповів своєму командиру про "хорошу роботу" свого підрозділу і не вжив жодних заходів, щоб запобігти злочинам.

b) Відповідальність командування за міжнародним правом

1512. Як зазначалося вище, відповідальність командирів розглядається міжнародними судами та трибуналами як окрема форма відповідальності. Тим не менш, судова практика, що стосується цієї форми відповідальності, є актуальною для українських суддів під час визначенні обсягу "бездіяльності" військових командирів.
1513. Командна відповідальність — це відповідальність військових командирів або цивільних начальників за злочини, скоєні силами або підлеглими, що діють під їхнім командуванням, владою та контролем, які сталися через те, що вони не здійснювали належного контролю над цими силами/підлеглими.²⁹³⁵

²⁹³⁵ Краєр та ін. (ред.), Вступ до міжнародного кримінального права і процесу, 3rd видання, Кембриджський

1514. Для встановлення відповідальності командира за бездіяльність необхідна наявність таких об'єктивних елементів: (1) обвинувачений був військовим командиром або цивільним начальником, або особою, яка фактично виконувала його обов'язки; (2) обвинувачений мав ефективне командування і контроль або ефективну владу і контроль над силами, які вчинили відповідний злочин (злочини);²⁹³⁶ і (3) обвинувачений не вжив необхідних і розумних заходів у межах своїх повноважень для запобігання або припинення вчинення таких злочинів, а також не передав справу компетентним органам для проведення розслідування і притягнення до відповідальності.²⁹³⁷
1515. Найперше, обвинувачений повинен був бути військовим командиром або цивільним начальником, або особою, яка виконувала ці обов'язки. МКТЮ підтвердив, що статті 86 і 87 є достатньо широкими, щоб охоплювати цивільних керівників, які мають владні повноваження.²⁹³⁸ Цивільний начальник — це особа, яка здійснює аналогічну до військової ієрархічну владу над окремими особами, що необхідна для командної відповідальності, але у тих сферах де не може бути створена військова або подібна до військової структура.²⁹³⁹ Командир або начальник не обов'язково повинен бути офіційно або юридично призначений, але його відповідальність залежить від того, чи має він ефективне командування/повноваження та контроль над своїми підлеглими.²⁹⁴⁰
1516. Терміни “ефективне командування” та “ефективна влада” мають схоже значення, оскільки обидва стосуються повноважень або права запобігати правопорушенням та карати за них.²⁹⁴¹ Однак, якщо “ефективне командування” означає наявність цього права завдяки посаді обвинуваченого в ланцюгу командування, то “ефективна влада” охоплює різні засоби і методи, за допомогою яких військові командири можуть мати право здійснювати владу або вплив.²⁹⁴² “Ефективний

університет, 2015, с. 368.

²⁹³⁶ Зазначаючи, що відповідно до статті 28(b) цивільне начальство повинно мати лише "ефективні повноваження і контроль".

²⁹³⁷ [Додатковий протокол I](#), стаття 87(1); [Статут МКС](#), стаття 28(a); МКТЮ, [рішення у справі Благоєвича та Йокіча](#), п. 790; МКТЮ, апеляційне рішення у справі [Кордича та Черкеса](#), п. 827; МКТЮ, рішення у справі [Халіловича](#), пп. 790; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Кордича та Черкеса](#), п. 827; МКТЮ, [Рішення у справі Халіловича](#), п. 56; МКТЮ, [рішення](#) у справі [Лімай та ін.](#), п. 520; [МКТЮ, Рішення](#) у справі [Оріча](#), п. 294; МКС, [Рішення](#) у справі [Бемби про підтвердження обвинувачень](#), п. 407; МКС, [Рішення про затвердження обвинувачень](#) у справі [Нтаганди](#), п. 164

²⁹³⁸ МКТЮ, справа [Делаліч та ін. Апеляційне рішення](#), пп. 195-196; МКТЮ, справа [Прліч та ін. Рішення про відхилення попередніх заперечень проти юрисдикції Трибуналу](#), п. 19; МКТЮ, справа [Оріч](#), пп. 19; МКТЮ, [Рішення](#) у справі [Оріча](#), пп. 308; МКТЮ, [Рішення у справі Алесковського](#), п. 70. Відповідно, невійськові члени урядів, члени політичних партій або посадові особи корпорацій можуть нести відповідальність за принципом вищого начальства за злочинну поведінку своїх підлеглих: [Тріфтерер та Амбос \(ред.\)](#), Римський статут Міжнародного кримінального суду: *A Commentary*, 3rd Edition, С.Н. Beck, Hart, Nomos 2016, pp. 1101-1102.

²⁹³⁹ [Тріфтерер та Амбос \(ред.\)](#), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, С.Н. Beck, Hart, Nomos 2016, с. 1101.

²⁹⁴⁰ МКС, [Судове рішення](#) у справі [Бемби](#), пп. 177; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі [Гакумбіці](#), п. 143; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Халіловича](#), п. 59; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Делаліча та ін.](#), п. 197; МКТЮ, [Рішення у справі Хаджихасановича та Кубури](#), п. 79.

²⁹⁴¹ МКТЮ, [Попович та інші, Апеляційне рішення](#), п. 1857; МКТЮ, Апеляційне рішення щодо [Оріча](#), пп. 1857; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Оріча](#), п. 159; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі [Делаліча та ін.](#), п. 197; МКС, [Рішення](#) у справі [Бемби](#), п. 180; МКС, [Рішення щодо підтвердження обвинувачень](#) у справі [Бемби](#), п. 413;

²⁹⁴² МКС, [Рішення](#) у справі [Бемби про підтвердження обвинувачень](#), пп. 412-416.

контроль” є спільним для обох цих елементів і стосується матеріальної здатності командира здійснювати цю владу або вплив шляхом запобігання, припинення або покарання злочинів, скоєних його підлеглими, або передачі справи до компетентних органів для розслідування або судового переслідування.²⁹⁴³ Такий контроль, як правило, є проявом (формальних чи неформальних) відносин “начальник-підлеглий” між обвинуваченим та його військами.²⁹⁴⁴

“ЕФЕКТИВНИЙ КОНТРОЛЬ”

Нижче наведено неповний перелік факторів, які можуть свідчити про те, що ймовірний військовий командир мав ефективний контроль:²⁹⁴⁵

- Його офіційне становище у військовій структурі та фактичні завдання, які він виконував;
- Його повноваження віддавати накази, зокрема можливість наказувати військам або підрозділам, що перебувають під його безпосереднім командуванням або на нижчих рівнях, брати участь у воєнних діях;
- Його здатність забезпечувати виконання наказів, зокрема розглядати питання про те, чи були ці накази фактично виконані;
- Його здатність перепідпорядковувати підрозділи або вносити зміни в структуру командування;
- Його право просувати по службі, замінювати, звільняти або накладати дисциплінарні стягнення на будь-якого члена своїх підрозділів, а також ініціювати розслідування;
- Його право відправляти війська в місця, де відбуваються бойові дії, і виводити їх у будь-який момент;
- Його незалежний доступ до засобів ведення війни, таких як засоби зв'язку та зброя, і контроль над ними;
- Його контроль над фінансами;
- Його здатність представляти сили на переговорах або взаємодіяти із зовнішніми органами чи особами від імені групи;
- Його уявлення про ідеологію руху, якого дотримуються його підлеглі; і
- Те, що він має певний рівень впливовості, який проявляється через публічні виступи та заяви.

²⁹⁴³ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба*, пп. 183; МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Бемба*, пп. 415; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, пп. 190-198.

²⁹⁴⁴ МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Халіловича*, п. 59.

²⁹⁴⁵ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 88. Див. також: МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Халіловича*, п. 58; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Оріча*, п. 312; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Хаджихасановича та Кубури*, п. 83; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 206.

1517. Останній об'єктивний елемент вимагає, щоб обвинувачений “не діяв”, тобто не вжив необхідних²⁹⁴⁶ та розумних²⁹⁴⁷ заходів у межах своїх повноважень:²⁹⁴⁸

- Запобігати вчиненню злочинів до того, як вони були скоєні (включно з їх плануванням та підготовкою²⁹⁴⁹), наприклад, шляхом (1) забезпечення того, щоб відповідні сили діяли згідно з відповідними нормами права, зокрема віддання наказів, спеціально спрямованих на запобігання злочинам;²⁹⁵⁰ (2) вжиття дисциплінарних заходів для запобігання вчиненню звірств, зокрема шляхом відсторонення, виключення або передислокації підлеглих, схильних до насильства; (3) протесту проти злочинної поведінки та/або наполягання перед вищим органом влади на вжитті негайних заходів; та (4) відкладення військових операцій та/або проведення цих операцій таким чином, щоб знизити/усунути ризик вчинення конкретних злочинів;²⁹⁵¹
- Припиняти (або стримувати) вчинення злочинів, наприклад, шляхом: (1) вжиття заходів для запобігання злочинним діям, що тривають; (2) проведення розслідувань щодо попередніх злочинів; (3) здійснення дисциплінарних повноважень; або (4) подання пропозиції про покарання вищому начальнику або передача справи до судового органу, якщо обвинувачений не має повноважень зробити це самостійно;²⁹⁵² або
- Карати за злочини, принаймні розслідуючи можливі злочини для встановлення фактів, а якщо начальник не має повноважень для застосування санкцій, то передаючи справу до компетентного органу, уповноваженого розслідувати і переслідувати дії (наприклад, коли командири не мають дисциплінарних повноважень для адекватного покарання за відповідний злочин).²⁹⁵³

1518. Крім того, має бути встановлений наступний суб'єктивний елемент: обвинувачений або знав, або в силу обставин, що склалися на той момент, повинен був знати, що його підлеглі вчиняють або збираються вчинити такі злочини.²⁹⁵⁴

²⁹⁴⁶ Необхідними заходами під час виконання цих зобов'язань є ті, які є належними і достатніми для того, щоб командир міг дійсно виконати свій обов'язок щодо запобігання, репресії або покарання: Як правило, це залежить від типу, тяжкості та невідворотності злочинів, про які йдеться: МКС, [рішення](#) у справі *Бемба*, п. 198; СССЛ, [рішення](#) у справі *Тейлора*, п. 501.2

²⁹⁴⁷ Розумні заходи — це заходи, які обґрунтовано перебувають у межах матеріальних можливостей командира для запобігання, припинення або покарання за інкриміновану поведінку. Це буде залежати від того, наскільки командир має матеріальну можливість запобігти або придушити вчинення злочинів, або передати справу компетентним органам для розслідування: МКТЮ, [рішення](#) у справі *Караджича*, п. 588; МКС, рішення у справі *Бембема*, пп. 588; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби про підтвердження обвинувачень*, п. 443; МКС, [Апеляційне рішення](#) у справі *Бемба*, п. 167.

²⁹⁴⁸ Якщо командир зобов'язаний запобігати злочинам, але не робить цього, покарання постфактум не виправить порушення цього обов'язку: МКТЮ, [рішення](#) у справі *Оріча*, п. 326.

²⁹⁴⁹ МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Оріча*, пп. 328.

²⁹⁵⁰ наприклад, МКТЮ, справа *Попович та ін.* [Апеляційне рішення](#), п. 1898

²⁹⁵¹ МКС, [Рішення у справі Бемби](#), пп. 202-204.

²⁹⁵² МКС, [Рішення у справі Бемби](#), пп. 205-207.

²⁹⁵³ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 208; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Халіловича*, пп. 97; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Хаджихасановича та Кубури*, п. 1061; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Хаджихасановича та Кубури*, п. 154; МКТЮ, *Попович та ін.* [Судове рішення, том II](#), п. 2053

²⁹⁵⁴ [Статут МКС](#), стаття 28(а); МКС, [Рішення у справі Бемби про підтвердження обвинувачень](#), п. 407; МКТЮ, справа *Делаліч та ін.*, [судове рішення](#), п. 346; [Рішення](#) у справі *Ндінділіймана та ін.*, п. 126.

Іншими словами, обвинувачений або фактично знав про дії своїх сил, або повинен був знати про них.

1519. Фактична обізнаність обвинуваченого не може презюмуватися, а має бути встановлена за допомогою прямих або непрямих доказів.²⁹⁵⁵ Якщо докази є непрямыми, вони повинні демонструвати висновок, з якого можна зробити єдине обґрунтоване припущення про те, що командир мав фактичну обізнаність або усвідомлення щодо злочинів своїх підлеглих.²⁹⁵⁶ Потрібно зазначити, однак, що в будь-якому разі не потрібно доводити, що командир знав конкретних безпосередніх виконавців,²⁹⁵⁷ або що він були обізнаним з деталями злочинів, які мали бути скоєні.²⁹⁵⁸
1520. Якщо докази не свідчать про те, що обвинувачений знав, що злочини були скоєні або готувалися до скоєння його підлеглими, судді повинні розглянути питання про те, чи свідчать докази про те, що обвинувачений повинен був знати про це.²⁹⁵⁹ Фактори, що враховуються під час визначення фактичної обізнаності, також мають значення для визначення того, чи "повинен був командир знати" про вчинення злочинів своїми підлеглими або про ризик їх вчинення.²⁹⁶⁰ Вважається, що обвинувачений знав про злочини, якщо він мав загальну інформацію, яка могла б поставити його до відома про можливі злочини, вчинені його підлеглими, або про можливе вчинення злочинів, і такої інформації було достатньо для обґрунтування подальшого дізнання або розслідування.²⁹⁶¹

²⁹⁵⁵ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, пп. 191; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби про підтвердження обвинувачень*, п. 430; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Блашкіча*, пп. 307; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, п. 427; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Хаджихасановича та Кубури*, п. 94; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Галіча*, пп. 171, 180-182.

²⁹⁵⁶ *наприклад*, МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 192; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Василевича*, п. 120; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 458; МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Кордича та Черкеса*, п. 427; та МКТЮ, [Рішення](#) у справі *Блашкіча*, п. 307.

²⁹⁵⁷ МКС, [Судове рішення](#) у справі *Бемби*, п. 194; МКТР, *Ндінділіймана та ін.*, [Судове рішення](#), с. 34, п. 118; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Благовєвіча та Йокіча*, п. 287.

²⁹⁵⁸ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби*, п. 194; МКТР, [Апеляційне рішення](#) у справі *Галіча*, п. 377.

²⁹⁵⁹ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба*, пп. 170; МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба щодо підтвердження обвинувачень*, пп. 407, 428. Примітка: Стандарт "повинен був знати" МКС і стандарт "мав підстави знати" спеціальних трибуналів не є аналогічними, однак Палата попереднього провадження МКС у справі *Бемба* дійшла висновку, що показник, розроблений відповідно до стандарту "мав підстави знати", може бути корисним під час застосування стандарту "повинен був знати". Див: МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба про підтвердження обвинувачень*, п. 434. Щодо стандарту "мав підстави знати" див., *наприклад*, МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Delalić та ін.*, п. 223; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брджаніна*, п. 278; МКТР, [Судове рішення](#) у справі *Ndindiliyimana та ін.*, п. 126. 126.

²⁹⁶⁰ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемба про підтвердження обвинувачень*, п. 434.

²⁹⁶¹ МКС, [Рішення](#) у справі *Бемби про підтвердження обвинувачень*, п. 434; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 223. 434; МКТЮ, [Апеляційне рішення](#) у справі *Делаліча та ін.*, п. 223; МКТЮ, [Судове рішення](#) у справі *Брджаніна*, п. 278.

ПРИКЛАД З ПРАКТИКИ – ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КОМАНДУВАННЯ МКТЮ, СПРАВА ЧЕЛЕБІЧІ, ПП. 2-5, 739, 764-767, 770, 772, 911, 1010, 1047, 1072, 1123

У справі *Челебічі*, яка розглядалася в МКТЮ і стосувалася скоєння воєнних злочинів у таборі для військовополонених Челебічі, Судова палата визнала Мучича, одного з обвинувачених, відповідальним згідно з принципом командної відповідальності, зокрема, за вбивства, тортури, умисне заподіяння сильних страждань, нелюдське і жорстоке поводження.

Судова палата встановила, що Мучич *де-факто* обіймав посаду начальника в'язниці-табору в Челебічі. Цей висновок Судової палати ґрунтувався на тому, що Мучичу підпорядковувалися заступник начальника табору і тюремні охоронці, які виконували його накази в таборі. Докази на користь того, що Мучич міг здійснювати свої *фактичні повноваження*, випливають з того факту, що він мав право звільняти затриманих з табору, мав владу над охоронцями і можливість застосовувати до них дисциплінарні стягнення, а також контролював, хто відвідував затриманих.

З огляду на його посаду, Судова палата встановила, що Мучич знав або мав підстави знати про порушення МГП, скоєні в таборі, але не зміг запобігти цим діям або покарати винних. У зв'язку з цим Судова палата встановила, що, окрім прямого визнання того, що Мучичу було відомо про вчинення злочинів у таборі, він також мав презюмовану обізнаність, що під час його умисних прогулів, які були частими і регулярними, його підлеглі вчинятимуть правопорушення. Відповідно, Судова палата дійшла висновку, що злочини, скоєні в таборі для військовополонених у Челебічі, були настільки частими і відомими, що Мучич ніяк не міг не знати або не чути про них. Незважаючи на це, він не запровадив жодної системи моніторингу та звітності, за допомогою якої йому б повідомляли про порушення, скоєні в таборі, і не покарав нікого за жорстоке поводження з ув'язненими.

6. Підбурювання до геноциду

а) Застосування відповідно до ККУ

1521. Частина 2 статті 442 Кримінального кодексу України забороняє публічні заклики до вчинення геноциду, а також виготовлення та розповсюдження будь-яких матеріалів, що містять заклики до вчинення геноциду. Підбурювання до геноциду передбачає основну відповідальність винної особи так само, як і відповідальність за вчинення актів геноциду. Підбурювання також вимагає наявності такого ж умислу, як і в ч. 1 ст. 442, тобто «з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи», оскільки підбурювання до геноциду міститься в статті, що забороняє геноцид (тобто в ст. 442).

СТАТТЯ 442. ГЕНОЦИД

2. Публічні заклики до геноциду, а також виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів — караються арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до п'яти років.

ПРИКЛАДИ ПІДБУРЮВАННЯ ДО ГЕНОЦИДУ ЗА СТАТТЕЮ 442(2)

Ситуація 1

У своїй публічній промові лідер Б неодноразово заперечував існування країни А, в тому числі заперечував, що країна А має унікальну культуру, мову та народ. Крім того, Б вказав, що всі, хто стверджує протилежне, є нацистами, які заслуговують на покарання і повинні бути знищені. Після цих заяв почастишали напади на громадян країни А, і ці напади були визнані геноцидом.

Ситуація 2

У засобах масової інформації країни У були опубліковані заяви, зроблені Х, в яких країну Z звинувачували у скоєнні звірств проти свого народу, особливо проти людей, які належать до тієї ж національності, що і країна У. Х підкреслив, що країна У та її збройні сили зобов'язані діяти і вживати всіх необхідних заходів для запобігання подальшому нанесенню шкоди. Він закликав збройні сили «розшукати і забезпечити, щоб кожен ворог залишив цю землю до останнього».

b) Підбурювання до вчинення геноциду за міжнародним правом

1522. Підбурювання до вчинення геноциду встановлюється шляхом доведення того, що обвинувачений умисно безпосередньо і публічно підбурював інших до вчинення геноциду.²⁹⁶² Пряме та публічне підбурювання передбачає дії, спрямовані на безпосереднє спонукання іншої особи до вчинення геноциду за допомогою одного з таких засобів: промови, вигуків або погроз, виголошених публічно або на публічних зібраннях; продажу, розповсюдження або демонстрації письмових або друківаних матеріалів публічно або на публічних зібраннях; плакатів або постерів; або за допомогою будь-яких інших засобів аудіовізуальної комунікації.²⁹⁶³
1523. Щоб визначити, чи справжнім змістом промови (або іншого засобу масової інформації) є підбурювання інших до вчинення геноциду, фахівці-практики повинні дослідити, як її зрозуміла цільова аудиторія, і оцінити, наприклад, культуру місцевості, в якій промова була виголошена; нюанси мови, використаної в промові, і тон промови; а також те, чи була промова виголошена в контексті вже існуючого середовища з ознаками геноциду.²⁹⁶⁴

²⁹⁶² МКТР, [Обвинувальний вирок у справі Акаессу](#), пп. 554-557; МКТР, [Апеляційне рішення у справі Нахімана та ін.](#), пп. 677; [Рішення у справі Nyiramasuhuko та ін.](#), пп. 5985-5987. Див. також: Тріфферер і Амбос (ред.), Римський статут Міжнародного кримінального суду: A Commentary, 3rd Edition, С.Н. Beck, Hart, Nomos 2016), с. 1016-1017.

²⁹⁶³ [Рішення щодо клопотань захисту про виправдання за правилом 98bis](#), п. 109; МКТР, справа Nyiramasuhuko та ін., пп. 109; МКТР, [Судове рішення у справі Акаессу](#), п. 559.

²⁹⁶⁴ [Рішення у справі Нірамасухуко та ін.](#), пп. 5986; МКТР, [справа Акайесу](#), п. 557; МКТР, справа *Нахімана та ін.* [Судове рішення](#), п. 1022.

ПРИКЛАД – ПІДБУРЮВАННЯ ДО ВЧИНЕННЯ ГЕНОЦИДУ МКТР, РІШЕННЯ У СПРАВІ АКАЙЕСУ, ПП. 672-675, 706, 729, 731

У справі Акайесу, що розглядалася в МКТР, Судова палата визнала Акайесу винним у підбурюванні до вчинення геноциду на підставі його промов на зборах, в яких він закликав присутніх «боротися проти спільників Інкотаньї». Ці промови, які фактично закликали до вбивства тутсі, призвели до масових вбивств тутсі в Табі, де Акайесу був лідером. Судова палата також встановила, що зґвалтування, скоєні в громадських приміщень бюро в Табі, були невід'ємною частиною процесу знищення спільноти тутсі, а отже, невід'ємним елементом геноциду, вчиненого проти них.

II. Обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання

1524. У цьому розділі здійснено огляд обставин, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання за міжнародні злочини, криміналізовані українським та міжнародним кримінальним правом (МКП).
1525. Згідно з українським законодавством, ці обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання, викладено в першу чергу, але не виключно, в статтях 36-43-1 Кримінального кодексу України (ККУ), тоді як обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання за МКП, викладено в статутах і судовій практиці міжнародних судів та трибуналів, включно з Міжнародним трибуналом щодо колишньої Югославії (МТКЮ), Міжнародним трибуналом щодо Руанди (МТР) і Міжнародним кримінальним судом (МКС). Деякі передбачені МКП обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання, збігаються з тими, які передбачено ККУ, тоді як інші застосовуються лише в міжнародному праві і залежать від обставин міжнародних злочинів.

А. Обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання, згідно з ККУ

1526. Статті 36 — 43-1 ККУ є основними положеннями, які встановлюють обставини, що виключають протиправність діяння, передбаченими кримінальним законодавством України, і їх можна підсумувати таким чином:

ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ КРИМІНАЛЬНУ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ, ЗА ККУ

Стаття 36, частина перша. Необхідна оборона: дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

Стаття 37, частина перша. Уявна оборона: дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання.

Стаття 38, частина перша. Затримання правопорушника: не визнаються кримінально протиправними дії потерпілого та інших осіб безпосередньо після вчинення посягання, спрямовані на затримання особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, і доставлення її відповідним органам влади, якщо при цьому не було допущено перевищення заходів, необхідних для затримання такої особи.

Стаття 39, частина перша. Крайня необхідність: не є кримінальним правопорушенням заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності.

Стаття 40, частина перша. Фізичний або психічний примус: не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність особи, яка заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, вчинена під безпосереднім впливом фізичного примусу, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками.

Стаття 41, частина перша. Виконання наказу або розпорядження: дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження.

Стаття 42, частина перша. Діяння, пов'язане з ризиком: не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), яке заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, якщо це діяння було вчинене в умовах виправданого ризику для досягнення значної суспільно корисної мети.

Стаття 43, частина перша. Виконання спеціального завдання з попередження чи розкриття кримінально протиправної діяльності організованої групи чи злочинної організації: не є кримінальним правопорушенням вимушене заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам особою, яка відповідно до закону виконувала спеціальне завдання, беручи участь в організованій групі чи злочинній організації з метою попередження чи розкриття їх кримінально протиправної діяльності.

Стаття 43-1, частини перша і третя. Виконання обов'язку щодо захисту Вітчизни, незалежності та територіальної цілісності України: не є кримінальним правопорушенням діяння (дія або бездіяльність), вчинене в умовах воєнного стану або в період збройного конфлікту та спрямоване на відсіч та стримування збройної агресії Російської Федерації або агресії іншої країни, якщо це заподіяло шкоду життю або здоров'ю особи, яка здійснює таку агресію, або заподіяло шкоду правоохоронюваним інтересам, за відсутності ознак катування чи застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. [...] Особа не підлягає кримінальній відповідальності за застосування зброї (озброєння), бойових припасів або вибухових речовин проти осіб, які здійснюють збройну агресію проти України, та за пошкодження чи знищення у зв'язку з цим майна.

1527. Окрім цих положень, додатковими обставинами, що виключають протиправність діяння, можуть виступати обставини, передбачені статтею 17 («Добровільна відмова при незакінченому кримінальному правопорушенні») та статтею 19 («Осудність») ККУ. Відповідно, статтею 17 встановлено, що «особа, яка добровільно відмовилася від доведення кримінального правопорушення до кінця, підлягає кримінальній відповідальності лише в тому разі, якщо фактично вчинене нею діяння містить склад іншого кримінального правопорушення».²⁹⁶⁵ Крім того, статтею 19 передбачено, що особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого ККУ, вона перебувала в стані неосудності, тобто не могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними внаслідок хронічного психічного захворювання, тимчасового розладу психічної діяльності, недоумства або іншого хворобливого стану психіки.²⁹⁶⁶ Однак до такої особи за рішенням суду можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру.²⁹⁶⁷
1528. Нарешті, стаття 66 ККУ («обставини, які пом'якшують покарання») встановлює обставини, які не виключають кримінальну відповідальність, але можуть пом'якшити призначене покарання. Вони включають, наприклад, учинення правопорушення: під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову чи іншу залежність; під впливом сильного душевного хвилювання, викликаного жорстоким поведінням, або таким, що принижує честь і гідність особи, а також за наявності системного характеру такого поведіння; або з перевищенням меж крайньої необхідності.²⁹⁶⁸
1529. Низка вищезазначених передбачених українським кримінальним законодавством обставин, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання, також передбачені і МКП. Наприклад, Статут МКС визначає такі підстави для звільнення від кримінальної відповідальності:

²⁹⁶⁵ [Кримінальний кодекс України](#) від 5 квітня 2001 року, № 2341-III («ККУ»), стаття 17, частина друга.

²⁹⁶⁶ [ККУ](#), стаття 19, частина друга.

²⁹⁶⁷ [ККУ](#), стаття 19, частина друга.

²⁹⁶⁸ [ККУ](#), стаття 66.

- Відмова від спроби вчинити злочин (Статут МКС, стаття 25(3)(f) Статуту МКС, подібна до статті 17 ККУ);
- Психічне захворювання або розлад (стаття 31(1)(a) Статуту МКС, подібна до статті 19 ККУ);
- Самооборона (стаття 31(1)(c) Статуту МКС, подібна до статті 36 ККУ);
- Примус (стаття 31(1)(d) Статуту МКС, подібна до статті 36 ККУ); та
- Накази начальника та припис закону (стаття 33 Статуту МКС, яка є подібною до статті 41 ККУ).

1530. Здебільшого, тлумачення цих підстав для звільнення від кримінальної відповідальності у випадку скоєння міжнародних злочинів, не відрізнятиметься від випадків скоєння загальнокримінальних злочинів. Відповідно, судді повинні тлумачити ці підстави звільнення від кримінальної відповідальності, відповідно до своїх знань кримінального права України.

1531. Однак ми розглядатимемо деякі з цих підстав нижче, оскільки їх тлумачення за МКП може додатково проілюструвати те, як вони можуть розумітися в контексті справ про масові звірства та воєнні злочини.

1532. Як про це вже говорилося в попередніх розділах (див., наприклад, п. 494), хоча міжнародні інструменти та судова практика самі по собі не є обов'язковими для українських суддів, вони можуть слугувати корисним керівництвом та ілюстрацією для українських суддів під час винесення рішень щодо відповідальності за міжнародні злочини. Це пов'язано, зокрема, з тим, що Конституційний Суд України прийняв засаду «дружнього ставлення» до міжнародного права,²⁹⁶⁹ а українські суди сформувавши практику врахування міжнародних інструментів і практики під час тлумачення принципів міжнародного права в своїй судовій практиці.²⁹⁷⁰

1. Повідомлення про намір будувати захист на основі підстав для звільнення від кримінальної відповідальності

1533. Попередньо слід зазначити, що згідно з МКП, якщо обвинувачений має намір послатися на підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, то на нього покладаються спеціальні зобов'язання щодо розкриття цієї інформації. Суддям слід звернути увагу на те, що, хоча Кримінально-процесуальний кодекс України (КПК) не містить подібного положення, розкриття суду інформації про підстави для звільнення від кримінальної відповідальності допоможе гарантувати справедливість кримінального процесу.

²⁹⁶⁹ [Рішення](#) Конституційного Суду України № 2-рп/2016 від 1 червня 2016, п. 2.3: «Конституційний Суд України враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна».

²⁹⁷⁰ Див., наприклад, Ухвалу Верховного Суду № 415/2182/20 від 3 лютого 2022, в якій Суд використав статтю 8bis Статуту МКС та інші міжнародні документи для тлумачення статті 437 ККУ відповідно до міжнародного визначення злочину агресії. Для отримання додаткової інформації див. пп. 38-39 вище.

1534. Наприклад, у МКС правила 79 і 80 Правил процедури і доказування МКС (ППД МКС) встановлюють зобов'язання щодо розкриття інформації, які виникають, якщо обвинувачений має намір посилатися на передбачені Статутом МКС «підстави для звільнення від кримінальної відповідальності»²⁹⁷¹, а також на інші обставини, що звільняють від відповідальності, що впливають із застосовного права Суду (що може включати, серед іншого, звичаєві принципи МКП, міжнародного гуманітарного права та права прав людини).²⁹⁷² У повідомленні повинні бути вказані імена свідків та будь-які інші докази, на які обвинувачений має намір спиратися для встановлення відповідної обставини.²⁹⁷³
1535. У тому, що стосується часу, частина друга правила 79 передбачає, що повідомлення про намір обвинуваченого послатися на такі обставини має бути зроблено «достатньо завчасно, щоб Прокурор мав можливість належним чином підготуватися та надати відповідь». Обвинувачений зобов'язаний повідомити про свій намір сторону обвинувачення та палату «як тільки буде прийнято рішення послатися на таку обставину».²⁹⁷⁴
1536. Важливо, однак, те, що ненадання обвинуваченим належного повідомлення згідно з правилом 79 «не обмежує» його права посилатися на таку обставину і надавати відповідні докази.²⁹⁷⁵ У зв'язку з цим слід зазначити, що право обвинуваченого посилатися на підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, та надавати допустимі докази в Суді прямо закріплено в Статуті МКС.²⁹⁷⁶
1537. Проте слід зазначити, що як МТКЮ, так і МТР встановили, що неналежне повідомлення про алібі — наприклад, якщо повідомлення було невчасним або недостатньо детальним — може негативно вплинути на оцінку надійності алібі з боку суду.²⁹⁷⁷

2. Самооборона

1538. Окремі елементи передбачених ККУ «необхідної оборони» (стаття 36) і «уявної оборони» (стаття 39) можна знайти в п. «с» частини першої статті 31 Статуту МКС, відомому як пункт про «самооборону». Параметри «самооборони» розробляються в юриспруденції міжнародних судів і трибуналів, і ця судова практика може допомогти українським суддям, якщо обвинувачений використовуватиме одну з підстав для звільнення від кримінальної відповідальності.

²⁹⁷¹ Або щоб заявити про алібі; див. МКС, [Правила процедури і доказування](#), Правило 79(1)(а).

²⁹⁷² Див. Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду (прийнятий 17 липня 1998, набув чинності 1 липня 2001). т. 2187 UNTS 3 («Статут МКС»), стаття 21. Див. також МТКЮ, [Правила процедури і доказування](#), пп. С-D правила 67; МТР, [Правила процедури і доказування](#), правило 67.

²⁹⁷³ Див. МКС, [Правила процедури і доказування](#), Правило 79(1)(b).

²⁹⁷⁴ Див. МКС, Рішення в справі *Катанги стосовно «Заяви обвинувачення щодо розкриття інформації стороною захисту відповідно до правила 78 і частини четвертої правила 79»*, п. 45.

²⁹⁷⁵ Див. МКС, [Правила процедури і доказування](#), Правило 79(3).

²⁹⁷⁶ Див. [Статут МКС](#), статтю 67(1)(е).

²⁹⁷⁷ Див., наприклад, МТКЮ, рішення у справі «Прокурор проти *Толіміра*» щодо клопотання прокуратури про видачу наказу, який вимагає надати відомості про алібі обвинуваченого, п. 29; МТР, Апеляційне рішення у справі *Каліманзари*, пп. 54-56.

ККУ, СТАТТЯ 36. НЕОБХІДНА ОБОРОНА

1. Необхідною обороною визнаються дії, вчинені з метою захисту охоронюваних законом прав та інтересів особи, яка захищається, або іншої особи, а також суспільних інтересів та інтересів держави від суспільно небезпечного посягання шляхом заподіяння тому, хто посягає, шкоди, необхідної і достатньої в даній обстановці для негайного відвернення чи припинення посягання, якщо при цьому не було допущено перевищення меж необхідної оборони.

2. Кожна особа має право на необхідну оборону незалежно від можливості уникнути суспільно небезпечного посягання або звернутися за допомогою до інших осіб чи органів влади.

3. Перевищенням меж необхідної оборони визнається умисне заподіяння тому, хто посягає, тяжкої шкоди, яка явно не відповідає небезпечності посягання або обстановці захисту. Перевищенням меж необхідної оборони тягне кримінальну відповідальність лише у випадках, спеціально передбачених у статтях 118 та 124 цього Кодексу.

4. Особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо через сильне душевне хвилювання, викликане суспільно небезпечним посяганням, вона не могла оцінити відповідність заподіяної нею шкоди небезпечності посягання чи обстановці захисту.

5. Не є перевищенням меж необхідної оборони і не має наслідком кримінальну відповідальність застосування зброї або будь-яких інших засобів чи предметів для захисту від нападу озброєної особи або нападу групи осіб, а також для відвернення протиправного насильницького вторгнення у житло чи інше приміщення, незалежно від тяжкості шкоди, яку заподіяно тому, хто посягає.

ККУ, СТАТТЯ 37. УЯВНА ОБОРОНА

1. Уявною обороною визнаються дії, пов'язані із заподіянням шкоди за таких обставин, коли реального суспільно небезпечного посягання не було, і особа, неправильно оцінюючи дії потерпілого, лише помилково припускала наявність такого посягання.

2. Уявна оборона виключає кримінальну відповідальність за заподіяну шкоду лише у випадках, коли обстановка, що склалася, давала особі достатні підстави вважати, що мало місце реальне посягання, і вона не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення.

3. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати помилковості свого припущення, але при цьому перевищила межі захисту, що дозволяються в умовах відповідного реального посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності як за перевищення меж необхідної оборони.

4. Якщо в обстановці, що склалася, особа не усвідомлювала, але могла усвідомлювати відсутність реального суспільно небезпечного посягання, вона підлягає кримінальній відповідальності за заподіяння шкоди через необережність.

СТАТУТ МКС, СТАТТЯ 31

Підстави для звільнення від кримінальної відповідальності

1. На додаток до інших підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених цим Статутом, особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо в момент вчинення нею діяння:

[...]

- с) ця особа діє розумно для захисту себе чи іншої особи або, у випадку воєнних злочинів, майна, що є особливо важливим для виживання цієї особи чи іншої особи, або майна, що є особливо важливим для виконання завдання військового характеру, від безпосередньої загрози протиправного застосування сили, у спосіб, що є співмірним зі ступенем небезпеки, яка загрожує цій особі чи іншій особі або майну, що перебувають під захистом. Той факт, що особа брала участь в оборонній операції, яка проводилася військами, сам по собі не є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності згідно із цим підпунктом.

1539. Згідно з МКП, самооборона (або захист іншої особи чи майна) у відповідь на «безпосередню загрозу протиправного застосування сили» має здійснюватися «в той самий момент або тривати до того моменту».²⁹⁷⁸ Отже, превентивні удари та напади у відповідь не покриваються поняттям «самооборони».²⁹⁷⁹

1540. Акт самооборони також має бути «розумним», що означає, що він може становити «необхідну та дієву відповідь», і «пропорційним» «ступеню небезпеки», з якою стикається особа, що означає, що коли ступінь небезпеки підвищується до рівня смертельної загрози або загрози тяжких тілесних ушкоджень, захисні дії з наміром убити стають допустимими.²⁹⁸⁰

1541. Судді також повинні взяти до уваги останнє речення п. «с» частини першої статті 31 Статуту МКС, яке розрізняє колективну та індивідуальну самооборону: «той факт, що особа брала участь в оборонній операції, яка проводилася військами, сам по собі не є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності згідно із цим підпунктом».²⁹⁸¹ Іншими словами, сам факт того, що обвинувачений вчинив злочин у контексті операції колективної самооборони, сам по собі не буде достатнім для звільнення від кримінальної відповідальності за цей злочин. У тому ж ключі законність (чи незаконність) операції колективної самооборони

²⁹⁷⁸ Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (під ред. Кассезе та ін.). — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2002, с. 1032-1033.

²⁹⁷⁹ Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (під ред. Кассезе та ін.). — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2002, с. 1032-1033.

²⁹⁸⁰ Кан та ін. Посібник Арчболда: *Практика, процесуальне право та правила доказування міжнародних кримінальних судів*, 5-те видання. — Світ енд Максвел, 2018, с. 1696.

²⁹⁸¹ Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (під ред. Кассезе та ін.). — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2002, с. 1033.

не впливає на оцінку відповідності поведінки її учасника критерію індивідуальної самооборони згідно з п. «с» частини першої статті 31 Статуту МКС.²⁹⁸²

1542. МТКЮ взяв до уваги цей елемент положення Статуту МКС про самооборону та підкреслив, що «військові операції в межах самооборони не є виправданням серйозних порушень міжнародного гуманітарного права», вважаючи, що «будь-яке посилення на самооборону має оцінюватися на основі фактів саме цього випадку і конкретних обставин, що стосуються кожного обвинувачення».²⁹⁸³
1543. Так само й МТКЮ відхилив аргумент обвинуваченого про те, що інкриміновані йому дії були вчинені в порядку самозахисту під час законної операції в контексті внутрішнього неміжнародного збройного конфлікту з озброєною групою, повторивши, що «з юридичної точки зору не має значення, як саме напад було визначено в наказі про нього: як превентивну, оборонну чи наступальну акцію[...]. Питання полягає в тому, чи був спосіб здійснення військового нападу [під час збройного конфлікту] злочинним, чи ні».²⁹⁸⁴
1544. Також варто звернути увагу на те, що, відповідно до Статуту МКС, у справах, пов'язаних із захистом майна, на обставину щодо самооборони можна посилаватися, лише якщо виконуються наступні умови: 1) на неї посиляються у відповідь на обвинувачення у воєнному злочині (а не на обвинувачення в злочині проти людяності чи геноциді); і 2) майно, про яке йде мова, «є особливо важливим для виживання цієї особи чи іншої особи, або особливо важливим для виконання завдання військового характеру».²⁹⁸⁵ У цьому плані п. «с» частини першої статті 31 Статуту МКС є більш конкретним, ніж її відповідник, частина перша статті 36 ККУ.
1545. Якщо обвинувачений щиро помилявся щодо застосування проти нього (чи інших осіб) сили або ступеня небезпеки, він може послатися на помилку в факті як на обставину, що звільняє від відповідальності (див. п. 660 нижче). Зверніть увагу, що в частині першій статті 37 ККУ прямо визначено обставини, за яких можна посылатися на помилку в факті як обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, і саме в контексті уявної оборони. Аналогічно, частина четверта статті 36 фактично передбачає помилку, коли «через сильне душевне хвилювання» обвинувачений не зміг правильно визначити, що буде прийнятною та пропорційною захисною реакцією.

²⁹⁸² Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (під ред. Кассезе та ін.). — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2002, с. 1033-1034].

²⁹⁸³ МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Кордича й Черкеза, пп. 450-452.

²⁹⁸⁴ МТКЮ, Справа Бошкоського і Тарчуловського, [Рішення Апеляційної палати](#), п. 31.

²⁹⁸⁵ [Статут МКС](#), стаття 31(1)(с).

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. САМОБОРОНА МТКЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ СТАКИЧА, П. 153

Під час розгляду МТКЮ справи *Стакича* питання про самооборону виникло у зв'язку з інцидентом, коли автомобіль, повний сербських солдатів, був ймовірно обстріляний на контрольно-пропускному пункті, встановленому для запобігання в'їзду в місто, населене переважно боснійськими мусульманами. У відповідь на цей напад сербські війська розпочали спланований, скоординований і тривалий збройний напад на це місто.

Судова палата визнала, що сербські військові дійсно мали право на самооборону. Проте Судова палата встановила, що «будь-яка збройна відповідь має бути пропорційною первинному нападу», що відповідні акти самооборони мають бути «пов'язані в часі з первинним нападом», і що «початок повномасштабних пересувань військ всього через день після первинних нападів не відповідає цій передумові визнання військових актів «самооборони» правомірними».

Підсумовуючи, Судова палата встановила, що відповідь сербських сил не може розглядатися в контексті обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, з таких причин: скоординований напад на місто не був пропорційною реакцією; це був не єдиний доступний варіант дій (наприклад, сербські сили могли замість цього направити підрозділи для пошуку ймовірних злочинців); акт «самооборони» не був достатньою мірою пов'язаний у часі з первинним нападом (тобто повномасштабний напад було здійснено через добу після первинного нападу на блокпосту).

3. Крайня необхідність та примус

1546. Елементи передбачених ККУ «крайньої необхідності» (стаття 39) і «фізичного або психічного примусу» (стаття 40) можна знайти в п. «d» частини першої статті 31 Статуту МКС, в якому сформульовано ідею захисту з використанням посилення на примус.²⁹⁸⁶ Елементи та принципи цих взаємопов'язаних обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, були розглянуті в обмеженому числі справ, що стосувалися МКП. Їх огляд тут може допомогти українським суддям оцінювати ці обставини в разі виникнення такої потреби у справі, що ними розглядатиметься.

²⁹⁸⁶ Див. також, щодо «змішування» понять «примус» та «крайня необхідність» у Статуті МКС, працю «Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар» (під ред. Кассезе та ін.). — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2002, с. 1036.

ККУ, СТАТТЯ 39. КРАЙНЯ НЕОБХІДНІСТЬ

1. Не є кримінальним правопорушенням заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам у стані крайньої необхідності, тобто для усунення небезпеки, що безпосередньо загрожує особі чи охоронюваним законом правам цієї людини або інших осіб, а також суспільним інтересам чи інтересам держави, якщо цю небезпеку в даній обстановці не можна було усунути іншими засобами і якщо при цьому не було допущено перевищення меж крайньої необхідності.
2. Перевищенням меж крайньої необхідності є умисне заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо така шкода є більш значною, ніж відвернена шкода.
3. Особа не підлягає кримінальній відповідальності за перевищення меж крайньої необхідності, якщо внаслідок сильного душевного хвилювання, викликаного небезпекою, що загрозувала, вона не могла оцінити відповідність заподіяної шкоди цій небезпеці.

ККУ, СТАТТЯ 40. ФІЗИЧНИЙ АБО ПСИХІЧНИЙ ПРИМУС

1. Не є кримінальним правопорушенням дія або бездіяльність особи, яка заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, вчинена під безпосереднім впливом фізичного примусу, внаслідок якого особа не могла керувати своїми вчинками.
2. Питання про кримінальну відповідальність особи за заподіяння шкоди правоохоронюваним інтересам, якщо ця особа зазнала фізичного примусу, внаслідок якого вона зберігала можливість керувати своїми діями, а також психічного примусу, вирішується відповідно до положень статті 39 цього Кодексу.

СТАТУТ МКС, СТАТТЯ 31 **ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД КРИМІНАЛЬНОЇ** **ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ**

1. На додаток до інших підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, передбачених цим Статутом, особа не підлягає кримінальній відповідальності, якщо в момент вчинення нею діяння:

[...]

- d) діяння, яке ймовірно становить злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, є вимушеною реакцією у відповідь на безпосередню загрозу смерті або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень чи продовження заподіяння таких ушкоджень їй самій або іншій особі, і ця особа вчиняє необхідні й розумні дії для відвернення цієї загрози за умови, що ця особа не має наміру заподіяти більшу шкоду, ніж та, яку вона намагалася усунути. Така загроза може бути створена:
 - i) іншими особами;
 - ii) іншими обставинами, що не залежать від цієї особи.

а) Крайня необхідність

1547. Спеціальний суд для Сьєрра-Леоне (СССЛ) прямо відхилив крайню необхідність як окрему обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння за МКП (на відміну від примусу та військової необхідності, які розглядаються нижче (див. пункти 618 і 676 відповідно). Згідно з аргументацією Судової палати СССЛ, крайня необхідність «не може бути прийнята [...] як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, у випадках, коли підсудних обвинувачено у серйозних порушеннях міжнародного гуманітарного права».²⁹⁸⁷ Крім того, Апеляційна палата СССЛ «підкреслила, що норми міжнародного гуманітарного права однаково застосовуються до обох сторін конфлікту, незалежно від того, хто є «агресором»», і постановила, що «те, що винуватці злочину проти людяності боролися за відновлення демократії, не є виправданням їхніх дій».²⁹⁸⁸

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. КРАЙНЯ НЕОБХІДНІСТЬ СССЛ, ВИРОК У СПРАВІ ФОФАНИ ТА КОНДЕВИ, ПП. 23, 78-79, 80.

У справі *Фофани та Кондеви*, яка розглядалася СССЛ, Кондева (один із підсудних), обвинувачувався, поміж іншим, в убивстві цивільних осіб, інших нелюдських діях, жорстокому поводженні та грабежі. Кондева намагався захистити себе від цих обвинувачень, стверджуючи, поміж іншим, що він брав участь у боротьбі з ворожими збройними силами через «крайню необхідність» відновити владу поваленого демократично обраного президента. Проте Судова палата дійшла висновку, що «прийняття крайньої необхідності як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, в справах, пов'язаних із воєнними злочинами або злочинами проти людяності, заперечувало б норми та фундаментальні принципи захисту осіб, які не беруть участі у воєнних діях, і жертв збройних конфліктів, а отже, ставило б під загрозу досягнення цілей міжнародного гуманітарного права». Відповідно, Судова палата визнала Кондеву винним у плануванні та навмисних вбивствах невинних і неозброєних цивільних осіб.

б) Примус

1548. Для визнання наявності обставин «крайньої необхідності» за ККУ та «примусу» за Статутом МКС необхідно, щоб обвинувачений зіткнувся з небезпекою або шкодою, що може бути охарактеризована як «неминуча загроза».

1549. На думку Судової палати МКС, вимога «неминучої загрози» відповідно до п. «d» частини першої статті 31 Статуту МКС стосується «природи загрози, а не самої загрози як такої».²⁹⁸⁹ Отже, «шкода, якою погрожують, має бути або негайним вбивством («неминуча загроза смерті»), або тяжкими тілесними ушкодженнями, що настануть негайно або найближчим часом («неминуча загроза заподіяння тяжких тілесних ушкоджень чи продовження заподіяння таких ушкоджень»».²⁹⁹⁰

²⁹⁸⁷ СССЛ, [Вирок у справі Фофани та Кондеви](#), п. 77.

²⁹⁸⁸ СССЛ, [Рішення за апеляцією в справі Фофани та Кондеви](#), п. 27.

²⁹⁸⁹ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2582.

²⁹⁹⁰ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Онгвена*, п. 2582.

Це означає, що «на примус не можна посилається, якщо обвинуваченому не загрозувало тяжке тілесне ушкодження в достатньо близькому майбутньому».²⁹⁹¹ Як такі, абстрактна небезпека або «підвищена ймовірність того, що може виникнути небезпечна ситуація» недостатні, щоб виправдати посилення на примус як на обставину, що звільняє від відповідальності.²⁹⁹²

МКС, РІШЕННЯ ЗА АПЕЛЯЦІЄЮ У СПРАВІ ОНГВЕНА, ПП. 1422-1423 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО).

Час реалізації загрози пов'язаний з термінами «неминучість» і «продовження [заподіяння тілесних ушкоджень]», і є критерієм, який допомагає оцінювати існування загрози.

Апеляційна палата вважає, що, незважаючи на те, що п. «d» частини першої статті 31 Статуту [МКС] також охоплює загрози щодо «продовження завдання» шкоди, що може статися пізніше, щоб визнати особу примушеною до вчинення злочину під юрисдикцією Суду, загроза має «існувати» та бути реальною на момент вчинення інкримінованих дій, «тобто матеріалізація небезпеки не може бути подією занадто далекого майбутнього». *Самого лише твердження обвинуваченого, що він чи вона зіткнулися із загальною загрозою його чи її життя, недостатньо.* [виділено автором]

1550. Крім того, проста можливість того, що обвинуваченого пізніше буде піддано дисциплінарним заходам, якими б жорстокими вони не були, швидше за все, не відповідатиме вимозі «неминучого характеру загрози».²⁹⁹³ Дійсно, існування примусу не «надає загального імунітету членам злочинних організацій, дисципліна в яких підтримується жорстокими методами, щойно вони в змозі довести, що їхнє членство не було добровільним».²⁹⁹⁴

²⁹⁹¹ МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі Онгвена, п. 2582.

²⁹⁹² МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі Онгвена, п. 2582.

²⁹⁹³ МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі Онгвена, п. 153.

²⁹⁹⁴ МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі Онгвена, п. 153. Див. також МКС, [Рішення за апеляцією](#) у справі Онгвена, п. 1423, прим. 3171.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПРИМУС МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОНГВЕНА, ПП. 2586, 2668.

У справі *Онгвена*, яка розглядалася МКС, Онгвена обвинувачували в низці злочинів, зокрема, в керуванні нападами на міста, сексуальному насильстві, укладенні примусових шлюбів та використанні примусової праці. Онгвен був командиром підрозділу в Армії опору Господа (LRA), лідер якої Джозеф Коні, як стверджується, здійснював контроль над усіма членами організації через суворі дисциплінарні правила, які встановлювали жорстокі покарання за невиконання наказів, і суворий нагляд за командирами. Щоб захистити себе від висунутих йому обвинувачень у злочинах, Онгвен стверджував, що через умови перебування в цій збройній групі, йому постійно загрожували неминуча смерть і тяжкі тілесні ушкодження. Однак Судова палата встановила відсутність доказів на підтримку твердження Онгвена про те, що він перебував під такою загрозою під час вчинення інкримінованих дій. Палата ухвалила це рішення на основі таких установлених нею фактів: оскаржувані дії стосувалися не окремого інциденту, а багатьох діянь, що охоплювалися роками; обвинувачений насправді міг оскаржувати накази Коні без ризику зазнати шкоди; він мав реальну можливість залишити збройну групу; Онгвен також вчинив низку інкримінованих йому дій в спосіб, що не передбачав знання інших осіб про них (наприклад, згвалтування).

1551. Подібним чином, вимога п. «d» частини першої статті 31 Статуту МКС до обвинуваченого вчиняти «необхідні й розумні дії», щоб відвернути загрозу, означає, що «у розпорядженні [обвинуваченого] не було альтернативних, менш інтрузивних заходів».²⁹⁹⁵
1552. З урахуванням суб'єктивного аспекту вимоги пропорційності у п. «d» частини першої статті 31, кримінальна відповідальність може бути виключена, навіть якщо обвинувачений завдав непропорційної шкоди (тобто «шкоди більшої, ніж та, якої хотів уникнути»), якщо він мав на меті уникнути більшої шкоди, яка ним передбачалася.²⁹⁹⁶ Таке ставлення до суб'єктивного аспекту відображено в частині третій статті 39 ККУ, яка виправдовує непропорційну реакцію обвинуваченого за обставин, коли він не міг належним чином оцінити пропорційність своєї реакції через «сильне душевне хвилювання».
1553. Існування загрози має бути «об'єктивно визначене», і вона має «існувати в реальності».²⁹⁹⁷ Крім того, «має бути встановлено принаймні те, чи розумна особа за таких обставин все-таки усвідомила б ризик завдання серйозної шкоди [...] незалежно від того, чи дійсно обвинувачений щиро, але помилково вважав, що перебуває під загрозою».²⁹⁹⁸ Однак статті 39 і 40 ККУ нічого не говорять про те, чи

²⁹⁹⁵ К. Амбос. Трактат про міжнародне кримінальне право. Т. 1: Основи та загальна частина, 2-е видання. — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2021, с. 473], на який посилається МКС у своєму [Рішенні за апеляцією](#) у справі *Онгвена* (*Ongwen*), п. 1423.

²⁹⁹⁶ Кан та ін. Посібник Арчболда: *Практика, процесуальне право та правила доказування міжнародних кримінальних судів*, 5-те видання. — Світ енд Максвел, 2018, с. 1703.

²⁹⁹⁷ МКС, [Рішення за апеляцією](#) у справі *Онгвена*, п. 1424.

²⁹⁹⁸ МКС, [Рішення за апеляцією](#) у справі *Онгвена*, п. 1424.

має загроза існувати об'єктивно, чи достатньо буде суб'єктивного сприйняття наявності загрози обвинуваченим.

1554. Слід також зазначити, що згідно з підпунктами (i)-(ii) п. «d» частини першої статті 31 Статуту МКС, обвинуваченому фактично заборонено посилатися на примус, якщо сам обвинувачений «спричинив цю небезпеку». Іншими словами, «обвинувачений не може посилатися на примус як на обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, якщо ця ситуація була добровільно створена ним самим».²⁹⁹⁹

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД 2. ПРИМУС НПСК (НАДЗВИЧАЙНІ ПАЛАТИ В СУДАХ КАМБОДЖІ), РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ДУЧА, ПП. 555-558.

У справі Дуча, яка розглядалася в Надзвичайних палатах судів Камбоджі (НПСК), Судова палата розглянула аргумент про примус, висунутий підсудним, обвинувачуваним у воєнних злочинах і злочинах проти людяності, скоєних у сумнозвісному слідчому ізоляторі режиму «червоних кхмерів» «S-21», начальником якого він був. Хоча Судова палата визнала, що обвинувачений «міг побоюватися, що він або його близькі родичі будуть убиті, якщо його керівництво визнає його поведінку незадовільною», вона постановила, що «на примус [...] не можна посилатися, коли уявна загроза є результатом реалізації політики терору, в якій [обвинувачений] охоче та активно брав участь».

1555. Слід зазначити, що МТКЮ не визнавав примус як обставину, що повністю виключає кримінальну протиправність діяння. Наприклад, у справі *Ердемовича* Апеляційна палата посилалася, поміж іншим, на відсутність узгодженої національної практики щодо примусу як обставини, що повністю виключає кримінальну протиправність діяння у випадку вбивства невинних людей, а також на характер злочинів, які підпадають під юрисдикцію МТКЮ, тобто «найсерйозніших порушень міжнародного гуманітарного права», і дійшла висновку про те, що примус слід розглядати лише як пом'якшувальну обставину.³⁰⁰⁰
1556. Під час розгляду справ у МКС примус може бути не лише підставою, що виключає кримінальну протиправність діяння, а й обставиною, що пом'якшує покарання.³⁰⁰¹ Відповідно, існування примусу може становити пом'якшувальну обставину, якщо дії, вчинені винним задля уникнення загрози, не відповідають вимогам необхідності чи розумності, або якщо відповідний елемент суб'єктивної сторони відсутній.³⁰⁰² Так само примус (тобто «вчинення кримінального правопорушення під впливом погрози, примусу або через матеріальну, службову

²⁹⁹⁹ Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (під ред. Кассезе та ін.). — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2002, сс. 1038-1039.

³⁰⁰⁰ Кан та ін. Посібник Арчболда: *Практика, процесуальне право та правила доказування міжнародних кримінальних судів*, 5-те видання. — Світ енд Максвел, 2018, с. 1703, яка посилається на Рішення МТКЮ за апеляцією в справі Ердемовича (Окрема думка суддів Макдоналда та Вохри, пп. 72, 75-81).

³⁰⁰¹ Див. МКС, [Правила процедури і доказування](#), Правило 145(2)(a)(i).

³⁰⁰² МКС, [Вирок](#) у справі *Онговена*, п. 108.

чи іншу залежність») окремо визначено як обставину, що пом'якшує покарання згідно з частиною шостою статті 66 ККУ.

4. Накази начальника

1557. Стаття 41 ККУ («виконання наказу або розпорядження») має свій відповідник у МКП у вигляді «наказів начальника» як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння. Варто співставити ці концепції через те, що обвинувачені в міжнародних злочинах намагатимуться використати цю обставину для захисту від обвинувачень у вчиненні в воєнний час потенційно злочинних дій, посилаючись при цьому на своє місце в наявних військових (і цивільних) організаційних структурах та ієрархіях.

ККУ, СТАТТЯ 41. ВИКОНАННЯ НАКАЗУ АБО РОЗПОРЯДЖЕННЯ

3. Дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження.
4. Наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина.
5. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно кримінально протиправний наказ або розпорядження.
6. Особа, що виконала явно кримінально протиправний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.
7. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати кримінально протиправного характеру наказу чи розпорядження, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, відповідальності підлягає тільки особа, що віддала кримінально протиправний наказ чи розпорядження.

1558. «Накази начальника» як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, походить із військового права і передбачає, що загалом особи можуть звільнитися від відповідальності за виконання наказів свого начальника або командира за дуже обмежених обставин.³⁰⁰³ Однак, за статутами Нюрнберзького трибуналу та МТКЮ та МТР, накази начальника не вважалися обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння; скоріше вони розглядалися як чинник, що пом'якшує покарання.³⁰⁰⁴

³⁰⁰³ Стан. Критичний вступ до міжнародного кримінального права. — Кембрідж Юніверсіті Прес, 2019, с. 155.

³⁰⁰⁴ [Нюрнберзька хартія](#), стаття 8; [Статут МТКЮ](#), стаття 7(4); [Статут МТР](#), стаття 6(4). Див. також: Стан. Критичний вступ до міжнародного кримінального права. — Кембрідж Юніверсіті Прес, 2019, с. 148,155-156; Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек Шпаблішер, 2017, с. 336; Касезе. *Міжнародне кримінальне право*, 3-тє видання. — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2013, с. 229; Ансерме. [Явна протиправність та накази начальника як обставина, що виключає кримінальну відповідальність у Статуті МКС: Доктрина помилки в праві в Schuldtheorie як панацея при застосуванні п. «с» частини першої статті](#)

**ПРОЦЕС ГОЛОВНИХ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНЦІВ: ПРОТОКОЛ
ЗАСІДАНЬ МІЖНАРОДНОГО ВОЄННОГО ТРИБУНАЛУ В
НЮРНБЕРЗІ, НІМЕЧЧИНА. – ГЕНЕРАЛЬНА ПРОКУРАТУРА
ВЕЛИКОЇ БРИТАНІЇ, ДЕРЖАВНЕ ВИДАВНИЦТВО ВЕЛИКОЇ
БРИТАНІЇ, ЛОНДОН, 1950, Ч. 22, С. 447.**

Положення [статті 8 Статуту Нюрнберзького трибуналу] узгоджуються з законодавством усіх держав. Те, що солдату було наказано вбивати або катувати всупереч міжнародному праву війни, ніколи не визнавалося обставиною, що виключає відповідальність за такі жорстокі діяння, хоча, як передбачає Статут, на наказ можна посилатися для пом'якшення покарання. Справжнім критерієм [...] є не існування наказу, а те, чи був моральний вибір насправді можливим.

1559. Хоча Статут МКС також містить положення про відповідальність підлеглого за вчинення злочину згідно з наказом начальника, стаття 33 передбачає, що підлеглий може бути звільнений від кримінальної відповідальності за певних обмежених обставин:

**СТАТУТ МКС, СТАТТЯ 33
НАКАЗИ НАЧАЛЬНИКА ТА ПРИПИС ЗАКОНУ**

1. Той факт, що злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, було вчинено особою за наказом уряду або начальника, військового чи цивільного, не звільняє цю особу від кримінальної відповідальності, за винятком випадків, коли:
 - а. Ця особа була юридично зобов'язана виконувати накази такого уряду чи такого начальника;
 - б. Ця особа не знала, що наказ був незаконним; та
 - с. Наказ не був явно незаконним.
2. Для цілей цієї статті накази про вчинення злочину геноциду або злочинів проти людяності є явно незаконними.

1560. Як впливає з формулювання статті 33(1) (тобто, зі слів «не звільняє цю особу від кримінальної відповідальності, за винятком випадків, коли [виділено автором]»), підлеглий, який вчинив злочин у межах юрисдикції МКС згідно з наказом начальника, звільняється від кримінальної відповідальності лише за одночасної наявності трьох перелічених умов.³⁰⁰⁵ Однак див. матеріал нижче щодо наказів про вчинення геноциду чи злочинів проти людяності (п. 641).

³⁰⁰⁵ 33 Статуту. — Vanderbilt Law Review, Т. 47, 2014, с. 1448.

³⁰⁰⁵ Триффтерер та Амбос. Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веck; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 1189-1190, 1193; Кламберг. Коментар до права Міжнародного кримінального суду. — Торкель Опсаль Екедемiк Паблішер, 2017, с. 336; Кассезе. Міжнародне кримінальне право, 3-тє видання. — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2013, с. 231]; Вступ до міжнародного кримінального права та процедури (під ред. Краєра та ін.). 3-тє видання. — Кембрідж Юніверсіті Прес, 2015, с. 412.

1561. З огляду на подібність між положеннями про накази начальника як обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, у ККУ та Статуті МКС, МКП та практика МКС можуть надати рекомендації щодо тлумачення елементів цієї обставини та проілюструвати можливі сценарії, за яких на неї можна посилається.
1562. Судді також повинні звернути увагу на те, що посилення захисту у справі на накази начальника та примус (див. п. 618 вище) часто використовуються разом, але слід розрізняти ці концепції.³⁰⁰⁶
1563. Отже, у наступних розділах ми порівняємо ключові «накази начальника» відповідно до українського законодавства та Статуту МКС.

а) Походження та правова природа наказу/розпорядження

ККУ, ЧАСТИНИ ПЕРША ТА ДРУГА СТАТТІ 41. ВИКОНАННЯ НАКАЗУ АБО РОЗПОРЯДЖЕННЯ

1. Дія або бездіяльність особи, що заподіяла шкоду правоохоронюваним інтересам, визнається правомірною, якщо вона була вчинена з метою виконання законного наказу або розпорядження.
2. Наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень[...]

СТАТУТ МКС, СТАТТЯ 33(1)(А). НАКАЗИ НАЧАЛЬНИКА ТА ПРИПИС ЗАКОНУ

1. Той факт, що злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, було вчинено особою за наказом уряду або начальника, військового чи цивільного, не звільняє цю особу від кримінальної відповідальності, за винятком випадків, коли:
 - а. ця особа була юридично зобов'язана виконувати накази такого уряду чи такого начальника[...]

1564. По-перше, як і ККУ, Статут МКС вимагає наявності «зв'язку» між злочином і наказом. Отже, необхідно довести, що обвинувачений вчинив злочин, про який йдеться, «щоб підкоритися наказові та виконати його».³⁰⁰⁷ Відповідно, якщо обвинувачений вчинив злочин незалежно від наказу, він не може бути

³⁰⁰⁶ МТКЮ, [Рішення за апеляцією](#) в справі Ердемовича (Erdemovic), п. 15; Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек ІПаблішер, 2017, с. 336.

³⁰⁰⁷ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек ІПаблішер, 2017, с. 336.

звільнений від кримінальної відповідальності на підставі посилання на «накази начальника».³⁰⁰⁸

1565. Як за Статутом МКС, так і ККУ, необхідно також продемонструвати, що обвинувачений «був юридично зобов'язаний виконувати накази такого уряду чи такого начальника».³⁰⁰⁹ Зобов'язання, про яке йдеться в цій умові, повинно впливати з національного законодавства, згідно з яким діяли начальник і підлеглий.³⁰¹⁰ Крім того, це зобов'язання мало існувати на момент, коли обвинувачений вирішив вчинити злочин.³⁰¹¹
1566. Крім того, суддям рекомендується тлумачити поняття «наказ» широко, щоб воно включало всі види явного чи прихованого спілкування між начальником і підлеглим.³⁰¹² Однак особа, яка віддає наказ, повинна мати, в принципі, право вимагати його виконання, а підлеглий повинен бути зобов'язаний виконувати наказ.³⁰¹³ Відповідно, «накази уряду» включають накази, видані всіма гілками юридично встановленого або *де-факто* визнаного уряду держави; а також особами, які належать до державних органів та відповідають за певні функції, що дозволяють їм діяти від імені уряду або однієї з його гілок.³⁰¹⁴ Крім того, такі накази можуть бути загальними (наприклад, адресованими всім громадянам або особам, які перебувають під владою уряду) або конкретними (наприклад, адресованими окремому підлеглому).³⁰¹⁵ Отже, обставина «накази начальника» стосуються наказів, виданих, наприклад, «начальниками», які є міністрами уряду, а також місцевими військовими командирами.³⁰¹⁶
1567. Як за МКП, так і за ККУ, ця обставина стосується як військових, так і цивільних наказів.³⁰¹⁷ Наприклад, МТКЮ постановив, що «цивільні начальники» повинні здійснювати принципово такі ж повноваження щодо контролю над підлеглими,

³⁰⁰⁸ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1193.

³⁰⁰⁹ [Статут МКС](#), стаття 33(1)(а).

³⁰¹⁰ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек Шаблішер, 2017, с. 336; *Вступ до міжнародного кримінального права та процедури* (під ред. Краєра та ін.). 3-тє видання. — Кембрідж Юніверсіті Прес, 2015, с. 413.

³⁰¹¹ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1194.

³⁰¹² Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 2016; Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек Шаблішер, 2017, с. 336.

³⁰¹³ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1191

³⁰¹⁴ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1191

³⁰¹⁵ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1191

³⁰¹⁶ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 2016; МКС, Ситуація в Демократичній Республіці Конго. [Рішення за апеляційною скаргою прокурора на рішення I Палати досудового провадження під назвою «Рішення щодо клопотання прокурора про видачу ордерів на арешт за статтею 58»](#), пп. 73-77.

³⁰¹⁷ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1191

як і військові начальники (хоча це рішення було ухвалено в контексті форми відповідальності командирів та інших начальників, див. п. 582 вище).³⁰¹⁸

b) «Явно» протиправність

ККУ, ЧАСТИНИ ДРУГА ТА ЧЕТВЕРТА СТАТТІ 41. ВИКОНАННЯ НАКАЗУ АБО РОЗПОРЯДЖЕННЯ

2. Наказ або розпорядження є законними, якщо вони віддані відповідною особою в належному порядку та в межах її повноважень і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина.
[...]
4. Особа, що виконала явно кримінально протиправний наказ або розпорядження, за діяння, вчинені з метою виконання такого наказу або розпорядження, підлягає кримінальній відповідальності на загальних підставах.

СТАТУТ МКС, СТАТТЯ 33(1)(В) – НАКАЗИ НАЧАЛЬНИКА ТА ПРИПИС ЗАКОНУ

1. Той факт, що злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, було вчинено особою за наказом уряду або начальника, військового чи цивільного, не звільняє цю особу від кримінальної відповідальності, за винятком випадків, коли: [...]
(b) Наказ не був явно незаконним.

1568. І ККУ, і Статут МКС вимагають, щоб наказ, згідно з яким діяв обвинувачений, не був «явно» злочинним/незаконним.

1569. За Статутом МКС, незаконність наказу повинна впливати зі змісту самого наказу, тобто він має бути наказом про вчинення «злочину, який підпадає під юрисдикцію Суду».³⁰¹⁹ У цьому плані частина друга статті 41 ККУ дає більш детальне визначення законності наказу (визначаючи як законний наказ, який «за змістом не суперечить чинному законодавству та не пов'язаний з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина») і, як наслідок, розширює поняття «незаконності» наказу чи розпорядження.

³⁰¹⁸ Кан та ін. Посібник Арчболда: *Практика, процесуальне право та правила доказування міжнародних кримінальних судів*, 5-те видання. — Світ енд Максвел, 2018, с. 1698, з посиланням на Рішення МТКЮ у справі Муцича (Mucic) та ін. [Рішення Судової палати](#), п. 378.

³⁰¹⁹ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 1194.

1570. Тим не менш, згідно з МКП, ця умова встановлює низькі вимоги до обвинуваченого, оскільки незаконність наказу має бути «явною, самоочевидною (навіть для непрофесіонала) і незаперечною».³⁰²⁰ Якщо є сумніви щодо того, чи був наказ *явно* незаконним, наказ слід тлумачити так, ніби він не був явно незаконним, тобто ця обставина трактується на користь обвинуваченого.³⁰²¹

‘ПРОЦЕСИ НАД НІМЕЦЬКИМИ ВОЄННИМИ ЗЛОЧИНЦЯМИ: РІШЕННЯ У СПРАВІ ЛЕЙТЕНАНТІВ ДІТМАРА І БОЛЬДТА. – AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, Т. 16, № 4, 1922, С. 722 (СПРАВА СУДНА «ЛЛАНДОВЕРІ КАСЛ»).

Безперечно, слід наголосити, на захист підлеглих військових, на тому, що вони не зобов’язані піддавати сумніву наказ свого начальника, і можуть розраховувати на його законність. Але така впевненість не може існувати, якщо усім, у тому числі й обвинуваченим, загально відомо, що такий наказ є без жодних сумнівів протиправним.³⁰²²

1571. Нарешті, стаття 33(2) Статуту МКС прямо передбачає, що «накази про вчинення злочину геноциду або злочинів проти людяності є явно незаконними».³⁰²³ Відповідно, на «накази начальника» можна посилалися лише у випадках, пов’язаних із вчиненням воєнних злочинів та злочину агресії.³⁰²⁴

с) Обізнаність обвинуваченого про незаконність наказу

ККУ, ЧАСТИНА П’ЯТА СТАТТІ 41. ВИКОНАННЯ НАКАЗУ АБО РОЗПОРЯДЖЕННЯ

5. Якщо особа не усвідомлювала і не могла усвідомлювати кримінально протиправного характеру наказу чи розпорядження, то за діяння, вчинене з метою виконання такого наказу чи розпорядження, відповідальності підлягає тільки особа, що віддала кримінально протиправний наказ чи розпорядження.

³⁰²⁰ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1195.

³⁰²¹ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1195.

³⁰²² Кан та ін. Посібник Арчболда: *Практика, процесуальне право та правила доказування міжнародних кримінальних судів*, 5-тє видання. — Світ енд Максвел, 2018, с. 1698], з посиланням на рішення у справі судна «Лландовері Касл».

³⁰²³ [Статут МКС](#), стаття 33(2).

³⁰²⁴ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек ІПаблішер, 2017, с. 337; *Вступ до міжнародного кримінального права та процедури* (під ред. Краєра та ін.). 3-тє видання. — Кемб-рідж Юніверсіті Прес, 2015, с. 414.

СТАТУТ МКС, СТАТТЯ 33(1)(С) – НАКАЗИ НАЧАЛЬНИКА ТА ПРИПИС ЗАКОНУ

1. Той факт, що злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, було вчинено особою за наказом уряду або начальника, військового чи цивільного, не звільняє цю особу від кримінальної відповідальності, за винятком випадків, коли: [...]
 - (с) Ця особа не знала, що наказ був незаконним.

1572. Відповідно як до ККУ, так і до Статуту МКС, використання посилання на «накази начальника» вимагає встановлення того, що обвинувачений не знав про незаконність наказу.³⁰²⁵

1573. Згідно з МКП, цю сторону виняткової обставини буде доведено, якщо обвинувачення не зможе довести, що обвинувачений *напевно* знав про незаконність наказу.³⁰²⁶ Крім того, якщо є будь-які сумніви щодо обізнаності обвинувачених щодо незаконності наказу, їх слід розглядати як підтвердження того, що обвинувачені не знали про незаконність наказу.³⁰²⁷ Ця умова також буде виконана, навіть якщо обвинувачений проігнорував докази, які свідчили про незаконність наказу.³⁰²⁸ У цьому аспекті поріг, необхідний для доведення знання, є нижчим для обвинуваченого за МКП, ніж за ККУ, який вимагає від обвинуваченого не лише довести свою фактичну необізнаність про протиправність, а й встановлює додатковий стандарт недбалості (тобто «не міг не усвідомлювати»).

- d) Помилка як обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, та накази начальника

1574. Слід зазначити, що частина друга статті 32 Статуту МКС, яка визначає ознаки помилки в праві як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (див. п. 666 нижче), прямо посилається на положення про «накази начальника». Відповідно, частиною другою статті 32 встановлено, що помилка в праві може «бути підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, якщо вона виключає необхідну суб'єктивну сторону цього злочину, *або в порядку, передбаченому в статті 33*».³⁰²⁹

1575. Існує кілька способів, за допомогою яких обвинувачений може доводити помилку в факті чи в праві, паралельно посилаючись на накази начальника як на обставину, що виключає кримінальну відповідальність. Якщо обвинувачений

³⁰²⁵ [Статут МКС](#), стаття 33(1)(b).

³⁰²⁶ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1194.

³⁰²⁷ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1194.

³⁰²⁸ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Beck Hart Nomos, 2016, с. 1194.

³⁰²⁹ [Статут МКС](#), стаття 32(2) (виділено автором).

хибно вважав, що наказ його начальника «не був явно незаконним», це хибне переконання можна поділити на два типи: (1) якщо обвинувачений не знав про факти, пов'язані з наказом, він діяв під впливом фактичної помилки, що означає, що можна застосувати помилку в факті як обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння (див. п. 660 нижче); або (2) якщо обвинувачений неправильно оцінив правову ситуацію, він діяв під впливом помилки в праві, що означає, що можна застосувати помилку в праві як обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння (див. п. 666 нижче).³⁰³⁰

1576. Наприклад, сценарій (2) може виникнути в ситуації, коли військовий убив цивільну особу на підставі наказу, який він вважав законним. У такій ситуації військовий діяв би з необхідним умислом, а отже, в його діях були б наявні об'єктивні та суб'єктивні ознаки воєнного злочину вбивства цивільних осіб.³⁰³¹ Проте в силу обставини «наказ начальника» в поєднанні з обставиною «помилка в праві» (яка більш детально обговорюється нижче, див. п. 666), якщо військового не можна звинуватити в ігноруванні незаконності наказу, то помилкове переконання військового в тому, що наказ його начальника був законним, може звільнити його від кримінальної відповідальності за воєнний злочин у вигляді вбивства цивільних осіб.³⁰³² Зверніть увагу, однак, що в світлі додаткового елемента «недбалості», доведення відсутності якого вимагає ККУ (тобто того, що обвинувачений «не міг не усвідомлювати кримінально протиправного характеру наказу»), суб'єктивне помилкове переконання щодо незаконності наказу може бути недостатнім для виключення кримінальної протиправності діяння на цій підставі (див. пп. 663-664 нижче стосовно недбалості та помилки в праві).
1577. У тому ж ключі можна посилатися на помилку в праві як обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, якщо обвинувачений помилково вважав, що він «юридично зобов'язаний виконувати» (згідно зі статтею 33(1)(а) Статуту МКС) відповідний наказ/розпорядження начальника.³⁰³³

5. Принцип законності

1578. На додаток до конкретних перелічених вище обставин, що виключає кримінальну протиправність діяння, обвинувачений також може посилатися на принцип законності як на юрисдикційну обставину, що звільняє від кримінальної відповідальності у судових процесах у справах про воєнні злочини в Україні. Принцип законності та, зокрема, похідні від нього принципи *nullum crimen*

³⁰³⁰ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 1194; Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). У книзі: *Посібник дослідника міжнародного кримінального права* (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 323.

³⁰³¹ Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). У книзі: *Посібник дослідника міжнародного кримінального права* (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 323.

³⁰³² Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). У книзі: *Посібник дослідника міжнародного кримінального права* (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 323.

³⁰³³ Кан та ін. *Посібник Арчболда: Практика, процесуальне право та правила доказування міжнародних кримінальних судів*, 5-тє видання. — Світ енд Максвелл, 2018, с. 1698.

sine lege («немає злочину без закону») і *nulla poena sine lege* («немає покарання без закону»), є фундаментальним компонентом кримінального правосуддя та верховенства права.³⁰³⁴ Цей принцип закріплено в статтях 3-5 ККУ, а також статтях 22 і 23 Статуту МКС та статті 7 Європейської конвенції з прав людини.³⁰³⁵

1579. Обвинувачений може посилатися на принцип законності на свій захист на підставі того, що частина формулювань статті 438 є до певної міри відкритою до тлумачення (йдеться про заборону «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом» та «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України»). Відповідно, обвинувачений може посилатися на принцип законності, щоб стверджувати, що в нього не було достатньо підстав для передбачення, що його дії (через які йому висунуто обвинувачення за цими частинами статті 438) буде визнано кримінально протиправними.
1580. На думку Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ), використання відсильних методів для криміналізації дій чи бездіяльності як таке не є несумісним із принципом законності.³⁰³⁶ Однак важливо, щоб відсильне положення (тобто стаття 438 ККУ) та положення, до якого робиться відсилка (тобто положення міжнародних договорів), узяті разом, дозволяли обвинуваченому передбачити, у разі потреби з відповідною правовою допомогою, які дії призведуть до притягнення його до кримінальної відповідальності.³⁰³⁷ У таких випадках обсяг поняття передбачуваності значною мірою залежить від змісту конкретного документа, сфери, яку він покликаний охоплювати, а також кількості та статусу обвинувачених.³⁰³⁸
1581. У контексті судових процесів у справах про воєнні злочини критичним питанням є те, чи були на момент скоєння злочину закони та звичаї війни достатньо доступними та передбачуваними для обвинуваченого.³⁰³⁹ Іншими словами, обвинувачений повинен бути спроможним усвідомити, що його дії є злочинними в загальному розумінні, без посилання на будь-яке конкретне положення.³⁰⁴⁰ Це можна встановити на основі, наприклад, статусу обвинуваченого на військовій службі; спеціальної військової освіти, яку він здобув; його посади як командира; його обізнаності щодо права збройних конфліктів; і, навіть ширше, кричущого та жорстокого характеру інкримінованих дій, що мало б привести обвинуваченого до розуміння їх протиправності.³⁰⁴¹

³⁰³⁴ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 950.

³⁰³⁵ [ККУ](#), стаття 3; [Статут МКС](#), статті 22, 23; [Європейська конвенція з прав людини](#), стаття 7.

³⁰³⁶ Див. також ЄСПЛ, [Консультативний висновок](#) стосовно використання відсильних методів під час визначення правопорушення та стандартів порівняння кримінального закону, чинного на час вчинення правопорушення, з кримінальним законом, викладеним у новій/зміненій редакції, п. 74.

³⁰³⁷ ЄСПЛ, [Консультативний висновок](#) (29 травня 2020), п. 74.

³⁰³⁸ ЄСПЛ, [Консультативний висновок](#) (29 травня 2020), пп. 61, 67.

³⁰³⁹ ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі «Кононов (Копопов) проти Латвії», п. 235; ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі «Міланкович (Milanković) проти Хорватії», пп. 62-66.

³⁰⁴⁰ ЄСПЛ, [Рішення у справі](#) «Міланкович (Milanković) проти Хорватії», п. 63.

³⁰⁴¹ ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі «Кононов (Копопов) проти Латвії», п. 235; ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі «Міланкович

ЄСПЛ, РІШЕННЯ У СПРАВІ «МІЛАНКОВИЧ (MILANKOVIĆ) ПРОТИ ХОРВАТІЇ», ПП. 62-65 [ВИНОСКИ ОПУЩЕНО]

62. У тому, що стосується передбачуваності та доступності, Суд повторює, по-перше, що обсяг поняття передбачуваності значною мірою залежить від змісту документа, що розглядається, сфери, яку він покликаний охоплювати, а також кількості та статусу тих, кому його адресовано [...]. Крім того, Суд підтверджує, що в контексті статусу обвинуваченого як командира та законів і звичаїв війни, поняття доступності та передбачуваності повинні розглядатися разом (там само).
63. У світлі цього Суд підтримує позицію МТКЮ у справі *Гаджігасановича (Hadžihasanović) та інших*, за якою в подібних справах передбачуваність означає, що обвинувачений повинен бути спроможним усвідомити, що його дії є злочинними в загальному розумінні, без посилання на будь-які конкретне положення, і що доступність не виключає можливого посилання на звичаєве право (див. пункт 38 вище).
64. Беручи до уваги кричущо протиправний характер воєнних злочинів, скоєних підрозділами поліції під його командуванням, Суд вважає, що навіть найбільш побіжні роздуми заявника вказали б йому на те, що інкримінована бездіяльність з його боку становила для нього ризик, як мінімум, командної відповідальності, незалежно від того, чи були ці злочини вчинені під час міжнародного чи неміжнародного конфлікту або військовим чи невійськовим (поліцейським) командиром [...].
65. Це міркування є особливо актуальним у справі заявника з огляду на:
- той факт, що він був командиром поліції, і що особи, які займаються певною професійною діяльністю, повинні діяти особливо обережно при виконанні професійних обов'язків, і від них можна очікувати особливої обережності під час оцінювання ризиків, які тягне за собою така діяльність [...];
 - висновки національних судів про те, що заявник був офіцером та закінчив військове училище, а отже дуже добре знав, що його дії можуть призвести до кримінальної відповідальності [...]; і
 - той факт, що декларацію про незалежність Хорватії було прийнято ще 25 червня 1991 року, хоча вона набула чинності лише 8 жовтня 1991 року [...].

1582. У справі *Абд-аль-Рахмана* Апеляційна палата МКС підтримала критерій «доступності та передбачуваності» і відхилила оскарження юрисдикції стороною захисту на підставі ймовірного порушення принципу *nullum crimen sine lege*, закріпленого в частині першій статті 22 Статуту МКС, який належить до «основоположних принципів міжнародного права». ³⁰⁴² Встановлюючи, що обвинувачений «був у змозі розуміти та виконувати свої зобов'язання у збройному конфлікті згідно з міжнародним правом», Апеляційна палата послалася на кар'єру обвинуваченого як армійського унтер-офіцера; його керівну роль у ополченні «Джанджавід»; його владу як командира над іншими начальниками в ополченні, а також у збройних силах Судану; і попередні зобов'язання уряду Судану щодо дотримання МГП. ³⁰⁴³

(*Milanković*) проти Хорватії», пп. 62-66.

³⁰⁴² МКС, справа Абд-аль-Рахмана (Abd-Al-Rahman) [Рішення за апеляцією п. Абд-аль-Рахмана на «Рішення II Палати досудового провадження щодо «некомпетентності» як обставини, що виключає кримінальну відповідальність \(ICC-02/05-01/20-302\)»,](#) пп. 83, 85, 92.

³⁰⁴³ МКС, справа Абд-аль-Рахмана (Abd-Al-Rahman) [Рішення за апеляцією п. Абд-аль-Рахмана на «Рішення II Палати досудового провадження щодо «некомпетентності суду» як обставини, що виключає кримінальне](#)

1583. Відповідно, відкрите формулювання статті 438 ККУ за своєю суттю не суперечить критерію передбачуваності в межах принципу законності. Насправді ця стаття чітко визначає правові акти, на які посилається (тобто договори з МГП, які ратифіковано українським парламентом). Ба більше, знання документів МГП сьогодні досить поширене в збройних силах сучасних держав. Отже, є підстави очікувати, що члени збройних сил та інші особи, які діють під командуванням/контролем цих сил, можуть та/або повинні знати про застосовність і обсяг відповідних норм МГП, а також передбачати наслідки порушення таких норм.
1584. Разом із тим, у справах про воєнні злочини, до яких залучено співробітників приватних військових компаній (включно з завербованими ув'язненими) або погано навчених, недосвідчених призовників, які, як можна стверджувати, не обов'язково будуть у змозі повністю зрозуміти та виконувати свої зобов'язання у збройному конфлікті, посилення на принцип законності з боку такого обвинуваченого може стати унікальним викликом в українському контексті. Разом із тим, судді повинні звернути увагу на те, що ЄСПЛ встановив, що «навіть рядовий солдат не мав права виявляти повну, сліпу покору наказам, які грубо порушували не лише національне законодавство, а й міжнародно визнані права людини, зокрема право на життя, яке є найвищою цінністю в міжнародній ієрархії прав людини».³⁰⁴⁴
1585. Насамкінець, беручи до уваги заборону застосування кримінальної відповідальності за аналогією в частині четвертій статті 3 ККУ, слід зазначити, що відповідне положення Статуту МКС (частина друга статті 22), крім заборони тлумачення за аналогією, чітко закріплює принцип *in dubio pro reo* [усі сумніви тлумачаться на користь обвинуваченого] («у разі неоднозначності, визначення [злочину] має тлумачитися на користь особи, щодо якої ведеться розслідування чи кримінальне переслідування, або яка є засудженою»)³⁰⁴⁵.

В. Обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння за МКП, які прямо не включено до ККУ

1586. На додаток до вищезазначених обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння, МКП закріплює низку додаткових підстав, які можуть виключати кримінальну протиправність діяння, і які, внаслідок реалій, пов'язаних із міжнародними злочинами, можуть мати значення під час українських судових процесів над міжнародними злочинцями.

1. Помилка в факті та помилка в праві

1587. Помилка в факті та помилка в праві є двома потенційними підставами для виключення кримінальної протиправності діяння, які присутні в МКП, але прямо

[переслідування \(ICC-02/05-01/20-302\)](#)», пп. 85-90.

³⁰⁴⁴ ЄСПЛ, [Рішення](#) у справі «Кононов (Kononov) проти Латвії», п. 236, що посилається на: [ЄСПЛ, Рішення](#) у справі К-Г. В. (К.-Н.В.) проти Німеччини, п. 75.

³⁰⁴⁵ Див. також МКС, Рішення Судової палати [у справі Катанги](#), пп. 53-55.

не згадуються в ККУ (хоча обидві підстави використовуються та обговорюються в українській теорії та практиці кримінального права).³⁰⁴⁶

1588. Помилка в факті та помилка в праві як обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, прямо включені до статті 32 Статуту МКС.

СТАТУТ МКС, СТАТТЯ 32 ПОМИЛКА В ФАКТІ АБО ПОМИЛКА В ПРАВІ

1. Помилка в факті є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, лише якщо вона виключає необхідну суб'єктивну сторону цього злочину.
2. Помилка в праві стосовно того, чи є певний тип діяння злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду, не є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності. Однак помилка в праві може бути підставою для звільнення від кримінальної відповідальності, якщо вона виключає необхідну суб'єктивну сторону цього злочину, або в порядку, передбаченому в статті 33.

1589. Відповідно до Статуту МКС, об'єктивні елементи складу злочину мають бути «учинені умисно та свідомо».³⁰⁴⁷ Згідно зі статтею 32 Статуту МКС обвинувачений може бути звільнений від кримінальної відповідальності, лише якщо його помилка свідчить про відсутність суб'єктивної сторони злочину (тобто умислу та/або усвідомлення), або, щодо помилки в праві, лише якщо його помилка стосується «наказу начальника» (див. п. 627 вище).

а) Помилка в факті

1590. Помилка в факті «означає, що підсудний помилково витлумачив ситуацію або факти справи».³⁰⁴⁸ «Факти», щодо яких обвинувачений помиляється, повинні міститися в визначенні злочину (тобто в «описових» елементах визначення, на відміну від «нормативних»)³⁰⁴⁹. Наприклад, особа, звинувачена у вбивстві цивільних осіб під час збройного конфлікту (тобто у воєнному злочині нападу на цивільних осіб, див. вище [Розділ I. С.3.d\)i. Частина I Глави 1](#) «Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях (Статут МКС, стаття 8(2)(b) (i); Статут МТКЮ, стаття 3)»), може посилатися на цю обставину, стверджуючи, що вона добросовісно прийняла цивільних осіб за військових.³⁰⁵⁰ Враховуючи те,

³⁰⁴⁶ Див., наприклад, Антонюк. Помилка в факті та залишення в небезпеці при диференціації кримінальної відповідальності за незавершений злочин. — *Criminal Law and Criminology*, 2020, с. 286; Дудоров О.О., Хавронюк М.І. [Кримінальне право: Навчальний посібник](#) / За заг. ред. М.І. Хавронюка. — К.: Ваіте, 2014, сс. 209-213.

³⁰⁴⁷ [Статут МКС](#), стаття 30(1).

³⁰⁴⁸ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек ШПаблішер, 2017, с. 327.

³⁰⁴⁹ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 503, п. 741.

³⁰⁵⁰ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек ШПаблішер, 2017, с. 327.

що явно вираженим елементом складу цього злочину є намір обвинуваченого зробити об'єктом нападу «цивільне населення як таке або окремих цивільних осіб, які не беруть участі у бойових діях»,³⁰⁵¹ внаслідок вказаної помилки в факті обвинувачений не мав би необхідної *mens rea* [злочинного умислу], і це виключатиме кримінальну протиправність його діяння.

1591. Інший приклад: особа, яка здійснила напад на будівлю, не усвідомлюючи, що це релігійна споруда, яка перебуває під особливим захистом (тобто скоїла військовий злочин нападу на будівлі релігійного призначення, див. вище [Розділ I.C.3.d](#) [v. Частина I Глави 1](#) «Умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є військовими цілями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ix)»), може послатися на цю обставину, оскільки за її наявності буде відсутньою суб'єктивна сторона складу злочину.³⁰⁵² Тягар доказування добросовісної помилки лежить на обвинувачених.³⁰⁵³ Здатність обвинуваченого продемонструвати небезпідставність своєї помилки підвищить ймовірність його успіху в цьому відношенні; однак небезпідставність не є явним елементом цієї обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння.³⁰⁵⁴
1592. Згідно з українським кримінальним законодавством, загальне правило для всіх видів фактичної помилки полягає в тому, що кримінальна відповідальність залежатиме від того, що саме обвинувачений усвідомлював або повинен був усвідомлювати під час скоєння діяння, або чи міг він передбачити настання суспільно небезпечних наслідків.³⁰⁵⁵ У цьому плані кримінальне законодавство України відповідає частині 1 статті 32, в тому, що стосується суб'єктивної сторони складу злочину. *Mens rea*, що вимагається відповідно до Статуту МКС («умисел і усвідомлення»), також подібна до тієї, що вимагається відповідно до ККУ.³⁰⁵⁶
1593. Низка передбачених Статутом МКС злочинів включає стандарт недбалості на додаток до стандартних суб'єктивних елементів умислу та усвідомлення. Наприклад, для воєнного злочину у вигляді використання, набору або вербування дітей має бути встановлено, що обвинувачений «знав або повинен був знати, що така особа або особи були молодше 15 років».³⁰⁵⁷ Відповідно, за відсутності фактичного знання буде достатньо, якщо сторона обвинувачення доведе, що

³⁰⁵¹ Див. МКС [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(b)(i), елемент третій.

³⁰⁵² Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веєк Нарт Nomos, 2016, с. 503, п. 741.

³⁰⁵³ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек Шаблішер, 2017, с. 329.

³⁰⁵⁴ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек Шаблішер, 2017, с. 329.

³⁰⁵⁵ Дудоров О.О., Хавронюк М.І. [Кримінальне право: Навчальний посібник](#) / За заг. ред. М.І. Хавронюка. — К.: Ваїте, 2014, с. 212.

³⁰⁵⁶ [Статут МКС](#), стаття 30; [ККУ](#), статті 23 та 24.

³⁰⁵⁷ МКС [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(b)(xxvi), елемент третій (виділено автором).

обвинувачений проявив недбалість щодо віку дітей, яких він використовував, набирал чи вербував.³⁰⁵⁸

1594. Звідси випливає, що для таких злочинів помилка в факті не буде автоматично заперечувати наявність цього елемента суб'єктивної сторони злочину. Відповідно, визначення того, чи буде посилення на помилку в факті успішним, може залежати від того, була ця помилка неминучою чи ні.³⁰⁵⁹ Якщо вона була неминучою, то ймовірно, що наявність додаткового елемента суб'єктивної сторони злочину (наприклад, недбалості) не буде встановлено, і буде доведено наявність обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння.³⁰⁶⁰ Однак, якщо помилки можна було уникнути (наприклад, помилка сталася через недбалість або необережність), вона може виявитися недостатньою для заперечення наявності додаткового елемента суб'єктивної сторони злочину, а отже для виключення кримінальної протиправності діяння.³⁰⁶¹
1595. Судді також повинні знати, що, навіть якщо вони остаточно визначать, що помилка в факті з боку обвинуваченого не призвела до виключення кримінальної протиправності його діяння, ця помилка все одно може становити обставину, яку слід враховувати як пом'якшуючу покарання.³⁰⁶²

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПОМИЛКА В ФАКТІ

Військовий суд США у справі *Келлі проти Коллевея (Calley v. Callaway)* встановив наступний принцип, який може допомогти суддям визначити, чи справді стан розуму обвинуваченого відображав помилку в факті:

Щоб бути достатнім для виправдання, помилкове переконання повинно мати такий характер, за яким дії особи були б законними, якби факти були такими, якими вона їх вважала.³⁰⁶³

³⁰⁵⁸ Див. МКС [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(b)(xxvi), елемент третій.

³⁰⁵⁹ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 503, п. 741. Див. також Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемiк ІПаблішер, 2017, с. 330.

³⁰⁶⁰ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1171.

³⁰⁶¹ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемiк ІПаблішер, 2017, с. 330; Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1171.

³⁰⁶² Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемiк ІПаблішер, 2017, с. 330; Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1171. Див. також [ККУ](#), частина друга статті 66.

³⁰⁶³ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемiк ІПаблішер, 2017, сс. 330-331, що посилається на рішення Військового суду США у справі *Келлі проти Коллевея*, 1975.

Ситуація 1

Застосовуючи цей принцип до ситуації, в якій обвинувачені помилково вважали, що вони нападають на військових, а не на цивільних осіб, посилення на помилку в факті дійсно може мати успіх за тієї умови, що, якби факти «насправді були такими, якими їх вважав» обвинувачений (тобто якби особи, на яких напали, насправді були військовими), дії обвинуваченого були б законними, оскільки військові вважаються законними об'єктами нападу під час збройного конфлікту.³⁰⁶⁴

Ситуація 2

Коли особу звинувачують у завданні ракетного удару по цивільній особі, то якщо обвинувачений добросовісно (але помилково) вважав, що атакований об'єкт був військовою цілью, ця помилка в факті виключає кваліфікацію нападу як воєнного злочину нападу на цивільні об'єкти,³⁰⁶⁵ скоєння якого вимагає від обвинуваченого навмисного націлювання на цивільний об'єкт при тому, що він знає про статус такого об'єкта як захищеного. Зауважте, однак, що такий напад все ж може становити інші порушення МГП, наприклад, невжиття запобіжних заходів для перевірки характеру цілі.³⁰⁶⁶

b) Помилка в праві

1596. Помилка в праві «передбачає, що підсудний помилково оцінив правову позицію».³⁰⁶⁷ Наприклад, особа, звинувачена у вбивстві цивільних під час збройного конфлікту, може спробувати посилатися на помилку в праві, стверджуючи, що вона не знала, що закон забороняє вбивати цивільних під час збройного конфлікту.
1597. За українським кримінальним законодавством помилка в праві загалом не виключає кримінальної протиправності діяння.³⁰⁶⁸ Навпаки, за Статутом МКС помилка в праві може за певних обставин виключати кримінальну протиправність діяння.³⁰⁶⁹ Однак підхід МКС до помилки в праві ускладнюється кількома нюансами, які українські судді можуть взяти до уваги, якщо вони зіткнуться з обвинуваченим, який посилається на помилку в праві.
1598. Згідно з першою частиною першого речення частини другої статті 32 Статуту МКС помилка в праві щодо того, «чи є певний тип діянь злочином», не є обставиною, що виключає кримінальну протиправність діяння.³⁰⁷⁰ Отже, така помилка буде несуттєвою помилкою, яка не виключатиме кримінальної відповідальності

³⁰⁶⁴ [Додатковий протокол I](#), стаття 43(2).

³⁰⁶⁵ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(ii); [Додатковий протокол I](#), стаття 52(1).

³⁰⁶⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 57.

³⁰⁶⁷ Кламберг. *Коментар до права Міжнародного кримінального суду*. — Торкель Опсаль Екедемек ІПаблішер, 2017, сс. 327, 331.

³⁰⁶⁸ Дудоров О.О., Хавронюк М.І. [Кримінальне право: Навчальний посібник](#) / За заг. ред. М.І. Хавронюка. — К.: Ваїте, 2014, сс. 210-211.

³⁰⁶⁹ [Статут МКС](#), стаття 32(2).

³⁰⁷⁰ [Статут МКС](#), Article 32(2).

обвинуваченого.³⁰⁷¹ Крім того, якщо обвинувачений правильно оцінює певні діяння як злочинні, але помиляється щодо того, чи підпадають ці діяння «під юрисдикцію МКС» (відповідно до другої частини першого речення частини другої статті 32), це також не виключатиме його кримінальну відповідальність, оскільки це знання не є істотним елементом складу злочину.³⁰⁷² Подібним чином за національним законодавством помилкова думка обвинуваченого щодо того, який суд є компетентним переслідувати відповідний злочин, також не має значення для визначення його кримінальної відповідальності.³⁰⁷³

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПОМИЛКА В ПРАВІ МКС, РІШЕННЯ ПРО ПІДТВЕРДЖЕННЯ ЗВИНУВАЧЕНЬ У СПРАВІ ЛУБАНГИ, ПП. 304-305.

У справі *Лубанги*, що розглядалася МКС, Палата досудового провадження відхилила аргумент захисту про те, що обвинувачений «не усвідомлював, що добровільне чи примусове вербування дітей віком до п'ятнадцяти років і використання їх для активної участі у бойових діях» тягне за собою кримінальну відповідальність за Статутом МКС на основі, між іншим, обмеженого обсягу помилки в праві, як зазначено в першому реченні частини другої статті 32: «Помилка в праві стосовно того, чи є певний тип діяння злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду, не є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності».

1599. Друге речення частини другої статті 32 передбачає, що помилка в праві може бути підставою для звільнення від кримінальної відповідальності лише в тому випадку, якщо вона виключає необхідну суб'єктивну сторону відповідного злочину (або якщо вона впливає на відповідні розуміння обвинуваченим «наказу начальника» — див. п. 627 вище).³⁰⁷⁴ Відповідно до позиції Палати досудового провадження МКС, «покликання на помилку права може бути успішним згідно зі статтею 32 Статуту, лише якщо [обвинувачений] не знав про нормативний об'єктивний елемент складу злочину внаслідок неусвідомлення його соціальної значущості (його повсякденного значення)».³⁰⁷⁵
1600. Наприклад, якщо особа не усвідомлює, з якою метою використовується «прапор перемир'я» (іншими словами, вона не усвідомлює його «соціального значення»), то з цього випливає, що вона не може знати про «заборонену природу» його (неналежного) використання, як того вимагає стаття 8(2)(b)(vii) Статуту МКС

³⁰⁷¹ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 1172.

³⁰⁷² Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 1172.

³⁰⁷³ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н. Beck Hart Nomos, 2016, с. 1172.

³⁰⁷⁴ [Статут МКС](#), Article 32(2).

³⁰⁷⁵ МКС, *Рішення про підтвердження звинувачень у справі Лубанги*, п. 316.

(див. [Розділ I.C.3.e\)ii. Частина I Глави 1](#) «Неналежне використання розпізнавальних знаків (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vii))»).³⁰⁷⁶

1601. У Статуті МКС є лише кілька інших юридичних елементів, окрім вищезгаданого прикладу, яких може стосуватися помилка в праві. Наприклад, заборона згідно зі статтею 8(2)(b)(xx) застосування зброї, боєприпасів і матеріалів, а також методів ведення війни такого характеру, які спричиняють надмірні ушкодження чи непотрібні страждання або які за своєю суттю є невивірковими, передбачає, що така зброя, боєприпаси, матеріали та методи повинні бути, поміж іншим, «предметом повної заборони».
1602. Помилка права цього характеру може виникнути у двох сценаріях. По-перше, якщо обвинувачений не знає про будь-яку таку заборонну норму, він не знає відповідних фактів, тобто основи, на якій базується цей правовий елемент, а отже, він не може усвідомлювати, що його діяння порушують цю правову заборону.³⁰⁷⁷ Отже, ця помилка в праві виключала б суб'єктивну сторону відповідного злочину обвинуваченого, тобто його знання про заборону, і тим самим звільняло б його від кримінальної відповідальності.³⁰⁷⁸ І навпаки, особа може мати правильне сприйняття ситуації, тобто знати про заборону, але помилково вважати, що заборона не стосується її діянь.³⁰⁷⁹ У цій ситуації особа винесла б правове судження (або оціночне судження), яке не є елементом складу злочину, і, отже, помилка в праві не мала б значення та не виключала б кримінальної відповідальності особи.³⁰⁸⁰
1603. Зауважте також, що включення слова «може» до статті 32(2), як видається, залишає за суддями право на власний розсуд визначати, чи звільнить відповідна помилка в праві від кримінальної відповідальності.³⁰⁸¹ Крім того, навіть якщо посилання на помилку в праві не досягло мети звільнення від кримінальної відповідальності, судді все одно можуть брати цю помилку до уваги як обставину, що пом'якшує покарання.³⁰⁸²

³⁰⁷⁶ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1172.

³⁰⁷⁷ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1173.

³⁰⁷⁸ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1173.

³⁰⁷⁹ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1173.

³⁰⁸⁰ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1173.

³⁰⁸¹ *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (під ред. Кассезе та ін.). — Оксфорд Юніверсіті Прес, 2002, с. 941-942.

³⁰⁸² Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 1173-1174. Див. також [КК України](#), частина друга статті 66.

2. Включені до елементів міжнародних злочинів обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння

1604. Окрім перерахованих вище встановлених законом обставин, що виключають кримінальну протиправність діяння (наприклад, необхідна оборона, фізичний або психічний примус), існує низка додаткових «обставин», на які може посылатися обвинувачений, і які можуть бути виведені з елементів складів міжнародних злочинів.
1605. Наприклад, судді повинні знати, що особа, яку звинувачено в нападі на цивільних осіб або цивільні об'єкти,³⁰⁸³ що є звичайним явищем під час війни в Україні, ймовірно, намагатиметься захистити свої дії, стверджуючи, що вона не мала наміру атакувати цивільних осіб чи цивільні об'єкти або, щодо останніх, що відповідний об'єкт насправді був «об'єктом подвійного призначення»,³⁰⁸⁴ а отже становив законну ціль для нападу. Іншими словами, обвинувачений може стверджувати, що він не мав необхідної *mens rea* для того, щоб його діяння становило воєнний злочин. Тим не менш, якщо наслідки для цивільного населення та/або цивільних об'єктів загалом перевищують очікувану військову перевагу, напад усе одно буде порушувати МГП, а відсутність наміру не буде становитиме обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння (див. також обставину, пов'язану з принципом пропорційності, яка розглядається в п. 679 нижче).
1606. Ще одна обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння і з якою судді можуть часто стикатися, це «воєнна необхідність». Для доведення низки воєнних злочинів спеціальною вимогою є встановлення, як елементу злочину, того, що інкриміновані злочинні діяння не були «виправдані військовою необхідністю» — наприклад, це стосується воєнних злочинів знищення або захоплення майна.³⁰⁸⁵ Подібним чином, Елементи злочинів МКС ставлять спеціальну вимогу, щоб у випадку воєнного злочину розграбування розграбоване майно було «привласнено для приватного чи особистого використання».³⁰⁸⁶ Отже, відповідно до Елементів злочинів МКС та судової практики МКС, привласнення майна з міркувань військової необхідності не може становити розграбування.³⁰⁸⁷

³⁰⁸³ Див, наприклад, [Статут МКС](#), статті 8(2)(b)(i) і 8(2)(b)(ii).

³⁰⁸⁴ «Об'єкт подвійного призначення» — це об'єкт, який виконує як цивільні, так і військові функції, і тому може бути законною ціллю. Типовими об'єктами подвійного призначення є транспортні системи, такі як дороги, мости та залізниці, але до них може також належати, наприклад, електростанція, що постачає електроенергію на військову базу та до лікарні. Див. Брінг. Міжнародне гуманітарне право після Косова. Чи достатньо наявних норм? — *Nordic Journal of International Law*, № 71, 2002, с. 42; Шу та Віппман. Обмеження атак на об'єкти подвійного призначення, що є незамінними для цивільного населення — *Cornell International Law Journal*, № 35, сс. 563-566.

³⁰⁸⁵ Див., наприклад, МКС [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(a)(iv), елемент другий; стаття 8(2)(b)(xiii), елемент п'ятий. Для отримання додаткової інформації про елементи цих злочинів, включно з військовою необхідністю, див. [Розділ І.С.3.с\)і. Частини І Глави 1](#) «Широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликано військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (Статут МТКЮ, стаття 2(d); Статут МКС, стаття 8(2)(a)(iv))»; [Розділ І.С.3.с\)ііі. Частини І Глави 1](#) «Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю (стаття 8(2)(b)(xiii) Статуту МКС)».

³⁰⁸⁶ МКС [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(b)(xvi), елемент другий.

³⁰⁸⁷ Див.: МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(b)(xvi), елемент другий, прим. 47; див. також МКС, [Рішення Судової](#)

ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ, ДО ЯКИХ МОЖЕ ЗАСТОСОВУВАТИСЯ ВИПРАВДАННЯ «ВОЄННОЮ НЕОБХІДНІСТЮ»

- Воєнний злочин знищення або захоплення/привласнення майна.³⁰⁸⁸
- Воєнний злочин розграбування.³⁰⁸⁹

1607. «Воєнну необхідність» можна визначити як «ті заходи, які необхідні для досягнення цілей війни та які є законними згідно з сучасним правом і звичаями війни».³⁰⁹⁰ Проте вчинення забороненого діяння може бути виправданим лише *нагальною* воєнною необхідністю, тобто «найсерйознішими причинами, які мають нагальний характер».³⁰⁹¹ Крім того, судді мають зауважити, що посилення на воєнну необхідність як на обставину, що виключає кримінальну відповідальність, буде вагомим, лише якщо воєнна необхідність сама по собі є елементом інкримінованого злочину (тобто вона не є загальною обставиною, застосовною до всіх воєнних злочинів).³⁰⁹² Крім того, воєнна необхідність ніколи не може використовуватися як виправдання для нападу на цивільних чи цивільне населення як таке.³⁰⁹³

[палати](#) у справі *Онгена*, п. 2767.

³⁰⁸⁸ Див., наприклад, [Гаазьке Положення](#), п. «g» статті 23; [Перша Женевська конвенція](#), стаття 50; [Друга Женевська конвенція](#), стаття 50; [Четверта Женевська конвенція](#), стаття 147; [ККУ](#), стаття 438; [Статут МКС](#), статті 8(2)(a) (iv) і 8(2)(b)(xiii).

³⁰⁸⁹ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(xvi); МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(b)(xvi), виноска 47. Однак зауважте, що вимога щодо привласнення майна для приватного чи особистого використання є характерною саме для МКС (тобто не є частиною звичаєвого чи конвенційного МГП) (МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Бемби*, п. 120). Інші трибунали визнали цю вимогу занадто обмежувальною, щоб бути елементом складу злочину розграбування (СССЛ, справа *Бріми* (Brima) та ін. [Рішення Судової палати](#), п. 754). Отже, під час національного кримінального переслідування доказування цього елемента може не бути суворо обов'язковим для встановлення факту злочину розграбування. Див., наприклад, [Четверта Женевська конвенція](#), стаття 33: «Пограбування забороняються»; [Гаазьке положення](#), стаття 28: «Мародерство у місті чи місцевості, навіть у випадку, якщо його взяли штурмом, забороняється».

³⁰⁹⁰ МТКЮ, [Рішення за апеляцією](#) у справі *Кордича й Черкеза*, п. 686; МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі *Катанги*, п. 894.

³⁰⁹¹ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, С.Н.Веck Hart Nomos, 2016, с. 443.

³⁰⁹² МКС, [Рішення про підтвердження обвинувачень](#) у справі *Катанги*, п. 318; Амбос. Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом. [У книзі: Посібник дослідника міжнародного кримінального права](#) (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 325.

³⁰⁹³ МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Галіча*, п. 44, прим. 76. Див. також, [Додатковий протокол I](#), частина друга статті 51; Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). [У книзі: Посібник дослідника міжнародного кримінального права](#) (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 325.

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ [КАТАНГИ](#), П. 894 [ВИНОСКИ ОПУЩЕНО].

Палата зазначає, що лише «нагальна» воєнна необхідність, коли винуватець не має іншого виходу в цьому плані, можуть виправдати акти знищення, які в іншому випадку були б заборонені [...]. Щоб визначити, чи підпадало знищення майна під воєнну необхідність, Палата проводитиме оцінку кожного окремого випадку, враховуючи, наприклад, чи оброну знищене майно, або чи було знищено конкретний майновий об'єкт.

1608. За певних (обмежених) обставин обвинувачений може посилатися на додаткову обставину, що виключає кримінальну протиправність діяння, а саме «стан необхідності», що є відмінним від воєнної необхідності, але містить елементи обставини примусу. Це може віддалено нагадувати *prima facie* [на перший погляд] частину першу статті 39 ККУ (тобто крайню необхідність). У справі *Онгвена*, що розглядалася МКС, Судова палата постановила, що сам факт того, що майно, привласнене комбатантами, було «необхідним для їхнього виживання, наприклад, якщо воно включало їжу», сам по собі не робить це привласнення таким, що може вважатися привласненням у зв'язку з воєнною необхідністю.³⁰⁹⁴ Однак при розгляді МКС справи *Катанги* захист намагався довести, що винні в розграбуванні повинні бути звільнені від кримінальної відповідальності, оскільки привласнене майно було «необхідним для виживання», покликаючись на передбачену законом обставину примусу відповідно до статті 31(1)(с) Статуту МКС.³⁰⁹⁵ Хоча Судова палата відхилила цей аргумент ґрунтуючись на фактах справи, вона підтримала принцип, згідно з яким «у контексті наявності чи загрози голоду стан необхідності може створювати виняток із заборони на присвоєння державного чи приватного майна».³⁰⁹⁶ Важливо, що в цій справі Судова палата постановила, що «в конкретних ситуаціях привласнення худоби та продуктів харчування справді може, у тому числі саме по собі, становити реакцію на серйозну, тривалу або безпосередню загрозу фізичному виживанню осіб».³⁰⁹⁷
1609. Подібним чином воєнний злочин у вигляді спричинення надмірної кількості супутніх смертей, поранень або шкоди містить у собі принцип пропорційності МГП,³⁰⁹⁸ який забороняє вчиняти напад на законну військову ціль, який, «як можна очікувати, потягне за собою супутні втрати життя серед цивільного на-

³⁰⁹⁴ МКС, Рішення Судової палати [у справі Онгвена](#), п. 2767;

³⁰⁹⁵ МКС, Рішення Судової палати [у справі Катанги](#), п. 955.

³⁰⁹⁶ МКС, Рішення Судової палати [у справі Катанги](#), п. 955. Див. також МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Гаджігасановича та Кубури, п. 53.

³⁰⁹⁷ МКС, Рішення Судової палати [у справі Катанги](#), п. 956.

³⁰⁹⁸ [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv); [Додатковий протокол I](#), стаття 57(2)(a)(iii). Для отримання додаткової інформації про елементи цього злочину див. [Розділ I.C.3.d\)iii. Частини I Глави 1](#) «Умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі чи поранення цивільних осіб або заподіє шкоди цивільним об'єктам чи масштабної, довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(iv); Статут МТКЮ, стаття 3)».

селення, поранення цивільних осіб та шкоду цивільним об'єктам, або те й інше разом, які були б надмірними по відношенню до конкретної і безпосередньої воєнної переваги, якої передбачається таким чином досягти».³⁰⁹⁹ Відповідно, обвинувачений може спробувати захистити себе від такого обвинувачення, наприклад, стверджуючи, що результат нападу не був надмірним по відношенню до очікуваної військової переваги,³¹⁰⁰ або що він ужив усіх можливих запобіжних заходів перед початком нападу.³¹⁰¹ Стосовно першого, судді повинні «оцінювати «військову перевагу» з точки зору нападника, але перевага має бути визначеною і жодним чином не може бути абстрактною чи потенційною».³¹⁰² Стосовно запобіжних заходів, які судді повинні будуть оцінити, для орієнтування щодо пропорційності нападу, то вони включають, серед іншого, вибір засобів і методів ведення війни;³¹⁰³ оцінку наслідків нападу;³¹⁰⁴ призупинення нападу;³¹⁰⁵ та забезпечення ефективного завчасного попередження.³¹⁰⁶

³⁰⁹⁹ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(5)(b); МКЧХ, База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норма 14](#).

³¹⁰⁰ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(b)(iv), прим. 36: «Вираз «конкретна і безпосередня загальна військова перевага» стосується військової переваги, яку міг передбачити винуватець у відповідний час. Така перевага може бути в часі або географічно пов'язана з об'єктом атаки, а може і не бути».

³¹⁰¹ [Додатковий протокол I](#), стаття 57(1). Див. також: МКЧХ, [Коментар до Додаткових протоколів](#), стаття 57, п. 2198.

³¹⁰² МКС, Рішення Судової палати [у справі Катанги](#), п. 893.

³¹⁰³ [Додатковий протокол I](#), стаття 57(2)(a)(ii); МКЧХ, База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норма 17](#).

³¹⁰⁴ [Додатковий протокол I](#), стаття 57(2)(a)(iii); МКЧХ, База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норма 18](#).

³¹⁰⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 57(2)(b); МКЧХ, База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норма 19](#).

³¹⁰⁶ [Додатковий протокол I](#), стаття 57(2)(c); МКЧХ, База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норма 20](#).

ДОДАТКОВИЙ ПРОТОКОЛ I, СТАТТЯ 57.

2. Щодо нападів вживаються такі запобіжні заходи:

- i. ті, хто планує напад або приймає рішення про його здійснення:
 - (i) роблять все практично можливе, щоб пересвідчитися в тому, що об'єкти нападу не є ні цивільними особами, ні цивільними об'єктами й не підлягають особливому захисту, а є військовими об'єктами у значенні пункту 2 статті 52, і що згідно з положенням цього Протоколу напад на них не заборонено;
 - (ii) вживають усіх практично можливих запобіжних заходів при виборі засобів і методів нападу з тим, щоб уникнути випадкових втрат життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб і випадкової шкоди цивільним об'єктам і, в усякому випадку, звести їх до мінімуму;
 - (iii) утримуються від прийняття рішень про здійснення будь-якого нападу, який, як можна очікувати, викличе випадкові втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб і завдасть випадкової шкоди цивільним об'єктам або те й інше разом, що було б надмірним щодо конкретної і безпосередньої військової переваги, яку передбачається одержати;
- ii. напад відміняється або зупиняється, якщо стає очевидним, що об'єкт не є військовим, що він підлягає особливому захисту, або що напад, як можна очікувати, потягне за собою супутні втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб та шкоду цивільним об'єктам, або те й інше разом, що було б надмірним щодо конкретної і прямої військової переваги, яку передбачається отримати;
- iii. робиться ефективно завчасне попередження про напади, які можуть торкнутися цивільного населення, за винятком тих випадків, коли обставини цього не дозволяють.

1610. Інший приклад стосується ракетних або артилерійських нападів, спрямованих проти цивільного населення або цивільних об'єктів.³¹⁰⁷ Сам факт того, що було завдано шкоди цивільним об'єктам або що напад призвів до жертв серед цивільного населення, не є визначальним для того, чи дійсно було вчинено військовий злочин; також ці факти не є визначальними щодо того як саме кваліфікувати такий військовий злочин. Дійсно, хоча такий напад може становити, між іншим, акт навмисного нападу на цивільних осіб³¹⁰⁸ або невідомого чи непропорційного нападу,³¹⁰⁹ обвинувачений може стверджувати, навпаки, що шкода цивільному населенню чи цивільним об'єктам була пропорційним, побічним наслідком законного нападу на військовий об'єкт, а отже, жодного злочину не сталося. Подібним чином, як згадувалося вище (див. п. 675), обвинувачений може стверджувати, що у нього не було необхідного наміру нападати на цивільних осіб або цивільні об'єкти, наприклад, стверджуючи, що передбачувана ціль

³¹⁰⁷ Див, наприклад, [Статут МКС](#), статті 8(2)(b)(i) і 8(2)(b)(ii). Див. також [Розділ I.C.3.d\)i. Частина I Глави 1](#) «Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у військових діях (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(i); Статут МТКЮ, стаття 3)»; [Розділ I.C.3.d\)ii. Частина I Глави 1](#) «Умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(ii); Статут МТКЮ, стаття 3)».

³¹⁰⁸ [Додатковий протокол I](#), стаття 51(2) та стаття 52; База даних МГП. Звичаєве МГП, [Норми 1 і 7](#); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(i).

³¹⁰⁹ [Додатковий протокол I](#), статті 51(4)-(5) і 85(3)(b); [Статут МКС](#), стаття 8(2)(b)(iv).

була законною військовою ціллю, але через несправність зброї або неправильні координати снаряд або ракета влучили в інше, непередбачене місце. Таким чином обвинувачений може намагатися заперечити, власну відповідальність. Відповідно, судді повинні ретельно вивчати елементи відповідних злочинів і оцінювати, чи є підстави вважати, що факти справи свідчать про наявність елементів воєнного злочину.

1611. Воєнний злочин у вигляді депортації та примусового переміщення, який забороняє депортацію або переміщення однієї чи кількох осіб до іншої держави або в інше місце, є ще одним прикладом злочину, елементи якого можуть стати основою потенційної обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння.³¹¹⁰ Хоча такі дії заборонені, Четверта Женевська конвенція, а також практика міжнародних судів і трибуналів передбачає виняток, згідно з яким «окупаційна держава може здійснювати загальну або часткову евакуацію з певної території, якщо це є необхідним для забезпечення безпеки населення або зумовлено нагальними причинами військового характеру».³¹¹¹ Незважаючи на це, навіть якщо депортація чи переміщення були виправдані міркуваннями забезпечення безпеки населення або нагальними військовими міркуваннями, переміщені особи мають бути повернуті до своїх домівок, як тільки це дозволить ситуація.³¹¹² Крім того, переміщення має бути насильницьким, щоб його можна було кваліфікувати як воєнний злочин.³¹¹³ Відповідно, як це буде розглядатися більш детально нижче (див. п. 683), особа, обвинувачена у воєнному злочині депортації, також може спробувати захистити себе від цього звинувачення, стверджуючи, що особи, яких вона перемістила, виїхали добровільно (тобто що вони погодилися на переміщення).³¹¹⁴
1612. І останній приклад: воєнний злочин у вигляді незаконного ув'язнення. МГП, яке забороняє ув'язнювати в певному місці одну або більше осіб, які перебувають під захистом, містить вбудовану «обставину, що виключає кримінальну проти-

³¹¹⁰ МКС, [Елементи складів злочинів](#), стаття 8(2)(a)(vii)-1, елемент перший. Див. також: [Конвенція про захист цивільного населення під час війни \(Четверта Женевська конвенція\)](#), статті 49(1), 147. Для отримання додаткової інформації про елементи цього злочину див. [Розділ I.C.3.b\)ix. Частина I Глави 1](#) «Незаконна депортація або переміщення (Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vii); Статут МТКЮ, стаття 2(g))».

³¹¹¹ [Конвенція про захист цивільного населення під час війни \(Четверта Женевська конвенція\)](#), стаття 49(2). Див. також: МТКЮ, [Рішення за апеляцією](#) у справі *Стакіча (Stakic)*, п. 284; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Крстича (Krstic)*, п. 524; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Поповича (Popovic) та ін., п. 901; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Толіміра (Tolimir)*, п. 798; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Станішича та Сімаатовича (Stanisic and Simatovic)*, п. 994.

³¹¹² [Конвенція про захист цивільного населення під час війни \(Четверта Женевська конвенція\)](#), стаття 49(2). Див. також МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Станішича (Stanisic) та Сімаатовича (Simatovic), п. 994; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі *Крстича (Krstic)*, п. 524; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Благоєвича (Blagojevic) та Йокіча (Jokic), п. 599; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) у справі Країшника (Krajisnik), п. 725.

³¹¹³ [Конвенція про захист цивільного населення під час війни \(Четверта Женевська конвенція\)](#), частина перша статті 49: «Забороняється, незалежно від мотивів, здійснювати примусове індивідуальне чи масове переселення або депортацію осіб, що перебувають під захистом, з окупованої території на територію окупаційної держави або на територію будь-якої іншої держави, незалежно від того, окупована вона чи ні» (виділено автором).

³¹¹⁴ Триффгерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Бек; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 347-348.; МКЧХ. Коментар до Четвертої Женевської конвенції, [стаття 49](#). — 1956, с. 279.

правність діяння», яка також базується на нормах МГП.³¹¹⁵ Зокрема, Четверта Женевська конвенція та практика міжнародних судів і трибуналів дозволяють ув'язнення таких осіб на певний час за умови, що позбавлені волі особи утримуються під вартою «тільки коли це є абсолютно необхідним для забезпечення безпеки держави, яка затримує».³¹¹⁶ Ув'язнення з міркувань безпеки може виправдовуватися, серед іншого, такими діями: безпосередня участь у бойових діях; шпигунство; саботаж; і обмін розвідувальними даними з ворожою державою або її громадянами.³¹¹⁷ Тим не менш, навіть якщо судді переконаються, що одне з цих міркувань безпеки підтверджене фактами, для того щоб затримання не порушувало МГП, обвинувачений повинен надати затриманим необхідні процесуальні гарантії, як це викладено в Четвертій Женевській конвенції.³¹¹⁸

МТКЮ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ДЕЛАЛІЧА (DELALIC), П. 583.

Безпека відповідної держави може вимагати інтернування цивільних осіб, а крім того, рішення про те, чи становить цивільна особа загрозу безпеці держави, переважно залишається на розсуд останньої. Однак слід мати на увазі, що захід інтернування з міркувань безпеки є винятковим і ніколи не може застосовуватися на колективній основі. Початково законне інтернування явно стає незаконним, якщо сторона, яка затримує, не дотримується основних процесуальних прав затриманих осіб і не створює відповідний суд або адміністративний орган, як це передбачено статтею 43 Четвертої Женевської конвенції.

3. Згода

1613. Ще одна обставина, що виключає кримінальну протиправність діяння, і з якою можуть зіткнутися судді, це обставина згоди. На цю обставину можна посилатися лише стосовно злочинів, скоєних проти окремих осіб (наприклад, сексуальні злочини чи позбавлення волі), на відміну від злочинів, які стосуються широкого кола осіб або «колективу» (наприклад, напади на цивільних осіб/цивільні об'єкти).³¹¹⁹ Проте ймовірність того, що посилання на згоду матиме

³¹¹⁵ МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 8(2)(a)(vii)-2, елемент перший. Див. також [Конвенція про захист цивільного населення під час війни \(Четверта Женевська конвенція\)](#), статті 42 та 78. Для отримання додаткової інформації про елементи цього злочину див. [Розділ І.С.3.б\)х. Частина І Глави 1](#) «Незаконне позбавлення волі (Статут МКС, стаття 8(2)(a)(vii); Статут МТКЮ, стаття 2(g)).

³¹¹⁶ [Четверта Женевська конвенція](#), статті 42, 78; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) в справі *Крноєлаца* (Krnjelac), п. 123; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) в справі *Делаліча* (Delalic) та ін., пп. 576-577; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#), в справі *Прліча* (Prlic) та ін., п. 134; МКЧХ. [Інтернування в збройних конфліктах: Основні правила та проблеми](#) (25 листопада 2014), с. 3.

³¹¹⁷ МТКЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#), п. 65; МКЧХ. [Інтернування в збройних конфліктах: Основні правила та проблеми](#) (25 листопада 2014), с. 4.

³¹¹⁸ [Конвенція про захист цивільного населення під час війни \(Четверта Женевська конвенція\)](#), статті 43 і 78. Див. також, МТКЮ [Рішення Судової палати](#) в справі *Делаліча* (Delalic), п. 583; МТКЮ, [Рішення за апеляцією](#) в справі *Делаліча* (Delalic), п. 322; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) в справі *Прліча* (Prlic) та ін., п. 136; Триффтєр та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 350.

³¹¹⁹ Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). У книзі: *Посіб-*

успіх, є в будь-якому разі низькою, враховуючи те, що, як буде показано нижче, здатність потерпілої особи дати згоду часто буде зведена нанівець існуванням примусових обставин, а ситуації збройного конфлікту, як-от той, що нині відбувається в Україні, характеризуються як такі, що за своєю суттю створюють обстановку примусу.³¹²⁰

1614. Наприклад, як коротко зазначалося вище, депортація та примусове переміщення вважатиметься воєнним злочином, лише якщо переміщення було насильницьким,³¹²¹ що включає не лише фізичну силу, але й інші засоби фізичного чи нефізичного примусу.³¹²² Відповідно, особа, обвинувачена у вчиненні воєнного злочину у вигляді незаконної депортації або примусового переміщення, може захищатися від цього обвинувачення, стверджуючи, що особи, яких вона перемістила, виїхали добровільно (тобто, що вони погодилися на переміщення).³¹²³ Тим не менш, за умов воєнного часу, як, наприклад, в Україні, обвинуваченому буде важко довести, що сила не застосовувалася, враховуючи, що простої погрози застосування сили або фізичного чи психічного примусу достатньо, щоб установити наявність цього елемента, «якщо населення, на яке спрямовані такі дії, зіткнувшись із атмосферою примусу або погрозами, не має іншого вибору, окрім як покинути свою територію».³¹²⁴ Крім того, судді повинні знати, що військові командири або політичні лідери не можуть давати згоду від імені особи, наприклад, укладаючи угоди про обмін населенням.³¹²⁵

а) Згода та справи про сексуальне насильство

1615. Хоча згода є обставиною, на яку часто посилаються у відповідь на звинувачення у злочинах, пов'язаних із сексуальним насильством, таке посилення, як буде показано нижче, швидше за все, не досягне мети, оскільки згода буде заперечуватися наявністю примусових обставин, особливо коли йдеться про сексуальним насильством пов'язане з конфліктом.

ник дослідника міжнародного кримінального права (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 327.

³¹²⁰ Див., наприклад, Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). У книзі: *Посібник дослідника міжнародного кримінального права* (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 327; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі Онгвена (*Ongwen*), п. 2710; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі Нтаганди (*Ntaganda*), п. 935; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі Бемби (*Bemba*), п. 104.

³¹²¹ [Конвенція про захист цивільного населення під час війни \(Четверта Женевська конвенція\)](#), частина перша статті 49: «Забороняється, незалежно від мотивів, здійснювати примусове індивідуальне чи масове переселення або депортацію осіб, що перебувають під захистом, з окупованої території на територію окупаційної держави або на територію будь-якої іншої держави, незалежно від того, окупована вона чи ні» (виділено автором).

³¹²² МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) в справі Налетіліча (*Naletilic*) та Мартіновича (*Martinovic*), п. 519; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) в справі Крстича (*Krstic*), п. 528; МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) в справі Прліча (*Prlic*) та ін., п. 50.

³¹²³ Триффтерер та Амбос. *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар*. 3-тє видання, Мюнхен: С.Н. Веєк; Oxford: Hart; Baden-Baden: Nomos, 2016, с. 347-348.; МКЧХ. Коментар до Четвертої Женевської конвенції, [стаття 49](#). — 1956, с. 279.

³¹²⁴ МТКЮ, *Прліч та ін.*, [Рішення Судової палати](#) в справі Прліча (*Prlic*) та ін., п. 50.

³¹²⁵ МТКЮ, [Рішення Судової палати](#) в справі Налетіліча (*Naletilic*) та Мартіновича (*Martinovic*), пп. 522-523.

і. Згода за ККУ

1616. У статтях 152, 153 та 154 ККУ зґвалтування, сексуальне насильство та примушування до вступу в статевий зв'язок відповідно визнаються такими, що мають місце у разі вчинення «статевого акту» або «сексуального насильства» без «добровільної згоди» потерпілої особи. У пояснювальній записці до складу злочину зґвалтування зазначено, що «згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільних дій і вчинків особи з належним урахуванням супутніх обставин».³¹²⁶ Незважаючи на те, що ця пояснювальна записка не достатньо ясно пояснює чим є недобровільна згода,³¹²⁷ вона залишає широкі можливості (зокрема, враховуючи посилання на «належне врахування супутніх обставин») для її тлумачення відповідно до міжнародних стандартів щодо обставин, що анулюють згоду, як зазначено нижче.
1617. Крім того, у світлі принципу «дружнього ставлення» Конституційного Суду до міжнародного права³¹²⁸ українські суди сформували практику щодо посилення на міжнародні інструменти та практику під час тлумачення принципів міжнародного права у своїй практиці.³¹²⁹ Передбачені статтею 438 ККУ воєнні злочини також слід тлумачити відповідно до визначених МКП елементів злочинів сексуального насильства.³¹³⁰ Отже, під час оцінювання справ, пов'язаних із сексуальним насильством, судді повинні зосереджуватися на примусі та примусових обставинах.

ii. Згода за МКП

1618. Відповідно до загальних принципів кримінального права, «згода» може виключати кримінальну караність діяння лише тоді, коли «потерпіла особа, що висловлює згоду, має виключне право розпоряджатися своїм (індивідуальним) правовим інтересом, який захищено відповідною криміналізацією злочину чи злочинів».³¹³¹ Отже, застосовність згоди як обставини, що виключає кримінальну протиправність діяння, до передбачених МКП злочинів обмежена, враховуючи, що вона стосується лише злочинів, криміналізація яких спрямована на захист індивідуальних інтересів, на відміну від злочинів, криміналізація яких спрямована на захист колективних інтересів (наприклад, напади на цивільних осіб/цивільні об'єкти).³¹³²

³¹²⁶ ККУ, стаття 152.

³¹²⁷ Дудоров О.О. [Новели кримінального законодавства України щодо відповідальності за секс-делікти: окремі проблемні аспекти](#) (LexInform, 4 лютого 2019); Дудоров О.О. [Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи \(основні положення кримінально-правової характеристики\)](#) Луганський Державний Університет внутрішніх справ імені Е.О. Дідоренка, 2018, с. 22.

³¹²⁸ Конституційний Суд України, [Рішення](#) від 01.06.2016 № 2-рп/2016, п. 2.3.

³¹²⁹ Див., наприклад, Ухвалу Верховного Суду № 415/2182/20 від 3 лютого 2022, в якій Суд використав статтю 8bis Статуту МКС та інші міжнародні документи для тлумачення статті 437 ККУ відповідно до міжнародного визначення злочину агресії. Для отримання додаткової інформації див. пп. 38-39 вище.

³¹³⁰ Див, наприклад, [Статут МКС](#), статті 7(2)(g) і 8(2)(b)(xxii).

³¹³¹ Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). У книзі: *Посібник дослідника міжнародного кримінального права* (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 327.

³¹³² Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). У книзі: *Посібник дослідника міжнародного кримінального права* (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 327.

1619. Стосовно злочинів, по відношенню до яких можна посилатися на згоду (наприклад, сексуальні злочини), слід зазначити, що існування ширшого примусового середовища часто зводить згоду нанівець.³¹³³ Примусове середовище може існувати, наприклад, коли на відповідній території присутні військові/служби безпеки;³¹³⁴ у ситуаціях збройного конфлікту чи окупації; або за обставин, коли інші воєнні злочини чи злочини проти людяності вчиняються на постійній основі.³¹³⁵

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ НТАГАНДИ (NTAGANDA), П. 935 [ВИНОСКИ ОПУЩЕНО].

Обставини примусу не обов'язково повинні підтверджуватися демонстрацією фізичної сили. Погрози, залякування, вимагання та інші форми тиску, які мають на меті спричинити страх чи відчай, можуть становити примус, і примус може бути завідомо присутній за певних обставин, як-от збройний конфлікт або військова присутність ворожих сил серед цивільного населення. Примусове середовище може створюватися під впливом різних чинників, як-от, наприклад, кількість осіб, які беруть участь у скоєнні злочину, а також те, чи відбувається зґвалтування під час або одразу після бойових дій, чи вчиняють його разом з іншими злочинами. Крім того, у зв'язку з вимогою наявності «примусового середовища» необхідно довести, що дії винуватця передбачали «використання» такого середовища.

1620. Згідно з МКП, міжнародним звичаєвим правом і міжнародним правом прав людини (МППЛ), вільна, добровільна та справжня згода не може бути надана стосовно статевого акту, нав'язаного фактичною силою чи загрозою застосування сили; примусом (наприклад, викликаним страхом перед насильством, тиском, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою); використанням винуватцем примусового середовища (наприклад, збройний конфлікт або окупація); або якщо вік, інвалідність, хвороба тощо унеможливили надання потерпілою особою справжньої згоди.³¹³⁶ Отже, як за МКП, так і за ККУ, якщо встановлено наявність примусу або примусових обставин, згода не вважається обставиною, що звільняє від кримінальної відповідальності за сексуальні злочини. Відсутність згоди також не є елементом сексуальних злочинів за МКП. Іншими словами, сторона обвинувачення не зобов'язана

³¹³³ Амбос. [Обставини, що виключають відповідальність за міжнародним кримінальним правом](#). У книзі: *Посібник дослідника міжнародного кримінального права* (під ред. Брауна, Челтенгема та ін.). — Елгар, 2011, с. 327.

³¹³⁴ Див., наприклад, МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Онгвена* (Ongwen), п. 2710; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Нтаганди* (Ntaganda), п. 935; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Бемби* (Bemba), п. 104; ECOSOC. [Сучасні форми рабства: систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібні до рабства практики під час збройних конфліктів](#), п. 25.

³¹³⁵ Див., наприклад, МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Онгвена* (Ongwen), п. 2710; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Нтаганди* (Ntaganda), п. 935; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Бемби* (Bemba), п. 104.

³¹³⁶ Див., наприклад, МКС, [Елементи злочинів](#), стаття 7(2)(g)-1, елемент 2, стаття 8(2)(b)(xxii)-1, елемент 2; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Онгвена* (Ongwen), п. 2709; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Нтаганди* (Ntaganda), п. 934; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Бемби* (Bemba), п. 105-106; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Катанги* (Katanga), п. 965; ЄСПЛ, [Рішення](#) в справі М.К. (М.С.) проти Болгарії, пп. 79, 90, 132, 181.

демонструвати висловлену словами чи діями незгоду особи, потерпілої від сексуальних злочинів.³¹³⁷

МКС, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ ОНГВЕНА (ONGWEN), П. 2709 (ВИНОСКИ ОПУЩЕНО).

Встановлення наявності однієї з викладених у другому елементі обставин або умов примусу є достатнім для того, щоб проникнення в тіло прирівнювалося до зґвалтування. Немає необхідності доводити відсутність згоди потерпілої особи, і немає вимоги до потерпілої особи чинити опір.

ПРИНЦИПИ ДОКАЗУВАННЯ МКС У СПРАВАХ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ СЕКСУАЛЬНИМ НАСИЛЬСТВОМ

Вищезазначені стандарти згоди за МКП були частково кодифіковані в Правилі 70 Правил процедури та доказування МКС (ICC RPE), яке встановлює керівні принципи доказування у справах, пов'язаних із сексуальним насильством.³¹³⁸

У справах, пов'язаних із сексуальним насильством, Суд керується такими принципами і, у відповідних випадках, застосовує їх:

- (a) Згода не може бути презюмована на підставі будь-яких слів або дій потерпілої особи, коли сила, погроза силою, примус або використання середовища примусу підірвали здатність потерпілої особи дати добровільну та справжню згоду;
- (b) Згода не може бути презюмована на підставі будь-яких слів чи дій потерпілої особи, коли в неї відсутня здатність давати справжню згоду;
- (c) Згода не може бути презюмована на підставі мовчання або відсутності опору з боку потерпілої особи у відповідь на стверджуване сексуальне насильство;
- (d) рівень довіри до потерпілої особи або свідка, його/її характер та схильність до статевих зв'язків не можуть бути презюмовані на підставі сексуального характеру попередньої або подальшої поведінки потерпілої особи або свідка.

³¹³⁷ МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Онгвена (Ongwen)*, п. 2709; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Нтаганди (Ntaganda)*, п. 934; МКС, [Рішення Судової палати](#) в справі *Бемби (Bemba)*, п. 106. Для отримання додаткової інформації про елементи воєнного сексуального насильства див. [Розділ I.C.3.b\)iv. Частина I Глави 1](#) «Зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства порівнянної тяжкості (Статут МКС, стаття 8(2)(xxii))».

³¹³⁸ Див. [Правила процедури та доказування МКС](#), пп. (a)-(c), Правило 70.

Крім того, правило 72 ППД МКС встановлює процедуру, якої слід дотримуватися у справах про сексуальні злочини, коли обвинувачений має намір отримати докази ймовірної згоди потерпілої особи (а також докази попередньої або наступної сексуальної поведінки такої особи). Отже, попереднє повідомлення з описом «сутності доказів, які планується представити або отримати», і актуальності цих доказів для справи має бути надано Судовій палаті, яка визначить, чи є доказ прийнятним, лише після того, як заслухає *in camera* [за закритими дверима] погляди обвинувачення, захисту, свідка і, у відповідних випадках, потерпілої особи або її законного представника. Приймаючи таке рішення, палата повинна враховувати законні права обвинуваченого згідно з МППЛ і керуватися принципами, викладеними в правилі 70.³¹³⁹

Нарешті, правило 71 ППД МКС діє як перешкода для прийняття доказів попередньої або наступної сексуальної поведінки потерпілої особи чи свідка. Характерно, однак, що застосування цієї заборони залежить від оцінки доказової сили доказів і шкоди, яку прийняття (або неприйняття) таких доказів може завдати справедливому судовому розгляду або справедливому оцінюванню показів свідка, відповідно до частини четвертої статті 69 Статуту МКС.

КПК України не містить подібних норм; однак ці принципи можуть допомогти українським суддям під час розгляду справ про сексуальне насильство в умовах конфлікту в забезпеченні відповідності розгляду таких справ міжнародним стандартам.

4. Зв'язок з обвинуваченням

1621. У справах, пов'язаних із міжнародними злочинами, як і в усіх кримінальних справах, прокурори повинні представити «докази зв'язку», які пов'язують обвинуваченого з відповідним правопорушенням.³¹⁴⁰

1622. Навіть якщо не стверджується, що обвинувачений безпосередньо та фізично вчинив дії, що мають ознаки злочину, він, тим не менш, може нести відповідальність за його скоєння на підставі одного чи кількох видів відповідальності згідно за ККУ та МКП (наприклад, співучасть, організація, підбурювання тощо) (див. п. 472 вище). Який саме спосіб вчинення злочину може бути застосована, залежатиме від фабули справи та, зокрема, від того, наскільки обвинувачений, як стверджується, сприяв злочину, використовуючи командну вертикаль та рівні прийняття рішень. Отже, у процесах за обвинуваченнями політиків середнього чи високого рангу, військових чи співробітників служб безпеки, «докази зв'язку» можуть мати особливо багато нюансів через організаційну та/або фізичну віддаленість підсудних від відповідних злочинів.³¹⁴¹

1623. Незалежно від форми відповідальності, за якою обвинувачується особа, судді повинні переконатися, що процедури встановлення зв'язку, яких дотримується

³¹³⁹ Див. [Правила процедури і доказування МКС](#), Правило 72.

³¹⁴⁰ Управління Верховного комісара ООН з прав людини. [«Хто несе відповідальність? Покладання індивідуальної відповідальності за порушення міжнародних прав людини та гуманітарного права в Комісіях з розслідування ООН, місіях зі встановлення фактів та інших розслідуваннях»](#), 2018, сс. 17, 48].

³¹⁴¹ Управління Верховного комісара ООН з прав людини. [«Хто несе відповідальність? Покладання індивідуальної відповідальності за порушення міжнародних прав людини та гуманітарного права в Комісіях з розслідування ООН, місіях зі встановлення фактів та інших розслідуваннях»](#), 2018, сс. 40, 48.

обвинувачення в кожній справі, є справедливими та прозорими, щоб гарантувати право обвинуваченого на справедливий судовий розгляд.³¹⁴²

1624. Судді також повинні знати, що в таких справах щодо вищого керівництва обвинувачені можуть спробувати захистити себе, не оскаржуючи фактичне існування самої бази злочину (тобто не стверджуючи, що відповідний злочин насправді не було скоєно, або його відповідні юридичні елементи не були встановлені), а скоріше шляхом оскарження «доказів зв'язку» та ланцюжка (ланцюжків) відповідальності, яка нібито пов'язує обвинуваченого зі злочиним.³¹⁴³ Конкретно це означає, що стратегії захисту можуть зосереджуватися на таких питаннях, як, зокрема, обізнаність обвинуваченого щодо фактів і обставин, що лежать в основі злочинів і супроводжують їх; його ролі в конкретній військовій чи політичній ієрархії; і спосіб, в який його дії (або бездіяльність) та/або рішення сприяли злочинам.

³¹⁴² Див., наприклад, [КПК](#), статті 17, 20, 22, 24-25, 36, 42; [ЄКПЛ](#), стаття 6; [МІПШП](#), стаття 14; [Третя Женевська конвенція](#), статті 99-108; [Додатковий протокол I](#), частина третя статті 45, стаття 75.

³¹⁴³ МТКЮ. [Посібник МТКЮ з усталеної практики](#). — МТКЮ-ЮНІКРІ Паблішер, 2009, с. 122.

ГЛАВА 2. **ПРОЦЕСУАЛЬНІ АСПЕКТИ**

ВСТУП

1625. Настільна книга переважно присвячена інформуванню суддівського корпусу України щодо норм міжнародного права і світового досвіду щодо воєнних та інших міжнародних злочинів. Натомість цей розділ Настільної книги складається з трьох підрозділів, присвячених процесуальним темам, визначеним як такі, що становлять особливий інтерес для українських суддів та Національної школи суддів України: заочний розгляд справи в суді, уникнення повторної віктимізації в кримінальному провадженні, а також прийнятність та оцінювання цифрових доказів³¹⁴⁴. Судді виявили особливу зацікавленість у розгляді цих тем у контексті судового розгляду воєнних злочинів, але, як буде показано у відповідних розділах, немає жодних норм права, які б регулювали ці теми в контексті судового розгляду справ про воєнні злочини. Натомість, будучи процесуальними питаннями, вони регулюватимуться КПК України, і тому цей розділ було підготовлено в тісній співпраці з українськими суддями та Національною школою суддів України. Кожен підрозділ містить відділ, присвячений нормам національного законодавства та аналізу судової практики України, а також розділ з викладенням міжнародних правових стандартів, найкращих практик і рекомендацій.
1626. Там, де це можливо, в контексті кожної з цих тем міжнародні розділи написані на основі міжнародних правових стандартів, обов'язкових для України, таких як міжнародне право в галузі прав людини, представлене в Європейській конвенції з прав людини та Міжнародному пакті про громадянські і політичні права. У кожному розділі також розглядається відповідний досвід міжнародних кримінальних трибуналів у зв'язку з цими темами. Хоча право та практика цих трибуналів не є обов'язковими в Україні, вони представляють безпосередній міжнародний досвід розгляду цих тем у кримінально-правовій сфері. У зв'язку з цим вони можуть бути переконливими та авторитетними джерелами інформації для українських суддів, які розглядають ці питання. Нарешті, у міжнародних підрозділах представлені найкращі доступні міжнародні практики та рекомендації. Таки найкращі практики та рекомендації також можуть бути переконливими та авторитетними джерелами інформації для розгляду цих питань.

³¹⁴⁴ Інші аспекти кримінального провадження розглядаються в інших навчальних ресурсах, наявних у НШС.

ЧАСТИНА 1: ЗАОЧНИЙ РОЗГЛЯД СПРАВ У СУДІ. СТАНДАРТИ СПРАВЕДЛИВОГО СУДОЧИНСТВА

I. Національне законодавство України щодо заочного розгляду справ у суді

A. Підстави здійснення спеціального досудового розслідування

1627. Особливості спеціального досудового розслідування кримінальних правопорушень (*in absentia*) передбачені главою 24-1 КПК «Особливості спеціального досудового розслідування кримінальних правопорушень» (статті 297-1 — 297-5).
1628. Спеціальне досудове розслідування може бути розпочате не у всіх кримінальних провадженнях, а лише щодо злочинів, визначених в ч. 2 ст. 297-1 КПК, якщо підозрюваний, крім неповнолітнього, переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук.
1629. Окрім цього, спеціальне досудове розслідування може бути розпочате також у кримінальному провадженні щодо злочину, вчиненого підозрюваним, стосовно якого уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся. При цьому за змістом пункту 28 ст. 3 КПК «особою, стосовно якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого» (в розумінні цього Кодексу), вважається будь-яка особа, яка має процесуальний статус підозрюваного, обвинуваченого, засудженого та яка включена відповідним уповноваженим органом до списку для обміну як військовополонений. Отже, на цій підставі спеціальне досудове розслідування може бути розпочате лише щодо військовополоненого, якому було повідомлено про підозру перед обміном. Така особа перед обміном може бути допитана слідчим суддею в порядку, передбаченому ст. 225 КПК.
1630. Здійснення спеціального досудового розслідування щодо злочинів, які не зазначені в ч. 2 ст. 297-1 КПК, не допускається, крім випадків, коли злочини вчинені особами, які переховуються від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошені у міжнародний розшук, та розслідуються в одному кримінальному провадженні із злочинами, зазначеними у цій частині, а виділення матеріалів щодо них може негативно вплинути на повноту досудового розслідування та судового розгляду.
1631. Спеціальне досудове розслідування здійснюється на підставі ухвали слідчого судді, який вирішує це питання за клопотанням прокурора або слідчого за погодженням з прокурором.

1632. Стаття 297-2 КПК містить вимоги до клопотання слідчого, прокурора про здійснення спеціального досудового розслідування. Зокрема, таке клопотання має містити:

- 1) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання;
- 2) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність;
- 3) виклад обставин, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення, і посилання на обставини;
- 4) *у випадках, передбачених абзацом першим ч. 2 ст. 297-1 КПК (коли підозрюваний переховується від слідства)* — відомості про те, що підозрюваний виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України, території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, та/або відомості про оголошення підозрюваного в міжнародний розшук;
- 5) *У випадках, передбачених абзацом другим ч. 2 ст. 297-1 КПК (коли злочин вчинений особою, яка була передана для обміну як військовополонений)* — матеріали, що підтверджують прийняття уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та факт обміну;
- 6) виклад обставин про те, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду з метою ухилення від кримінальної відповідальності;
- 7) перелік свідків, яких слідчий, прокурор вважає за необхідне допитати під час розгляду клопотання.

V. Повідомлення особи про підозру та про здійснення щодо неї кримінального провадження

1633. Важливим аспектом дотримання вимог права на справедливий суд під час здійснення спеціального досудового розслідування є питання щодо ефективного повідомлення особи про підозру та здійснення щодо неї такого провадження.

1634. Стаття 297-4 КПК передбачає, що слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук, та/або уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся.

1635. Відповідно до статті 281 КПК слідчий, прокурор оголошує розшук підозрюваного, якщо під час досудового розслідування його місцезнаходження невідоме або він виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України чи за межами України та не з'являється без поважних причин на виклик слідчого, прокурора за умови його належного повідомлення про такий виклик.

1636. Загальний порядок здійснення виклику в кримінальному провадженні регулюється статтею 135 КПК. За цією статтею особа викликається до слідчого, прокурора, слідчого судді, суду шляхом вручення повістки про виклик, надіслання її поштою, електронною поштою чи факсимільним зв'язком, здійснення виклику по телефону або телеграмою. У разі тимчасової відсутності особи за місцем проживання повістка для передачі їй вручається під розписку дорослому члену сім'ї особи чи іншій особі, яка з нею проживає, житлово-експлуатаційній організації за місцем проживання особи або адміністрації за місцем її роботи. Повістка про виклик особи, яка проживає за кордоном, вручається згідно з міжнародним договором про правову допомогу, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, а за відсутності такого — за допомогою дипломатичного (консульського) представництва.
1637. Згідно з ч. 8 ст. 135 КПК повістка про виклик особи, стосовно якої існують достатні підстави вважати, що така особа виїхала та/або перебуває на тимчасово окупованій території України, території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, у випадку обґрунтованої неможливості вручення їй такої повістки згідно з наведеними вище правилами, публікується в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора. У такому разі особа вважається такою, яка належним чином повідомлена про виклик, з моменту опублікування повістки про її виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора. У випадку наявності в особи захисника (захисників) копія повістки про її виклик надсилається захиснику (захисникам).
1638. Отже, хоча у КПК міститься наведений вище перелік способів повідомлення особи про виклик до слідчого чи суду та про підозру, однак закон не містить чіткого стандарту повідомлення особи та формально пов'язує презумпцію повідомлення підозрюваного, який переховується від слідства, з публікацією відповідного оголошення в ЗМІ та на сайті Офісу Генерального прокурора.
1639. Практика слідчих суддів з цього питання є різною — в одних випадках судді вважають достатнім повідомлення особи шляхом публікації в ЗМІ та на сайті Офісу Генерального прокурора, в інших випадках додатково наводять обґрунтування неможливості повідомлення іншим чином, ніж шляхом здійснення такої публікації, а в третіх — наголошують, що сторона обвинувачення, окрім публікації оголошень у ЗМІ та на сайті Офісу Генерального прокурора, вживала додаткові заходи, які забезпечили ефективне повідомлення особи про підозру та здійснення кримінального провадження (див., наприклад, ухвалу Солом'янського районного суду м. Києва від 12 вересня 2022 року у справі № 760/6081/22).
1640. Це питання також було предметом перевірки суду касаційної інстанції в кількох справах, де Верховний Суд звертав увагу, що крім виконання наведених вище вимог закону щодо публікації оголошень у ЗМІ та визначених законом сайтах, сторона обвинувачення вживала інших заходів для забезпечення ефективного повідомлення особи про її кримінальне переслідування.

1641. Наприклад, у справі № 242/3982/16-к, де обвинуваченим був голова так званого верховного суду так званої «ДНР» ОСОБА_1 (громадянин РФ), повідомлення здійснювалося шляхом: направлення повісток з перекладом на російську мову за адресою його проживання в Москві, направлення листа до Генерального консульства РФ у м. Харкові, направлення запиту про міжнародну правову допомогу до компетентних органів РФ (це мало місце до повномасштабного вторгнення РФ на територію України у 2022 році), телефонного дзвінка на номер «приймальні голови верховного суду» так званою «ДНР».
1642. У справі № 326/1385/18 Верховний Суд зауважив, що органом досудового розслідування було здійснено всі передбачені законом заходи для належного повідомлення ОСОБА_1 про наявність щодо нього кримінального провадження та виклик його до слідчих органів. Зокрема, шляхом публікації повісток про виклик підозрюваного на офіційному сайті СБУ та неодноразового направлення їх, а також повідомлення про підозру, за місцем фактичного його знаходження. Крім того, повідомлення про підозру та повістки про виклик для передачі ОСОБА_1 було вручено його захиснику, а також відповідно до ч. 2 ст. 135 КПК за останнім місцем реєстрації підозрюваного — першому заступнику голови міської ради, голові ОСББ та свідку, який постійно спілкується з ОСОБА_1. Свідок ОСОБА_6 підтвердив факт обізнаності ОСОБА_1 про те, що стосовно нього здійснюється досудове розслідування. Крім того, як додатковий захід було здійснено направлення відповідних процесуальних документів за допомогою месенджера «Viber» на номер телефону, яким користувався підозрюваний. Таким чином, виклики та повідомлення про підозру ОСОБА_1 були здійснені відповідно до вимог КПК. Направлення відповідних процесуальних документів за допомогою месенджера «Viber» на номер телефону, яким користувався підозрюваний, були вжиті як додаткові заходи, які не підміняли собою визначені КПК, а лише доповнювали їх.
1643. У справі № 759/5737/17 за обвинувачення колишньої української судді, яка перейшла на бік ворога та почала працювати в судових органах окупаційної влади, Верховний Суд зауважив, що стороною обвинувачення під час досудового розслідування вжила заходів для повідомлення цієї особи про здійснюване щодо неї кримінальне провадження, зокрема, окрім повідомлень на офіційному сайті Генеральної прокуратури та в газеті «Урядовий кур'єр», повідомлення про підозру було направлено на електронну адресу так званого «Арбітражного суду Республіки Крим» (vs.krm@sudrf.ru), де вона працювала.
1644. Що стосується повідомлення про підозру особи, яка була передана для обміну як військовополонений, то з урахування положень п. 28 ст. 3 КПК, про які було зазначено вище, то таке повідомлення має відбуватися до обміну. Водночас закон не містить чіткої вказівки на необхідність роз'яснення такій особі (у тому числі в письмовій формі), що після обміну кримінальне провадження стосовно неї може продовжуватися за її відсутності. Оскільки можливість здійснення спеціального досудового розслідування щодо таких осіб була передбачена нещодавніми змінами до КПК (Закон № 2472-IX від 28.07.2022), такі питання ще не розглядалися на рівні суду касаційної інстанції та сталої судової практики з

цього питання ще немає. Водночас щодо цієї категорії осіб слід рекомендувати перед обміном під письмову розписку роз'яснювати таким особам можливість продовження кримінального провадження щодо них після обміну, особливості процедури спеціального досудового розслідування та спеціального судового провадження, особливості реалізації права на захист, у тому числі шляхом залучення захисника за власним вибором, і особливості повідомлення про подальші процесуальні дії в цьому провадженні через публікацію оголошень у ЗМІ та сайтах Офісу Генерального прокурора та судів, які розглядатимуть провадження, а за згодою такої особи слід отримувати від них їх контактну інформацію (e-mail тощо) для подальшої комунікації по справі.

1645. Стаття 297-5 КПК регулює порядок вручення процесуальних документів підозрюваному при здійсненні спеціального досудового розслідування (тобто після постановлення слідчим суддею ухвали про здійснення спеціального досудового розслідування).
1646. За цією статтею повістки про виклик підозрюваного у разі здійснення спеціального досудового розслідування надсилаються за останнім відомим місцем його проживання чи перебування та обов'язково публікуються в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора. З моменту опублікування повістки про виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора підозрюваний вважається належним чином ознайомленим з її змістом.
1647. Повістки про виклик підозрюваного у разі здійснення спеціального досудового розслідування у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого публікуються в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора. З моменту опублікування повістки про виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора підозрюваний вважається належним чином ознайомленим з її змістом.
1648. Копії процесуальних документів, що підлягають врученню підозрюваному, надсилаються захиснику.

С. Підстави та особливості здійснення спеціального судового провадження

1649. Чинний КПК України передбачає також можливість здійснення спеціального судового провадження (*in absentia*), яке можливе як після спеціального досудового розслідування, так і в разі, якщо підстави для заочного розгляду виникли після завершення досудового розслідування в загальному порядку.
1650. Відповідно до ч. 3 ст. 323 КПК судовий розгляд у кримінальному провадженні щодо злочинів, зазначених у частині другій статті 297-1 цього Кодексу, може

здійснюватися за відсутності обвинуваченого (*in absentia*), крім неповнолітнього, який переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений в міжнародний розшук. Крім того, такий розгляд може здійснюватися, якщо стосовно обвинуваченого уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся.

1651. Ч. 3 ст. 323 КПК визначає, що за наявності указаних вище обставин суд постановляє ухвалу про здійснення спеціального судового провадження стосовно такого обвинуваченого за результатами розгляду клопотанням прокурора, до якого додаються матеріали про те, що обвинувачений знав або повинен був знати про розпочате кримінальне провадження.
1652. У разі здійснення спеціального судового провадження повістки про виклик обвинуваченого надсилаються за останнім відомим місцем його проживання чи перебування, а процесуальні документи, що підлягають врученню обвинуваченому, надсилаються захиснику. Інформація про такі документи та повістки про виклик обвинуваченого обов'язково публікуються у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження згідно з положеннями статті 297-5 цього Кодексу та на офіційному веб-сайті суду. З моменту опублікування повістки про виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті суду обвинувачений вважається належним чином ознайомленим з її змістом.
1653. У разі здійснення спеціального досудового розслідування у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу обвинуваченого для обміну як військовополоненого повістки про виклик обвинуваченого публікуються в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження згідно з положеннями статті 297-5 КПК України та на офіційному веб-сайті суду, а процесуальні документи, що підлягають врученню обвинуваченому, надсилаються захиснику. З моменту опублікування повістки про виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті суду обвинувачений вважається належним чином ознайомленим з її змістом.
1654. Відповідно до ч. 5 ст. 374 КПК України в разі ухвалення вироку за наслідками кримінального провадження, у якому здійснювалося спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження (*in absentia*), суд окремо обґрунтовує, чи були здійснені стороною обвинувачення всі можливі передбачені законом заходи щодо дотримання прав підозрюваного чи обвинуваченого на захист та доступ до правосуддя з урахуванням встановлених законом особливостей такого провадження

D. Призначення захисника обвинуваченому в рамках заочного провадження

1655. Відповідно до п. 8 ч. 2 ст. 52 КПК участь захисника є обов'язковою у кримінальному провадженні щодо осіб, стосовно яких здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження, — з моменту прийняття відповідного процесуального рішення.
1656. Особа, щодо якої здійснюється спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження, (чи інші особи за проханням чи згодою підозрюваного, обвинуваченого) у будь-який момент може залучити захисника за власним вибором (відповідно до загального правила, передбаченого в ст. 48 КПК). Якщо така особа не залучила захисника самостійно, він в обов'язковому порядку за постановою слідчого, прокурора або ухвалою слідчого судді, суду призначається Центром надання безоплатної правової допомоги.
1657. Відповідно до Закону України «Про безоплатну правову допомогу» (ст. 23) надання безоплатної вторинної правової допомоги припиняється, особа користується захистом іншого захисника у справі, за якою їй призначено захисника відповідно до цього Закону. Тобто за загальним правилом особа має бути представлена або захисником, якого обрала вона чи інша особа за її згодою. Однак у справі № 756/4855/17 у зв'язку із тим, що захисники, обрані обвинуваченим, неодноразово вчиняли дії, які мали ознаки зловживання правом з метою затягування розгляду справи (часті неявки в судові засідання, відмови обвинуваченого від цих захисників з подальшим їх повторним залученням тощо), суд першої інстанції, керуючись загальними засадами кримінального провадження, залучив до провадження захисника, призначеного Центром наданням безоплатної правової допомоги, який брав участь у судовому провадженні одночасно із захисниками, обраними обвинуваченим, до завершення його розгляду судом касаційної інстанції.
1658. У постанові Верховного Суду від 13.06.2019 у справі № 607/9498/16-к, яка розглядалася судами *in absentia*, було встановлено порушення права на захист у зв'язку з неналежним виконанням захисником, якого було призначено Центром надання безоплатної правової допомоги, своїх обов'язків (як зазначив Верховний Суд, він «лише формально був присутній в судових засіданнях»).

E. Дії суду в разі, якщо обвинувачений, який був відсутній, з'явився або був доставлений до суду, право на оскарження.

1659. За змістом ч. 3 ст. 323 КПК України, якщо після постановлення ухвали про спеціальне судове провадження обвинувачений з'явився або був доставлений до суду, судовий розгляд продовжується з моменту постановлення такої ухвали згідно із загальними правилами, передбаченими КПК України. За клопотанням сторони захисту суд продовжує судовий розгляд з моменту з'явлення обвинуваченого в судовому засіданні та повторно досліджує окремі докази, які досліджувалися

за відсутності обвинуваченого (якщо про таке дослідження доказів просить сторона захисту).

1660. У справі № 756/4855/17, попри те, що судове провадження здійснювалося *in absentia* суди всіх інстанцій з метою забезпечення права обвинуваченого на особисту участь у судовому розгляді, керуючись загальними засадами кримінального провадження, задовольняли клопотання захисників про участь обвинуваченого, який переховувався на території Російської Федерації, в судовому засіданні в режимі відеоконференції (зокрема, з використанням власних технічних засобів), однак обвинувачений так і не скористався цією можливістю.
1661. Водночас чинний КПК України не передбачає жодної спеціальної процедури повторного судового розгляду в суді першої інстанції після ухвалення вироку в разі затримання чи з'явлення обвинуваченого (засудженого), щодо якого здійснювалося спеціальне судове провадження (*in absentia*). Такі особи можуть скористатися лише загальними процедурами оскарження в апеляційному та касаційному порядку, або правом на перегляд судового рішення за нововиявленими чи виключними обставинами (за наявності відповідних підстав, які не є специфічними для цієї категорії справ).
1662. Разом із тим, ч. 3 ст. 400 КПК України передбачає спеціальне правило вирішення питання про поновлення пропущеного строку на апеляційне оскарження в разі подання апеляційної скарги особою, щодо якої якого здійснювалося спеціальне судово провадження (*in absentia*).
1663. Так, відповідно до цієї норми, якщо апеляційну скаргу подано обвинуваченим, щодо якого судом ухвалено вирок за результатами спеціального судового провадження, суд поновлює строк за умови надання обвинуваченим підтвердження наявності поважних причин, передбачених статтею 138 КПК України, та надсилає апеляційну скаргу разом із матеріалами кримінального провадження до суду апеляційної інстанції з дотриманням правил, передбачених статтею 399 цього Кодексу.
1664. Хоча в цій нормі прямо не зазначено, який саме суд (першої чи апеляційної інстанції) вирішує питання про поновлення строку (і не вказано якого саме строку), її формулювання («суд поновлює строк <...> та надсилає апеляційну скаргу <...> до суду апеляційної інстанції») указують на те, що мова йде саме про суд першої інстанції та строк на апеляційне оскарження. Таким чином, порядок вирішення питання щодо поновлення зазначеного строку в цій категорії проваджень відрізняється від загальної процедури, де відповідними повноваженнями наділений суд апеляційної інстанції (див., наприклад, ухвалу Оболонського районного суду м. Києва від 15 лютого 2022 року та ухвалу Київського апеляційного суду від 23 червня 2022 року у справі № 756/4855/17, ухвалу Костянтинівського міськрайонного суду Донецької області від 20 лютого 2020 року у справі № 233/2982/17).

1665. Стаття 138 КПК України, до положень якої відсилає ч. 3 ст. 400 КПК України, містить загальний перелік поважних причин неприбуття особи на виклик, який не враховує специфіку спеціального судового провадження (*in absentia*), а саме:
- 1) затримання, тримання під вартою або відбування покарання;
 - 2) обмеження свободи пересування внаслідок дії закону або судового рішення;
 - 3) обставини непереборної сили (епідемії, військові події, стихійні лиха або інші подібні обставини);
 - 4) відсутність особи у місці проживання протягом тривалого часу внаслідок відрядження, подорожі тощо;
 - 5) тяжка хвороба або перебування в закладі охорони здоров'я у зв'язку з лікуванням або вагітністю за умови неможливості тимчасово залишити цей заклад;
 - 6) смерть близьких родичів, членів сім'ї чи інших близьких осіб або серйозна загроза їхньому життю;
 - 7) несвоєчасне одержання повістки про виклик;
 - 8) інші обставини, які об'єктивно унеможливають з'явлення особи на виклик.
1666. Тлумачити та застосовувати положення ч. 3 ст. 400, ст. 138 КПК України необхідно у спосіб, який, з одного боку, забезпечує ефективні можливості реалізації обвинуваченим, який був відсутній під час розгляду справи в суді першої інстанції на апеляційне оскарження вироку суду, а з іншого боку — унеможливує зловживання правом на оскарження судового рішення обвинуваченим, який хоча і був відсутній під час судового розгляду в суді першої інстанції, але знав про нього та не скористався ані правом взяти в ньому участь, ані правом на апеляційне оскарження в межах встановленого законом строку.
1667. Тому при вирішенні питання про поновлення строку на апеляційне оскарження в порядку ч. 3 ст. 400 КПК України доцільно брати до уваги не лише факт публікації відповідних оголошень у ЗМІ та на сайтах Офісу Генерального прокурора чи суду, але й інші обставини, які доводять фактичну обізнаність обвинуваченого (засудженого) про висунуту йому підозру (обвинувачення) та про здійснення щодо нього кримінального провадження, що включає аналіз ефективності всього комплексу заходів, вжитих стороною обвинувачення та судом для повідомлення такої особи.

I. Міжнародно-правові норми щодо заочного судочинства

A. Вступ

1668. У цьому підрозділі розглядаються міжнародно-правові стандарти заочного розгляду справ у судових засіданнях, що відбуваються за обставин, коли обвинувачений не з'являється в суді на всіх стадіях провадження. Міжнародні правові стандарти, що регулюють заочне судочинство, походять з міжнародного права прав людини і в першу чергу стосуються прав обвинуваченого. Окрім цих норм, не існує міжнародного права, яке б регулювало заочний розгляд справ у суді.

1669. Спеціальних правил заочного судочинства в контексті воєнних злочинів не існує. Навпаки, як було продемонстровано у рішенні Європейського суду з прав людини (далі — ЄСПЛ) у справі «*Санадер проти Хорватії*», заочне судочинство у справах про воєнні злочини регулюється тим самим правом прав людини і тими ж самими міркуваннями, що й розгляд справ про будь-які інші злочини за національним законодавством. Після Нюрнберзького процесу, де єдине заочне обвинувачення відбулося у справі *Бормана*, жоден інший міжнародний трибунал, який розглядав воєнні злочини, не дозволяв проводити заочні процеси за обставин, коли обвинувачений не з'являється до суду на початку судового процесу.
1670. Лише Спеціальний трибунал для Лівану (далі — СТЛ), гібридний трибунал, створений для притягнення до відповідальності за злочини, проте не міжнародні, скоєні в Лівані, дозволив проведення і проводив заочний розгляд справ. Як буде показано нижче, нормативно-правова база СТЛ для заочного судочинства була розроблена відповідно до міжнародного права в галузі прав людини, зокрема, із докладанням значних зусиль із забезпечення того, щоб обвинувачені були повідомлені про судовий розгляд, а також із гарантіями повторного розгляду справ осіб, суд над якими відбувся заочно.

В. Заочне судочинство згідно з міжнародним правом про права людини, застосовним в Україні

1671. Заочний розгляд справи в суді допускається міжнародними договорами з прав людини, ратифікованими Україною, але лише за обмежених умов і після прийняття гарантій, що забезпечують недопущення порушення прав обвинуваченого.

1. Кожен має право бути присутнім на суді над ним.

1672. Міжнародні договори з прав людини, обов'язкові для виконання в Україні, гарантують право обвинуваченого бути присутнім та брати участь у кримінальному провадженні щодо нього. Зокрема, право обвинуваченого бути присутнім на суді над ним визнається у статті 14(3)(d) Міжнародного пакту про громадянські та політичні права (МПГПП) та у статті 6(3) ЄКПЛ.³¹⁴⁵

2. Відмова від права бути присутнім та повідомлення

1673. Право бути присутнім на суді над самим собою не є абсолютним. Обвинувачений може прямо або мовчазно відмовитися від права бути присутнім, і в таких ви-

³¹⁴⁵ Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (МПГПП), стаття 14(3)(d); ЄКПЛ, стаття 6(3). Україна ратифікувала МПГПП та ЄКПЛ. Див. також: Комітет з прав людини, Зауваження загального порядку № 32, стаття 14. Право на рівність перед судами і трибуналами, а також на справедливий суд, ССР/С/Г/32, 23 серпня 2007 р. («Загальний коментар № 32»), п. 36; ЄСПЛ, Посібник зі статті 6 Європейської конвенції з прав людини. Право на справедливий суд (кримінальний аспект) («Посібник зі статті 6»), п. 286; оновлено 31 серпня 2022 р., ЄСПЛ, справа «Сейдович проти Італії» [ВП], заява № 56581/00, Рішення від 1 березня 2006 року (справа «Сейдович проти Італії»), п. 81.

падках судовий процес може проводитися заочно.³¹⁴⁶ Щоб бути чинною, відмова від права бути присутнім має бути однозначною, «свідомою та розумною».³¹⁴⁷ Якщо обвинувачений не був особисто повідомлений щодо кримінального провадження проти нього, його відмова не повинна презюмуватися на підставі того, що органи влади виконали вимоги щодо офіційного повідомлення.³¹⁴⁸

1674. Хоча ані МПГПП, ані ЄКПЛ не надають обвинуваченому права отримувати повідомлення в конкретній формі,³¹⁴⁹ ЄСПЛ постановив, що «інформування особи про те, що по відношенню до неї розпочато кримінальне провадження, є настільки важливим юридичним актом, що воно повинно здійснюватися відповідно до процесуальних і матеріальних вимог, здатних гарантувати ефективну реалізацію прав обвинуваченого; нечітких і неформальних знань для цього недостатньо».³¹⁵⁰ Те, чи був обвинувачений достатньо поінформований про провадження, щоб у разі його неявки на суд можна було сказати, що він фактично відмовився від свого права бути присутнім, залежить від обставин кожної конкретної справи.
1675. ЄСПЛ шукає «об'єктивні чинники», які доводять, що обвинувачений був достатньо обізнаний про провадження щодо нього, і можна було сказати, що він відмовився від свого права бути присутнім.³¹⁵¹ Хоча це завжди буде визначатися в кожному конкретному випадку, розгляд конкретних прикладів може допомогти зрозуміти вимоги міжнародного права в галузі прав людини в цьому відношенні.
1676. Наприклад, у справі «Коніак проти Румунії», представники органів влади кілька разів відвідували останнє місце проживання обвинуваченого, але обвинувачений перебував за межами країни, а органи влади не залишили повістки чи будь-яких інших документів за місцем проживання. Представники органів влади розмовляли з тодішньою дружиною обвинуваченого, але на той час вони перебували в процесі розлучення, тому ЄСПЛ не міг зробити висновок про те, що колишня дружина обвинуваченого повідомила його про провадження. За цих обставин ЄСПЛ дійшов висновку, що органи влади не довели, що обвинувачений мав достатньо інформації про провадження, щоб виправдати висновок про те, що він відмовився від свого права брати участь у процесі.³¹⁵²

³¹⁴⁶ Див., наприклад, ЄСПЛ, [Посібник зі статті 6](#), п. 290; ЄСПЛ, справа «[Сейдович проти Італії](#)», п. 86.

³¹⁴⁷ Див., наприклад, ЄСПЛ, [Посібник зі статті 6](#), п. 290; ЄСПЛ, справа «[Сейдович проти Італії](#)», пп. 86-87.

³¹⁴⁸ Див., наприклад, ЄСПЛ, [Посібник зі статті 6](#), п. 402; ЄСПЛ, справа «[Сейдович проти Італії](#)», п. 87; ЄСПЛ, справа «[Колоцца проти Італії](#)», Заява № 9024/80, Рішення від 12 лютого 1985 року («[Колоцца проти Італії](#)»), п. 28.

³¹⁴⁹ Див. в загальному плані: МПГПП, стаття 14(3)(а); ЄКПЛ, стаття 6(3)(а); Див. також, напр., ЄСПЛ, справа «[В'ячеслав Корчагін проти Росії](#)», заява № 12307/16, рішення від 28 серпня 2018 року (справа «[В'ячеслав Корчагін проти Росії](#)»), п. 65.

³¹⁵⁰ Див. напр.: ЄСПЛ, справа «[Коніак проти Румунії](#)», заява № 4941/07, Рішення від 6 жовтня 2015 року (справа «[Коніак проти Румунії](#)»), п. 51; ЄСПЛ, справа «[Сейдович проти Італії](#)», п. 99.

³¹⁵¹ Див., наприклад: ЄСПЛ, справа «[Єгер проти Туреччини](#)», заява № 4099/12, Рішення від 7 червня 2022 року (справа «[Єгер проти Туреччини](#)»), п. 33; ЄСПЛ, справа «[Сейдович проти Італії](#)», п. 100.

³¹⁵² Див. справу «[Коніак проти Румунії](#)», пп. 53-55.

1677. У справі «*М.Т.Б. проти Туреччини*», органи влади доставили повістку на колишню юридичну адресу обвинуваченого, яка була зазначена в чеку, і, дізнавшись, що компанія обвинуваченого більше не зареєстрована за цією адресою, надіслали повістку поштою та розпочали заочне провадження. Визначаючи, що органи влади не діяли з достатньою ретельністю, ЄСПЛ зазначив, що обвинуваченого судили як фізичну особу, а дії інших державних службовців щодо інших юридичних справ показали, що домашня адреса обвинуваченого була відома уряду, і що обвинувачений був знайдений і заарештований там у зв'язку з попередньою справою. Зважаючи на це, той факт, що спосіб дій уряду відповідав юридичним вимогам національного законодавства, не був достатнім, щоб звільнити державу від її зобов'язань за статтею 6 ЄКПЛ.³¹⁵³
1678. У ширшому сенсі ЄСПЛ зауважив, що відсутність обвинуваченого за місцем його або її проживання в поєднанні з фактом неможливості його або її відстеження сама по собі не свідчить про те, що він/вона дійсно знав/знала про існування судового процесу щодо нього.³¹⁵⁴
1679. У будь-якому разі, навіть якщо органи влади не повідомили про провадження належним чином, іноді конкретні факти можуть продемонструвати, що обвинувачений знав про нього. ЄСПЛ встановив, що «таке може мати місце, наприклад, коли обвинувачений публічно або письмово заявляє, що він не має наміру відповідати на повістки в суд, про які йому стало відомо з джерел, відмінних від органів влади, або вдало ухиляється від спроби арешту [...], або коли до відома органів влади надаються матеріали, які недвозначно свідчать про те, що обвинувачений знає про кримінальне провадження, розпочате щодо нього, і про висунуті йому звинувачення».³¹⁵⁵

3. Під час заочного розгляду справи гарантується право мати адвоката

1680. Право мати адвоката гарантується МПГПП та ЄКПЛ.³¹⁵⁶ Обвинувачений не втрачає цього права через неявку в судове засідання.³¹⁵⁷ Таке право включає право призначати захисника за власним вибором.³¹⁵⁸

³¹⁵³ ЄСПЛ, справа «*М.Т.Б. проти Туреччини*», заява № 47081/06, Рішення від 12 червня 2018 року (справа «*М.Т.Б. проти Туреччини*»), пп. 51-53.

³¹⁵⁴ ЄСПЛ, справа «*Сейдович проти Італії*», пп. 96-100.

³¹⁵⁵ *Див.*, наприклад: ЄСПЛ, справа «*Шкалла проти Албанії*», заява № 26866/05, Рішення від 10 травня 2011 року (справа «*Шкалла проти Албанії*»), п. 70; ЄСПЛ, справа «*Сейдович проти Італії*», п. 99.

³¹⁵⁶ МПГПП, стаття 14(3)(d); ЄКПЛ, стаття 6(3)(c).

³¹⁵⁷ ЄСПЛ, справа «*Толмачов проти Естонії*», заява № 73748/13, Рішення від 9 липня 2015 року (справа «*Толмачов проти Естонії*»), пп. 48-57; ЄСПЛ, справа «*Карі-Пекка Піетіляйнен проти Фінляндії*», заява № 13566/06, Рішення від 22 вересня 2009 року (справа «*Карі-Пекка Піетіляйнен проти Фінляндії*»), пп. 31-32; ЄСПЛ, справа «*Сейдович проти Італії*», п. 91; ЄСПЛ, справа «*Ван Гейсегем проти Бельгії*», заява № 26103/95, Рішення від 21 січня 1999 року (справа «*Ван Гейсегем проти Бельгії*»), п. 34.

³¹⁵⁸ ЄСПЛ, справа «*Лобжанідзе і Перадзе проти Грузії*», заяви 21447/11 та 35839/11, Рішення від 27 лютого 2020 року (справа «*Лобжанідзе та Перадзе проти Грузії*»), пп. 80-91.

4. Право на новий розгляд юридичної та фактичної сторони обвинувачення

1681. ЄСПЛ неодноразово постановляв, що, «хоча провадження, що відбувається за відсутності обвинуваченого, само по собі не є несумісним зі статтею 6 Конвенції, відмова в правосудді все ж безсумнівно має місце, коли особа, засуджена заочно, не може згодом отримати від суду, який розглядав її справу, поновлення розгляду справи по суті (юридичної та фактичної сторони обвинувачення), якщо тільки не було встановлено, що вона відмовився від свого права з'являтися до суду та захищати себе, або що вона мала намір уникнути суду».³¹⁵⁹ Обвинувачений або засуджений повинен мати право на поновлення провадження у справі *в будь-який час*, навіть після винесення остаточного вироку.³¹⁶⁰
1682. Цього можна досягти шляхом поновлення судового розгляду або апеляції, що дозволить отримати нове рішення щодо фактичної та юридичної сторони. «Відповідно, відмова у відновленні провадження, проведеного за відсутності підсудного, без будь-яких ознак того, що підсудний відмовився від свого права бути присутнім під час судового розгляду, була визнана «кричущою відмовою в правосудді», що робить провадження таким, що «явно суперечить положенням статті 6 або закріпленим у ній принципам».³¹⁶¹ «Суд також постановив, що поновлення строку оскарження заочного вироку, коли підсудний мав право бути присутнім на розгляді в суді апеляційної інстанції та клопотати про долучення нових доказів, тягне за собою можливість нового фактичного та юридичного формулювання кримінального обвинувачення для того, щоб провадження загалом можна було вважати справедливим».³¹⁶²
1683. Підсудний не може бути зобов'язаний погодитися на затримання, щоб забезпечити собі право на повторний судовий розгляд після заочного засудження.³¹⁶³ Хоча «національні органи влади мають право оцінювати, чи вказав підсудний поважну причину своєї відсутності та чи містили матеріали справи якісь підстави вважати, що він був відсутній з незалежних від нього причин», «на особу, обвинувачену в кримінальному злочині, не можна покладати тягар доведення того, що вона не намагалася ухилитися від правосуддя або що її відсутність була зумовлена *форс-мажорними обставинами*».³¹⁶⁴

³¹⁵⁹ Див., наприклад, ЄСПЛ, справа [«Коніак проти Румунії»](#), п. 49; ЄСПЛ, справа [«Сейдович проти Італії»](#), п. 82.

³¹⁶⁰ Рада ООН з прав людини. Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні (16 листопада 2019 р. — 15 лютого 2020 р.), А/НРС/43/CRP.7, 18 березня 2020 р., п. 77.

³¹⁶¹ ЄСПЛ, справа «Санадер проти Хорватії», заява № 66408/12, Рішення від 12 лютого 2015 року ([«Санадер проти Хорватії»](#)), п. 71; ЄСПЛ, справа [«Сейдович проти Італії»](#), п. 84.

³¹⁶² Див., наприклад: ЄСПЛ, справа [«Сейдович проти Італії»](#), пп. 85; ЄСПЛ, справа [«Коніак проти Румунії»](#), п. 57.

³¹⁶³ Див., наприклад, ЄСПЛ, справа [«Санадер проти Хорватії»](#), п. 70.

³¹⁶⁴ Див., наприклад, ЄСПЛ, справа [«Санадер проти Хорватії»](#), п. 74.

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ЗАОЧНИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД У КОНТЕКСТІ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ ЄСПЛ, СПРАВА «САНАДЕР ПРОТИ ХОРВАТІЇ», ЗАЯВА № 66408/12, РІШЕННЯ ВІД 12 ЛЮТОГО 2015 РОКУ

У справі «Санадер проти Хорватії» Європейський суд із прав людини мав нагоду розглянути заяву про порушення права на справедливий судовий розгляд заявника, якого було заочно засуджено за воєнні злочини, пов'язані з конфліктами після розпаду колишньої Югославії. Підсудний-заявник був недосяжний для хорватських судів, оскільки на момент висунення йому звинувачення та судового процесу він проживав на окупованій території, непідконтрольній Хорватії (п. 75). У питанні неповідомлення підсудного суд зазначив таке:

«Дійсно, враховуючи умови ескалації війни в Хорватії в той час і той факт, що заявник проживав на території, що була непідконтрольною національним органам влади, вони не могли повідомити його про кримінальне провадження або забезпечити його присутність, і було вкрай малоймовірно, що він міг знати про провадження, і що причиною його відсутності в Сісаку в той час було уникнення судового розгляду. За таких обставин згідно з відповідним національним законодавством було можливо провести заочне слухання, якщо для цього були дуже вагомими причини [...]. У справі, що розглядається, ці причини були пов'язані з необхідністю ефективного кримінального переслідування серйозних воєнних злочинів, скоєних проти військовополонених [...]». (п. 76)

За цих обставин суд чітко вказав на допустимість проведення заочного судового розгляду, зазначивши, що «за конкретних обставин цієї справи, враховуючи, що тяжкість злочину, про який йдеться, хоча і не підпадає під дію строків давності, була співмірною з великим суспільним інтересом та зацікавленістю потерпілих у тому, щоб правосуддя здійснилося, Суд визнає, що проведення судового провадження за відсутності заявника саме по собі не суперечило статті 6». (п. 77) Разом із тим, суд «також врахував позицію заявника, а саме той факт, що не було доведено, що він знав про своє кримінальне переслідування та про висунуті проти нього обвинувачення, або що він намагався ухилитися від судового розгляду чи недвозначно відмовився від свого права з'явитися до суду» (п. 77). За таких обставин суд дійшов висновку, що заявник повинен мати можливість бути заслуханим у провадженні, яке передбачає новий розгляд юридичних та фактичних обставин справи проти нього (п. 78).

Суд перейшов до розгляду двох правових шляхів можливого повторного судового розгляду, доступних для заявника відповідно до чинного законодавства Хорватії. Спочатку він розглянув положення, яке обумовлювало повторний розгляд справи присутністю заявника, що було витлумачено як вимога до осіб, які клопочуться про повторний розгляд справи, з'явитися особисто, щоб подати клопотання й надати адресу в Хорватії, за якою вони проживають. Повторний розгляд справи був неможливий без виконання цих умов. До того ж ця процедура лише призупиняла виконання вироку, а первісний вирок залишався в силі до завершення процесу повторного судового розгляду. Суд визнав цю вимогу щодо присутності непропорційною, оскільки для осіб, які не проживають у Хорватії, вона фактично вимагала їх ув'язнення, щоб вони могли домогтися повторного розгляду справи (пункти 79-91).

Друге положення вимагало демонстрації нових доказів або фактів до початку перегляду кримінального вироку, за присутності підсудного або заочно (п. 92). Це не був справжній повторний судовий розгляд або апеляція, що передбачає новий розгляд справи по суті, натомість заявнику «фактично, просто для того, щоб домогтися повторного судового розгляду, потрібно було оскаржити фактичні висновки остаточного судового рішення, яким його було засуджено, надавши нові факти та докази такої сили й значущості, що вони могли б з самого початку переконати суд у тому, що він повинен бути виправданий або засуджений». Така вимога видається непропорційною по відношенню до ключової ідеї статті 6 про те, що обвинуваченому повинна бути надана можливість з'явитися в судовому засіданні і мати судовий розгляд, на якому він міг би оскаржити докази проти себе [...], можливість, якої заявник ніколи не мав». (п. 93) Суд встановив, що «цей засіб юридичного захисту не гарантував ефективно і з достатньою впевненістю, що заявник матиме можливість повторного судового розгляду» (п. 94).

Суд дійшов висновку про те, що право підсудного на справедливий судовий розгляд, передбачене статтею 6 Конвенції, було порушено. «У світлі вищевикладеного Суд вважає, що заявникові, якого було засуджено заочно і щодо якого не було доведено, що він намагався уникнути судового розгляду або недвозначно відмовився від свого права з'явитися в суді, не було надано достатньо чіткої можливості отримати новий розгляд судом по суті висунутих йому обвинувачень із повним дотриманням його права на захист [...]». (пункти 95-96).

С. Заочний розгляд справ у Спеціальному трибуналі для Лівану

1684. Спеціальний трибунал для Лівану (СТЛ) — єдиний після Нюрнберзького процесу міжнародний кримінальний трибунал, який дозволив проводити заочний судовий розгляд справ за обставин, коли підсудний не з'являвся до трибуналу на жодному з етапів. Нормативно-правову базу СТЛ для заочного судового розгляду справ було розроблено відповідно до міжнародних стандартів у сфері прав людини.
1685. Стаття 22 Статуту СТЛ передбачає проведення заочного судового розгляду справ за умови, що підсудний (1) прямо й у письмовій формі відмовився від свого права бути присутнім на процесі; (2) не був переданий у розпорядження СТЛ відповідними державними органами; або (3) «переховується від правосуддя або з інших причин не може бути знайдений, і були вжиті всі розумні заходи для забезпечення його появи в Трибуналі та інформування про обвинувачення, підтверджені суддею попереднього провадження».³¹⁶⁵ Стаття 22(2) вимагає, щоб підсудному було повідомлено або вручено обвинувальний акт, або щоб повідомлення було зроблено в інший спосіб шляхом публікації в засобах масової інформації та комунікації з державою проживання або громадянства підсудного.³¹⁶⁶ Ця стаття також вимагає, щоб СТЛ забезпечив підсудному можливість вибору захисника або, якщо підсудний не призначив захисника, щоб СТЛ призначив захисника для представлення інтересів і прав підсудного.³¹⁶⁷ Стаття 22(3) зазначає, що підсудні, які були засуджені заочно і які не призначили захисника за

³¹⁶⁵ Статут СТЛ, стаття 22(1).

³¹⁶⁶ Статут СТЛ, стаття 22(2).

³¹⁶⁷ Статут СТЛ, стаття 22(2).

власним вибором, мають право на повторний розгляд справи за їх присутності у СТЛ, якщо вони не погоджуються з обвинувальним вироком.³¹⁶⁸

1686. Правила процедури і доказування СТЛ надають більш детальну інформацію про заочний судовий розгляд. Правило 104 встановлює, що провадження не є заочним, якщо підсудний з'являється в СТЛ «особисто, в режимі відеоконференції або через захисника, призначеного або схваленого ним».³¹⁶⁹ Правило 106(А) повторює статтю 22 (1) Статуту.³¹⁷⁰ Правило 76 встановлює процедуру вручення обвинувальних актів у всіх випадках, а підрозділ 76(Е) регулює процедуру вручення обвинувальних актів у випадках, коли обґрунтовані спроби вручення виявилися невдалими.³¹⁷¹ Правило 76 *bis* регулює оприлюднення обвинувального акту за обставин, коли особисте вручення не відбулося.³¹⁷² Правило 105 *bis* та Правило 106(В) встановлюють процедури ініціювання заочного судового розгляду.³¹⁷³ Правило 107 встановлює, що норми досудового, судового та апеляційного провадження застосовуються *mutatis mutandis* до заочного судового провадження.³¹⁷⁴ Правила 108 і 109 встановлюють процедури для обставин, коли підсудний з'являється під час або після заочного судового провадження, відповідно.³¹⁷⁵
1687. СТЛ виніс три рішення про проведення заочних судових розглядів справ. У кожному з цих рішень судові палати СТЛ визначили, що було вжито «всіх розумних зусиль», щоб вручити обвинувальний акт підсудним або іншим чином повідомити їх, а також забезпечити їх явку в СТЛ, і що підсудні переховувалися від правосуддя. Ці висновки судових палат ґрунтувалися на діях трибуналів щодо повідомлення підсудних про розгляд справи та забезпечення їхньої явки за допомогою таких заходів, як передача обвинувального акта відповідним органам влади, забезпечення його публікації в ЗМІ, пресрелізи та заяви представників СТЛ, зокрема прямі звернення Голови СТЛ, а також видача національних та міжнародних ордерів на арешт. Судові палати також спиралися на значні зусилля ліванської влади, зокрема численні спроби вручити підсудним повістки за останнім відомим місцем проживання, місцем проживання сім'ї та місцем роботи, публікацію обвинувальних актів у координації з СТЛ, розміщення обвинувальних актів і фотографій підсудних у відкритому доступі, а також надання цих документів місцевим чиновникам у відповідних районах, де проживають підсудні.³¹⁷⁶

³¹⁶⁸ Статут СТЛ, стаття 22(3).

³¹⁶⁹ Правила процедури і доказування СТЛ («ППД»), Правило 104.

³¹⁷⁰ ППД, Правило 106(А).

³¹⁷¹ ППД, Правило 76.

³¹⁷² ППД, Правило 76 *bis*.

³¹⁷³ ППД, Правила 105 *bis* та 106(В).

³¹⁷⁴ ППД, Правило 107.

³¹⁷⁵ ППД, Правила 108 та 109.

³¹⁷⁶ СТЛ, рішення про проведення заочного судового розгляду у справі Прокурор проти Айяша та ін., пункти 5-13, 23, 25-28, 30, 32, 33-34, 44, 46, 47-111; СТЛ, рішення про проведення заочного судового розгляду у справі Прокурор проти Мерхі, пункти 7-62, 81-82, 84-111; СТЛ, рішення про проведення заочного судового розгляду у справі Прокурор проти Айяша та ін., пункти 10-19, 62-87, 90-125.

1688. Апеляційна палата СТЛ підтвердила перше рішення судової палати про проведення заочного судового розгляду.³¹⁷⁷ Апеляційна палата СТЛ також постановила, що в межах юрисдикції СТЛ апеляційна скарга з приводу заочного засудження одного з підсудних, подана захисником, призначеним СТЛ для представництва прав та інтересів підсудного, не є прийнятною. Натомість, право відмовитися від права на повторний судовий розгляд та ініціювати апеляційне провадження було особистим правом засудженої особи, яке могла реалізувати лише вона сама.³¹⁷⁸

D. Висновок

1689. Міжнародні стандарти прав людини, які є обов'язковими для виконання в Україні, дозволяють проводити заочні судові розгляди із суворими гарантіями, що забезпечують підсудному можливість бути присутнім і захищатися. Ніщо не заважає підсудному відмовитися від права бути присутнім на суді. Якщо така відмова не є однозначно висловленою, ЄКПЛ вимагає від держави можливості продемонструвати за допомогою об'єктивних фактів, що підсудний повинен був знати про судовий розгляд, перш ніж можна буде зробити висновок про мовчазну відмову від права бути присутнім або про навмисну спробу ухилитися від правосуддя. Дотримання вимог законодавства щодо повідомлення, без докладання додаткових зусиль щодо повідомлення підсудних та забезпечення їх присутності на судовому засіданні, було визнано недостатнім для доведення того, що підсудний мовчазно відмовився від свого права бути присутнім або умисно намагався ухилитися від правосуддя.

1690. За відсутності об'єктивних чинників, що свідчать про мовчазну відмову від права бути присутнім або про те, що підсудний намагався уникнути правосуддя, ЄКПЛ вимагає, щоб особи, засуджені заочно, мали можливість отримати новий розгляд правових і фактичних обставин справи, чи то через повторний судовий розгляд, чи то через апеляційний, який уможлиблює такий новий розгляд. Нарешті, право мати захисника так само поширюється і на заочні судові провадження.

³¹⁷⁷ СТЛ, виправлена версія рішення за апеляційною скаргою захисту на ухвалу судової палати про перегляд заочного рішення у справі Прокурор проти Айяша та ін., пункти 22-32, 46-52.

³¹⁷⁸ Рішення про прийнятність «Повідомлення про апеляцію від імені пана Айяша щодо рішення про засудження та вирок» у справі Прокурор проти Айяша та ін., пункти 52-56, 58, 61-62, 65, 68-71, 77-87, 95-97.

ЧАСТИНА 2. ОЦІНЮВАННЯ ЦИФРОВИХ ДОКАЗІВ

І. Національне законодавство України щодо прийнятності та оцінювання цифрових доказів

А. Допустимість доказів

1691. Електронними доказами є інформація в електронній (цифровій) формі, що містить дані про обставини, що мають значення для справи, зокрема, електронні документи (в тому числі текстові документи, графічні зображення, плани, фотографії, відео- та звукозаписи тощо), веб-сайти (сторінки), текстові, мультимедійні та голосові повідомлення, метадані, бази даних та інші дані в електронній формі. Такі дані можуть зберігатися, зокрема, на портативних пристроях (картах пам'яті, мобільних телефонах тощо), серверах, системах резервного копіювання, інших місцях збереження даних в електронній формі (в тому числі в мережі Інтернет).³¹⁷⁹
1692. Можливість застосування електронних доказів впливає зі змісту ст. 84 КПК України, яка не передбачає вимог до форми доказів (доказами є фактичні дані, отримані у передбаченому цим Кодексом порядку, на підставі яких слідчий, прокурор, слідчий суддя і суд встановлюють наявність чи відсутність фактів та обставин, що мають значення для кримінального провадження та підлягають доказуванню).
1693. Основним критерієм віднесення доказів до електронних є їхня форма — електронна (цифрова) форма, а також орієнтовний перелік тих електронних доказів, подання яких може мати місце під час розгляду провадження.
1694. Також у ч. 3 ст. 99 КПК України у контексті оригіналу та копії доказів згадується електронний документ. Зі змісту частин 1 та 3 ст. 99 КПК України вбачається, що на електронний документ поширюється правовий режим документу.
1695. Згідно з ДСТУ 7157:2010 «Інформація та документація. Видання електронні. Основні види та вихідні відомості», затвердженим наказом Державного комітету України з питань технічного регулювання та споживчої політики від 11 березня 2010 року № 8, електронний документ — це документ, інформація в якому подана у формі електронних даних і для використання якого потрібні засоби обчислювальної техніки.
1696. Для виконання завдань кримінального провадження, з огляду на положення Закону України «Про електронні документи та електронний документообіг», допустимість електронного документа як доказу не можна заперечувати винятково на підставі того, що він має електронну форму (ч. 2 ст. 8). Відповідно до ст. 7 цього Закону у випадку його зберігання на кількох електронних носіях інформації кожний з електронних примірників вважається оригіналом елек-

³¹⁷⁹ www.nsj.gov, с. 79

тронного документа. Один і той же електронний документ може існувати на різних носіях. Усі ідентичні за своїм змістом екземпляри електронного документа можуть розглядатися як оригінали та відрізнятися один від одного тільки часом і датою створення.

1697. Питання ідентифікації електронного документа як оригіналу можуть бути вирішені уповноваженою особою, яка його створила (за допомогою спеціальних програм поррахувати контрольну суму файлу або каталогу з файлами CRC-сума, hash-сума), або за наявності відповідних підстав шляхом проведення спеціальних досліджень.³¹⁸⁰
1698. Суд має дослідити в засіданні саме оригінал документа, за винятком випадків, передбачених ч. 4 ст. 99 КПК України, за яких суд визнає як оригінал документа дублікат документа (документ, виготовлений таким самим способом, як і його оригінал) та копії інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах, виготовлені слідчим, прокурором із залученням спеціаліста.³¹⁸¹
1699. Записаний на оптичний диск — носій інформації електронний файл у вигляді відеозапису є оригіналом (відображенням) електронного документа.³¹⁸²
1700. Слід враховувати, що відеозаписи, які були розповсюджені в мережі Інтернет без обмежень у доступі та огляді їх будь-якими особами, тобто були поширені для перегляду невизначеною та необмеженою кількістю осіб, не є ознакою їх недопустимості.³¹⁸³

В. Оцінка доказів

1701. Будь-який доказ оцінюється з точки зору наявності кількох якісних критеріїв: належності, достатності, достовірності, допустимості. Перевірка достовірності цифрових доказів, напевно, є найбільш складним та проблемним питанням. Фактично достовірність доказів напряму залежить від способу їх збирання та фіксації.
1702. Аналіз чи будь-який висновок, який ґрунтується на свідченнях, повинен розповідати всю історію, а не підлаштовуватися під більш сприятливу чи бажану точку зору.

³¹⁸⁰ Постанова об'єднаної палати Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду (далі — ККС ВС) від 29 березня 2021 року у справі № 554/5090/16-к (провадження № 51-1878км20)

³¹⁸¹ Постанова колегії суддів Третньої судової палати ККС ВС від 15 січня 2020 року у справі № 161/5306/16-к (провадження № 51-3498км19).

³¹⁸² Постанова колегія суддів Першої судової палати ККС ВС від 26 січня 2021 року у справі № 236/4268/18 (провадження № 51-3124км20).

³¹⁸³ Постанова колегії суддів Другої судової палати ККС ВС від 30 квітня 2020 року у справі №640/19897/16-к (провадження № 51-6241км19).

1703. Оцінюючи цифрові докази, суд має перевірити їх достовірність та переконатись, що факти та обставини, які встановлені на підставі цих доказів, відповідають дійсності.
1704. Встановлення достовірності електронних документів як джерел доказів може полягати у з'ясуванні технічної справності носія технічної інформації, встановленні інформації про власника вебсайту, облікового запису у соціальній мережі, установлення місцезнаходження технічного пристрою.³¹⁸⁴
1705. Цифрові докази повинні доводити факти, які вони засвідчують, достатньою мірою.
1706. Методи, які використовуються для збирання доказів, повинні бути законними та пропорційними інтересам суспільства.
1707. Ототожнення електронного доказу як засобу доказування та матеріального носія такого документа є безпідставним, оскільки характерною рисою електронного документа є відсутність жорсткої прив'язки до конкретного матеріального носія.
1708. Первинні носії інформації та технічні засоби, за допомогою яких отримано інформацію, можуть бути предметом дослідження відповідних спеціалістів або експертів у порядку, передбаченому цим Кодексом. Необхідність дослідження первинного електронного документа (цифрового файлу) може виникнути у разі наявності обґрунтованих сумнівів в достовірності інформації (ознак зміни чи втручання до змісту файлу).³¹⁸⁵
1709. Тягар доказування авторства електронного повідомлення покладається на сторону обвинувачення.
1710. Відправником електронного повідомлення вважається власник номера телефону, реєстрант електронної скриньки, акаунту в соціальній мережі чи іншого електронного сервісу, з використанням якого було відправлене електронне повідомлення. За умови доведення стороною обвинувачення, що електронне повідомлення відправлене з номера телефону, електронної скриньки, акаунту в соціальній мережі, іншого електронного сервісу, який належить конкретній особі (якщо реєстрантом є конкретна особа), то надсилання такого повідомлення цією особою повинне презюмуватись.³¹⁸⁶
1711. У разі наявності обґрунтованих сумнівів щодо авторства повідомлення, суд має оцінювати зазначений доказ у сукупності з іншими доказами у справі. Крім цього, за ініціативою сторони кримінального провадження, суд може вжити додаткових заходів щодо перевірки зазначених сумнівів шляхом залучення спеціаліста або призначення експертизи.

³¹⁸⁴ <https://dspace.lvduvs.edu.ua/handle/1234567890/3747>

³¹⁸⁵ Постанова колегії суддів Першої судової палати ККС ВС від 10 січня 2023 року у справі № 761/12730/14-к (провадження № 51-2202км18).

³¹⁸⁶ <http://dspace.onua.edu.ua>

С. Походження/джерела доказів

1712. Джерелами доказів в електронній формі можуть бути: різноманітні носії інформації; моноблоки, мобільні пристрої (мобільні телефони, планшетні комп'ютери), цифрові камери, роутери, маршрутизатори, комп'ютерні мережі, глобальна мережа Інтернет, звуко- та відеозаписи тощо, тобто джерелом доказів може бути будь-який електронний пристрій.
1713. Інформація зберігається на зазначених пристроях у виді інформаційних об'єктів (даних), до яких віднесені: текстові і графічні документи; дані у форматах мультимедіа; інформація у форматах баз даних та інші додатки прикладного характеру.
1714. Важливу інформацію можуть містити й тимчасові файли. Більшість текстових редакторів і систем управління базами даних створюють тимчасові файли як побічний продукт нормальної роботи програмного забезпечення. Користувачі комп'ютерів зазвичай не усвідомлюють важливості створення цих файлів тому, що вони, як правило, знищуються програмою наприкінці сеансу роботи. Проте дані, які містять ці знищені файли, можуть виявитися найціннішими. Особливо, якщо вихідний файл був зашифрований чи документ із текстом був надрукований без збереження, такі файли можуть бути відновлені.
1715. Існують зовнішні та внутрішні накопичувачі інформації, а також змінні носії (CD, DVD-диски) та різноманітні USB-накопичувачі.
1716. У цифрових камерах та мобільних телефонах широко використовуються невеликі за розмірами карти пам'яті (SD, micro SD, compact Flash CF тощо), які можуть містити значний обсяг інформації.
1717. Надзвичайно багато різноманітної інформації містять сучасні мобільні пристрої – смартфони, планшети та різноманітні плеєри.
1718. Крім того, інформацію про факти та обставини, що мають значення для кримінального провадження, можуть містити системи відеоспостереження. Слід зазначити, що в багатьох IP-камерах можуть бути накопичувачі інформації, що дають змогу здійснювати відеофіксацію та зберігати відеоматеріал без підключення до реєстратора. Багато електронних пристроїв можуть здійснювати обмін інформацією через локальні комп'ютерні мережі або глобальну мережу Інтернет.
1719. Тому для дослідження спеціалізованих пристроїв (концентраторів, маршрутизаторів, комутаторів тощо) необхідні знання фахівця.
1720. Варто також зважати на те, що сьогодні значний обсяг інформації зберігається у «хмарних технологіях», тобто поза місцезнаходженням самого пристрою.

1721. Всі різні типи цифрових фотографій мають дані, за замовчуванням вбудовані в файл зображення. Стандарт називається Exchangeable Image File Format або EXIF. Дані Exif містять інформацію про параметри камери.
1722. Вони містять доказову інформацію, яка складається з дати та часу, коли була зроблена фотографія, марки та моделі камери, а також серійного номеру камери. Існує ще одна потенційно корисна властивість, про яку слід знати. Якщо цифрове зображення було зроблено за допомогою пристрою, в якому було увімкнено GPS, також імовірно, що координати GPS будуть міститися у даних EXIF.³¹⁸⁷
1723. Набагато точнішим методом визначення місцеположення телефону є система глобального позиціонування (Global Positioning System – GPS), в якій розташування телефону обчислюється стосовно групи супутників на геостаціонарній орбіті. Щоби скористатися цим методом, у телефоні має бути в наявності та активована функція GPS, а сам телефон має бути «видимий для супутника (що може виявитися складним серед міських будівель, які можуть блокувати сигнал).
1724. За хороших умов GPS може ідентифікувати місцеположення телефону з точністю 3-5 метрів, але в середньому точність становить 5-8 метрів.³¹⁸⁸
1725. Під час розгляду справ про військові злочини актуальним стає питання про особливості роботи з цифровими доказами, отриманими при використанні дронів.
1726. Такі дані можуть зберігатися в декількох різних форматах, а координати GPS можуть шифруватися декількома способами.
1727. Найкрупніші розробники програмного забезпечення для аналізу цифрових даних у сфері судової комп'ютерно-технічної експертизи Cellebrite (www.cellebrite.com), MSAB (www.msab.com) та Oxygen Forensics (www.oxygen-forensic.com) включили до своїх програмних продуктів можливість вилучення образів пам'яті з дронів та їх подальшу обробку. В тому числі можливе вилучення інформації з мобільних додатків за допомогою яких велось керування БПЛА.
1728. Дані, які можуть бути вилучені з мобільних додатків для керування дроном (встановлених на пристроях під управлінням операційних систем iOS та Android), дозволяють переглядати зняті фотографії та відео використовуючи часові мітки та гео-координати, що наглядно відображає у якому місці на карті та у який момент польоту зроблений знімок.
1729. Отже важливо зазначити, що інформація, яка міститься в пам'яті БПЛА доволі обширна та може мати важливе значення в якості цифрових доказів для правоохоронних органів та суду.^{3189 3190}

³¹⁸⁷ www.nsj.gov, с. 74

³¹⁸⁸ www.nsj.gov, с. 39

³¹⁸⁹ <https://forbes.ua/innovations/bilshe-y-bilshe-droniv-ukraina-namagaetsya-rozshiriti-dronnu-galuz-skilki-koshtue-zrobiti-dron-z-nulya-30082022-8012>

³¹⁹⁰ www.inter-nauka.com

1730. Останнім часом в Україні широко використовуються розвіддані з відкритих джерел (OSINT).
1731. Хоча цифрові записи воєнних злочинів використовувалися і в інших конфліктах, використання доказів з відкритих джерел під час розслідувань в Україні вийшло на новий рівень. Ми є свідками систематичних зусиль різних зацікавлених сторін, що є новим явищем у сучасній історії війни.³¹⁹¹
1732. Дедалі більше організацій, зокрема Bellingcat і Human Rights Watch, проводять онлайн-розслідування, використовуючи загальнодоступний онлайн-контент, також відомий як розвіддані з відкритих джерел (OSINT).
1733. Лабораторія доказів Amnesty International зосереджується на контенті, що свідчить про напади на цивільні райони чи інфраструктуру, зокрема лікарні чи школи, або про використання невибіркової та забороненої зброї, наприклад, касетних бомб. Amnesty заявляє, що на сьогоднішній день вона збрала тисячі відеоматеріалів про ймовірні звірства в Україні. З них близько 50 інцидентів були повністю перевірені свідченнями з місця подій. Лабораторія використовує геолокацію, метадані, супутникові знімки, висновки експертів з питань зброї та свідчення очевидців для підтвердження цифрових доказів.³¹⁹²
1734. У КПК України не передбачені положення про докази, отримані з відкритих джерел. Проте, відсутність цих положень не зумовлює наявність процесуальних перепон для їх використання у кримінальному провадженні. Адже, беручи до уваги закріплені у частинах 1 та 2 ст. 84 КПК України визначення доказів та видів їх процесуальних джерел, можна констатувати, що визначення змісту доказів, отриманих з відкритих джерел, та їх правова оцінка може бути здійснена на основі як положень § 1 Глави 4 «Докази і доказування» «Поняття доказів, належність та допустимість при визнанні відомостей доказами», так і інших параграфів глави 4, які регламентують окремі процесуальні види доказів.
1735. Відповідно до ч.1 ст. 93 КПК України збирання доказів здійснюється сторонами кримінального провадження, потерпілим, представником юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, у порядку, передбаченому цим Кодексом. Сторона обвинувачення здійснює збирання доказів шляхом проведення слідчих (розшукових) дій та негласних слідчих (розшукових) дій, витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ та організацій, службових та фізичних осіб речей, документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій та актів перевірок, проведення інших процесуальних дій, передбачених цим Кодексом (ч. 2 ст. 93 КПК України). Сторона захисту, потерпілий, представник юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, здійснює збирання доказів шляхом витребування та отримання від органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, службових та фізичних осіб речей, копій документів, відомостей, висновків експертів, висновків ревізій,

³¹⁹¹ blogs.lse.ac.uk

³¹⁹² www.euronews.com

актів перевірок; ініціювання проведення слідчих (розшукових) дій, негласних слідчих (розшукових) дій та інших процесуальних дій, а також шляхом здійснення інших дій, які здатні забезпечити подання суду належних і допустимих доказів (ч. 3 ст. 93 КПК України).

1736. Разом з тим, незважаючи на відсутність чіткої нормативно-правової регламентації з судових рішень вбачається поширеність практики збирання доказів з використанням відкритих джерел, зокрема, з соціальних мереж та інших веб-ресурсів, контент яких перебуває у відкритому доступі.
1737. Збирання таких доказів, як відомості з інтернет-ресурсів, які є в публічному доступі, здійснювалося шляхом моніторингових та пошукових заходів контенту за пошуковими словами у мережі Інтернет, процес якого фіксувався у протоколі огляду відповідного інтернет-ресурсу.
1738. Оцінюючи скріншоти в якості доказів при розгляді справ про військові злочини слід враховувати таке.
1739. Скріншот (англ. screenshot — «знімок екрану») є зображенням, отриманим комп'ютером, який зображає те, що бачить користувач на екрані монітора. Це зображення створено з запису видимих елементів екрана комп'ютера або іншого візуального пристрою виведення інформації.
1740. Стаття 105 КПК передбачає, що додатками до протоколу можуть бути: 1) спеціально виготовлені копії, зразки об'єктів, речей і документів; 2) письмові пояснення спеціалістів, які брали участь у проведенні відповідної процесуальної дії; 3) стенограма, аудіо-, відеозапис процесуальної дії; 4) фототаблиці, схеми, зліпки, носії комп'ютерної інформації та інші матеріали, які пояснюють зміст протоколу. У випадку, що розглядається, скріншоти становили додатки до протоколу процесуальної дії, а отже на підставі п. 3 ч. 2 ст. 99 КПК були оцінені судом як такі, що належні до документів.
1741. Зазначені вище процесуальні способи оформлення електронних доказів узгоджуються з приписами КПК, а тому їх прийняття судами є нормативно обґрунтованим.
1742. Також в окремих випадках суди, встановивши обсяг доказів, які підлягають дослідженню, та порядок їх дослідження, не досліджують безпосередньо електронну інформацію, розміщену на технічних носіях, обмежуючись лише дослідженням процесуальних документів, в яких описаний зміст цієї інформації.
1743. Отже, незважаючи на відсутність у КПК норм, які регламентують процесуальні питання дослідження електронних доказів у кримінальному процесі, процесуальне оформлення електронних доказів здійснюється у межах чинних норм кримінального процесуального закону як письмового доказу (документа або протоколу процесуальних дій та носія інформації як додатка до протоколу) та речового доказу.

1744. Також скриншот може відображати не лише електронний документ у розумінні ст. 5 Закону «Про електронні документи та електронний документообіг», а й окремі кадри відеозаписів, фрагменти контенту вебсайтів, сторінок соціальних мереж, порядку виготовлення копій яких, як і їх засвідчення, не регламентовано законом.
1745. Частина 4 ст. 99 КПК передбачає конкретних суб'єктів виготовлення копій інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, телекомунікаційних системах, інформаційно-телекомунікаційних системах, їх невід'ємних частинах (слідчий прокурор), умовою визнання яких оригіналом є залучення спеціаліста. В такому випадку, розглядаючи скриншот сайту саме як копію інформації, що міститься в інформаційних (автоматизованих) системах, а не як її відображення, можна дійти висновку, що для виготовлення скриншоту як додатку до протоколу огляду інтернет-ресурсу необхідно залучити спеціаліста. Натомість сприйняття скриншоту як відображення інтернет-ресурсу дозволяє розглядати його як оригінал доказу незалежно від форми його подання (в електронному (цифровому) вигляді на електронному носії інформації або у роздрукованому виді у паперовій формі).
1746. Крім цього, доцільно врахувати що функція виготовлення скриншоту входить до кожного пакету «Microsoft Word», програмне забезпечення якого здійснює автоматичне збереження даних, та її використання є загальнодоступною опцією, що не потребує спеціальних знань.
1747. У випадку сумнівів у цілісності та достовірності інформації, збереженої у вигляді скриншоту електронного джерела, або потреби у спеціальних знаннях, ці питання можуть бути вирішені шляхом залучення спеціаліста або призначення експертизи. Викладене свідчить про можливість сприйняття скриншоту саме як відображення електронного доказу.³¹⁹³
1748. При розгляді справ щодо воєнних злочинів питому вагу доказової бази можуть складати цифрові докази у виді електронних повідомлень.
1749. Залежно від засобів їх передачі електронні повідомлення поділяються на такі види: електронні повідомлення, передані за допомогою стільникового зв'язку у стандарті GSM: SMS-повідомлення, MMS-повідомлення, голосові повідомлення; електронні повідомлення, передані за допомогою мобільних додатків-месенджерів: Viber, WhatsApp, Telegram тощо; електронні повідомлення, передані за допомогою електронної пошти; електронні повідомлення, передані у соціальних мережах; електронні повідомлення, передані з використанням інших сервісів у мережі Інтернет.³¹⁹⁴

³¹⁹³ Аналіз судової практики використання електронних доказів у кримінальному провадженні / упоряд. правове управління (ІІІ) департаменту аналітичної та правової роботи апарату Верховного Суду. Київ, 2020. 54 с.

³¹⁹⁴ <http://dspace.onua.edu.ua>

1750. Щодо правової оцінки такої обставини, як розбіжність у часі, зафіксованому приладом, на який здійснюється запис, та часом події злочину, убачається однаковість суддів, що ця обставина не обумовлює недопустимість доказу.

D. Експертні висновки

1751. За наявності відповідних підстав первинні носії інформації та технічні засоби, за допомогою яких отримано інформацію, можуть бути предметом дослідження відповідних спеціалістів або експертів у порядку, передбаченому КПК України.

1752. Із матеріалів судової практики вбачається поширеність випадків направлення експертам для проведення експертизи матеріалів, отриманих в електронній (цифровій) формі. З цією метою проводились такі види експертиз:

- комп'ютерно-технічна;
- фототехнічна;
- фотопортретна;
- психолого-лінгвістична тощо.

1753. Для прикладу, комп'ютерно-технічна експертиза — експертиза, що належить до виду інженерно-технічних експертиз, та об'єктом дослідження якої є комп'ютерна техніка та (або) комп'ютерні носії інформації.

1754. Комп'ютерно-технічна експертиза проводиться з метою: визначення статусу об'єкта як комп'ютерного засобу, виявлення і вивчення його ролі в розслідуваному злочині, а також отримання доступу до інформації на електронних носіях з подальшим всебічним її дослідженням.

1755. Предметом комп'ютерно-технічної експертизи є факти (обставини), що мають значення для органів досудового розслідування або суду, та встановлюються на основі дослідження закономірностей розробки та експлуатації комп'ютерних засобів і систем, що забезпечують реалізацію інформаційних процесів.

1756. Об'єктами комп'ютерно-технічної експертизи є:

- персональні комп'ютери (системні блоки), портативні комп'ютери (ноутбуки, нетбуки);
- будь-які машинні носії інформації, периферійні пристрої, інтегровані системи та будь-які комплектуючі всіх зазначених компонентів (апаратні блоки, плати розширення і ін.);
- програмно-апаратні комплекси, де необхідний комплексний підхід до розгляду функцій апаратури та програмного забезпечення;
- мережеве обладнання (сервери, робочі станції, файлові сховища та ін.);
- офісна периферія (принтери, сканери, багатофункціональні пристрої, модеми, роутери, точки доступу, відеоспостереження та ін.);

- програми та програмні засоби, їх компоненти (підсистеми) та супроводжуючі аналітичні матеріали й технічні документи (технічні завдання, вимоги, специфікації, моделі та ін.), алгоритми, окремі програмні модулі,
- вихідні тексти програм, текстові та графічні документи (в електронній формі), дані в форматах мультимедіа, виготовлені з використанням комп'ютерних засобів;
- інформація в форматах баз даних, журнали (протоколи) роботи спеціалізованих програм, інших додатків прикладного характеру, інформаційні дані;
- інформація, розміщена на сайтах в мережі Інтернет.

1757. До основних завдань комп'ютерно-технічної експертизи належать:

- установлення робочого стану комп'ютерно-технічних засобів;
- установлення обставин, пов'язаних з використанням комп'ютерно-технічних засобів, інформації та програмного забезпечення;
- виявлення інформації та програмного забезпечення, що містяться на комп'ютерних носіях;
- установлення відповідності програмних продуктів певним версіям чи вимогам на їх розробку.

II. Міжнародні правові стандарти прийнятності та оцінювання цифрових доказів

A. Вступ

1758. У цьому розділі розглядаються міжнародні стандарти та передовий досвід щодо прийнятності та оцінювання цифрових доказів. Як визначено нижче, цифрові докази охоплюють широкий спектр інформації; як цифровий доказ кваліфікується будь-який електронний файл, отриманий із будь-якого електронного пристрою: від текстового документа, підготовленого на персональному комп'ютері, до автоматично згенерованих записів даних про дзвінки, наданих телекомунікаційною службою, супутникових знімків з Google Earth або відео, завантаженого на YouTube.
1759. Міжнародне право не регулює питання прийнятності чи оцінювання доказів. Національні та міжнародні суди мають право розробляти свої власні правила. Міжнародні та гібридні кримінальні суди мають значною мірою схожі правила і практику щодо прийнятності доказів, і вони застосовують ці правила до всіх доказів. Коли до них надходять будь-які невербальні докази, зокрема цифрові докази, вони враховують ті ж самі фактори, що й для інших типів доказів, щоб визначити, чи має конкретний предмет або інформація достатню доказову силу.
1760. Ці суди мають лише обмежений досвід роботи з онлайн-інформацією з відкритих джерел, але найкращі практики, розроблені в першу чергу для слідчих, надають рекомендації щодо перевірки цієї інформації, які також можуть бути корисними і для суддів. У цих рекомендаціях слідчим пропонують проаналізу-

вати джерело інформації, її зміст і, наскільки це можливо, провести цифрову криміналістичну експертизу технічного характеру.

1761. Цей розділ починається з визначення цифрових доказів, потім розглядаються правила доказування та практика міжнародних, «інтернаціоналізованих» або гібридних судів щодо доказів, які не мають усного характеру, зокрема цифрових доказів. Потім розглядаються кращі практики проведення онлайн-розслідувань інформації з відкритих джерел, а на завершення наводиться резюме загальних міркувань, що впливають з цих джерел.

В. Що таке цифрові докази?

1762. «Цифрові докази» можна визначити як «інформацію, передану або збережену в цифровому форматі, яку сторона у справі може використовувати під час провадження»³¹⁹⁵, або «інформацію та дані, що є важливими для розслідування, які зберігаються на електронному пристрої, отримані з нього або передані на такий електронний пристрій»³¹⁹⁶. Ці широкі визначення включають інформацію, яка з'явилася в цифровому форматі або була перетворена в цифровий формат, наприклад, електронні файли з персонального комп'ютера, записи даних про мобільні телефонні дзвінки, які автоматично генеруються постачальниками телекомунікаційних послуг, супутникові знімки з Google Earth або відео та фотографії, зроблені на мобільний телефон. Вона також включає інформацію, яка згодом була оцифрована, зокрема такі речі, як паперовий документ або фотографія з плівкового фотоапарата, відсканована і перетворена на електронний формат.

1763. Цифрова інформація може надходити з «відкритого» або «закритого» джерела.³¹⁹⁷

³¹⁹⁵ Огляд використання цифрових доказів у міжнародних кримінальних судах (робочий документ) (Зальцбургський семінар з кіберрозслідувань), 2013, с. 1. Це визначення містить різницю між інформацією та доказами, за якою в контексті кримінального провадження докази є підкатегорією інформації, «яка є частиною судового процесу в тому сенсі, що її використовують для доведення або спростування інкримінованих злочинів». Див. Global Rights Compliance, [Основні стандарти](#) розслідування міжнародних злочинів, серпень 2019 року, с. 3. Саме судді визначають, чи стає цифрова інформація цифровим доказом, який вони можуть розглянути у кримінальному провадженні. Для цілей цього розділу терміни «цифрова інформація» та «цифрові докази» використовуються як синоніми для опису інформації, яку суддям може бути запропоновано оцінити в такий спосіб.

³¹⁹⁶ Реалізація принципів на практиці: тестування відеоматеріалів з відкритих джерел як доказів у кримінальних судах Англії та Уельсу: уроки, винесені з інсценування судового засідання (GLAN/Bellingcat/за підтримки OSR4Rights) (2022) («[Звіт GLAN/Bellingcat №1](#)»), с. 10, виноска 7.

³¹⁹⁷ Центр з прав людини в Каліфорнійському університеті в Берклі, Школа права Берклі та Управління Верховного комісара ООН з прав людини, Протокол Берклі з ведення розслідувань з використанням відкритих цифрових даних, 2022 («[Протокол Берклі](#)»), п. 14. Розвідка на основі відкритих джерел або OSINT — це «підкатегорія інформації у відкритому доступі, яка збирається та використовується для конкретних цілей допомоги у розробці політики та прийнятті рішень, найчастіше у військовому чи політичному контексті». [Протокол Берклі](#), п. 19.

ПРОТОКОЛ БЕРКЛІ, П. 14:

Інформація у відкритому доступі включає загальнодоступну інформацію, яку будь-який представник громадськості може побачити, придбати або щодо якої зробити запит, не потребуючи особливого правового статусу або несанкціонованого доступу. Інформація із закритих джерел — це інформація з обмеженим доступом або доступом, що охороняється законом, але яка може бути отримана на законних засадах через приватні канали, такі як судові процеси, або може бути надана добровільно.

1764. Точніше, цифрова або онлайн-інформація у відкритому доступі – це «інформація в Інтернеті, до якої можна отримати доступ, наприклад, на загальнодоступних вебсайтах, в Інтернет-базах даних або на платформах соціальних мереж».³¹⁹⁸
1765. Враховуючи відносну новизну та зростання важливості онлайн-інформації з відкритих джерел як потенційного доказу в кримінальному провадженні, було б доцільним розглянути цю категорію інформації більш докладно. Онлайн-інформацію з відкритих джерел можна розділити на «описовий контент і контент, що підлягає оцінюванню».³¹⁹⁹ Описовий контент — це «нарративний контент», який «може варіюватися від короткого новинного повідомлення до розлогого звіту НУО, що містить інтерв'ю зі свідками». Його цінність «більше залежить від довіри до автора або організації, яка його опублікувала».³²⁰⁰
1766. На відміну від цього, «контент, що підлягає оцінюванню — це матеріал, цінність якого встановлюється шляхом аналізу самого субстантивного контенту», і це «може бути що завгодно — від твіту до запису у Вікімапії або відеозапису після події».³²⁰¹ Контент, що підлягає оцінюванню, є основним об'єктом «розслідувань на основі інформації з відкритих джерел в інтернеті», які проводить Bellingcat, а також інші організації та правозахисні групи.³²⁰² Аудіовізуальний контент онлайн або інформація онлайн, яка «містить записи звуку та/або фотографічні зображення (фото або відео)», становить особливий інтерес для розслідувань з відкритих джерел і може призводити до певних доказових проблем, які буде розглянуто нижче.³²⁰³ Контент, що підлягає оцінюванню, часто буде «контентом, створеним користувачами», тобто «контентом, створеним або зібраним до купи звичайними приватними особами».³²⁰⁴ Такі приватні особи можуть

³¹⁹⁸ [Протокол Берклі](#), п. 15. «Докази з відкритих джерел — це інформація у відкритому доступі із доказовою цінністю, яка може бути визнана допустимою для встановлення фактів у судовому процесі». [Протокол Берклі](#), п. 21.

³¹⁹⁹ Міжнародне гуманітарне право та повітряні бомбардування Ємену: дослідження внеску розслідувань за інформацією з відкритих джерел онлайн, спільна публікація Глобальної мережі правових дій («GLAN») та Bellingcat («[Звіт GLAN/Bellingcat №2](#)»), п. 13.

³²⁰⁰ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 13.

³²⁰¹ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 13.

³²⁰² [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), пункти 12-13.

³²⁰³ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 14.

³²⁰⁴ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 14.

бути невідомими, що створює проблеми для оцінки доказів, які також обговорюються нижче.

С. Міжнародні стандарти щодо цифрових доказів

1767. У цьому підрозділі розглядаються міжнародні стандарти, які стосуються цифрових доказів. Міжнародних правових норм щодо допуску чи оцінювання цифрових доказів у кримінальному провадженні не існує. Міжнародні та гібридні суди мають власні правила доказування. Як показано нижче, вони значною мірою схожі і включають подібні практики розгляду всіх невербальних доказів, тобто будь-яких свідчень, що не походять від свідків, які розповідають про події, що сталися з ними, у залі суду. Міжнародні та гібридні суди мають обмежений досвід роботи з інформацією з відкритих джерел онлайн, але міжнародні стандарти та найкращі практики щодо розслідування та збору такої інформації були оприлюднені. Ці правила, практики та стандарти не є обов'язковими для України, але тою мірою, якою вони сумісні з українським законодавством щодо прийнятності та оцінювання доказів, вони можуть бути переконливими та авторитетними джерелами інформації щодо поводження з цифровими доказами.

1. Обов'язкових для України норм міжнародного права щодо прийнятності та оцінювання цифрових доказів не існує.

1768. Немає жодного міжнародного договору щодо доказів чи цифрових доказів, а також норм звичаєвого міжнародного права, що регулюють цифрові докази. Ні Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (МПГПП), ні ЄКПЛ не містять конкретних положень щодо прийняття або оцінювання доказів у судовому процесі. ЄСПЛ зауважив, що «хоча стаття 6 [ЄКПЛ] гарантує право на справедливий судовий розгляд, вона не встановлює жодних правил прийнятності доказів або способу їх оцінювання, а отже ці правила мають регулюватися насамперед національним законодавством та національними судами».³²⁰⁵

2. Міжнародні кримінальні трибунали оцінюють цифрові докази відповідно до тієї ж практики, яка стосується всіх невербальних доказів.

1769. Міжнародні кримінальні трибунали мають довгу історію оцінювання невербальних доказів, зокрема цифрових доказів. Вони застосовують однакові правила, що регулюють прийнятність та оцінювання, до всіх доказів, і розробили стандарти та практику оцінювання невербальних доказів, які ґрунтуються на цих правилах. Вони мають обмежений досвід роботи з інформацією з відкритих інтернет-джерел.³²⁰⁶

³²⁰⁵ Див., наприклад, ЄСПЛ, рішення у справі «Гарсія Руїс проти Іспанії» [ВП], № 30544/96, 21 січня 1999, п. 28; ЄСПЛ, рішення у справі «Шенк проти Швейцарії», № 10862/84, 12 липня 1988, п. 46.

³²⁰⁶ Зокрема, міжнародні та гібридні міжнародні суди мають обмежений досвід роботи з онлайн-інформацією з відкритих джерел, яка містить контекст, що підлягає оцінюванню, як-от відеоматеріали, зображення та інші публікації з соціальних мереж. Є безліч прикладів, коли міжнародні суди визнавали інформацію з відкритих онлайн джерел з описовим чи нарративним контентом, як-от звіти неурядових організацій або статті ЗМІ, які були взяті з інтернету. Але вони розглядали цю інформацію лише в плані контексту і докладно не

а) Відповідні правила доказування в міжнародних трибуналах

1770. Міжнародні кримінальні трибунали прийняли загальні правила, що регулюють прийнятність та оцінювання доказів, але вони не мають спеціальних правил щодо цифрових доказів. Відповідно до статті 69(4) Статуту МКС «Суд може відповідно до Правил процедури й доказування ухвалити рішення про належність або допустимість будь-яких доказів, враховуючи при цьому, *inter alia*, їхню силу, а також будь-яку шкоду, яку такі докази можуть завдати проведенню справедливого судового розгляду або справедливій оцінці показань свідка».³²⁰⁷
1771. У Правилі 89(С) Правил процедури і доказування МКТЮ зазначено, що «[...] Палата може приймати будь-які відповідні докази, які, на її думку, мають доказову силу», а правило 89(Е) дозволяє Палаті «вимагати перевірки автентичності доказів, отриманих в позасудовому порядку».³²⁰⁸ Правило 89(С) Правил процедури і доказування МТР, Правило 105(С) Правил процедури і доказування [Міжнародного залишкового механізму для кримінальних трибуналів](#), та Правило 149(С) Правил процедури і доказування [Спеціального трибуналу для Лівану](#) є ідентичними Правилу 89(С) МКТЮ, а Правило 89(Д) МТР, Правило 105(Е) Міжнародного залишкового механізму для кримінальних трибуналів та Правило 149(Е) СТЛ є ідентичними Правилу 89(Е) МКТЮ.
1772. Судові палати МКС застосовували «трикомпонентну перевірку на прийнятність», згідно з якою палата перевіряє «на попередній основі, чи надані матеріали (1) мають відношення до справи; (2) мають доказову силу; і (3) є достатньо релевантними та доказовими, щоб переважити будь-які преюдиційні наслідки, які можуть бути спричинені їх визнанням».³²⁰⁹ Цей тест на прийнятність демонструє, що критерій прийнятності доказів МКС узгоджується з відповідними правилами, що регулюють прийнятність доказів у МКТЮ, МТР, Міжнародному залишковому механізмі для кримінальних трибуналів та СТЛ.
1773. Застосовуючи ці загальні норми права щодо доказів, міжнародні трибунали визначили чинники, які необхідно враховувати під час прийняття або оцінювання доказів, визначених як невербальні. Такі чинники зазвичай стосуються доказової сили предмета або інформації, що надаються як доказ. Оцінювання доказової сили є «дослідженням конкретних фактів і може брати до уваги незліченну кількість чинників, зокрема ознаки надійності, достовірності, точності чи добровільності, які притаманні потенційному елементу, а також обставини, за яких з'явилися докази. Окрім того, може також враховуватися ступінь автентичності предмета».³²¹⁰ Зрештою, «Палата має переконатися, що предмет є тим, за що його видають, тому що це впливає з його зовнішнього вигляду або тому, що інші прийнятні докази свідчать про походження такого предмету».³²¹¹

оцінювали достовірність такого матеріалу. З цих причин така практика не є предметом розгляду в цьому розділі.

³²⁰⁷ [Статут МКС](#), стаття 69.

³²⁰⁸ [Статут МКТЮ](#), статті 89(С) та (Е).

³²⁰⁹ Див., наприклад, МКС, Рішення у справі *Бемби* [про визнання матеріалів доказами](#), п. 7.

³²¹⁰ Див., наприклад, МКС, Рішення у справі *Бемби* [про визнання матеріалів доказами](#), п. 7.

³²¹¹ Див., наприклад, МКС, Рішення у справі *Бемби* [про визнання матеріалів доказами](#), п. 7.

1774. Невербальні докази не обов'язково повинні бути засвідчені в суді свідком.³²¹²

МКС, РІШЕННЯ У СПРАВІ БЕМБИ ВІД 8 ЖОВТНЯ 2012 РОКУ, П. 9:

[П]редмети також можуть бути (i) автентичними самі по собі, якщо вони є офіційними документами, загальнодоступними з офіційних джерел; (ii) автентичними за згодою сторін; (iii) надійними prima facie, якщо вони мають достатні ознаки надійності, такі як логотип, фірмовий бланк, підпис, дату чи штамп, і виглядають такими, що були виготовлені під час звичайної діяльності осіб або організацій, які їх створили; або (iv) у випадку, якщо сам предмет не має достатніх ознак достовірності, сторона доводить його автентичність та надійність шляхом надання достатньої інформації, яка дозволяє Палаті перевірити, що документи є саме тим, за що його видають.³²¹³

1775. Що стосується невербальних доказів, включно з ситуаціями, коли «особи, які спочатку надали інформацію, не були допитані», палати МКС оцінюють «зміст кожного елементу документального доказу, його походження, джерело чи автора, а також роль автора у відповідних подіях, враховуючи ланцюжок зберігання, про який заявлено, з моменту створення доказу до його подання до Палати, а також будь-яку іншу відповідну інформацію».³²¹⁴ У випадках, коли «автентичність і/або надійність було оскаржено, Палата розглядала під час остаточного оцінювання доказів і в кожному конкретному випадку всі відповідні заяви та будь-які свідчення свідків, пов'язані з автентичністю відповідних елементів».³²¹⁵

1776. Судові палати МКТЮ дотримуються критерію, викладеного в Правилі 89(С), процитованому вище, і «не існує окремої порогової вимоги щодо прийнятності документальних доказів».³²¹⁶ Окрім того, «під час розгляду питання про достовірність доказів Судова палата вивчатиме усі ознаки їх надійності. У випадку «показань» у широкому розумінні цього слова ці ознаки передбачають такі аспекти, як правдивість, добровільність та достовірність доказів. Під час визначення надійності окремого доказу враховуватимуться також обставини, за яких такі докази виникли, і зміст доказів».³²¹⁷ Окрім того, МКТЮ визначив «автентичність як складову достовірності», а питання достовірності та достатності її ознак у конкретного доказу є чинниками, що враховуються під час оцінювання того, чи є докази такими, що мають доказову силу.³²¹⁸

1777. Щоб продемонструвати підхід міжнародних кримінальних трибуналів до оцінювання цифрових доказів, у наступному розділі розглянуто низку відповідних

³²¹² Див., наприклад, МКС, Рішення у справі Бемби [про визнання матеріалів доказами](#), п. 9.

³²¹³ МКС, Рішення у справі Бемби [про визнання матеріалів доказами](#).

³²¹⁴ Див., наприклад, МКС, [Рішення Судової палати](#) у справі Бемби, пункти 236-237; МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), пункти 56-57.

³²¹⁵ Див., наприклад, МКС, [Рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), п. 57.

³²¹⁶ Див., наприклад, МКС, [рішення у справі Налетіліча та Мартіновича](#), п. 402.

³²¹⁷ МКТЮ, [рішення у справі Благоєвіча та Йокіча щодо прийнятності матеріалів, пов'язаних із перехопленням](#), п. 15.

³²¹⁸ МКТЮ, Рішення у справі Поповича та ін. [про прийнятність перехоплених повідомлень](#), п. 34.

рішень та ухвал щодо оцінювання невербальних доказів, зокрема цифрових доказів.

b) Судові рішення за міжнародним кримінальним правом, що оцінюють невербальні докази, зокрема цифрові докази

1778. Є безліч прикладів рішень і ухвал міжнародних кримінальних судів, які оцінюють невербальні докази, зокрема цифрові докази. У цьому розділі узагальнено найважливіші аспекти деяких із цих рішень та ухвал щодо різних категорій доказів.

i. Перехоплення

1779. Аудіозаписи прослуховування займали важливе місце у кримінальних справах, що розглядалися МКТЮ. Хоча ці докази не були цифровими за походженням, під час їх оцінювання виникли питання доказової сили, подібні до тих, що виникають із цифровими доказами.

1780. У справі *Толіміра* судова палата вважала «перехоплені дані особливою категорією доказів, оскільки самі по собі вони не мають жодних ознак автентичності чи надійності *prima facie*, і як такі ознаки зазвичай отримуються шляхом заслуховування відповідних операторів перехоплення або учасників перехопленої розмови». ³²¹⁹ Судова палата заслухала «численних досвідчених і підготовлених» операторів перехоплення, які «встановили надійність процесу перехоплення» і змогли «підтвердити автентичність перехоплень». ³²²⁰ Судова палата також визнала важливим те, що обвинувачений мав «достатні можливості оскаржити автентичність і достовірність цієї загальної добірки перехоплених матеріалів під час перехресного допиту операторів перехоплення, викликаних обвинуваченням для дачі свідчень». ³²²¹

1781. У справі *Благоєвіча та Йокіча* сторона захисту стверджувала, що докази аудіозапису були ненадійними й не мали автентичного характеру. Судова палата відхилила цей відвід на підставі доказів, прийнятих у провадженні для демонстрації достовірності доказів перехоплення. ³²²² Палата спиралася на свідчення в суді шести операторів перехоплення і заяви трьох додаткових операторів перехоплення, які всі надали «практично ідентичні описи процедур моніторингу, перехоплення, розшифровки та обробки» перехоплених повідомлень. Усі вони працювали операторами прослуховування впродовж періоду часу, що має відношення до справи, і їх свідчення показали, що вони усвідомлювали необхідність точності та визнавали межі, поза якими перехоплені повідомлення не могли бути точно розшифровані. ³²²³

³²¹⁹ МКТЮ, рішення у справі *Толіміра* [про прийнятність перехоплених повідомлень](#), п. 14.

³²²⁰ МКТЮ, рішення у справі *Толіміра* [про прийнятність перехоплених повідомлень](#), п. 14.

³²²¹ МКТЮ, рішення у справі *Толіміра* [про прийнятність перехоплених повідомлень](#), п. 15.

³²²² МКТЮ, [рішення у справі Благоєвіча та Йокіча щодо прийнятності матеріалів, пов'язаних із перехопленням](#), п. 26.

³²²³ МКТЮ, [рішення у справі Благоєвіча та Йокіча](#) щодо прийнятності матеріалів, пов'язаних із перехопленням,

1782. Судова палата також спиралася на свідчення свідка з Прокуратури МКТЮ щодо «проекту перехоплення», згідно з яким представники обвинувачення «працювали над встановленням достовірності перехоплених даних шляхом перехресних посилок на них та перевірки внутрішньої відповідності між рукописними записами в блокнотах і комп'ютерними роздруківками, отриманими в результаті передачі перехоплених записів підрозділом перехоплення своєму вищому командуванню». Представники прокуратури, які працювали над проектом перехоплення, також зіставляли дані прослуховування з різними документами, зокрема з воєнними звітами та аерофотознімками, а також з іншими перехопленими даними. Цей аналіз підтвердив достовірність даних прослуховування.³²²⁴
1783. Нарешті, судова палата відхилила відвід захисту, який ґрунтувався на твердженні, що магнітофонні записи загалом не є надійними через можливість їх фальсифікації, а також через те, що оригінали аудіозаписів не були долучені до доказів (уривки аудіозаписів були відтворені в суді для їх прослуховування представниками служби аудіопрослуховування, були надані також стенограми прослуховувань та рукописні блокноти представників служби прослуховування). Враховуючи надані докази, які демонстрували доказову силу даних прослуховування, судова палата не вважала за потрібне для обвинувачення долучати аудіозаписи до доказів, а також не вважала за доцільне виключати дані прослуховування.³²²⁵ Зрештою, на підтримку фактичних висновків у своєму остаточному рішенні судова палата спиралася на докази у вигляді даних прослуховування.³²²⁶
1784. Судова палата у справі *Поповича та ін.* відхилила аналогічне заперечення з боку захисту автентичності та надійності доказів перехоплення, спираючись на детальні свідчення операторів прослуховування в суді, які розповідали про методи своєї роботи й піддавалися перехресному допиту з боку захисту.³²²⁷ Як і у справі *Благодєвїча та Йокїча*, судова палата спиралася на проект перехоплення, представлений обвинуваченням, а також свідчення свідка, який детально його описав.³²²⁸ З огляду на вагомість доказів, що підтверджують дані прослуховування, судова палата не була переконана свідком-експертом захисту в питаннях радіорелейного зв'язку, а також не дійшла висновку, що ймовірні прогалини в ланцюгу забезпечення збереження підривають надійність доказів настільки, щоб зробити їх неприйнятними. З огляду на підтверджуючі докази, судова палата також відхилила заяву захисту про фальсифікацію, яка ґрунтувалася на незначних розбіжностях і проміжку часу між записом перехоплених розмов і моментом, коли вони були надані стороні обвинувачення.³²²⁹ Судова палата

пункти 21-23.

³²²⁴ МКТЮ, [рішення у справі Благодєвїча та Йокїча щодо прийнятності матеріалів, пов'язаних із перехопленням](#), п. 24.

³²²⁵ МКТЮ, [рішення у справі Благодєвїча та Йокїча щодо прийнятності матеріалів, пов'язаних із перехопленням](#), п. 25.

³²²⁶ Див. МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Благодєвїча та Йокїча](#), пункти 30, 38, 351, 464, 466, 510, 513, 763.

³²²⁷ МКТЮ, [Рішення у справі Поповича та ін. про прийнятність перехоплених повідомлень](#), пункти 38-45.

³²²⁸ МКТЮ, [Рішення у справі Поповича та ін. про прийнятність перехоплених повідомлень](#), пункти 46-53.

³²²⁹ МКТЮ, [Рішення у справі Поповича та ін. про прийнятність перехоплених повідомлень](#), пункти 54-73.

підтвердила свої висновки, відхилила подальші заперечення захисту та під час винесення остаточного судового рішення спиралася на перехоплені дані для встановлення фактів.³²³⁰

1785. Докази перехоплення також фігурували у справах, які розглядаються МКС. Судова палата у справі *Онгвена* оцінила докази перехоплення та спиралася на них. У своєму рішенні судова палата узагальнила вичерпні свідчення понад 20 свідків, зокрема операторів прослуховування, аналітиків обвинувачення та фахівців-криміналістів, які дали свідчення щодо процесу прослуховування та пов'язаного з ним ведення записів, змісту перехоплених розмов і супровідних журналів, а також процесу передачі перехоплених розмов та журналів обвинуваченню МКС. На підставі цих вичерпних доказів, що демонструють доказову силу даних прослуховування, судова палата відхилила заперечення захисту щодо даних прослуховування.³²³¹ Апеляційна палата МКС підтримала підхід судової палати до оцінювання надійності доказів перехоплення.³²³²
1786. У межах розгляду справи *Бемби* щодо неповаги до суду судова палата проаналізувала цифрові матеріали прослуховування спілкування мобільним телефоном, а також повідомлення, надіслані пану Бемба та паном Бемба, коли він перебував в слідчому ізоляторі МКС. Їх зібрили за рішенням суду в процесі розслідування наявності схеми підкupu свідків. Спілкування мобільним телефоном прослуховувалося національними органами влади, які надали МКС аудіозаписи та журнали дзвінків. Дані прослуховування дзвінків зі слідчого ізолятора були надані секретаріатом МКС.³²³³
1787. Захист заперечував проти використання перехоплених розмов з кількох причин, у тому числі тому, що сторона обвинувачення не змогла встановити їхню автентичність і ланцюжок доступу до доказів, а також не викликала жодного свідка для підтвердження автентичності перехоплених розмов у слідчому ізоляторі. Судова палата відхилила такі заперечення, зазначивши, що є «масив взаємодоповнювальної інформації, яка підтверджує точність перехопленого спілкування».³²³⁴ Вона включала перехоплені повідомлення, які містили характерні ознаки достовірності, такими як корпоративні водяні знаки телекомунікаційного провайдера в журналах дзвінків.³²³⁵ Судова палата також зазначила, що певні розмови зі слідчого ізолятора починалися з того, що особи «ідентифікували себе як представники МКС під час з'єднання дзвінків пана Бемби».³²³⁶
1788. Судді судової палати змогли розпізнати на перехоплених записах голоси, які відповідали номерам, зазначеним у відповідних журналах. У деяких записах

³²³⁰ МКТЮ, Рішення у справі *Поповича та ін. про прийнятність перехоплених повідомлень*, пункти 64-66, 1230-1237, в різних місцях.

³²³¹ МКС, [рішення Судової палати у справі Онгвена](#), пункти 555-589, 614-810.

³²³² МКС, [рішення Апеляційної палати](#) у справі *Онгвена*, пункти 531-570.

³²³³ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби та ін.*, від 19 жовтня 2016 року, пункти 214-215.

³²³⁴ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби та ін.*, п. 218.

³²³⁵ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби та ін.*, п. 219.

³²³⁶ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби та ін.*, п. 219.

розмов особи торкалися питань, пов'язаних з основним кримінальним провадженням за участю пана Бемби, яке тривало на той час, зокрема обговорювали майбутні свідчення свідків і питання, відомі лише обмеженому колу осіб, пов'язаних із захистом.³²³⁷ Судова палата також спиралася на свідчення експертів щодо журналів викликів і записів даних.³²³⁸

1789. З огляду на те, що дані прослуховування були зібрані на підставі судових ухвал, самі матеріали справи допомогли встановити їхню автентичність.³²³⁹ Секретаріат вивчав офіційні журнали обліку зберігання даних, а з деяких матеріалів було знято печатку в присутності захисту.³²⁴⁰ Секретаріат також виготовив деякі з матеріалів, що оскаржувалися.³²⁴¹ Ба більше, ні захист, ні судова палата не змогли виявити жодного повідомлення, яке б не відповідало даним відповідного журналу.³²⁴²
1790. Судова палата дійшла висновку, що «у світлі всієї інформації щодо автентичності, яка є в розпорядженні Палати, виклик свідків виключно з таких питань був би формальним і марним заняттям».³²⁴³

ii. Відеозаписи

1791. Відеодокази фігурували в низці справ, що розглядалися в різних міжнародних трибуналах, зокрема в МКС. У справі *Лубанги* судова палата спиралася на відеодокази, надані двома свідками, для низки цілей, зокрема для визначення того, чи були діти-солдати явно молодше 15 років, для визначення ролі дітей у збройних угрупованнях, а також для демонстрації присутності підсудних та інших провідних діячів разом із дітьми-солдатами.³²⁴⁴ Апеляційна палата підтримала судову палату в її опорі на відеодокази для визначення віку дітей-солдатів, постановивши, що не існує правової вимоги щодо підтвердження відеодоказів, і зазначивши, що судова палата проявила достатню обережність, спираючись на уривки відеозаписів.³²⁴⁵
1792. У справі *Нтаганди* судова палата також значною мірою покладалася на відеодокази, надані свідками, які давали свідчення про зміст відеозаписів. Відеодокази підтвердили висновки судової палати щодо діяльності підсудних та інших високопоставлених членів збройних угруповань, а також продемонстрували, що для супроводу підсудних використовували дітей, яким явно не виповнило-

³²³⁷ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби* та ін., п. 220.

³²³⁸ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби* та ін., п. 221.

³²³⁹ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби* та ін., п. 222.

³²⁴⁰ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби* та ін., п. 222.

³²⁴¹ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби* та ін., п. 223.

³²⁴² МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби* та ін., п. 224.

³²⁴³ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби* та ін., п. 225.

³²⁴⁴ МКС, [рішення Судової палати](#) у справі *Лубанги*, пункти 644, 710-718, 774, 779, 792-793, 854, 858, 860-862, 912, 915, 1122, 1193, 1209-1211, 1216, 1218, 1242-1245, 1249-1257, 1262, 1278, 1339-1344.

³²⁴⁵ МКС, [рішення Апеляційної палати](#) у справі *Лубанги*, пункти 207-230.

ся 15 років.³²⁴⁶ Апеляційна палата схвалила той факт, що суд першої інстанції спирався на відеодокази.³²⁴⁷

1793. У двох справах, які нещодавно розглядав МКС, фігурували відеодокази з відкритих джерел, отримані з соціальних мереж. У справі *Аль Махді* підсудний визнав себе винним у скоєнні воєнного злочину нападу на об'єкти, що перебувають під захистом, відповідно до статті 8(2)(e)(iv) Статуту МКС. Як наслідок, підсудний не оскаржив надані проти нього докази, а судова палата у своєму письмовому рішенні не провела оцінювання доказової сили відеодоказів. Разом з тим, стаття 65 Статуту МКС вимагає від судових палат МКС оцінювання того, чи «підтверджується визнання вини фактами справи» і розгляду самого визнання «разом з будь-якими додатковими наданими доказами».³²⁴⁸ У своєму рішенні судова палата «звернула особливу увагу на те, чи можуть докази встановити факти незалежно від зізнань про них підсудного».³²⁴⁹
1794. Викладаючи «встановлені факти справи», судова палата частково спиралася на відеодокази з відкритих джерел, щоб продемонструвати присутність обвинуваченого під час нападів на численні важливі та добре відомі культурні об'єкти в Тімбукту.³²⁵⁰ Визнаючи певні заяви підсудного журналістам доведеними, судова палата спиралася виключно на відеодокази з відкритих джерел.³²⁵¹ Судова палата також спиралася на відеодокази з відкритих джерел і статті в ЗМІ на підтримку висновку про те, що напади на культурні об'єкти «відбулися в контексті неміжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним».³²⁵²
1795. У справі *Аль-Верфаллі* МКС видав два ордери на арешт, підкріплені виключно відеодоказами з Facebook та соціальних мереж. Відповідно до статті 58(1)(a) Статуту МКС, ордер на арешт може бути виданий, якщо є «достатні підстави вважати», що особа вчинила злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС.³²⁵³ Палати попереднього провадження визнали, що є достатні підстави вважати, що пан Аль-Верфаллі скоїв злочини, передбачені Статутом МКС, і що ордери на арешт повинні бути видані на підставі відеодоказів, отриманих із соціальних мереж.³²⁵⁴
1796. На цій стадії розгляду палати попереднього провадження не оцінювали доказову силу відеодоказів. Однак, в ухвалі про видачу другого ордера палата попереднього провадження «переконалася, що [відеозапис вбивства] має до-

³²⁴⁶ МКС, [рішення Судової палати у справі Нтаганди](#), пункти 104, 109, 204, 207, 213, 387-388, 1190, в різних місцях.

³²⁴⁷ МКС, [рішення Апеляційної палати](#) у справі *Нтаганди*, пункти 768-790.

³²⁴⁸ МКС, [рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 27.

³²⁴⁹ МКС, [рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 29.

³²⁵⁰ МКС, [рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 38(i), (ii), (iii), (v), (vi), (vii), (viii), (ix) та (x); 40(iii), (v); 41.

³²⁵¹ МКС, [рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 46, виноска 101.

³²⁵² МКС, [рішення Судової палати у справі Аль Махді](#), п. 49, виноска 102.

³²⁵³ МКС, [Перший ордер на арешт Аль-Верфаллі](#), п. 3.

³²⁵⁴ МКС, [Перший ордер на арешт Аль-Верфаллі](#), пункти 3, 25-29; МКС, [Другий ордер на арешт Аль-Верфаллі](#), пункти 7, 33-36.

статні ознаки автентичності, щоб на нього можна було спиратися на цій стадії провадження»:³²⁵⁵

ДРУГИЙ ОРДЕР НА АРЕШТ АЛЬ-ВЕРФАЛЛІ, П. 18:

Палата зазначає, зокрема, що прокурор надав експертний висновок щодо автентичності відеозапису, підготовлений відомим незалежним інститутом. Проаналізувавши відео та його ключові кадри, автори звіту дійшли висновку про відсутність жодних ознак фальсифікації або маніпуляцій щодо місць, зброї чи осіб, показаних на відео. Місце зйомки також було підтверджено свідком, який заявив, що відео було знято «перед мечеттю в Аль-Салмані», де за день до того [...] стався вибух».³²⁵⁶

iii. Аерофотозйомка

1797. Супутникові знімки та аерофотознімки приймалися як докази в низці справ, які розглядалися в міжнародних трибуналах, зокрема в МКТЮ. Наприклад, судова палата у справі *Толіміра* спиралася на аерофотознімки, надані урядом США, щоб продемонструвати або підтвердити «розташування місць поховань і перепоховань, будівель і транспортних засобів, великих груп ув'язнених і тіл». Використання цих доказів обвинуваченням було виправдано тим, що воно не обговорювало «будь-яку інформацію, що стосується технічних або аналітичних джерел, методів або можливостей систем, організацій або персоналу, які використовувалися для збору, аналізу або створення таких зображень». Обвинувачений оскаржив ці докази «на тій підставі, що не було надано жодних доказів їх походження, методу їх створення, способу їх редагування, способу їх тлумачення або того, чи були вони передані стороні обвинувачення в оригінальному вигляді чи в попередньо зміненому».³²⁵⁷
1798. Хоча судова палата визнала, що їй бракує доказів щодо методу створення доказів аерофотознімків, вона все ж визнала їх надійними та такими, що «мають доказову силу». Колишні слідчі прокуратури свідчили про використання аерофотознімків, пояснюючи, як аерофотознімки «доповнювали судово-археологічні чи антропологічні звіти». Слідчі використовували аерофотознімки, щоб ідентифікувати та визначити місця поховань, тим самим продемонструвавши їхню автентичність. Крім того, автентичність знімків часто підтверджувалася свідченнями інших свідків.³²⁵⁸

³²⁵⁵ МКС, [Другий ордер на арешт Аль-Верфаллі](#), п. 18.

³²⁵⁶ МКС, [Другий ордер на арешт Аль-Верфаллі](#).

³²⁵⁷ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Толіміра](#), пункти 67-70.

³²⁵⁸ МКТЮ, [рішення Судової палати у справі Толіміра](#), пункти 67-70.

iv. Записи телефонних переговорів та інформація про розташування стільникових веж

1799. У провадженні у справі *Айяша та ін.* судова палата СТЛ визнала та спиралася на численні цифрові докази даних телефонних переговорів та інформацію про розташування стільникових веж, а також на експертний аналіз цих доказів. Основні цифрові докази були надані ліванськими операторами мобільного зв'язку на запит прокуратури та інших національних і міжнародних правоохоронних органів, які брали участь у розслідуванні до формування СТЛ. Перш ніж прийняти ці докази та зіпертися на них, судова палата зажадала від обвинувачення виклику свідків, що є представниками постачальників телекомунікаційних послуг, які могли б надати докази, що пояснюють створення записів даних дзвінків та інформації зі стільникових веж, а також інформацію про те, що показують ці записи, як їх зберігають, як постачальники послуг використовують їх у своїй діяльності, а також процес надання цих доказів обвинуваченню.³²⁵⁹
1800. Судова палата також заслухала свідчення незалежного експерта, залученого стороною обвинувачення для аналізу телекомунікаційних доказів та надання висновків щодо них, а також експерта, аналітиків та слідчих прокуратури, які дали свідчення щодо своєї роботи з аналізу цих доказів. Оскільки значна частина цифрових записів даних про дзвінки була незрозумілою в тому вигляді, в якому вони були надані обвинуваченню, судова палата прийняла їх як докази у формі таблиць послідовності дзвінків, підготовлених аналітиками обвинувачення, які повинні були або дати свідчення *viva voce*, або надати письмові свідчення про методологію підготовки цих таблиць. Враховуючи складність телекомунікаційних доказів у справі, судова палата також долучила до справи демонстраційні докази у вигляді діаграм, графіків, схем та звітів, презентацій у форматі PowerPoint та витягів з програмного забезпечення, яке використовувалося для представлення справи в суді.³²⁶⁰
1801. Призначений захисник у цьому заочному провадженні оскаржив надійність доказів зі стільникових веж та, меншою мірою, записів даних про дзвінки. Він також оскаржив надійність свідків, які свідчили від імені постачальників телекомунікаційних послуг за низкою підстав, а також висновки зовнішніх і внутрішніх експертів і аналітиків обвинувачення.
1802. Судова палата дійшла висновку, що свідки, які були представниками великих корпорацій-постачальників телекомунікаційних послуг, змогли «надати докази, засновані на поєднанні особистих знань, ознайомлення із записами, документами та практикою компанії та спілкування з іншим персоналом компанії».³²⁶¹

³²⁵⁹ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, пункти 1566-1574, 1605-1620, 1624-1625.

³²⁶⁰ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, пункти 1566-1574, 1605-1620, 1624-1625.

³²⁶¹ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, п. 1846.

СТЛ, РІШЕННЯ СУДОВОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ АЙЯША ТА ІН., ПУНКТИ 1846-1847

Свідок, який дає свідчення як представник такої корпорації, може надавати докази, навіть якщо сам не має відповідних особистих знань, за умови, що цей свідок може підтвердити, що його свідчення відображають інформацію на основі ділової документації та ґрунтуються на ній. Роль представника компанії не обмежується наданням документів, і нерідко такі свідки мають обмежену здатність відповідати на запитання, що виходять за межі їхніх безпосередніх знань.

[...]

Роль представників компанії у цій справі, які в обох випадках дали змішані свідчення щодо питань, які були їм особисто відомі, а також щодо питань, про які вони були поінформовані іншими працівниками або відділами, не обмежувалася лише наданням записів.³²⁶²

1803. Виходячи з сукупності їхніх свідчень, судова палата визнала ці докази такими, що мають доказову силу.³²⁶³ Судова палата вважала, що свідки «на достатньому рівні володіли інформацією та консультувалися з персоналом [відповідних телекомунікаційних корпорацій], який мав належну кваліфікацію, щодо питань, які виходили за межі їхньої особистої експертизи. Це дало змогу судовій палаті оцінити та врахувати конкретні телекомунікаційні докази, на які спиралося обвинувачення для визначення приблизного місця перебування або переміщення користувачів мобільного зв'язку».³²⁶⁴
1804. Судова палата переконалася в тому, що значна частина телекомунікаційних доказів становила ділову документацію постачальників телекомунікаційних послуг, яка була створена, часто автоматично, під час звичайної діяльності постачальників послуг, що надавало їм ознаки достовірності.³²⁶⁵
1805. Враховуючи «численні докази, отримані від аналітиків і слідчих сторони обвинувачення, які підготували таблиці послідовності дзвінків за певною методологією, та вбудовані внутрішні системи стримувань і противаг», судова палата дійшла висновку про те, що ці таблиці надійно відображають дані про дзвінки, що лежать в їх основі.³²⁶⁶
1806. Ґрунтуючись на сукупності доказів, судова палата вирішила, що метод аналізу місця розташування мобільних телефонів, застосований зовнішнім експертом, «здатен надати достатньо надійну інформацію, на яку Судова палата може спиратися, коли робить висновок про загальне місце розташування та переміщення відповідних мобільних телефонів», а також щодо надійності доказів експерта в цілому.³²⁶⁷

³²⁶² СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*,

³²⁶³ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, п. 1851.

³²⁶⁴ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, п. 1862.

³²⁶⁵ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, п. 1998.

³²⁶⁶ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, пункти 1996-1997.

³²⁶⁷ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, пункти 2124, 2145.

1807. Варто також зазначити, що судова палата вважала, що надання стороною обвинувачення електронної презентації засобів надання доказів, роботу яких було досліджено за допомогою свідка в суді, «суттєво покращило» її «розуміння складних доказів, забезпечуючи, отже, справедливий судовий розгляд».³²⁶⁸
1808. Як зазначалося вище, під час розгляду справи *Бемби та ін.* щодо неповаги до суду судова палата МКС також оцінила та використала записи даних про дзвінки з мобільних телефонів і таблиці послідовності дзвінків, отримані на їх основі. Палата заслухала свідчення експерта про походження записів даних про дзвінки, а також аналітика сторони обвинувачення про процес створення таблиць послідовності дзвінків на основі цих записів даних про дзвінки. Судова палата також змогла підтвердити відповідні деталі телефонних переговорів «як-от про співрозмовників, відповідні номери та дати дзвінків» шляхом «власного незалежного оцінювання доказів», яке також передбачало прослуховування телефонних розмов.³²⁶⁹ Крім того, оскільки вилучення цих матеріалів було санкціоновано суддею МКС, процесуальні документи у справі підтвердили автентичність і ланцюжок забезпечення збереження записів даних про дзвінки.³²⁷⁰

v. Документи WikiLeaks

1809. У справі *Айяш та ін.*, що розглядалася в СТЛ, судова палата відмовилася прийняти документи WikiLeaks, оскільки не мала достатніх доказів того, що ці документи є автентичними дипломатичними телеграмами уряду США.³²⁷¹ У своєму рішенні судова палата оцінила «автентичність документів WikiLeaks за їх походженням і авторством».³²⁷² Судова палата відхилила клопотання сторони захисту.

STL, AYYASH ET AL. УХВАЛА ЩОДО WIKILEAKS, П. 40.

Захист не довів, що документи, очевидно завантажені з вебсайту WikiLeaks, є справжніми дипломатичними телеграмами США. Документи можуть бути автентичними, але Судова палата не має доказів того, що уряд США визнає їхню автентичність чи точність. До того ж, у тому, що стосується достовірності документів, у Судової палати немає доказів того, що вони точно описують події, про які в них йдеться. Насправді, і пан Сініора, і пан Джамблатт заперечували те, про що йдеться в документах.³²⁷³

1810. На обґрунтування свого рішення судова палата зазначила, що навіть якби вона отримала документи WikiLeaks як докази, вона б «зіткнулася з ситуацією, за якої двоє свідків під присягою заперечували б їхній зміст і жоден би не підтвердив

³²⁶⁸ СТЛ, [рішення Судової палати](#) у справі *Айяша та ін.*, пункти 2052-2058.

³²⁶⁹ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби та ін.*, пункти 213-214, 216, 221.

³²⁷⁰ МКС, [Рішення про неповагу до суду](#) у справі *Бемби та ін.*, п. 223.

³²⁷¹ СТЛ, [рішення Судової палати у справі Айяша та ін.](#), [Ухвала щодо WikiLeaks](#).

³²⁷² СТЛ, [рішення Судової палати у справі Айяша та ін.](#), [Рішення щодо WikiLeaks](#), пункти 9-13.

³²⁷³ СТЛ, [рішення Судової палати у справі Айяша та ін.](#), [Ухвала щодо WikiLeaks](#).

їхню точність. Їх не можна було б вважати вагомими навіть без додаткових факторів».³²⁷⁴

с) Додаткові чинники оцінювання доказів з відкритих інтернет-джерел

1811. Як показано вище, міжнародні кримінальні трибунали мають великий досвід оцінювання невербальних доказів, зокрема цифрових доказів, але обмежений досвід роботи з доказами з відкритих інтернет-джерел. Враховуючи потенційну важливість доказів з відкритих інтернет-джерел для оцінювання воєнних злочинів та інших міжнародних злочинів, скоєних в Україні з моменту російського вторгнення, буде доцільним розглянути рекомендації та найкращі практики збору інформації з відкритих джерел онлайн.
1812. Цей розділ ґрунтується на Протоколі Берклі — наборі міжнародних стандартів для дослідження онлайн інформації з відкритих джерел, розробленому Каліфорнійським університетом, Школою права Берклі та оприлюдненому Управлінням Верховного комісара ООН з прав людини. У цьому розділі також використано матеріали, підготовлені Bellingcat, організацією, яка спеціалізується на розслідуваннях на осерві інформації з відкритих онлайн джерел, а також рекомендації та звіти, підготовлені спільно Bellingcat і Глобальною мережею правових дій (GLAN), правовою некомерційною організацією. В їхніх спільних проектах використовується інформація з відкритих інтернет-джерел для розслідування міжнародних злочинів і порушень прав людини, а також розглядаються питання прийнятності та оцінювання цієї інформації в кримінальних провадженнях. Хоча ці ресурси призначені насамперед для дослідників і слідчих, вони також пропонують цінну інформацію для суддів, які розглядають питання оцінювання такої інформації, коли вона надається як доказ.³²⁷⁵
1813. Згідно з протоколом Берклі, верифікація конкретного матеріалу з відкритих джерел «охоплює три окремі аспекти: джерело, цифровий матеріал або файл і контент, — які повинні розглядатися в сукупності та порівнюватися на предмет відповідності».³²⁷⁶ Аналіз відкритих джерел Bellingcat стосується конкретних методів верифікації, які підпадають під категорії аналізу джерел і контенту, визначені в Протоколі Берклі. Крім того, Bellingcat вдало визначив питання оригінальності як питання попереднього розгляду, яке дещо відрізняється від аналізу джерел.³²⁷⁷ Для цілей подальшого обговорення ми розглянемо такі чотири широкі категорії методів верифікації, які можуть бути корисними для оцінювання автентичності та достовірності інформації з відкритих інтернет-джерел: (1) оригінальність/походження; (2) аналіз джерел; (3) аналіз контенту; і (4) технічний аналіз.

³²⁷⁴ СТЛ, рішення Судової палати у справі Аїяша та ін., [Ухвала щодо WikiLeaks](#), п. 42.

³²⁷⁵ Хоча існують інші рекомендації щодо дослідження інформації з відкритих джерел, вичерпний огляд усіх рекомендацій та документів про найкращі практики виходить за межі цього розділу.

³²⁷⁶ [Протокол Берклі](#), п. 176. Для цілей Протоколу верифікація — це «процес встановлення точності чи достовірності інформації, яку було зібрано в Інтернеті».

³²⁷⁷ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), пункти 15-16; Див. також: Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних мереж](#), 1 листопада 2021 р.

1814. Багато з методів, описаних нижче, можуть застосовуватися непрофесійними дослідниками та розслідувачами, і за таких обставин часто постає необхідність для такого дослідника або розслідувача з'явитися в суді як свідок для обговорення своєї методології та методів. Оскільки методи стають дедалі більш технічними, може виникнути потреба у залученні експерта, який має кваліфікацію в галузі судового відеоаналізу або цифрової криміналістики, для надання суду експертного висновку.³²⁷⁸

i. Оригінальність/походження

1815. Питання попереднього аналізу полягає в тому, чи є матеріал з відкритих джерел оригінальним. Це передбачає визначення того, чи використовували матеріал, наприклад зображення чи відео, раніше.³²⁷⁹ Протокол Берклі називає це походженням онлайн-інформації у розумінні її найпершої появи в Інтернеті, або інформацією про офлайн походження матеріалу чи інформації до поширення в Інтернеті.³²⁸⁰

ii. Аналіз джерел

1816. Аналіз джерел — це не окремий метод перевірки, а категорія методів перевірки, спрямованих на те, щоб дізнатися, **хто** є джерелом відповідного онлайн матеріалу або інформації,³²⁸¹ а також **чому** інформацію було розміщено в Інтернеті.³²⁸²

1817. Відповідь на запитання «хто» також можна назвати «атрибуцією».³²⁸³ У цьому сенсі «джерело» означає джерело цифрової інформації, «яким може бути певний вебсайт, підписник або користувач певного облікового запису чи платформи, або особа, яка написала, створила чи завантажила певний контент».³²⁸⁴ Оскільки джерела онлайн інформації часто анонімні або використовують псевдоніми, цей аналіз може бути складним, і насправді визначити, хто є джерелом, не завжди можливо.³²⁸⁵

1818. Якщо є можливість ідентифікувати джерело, то, відповівши на запитання, чому інформацію було розміщено в Інтернеті, аналіз джерел може дозволити оцінити надійність і достовірність джерела.³²⁸⁶ Оцінювання історії публікацій джерела та його присутності в Інтернеті, зокрема зв'язки та асоціації, може виявити інформацію, важливу в контексті цих міркувань, наприклад «основні мотиви, інтереси чи плани, а також ступінь, до якого вони можуть вплинути на їх правдивість».³²⁸⁷

³²⁷⁸ Див. також [Протокол Берклі](#), п. 201.

³²⁷⁹ Див. Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних мереж](#).

³²⁸⁰ [Протокол Берклі](#), п. 178.

³²⁸¹ Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних мереж](#); [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 15.

³²⁸² Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних мереж](#).

³²⁸³ [Протокол Берклі](#), п. 177.

³²⁸⁴ [Протокол Берклі](#), п. 177. Див. також Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних мереж](#).

³²⁸⁵ [Протокол Берклі](#), п. 177.

³²⁸⁶ [Протокол Берклі](#), п. 177.

³²⁸⁷ [Протокол Берклі](#), пункти 179-180. Див. також Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних](#)

1819. Навіть якщо автора або джерело інформації в Інтернеті неможливо ідентифікувати, існують інші способи перевірки інформації з відкритих джерел в інтернеті.³²⁸⁸

iii. Аналіз контенту

1820. Аналіз контенту — це ще одна широка категорія методів перевірки, які, серед іншого, спрямовані на отримання відповіді про те, наприклад, *де* було зроблено фотографію чи відео або *коли* їх було знято.³²⁸⁹ Це — «процес, за допомогою якого інформація, що міститься у відео, зображенні, документі або заяві, оцінюється на предмет її автентичності та правдивості».³²⁹⁰ Це важливий аспект розслідувань інформації з відкритих джерел, які проводять такі організації, як Bellingcat та Citizen Evidence Lab Amnesty International.³²⁹¹

1821. Аналіз контенту може передбачати пошук унікальних або ідентифікаційних характеристик даних, отриманих в Інтернеті, наприклад відео чи фотографії. Такі характеристики можуть включати, наприклад, «будівлі, флору та фауну, людей, символи та знаки розрізнення».³²⁹² Це також може допомогти ідентифікувати «інформацію, яку можна об'єктивно перевірити», таку як «погода в певний день, ім'я та звання командира або місце розташування будівлі [...]».³²⁹³

1822. Для зображень з відкритих джерел в інтернеті методами геолокації визначається, де було зроблено фото чи відео.³²⁹⁴ Протокол Берклі визначає геолокацію як «ідентифікацію або оцінку місця розташування об'єкта, місця здійснення діяльності або місця, де було створено матеріал». У більш загальному розумінні це «процес визначення географічного місця перебування особи, місця розташування об'єкта або місця, де сталася подія».³²⁹⁵ «Геолокацію визначають шляхом порівняння будівель або елементів ландшафту, що піддаються ідентифікації (гори, дороги) та інших нерухомих об'єктів (наприклад, вказівників, телефонних стовпів, дерев, які видно на відео [або фото], з або відеозаписами [або світлинами] тієї ж події, або з супутниковими знімками».³²⁹⁶

1823. Для зображень з відкритих джерел в інтернеті за допомогою хронолокації визначається, коли було зроблено фото чи відео.³²⁹⁷ Хронолокація передбачає підтвердження «дати та часу подій, зображених в інформаційному матеріалі»,

[мереж.](#)

³²⁸⁸ [Протокол Берклі](#), п. 177.

³²⁸⁹ Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних мереж.](#)

³²⁹⁰ [Протокол Берклі](#), п. 187.

³²⁹¹ Див. [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), пункти 12-13; [citizenevidence.org](#) (останнє відвідування 20.02.2023).

³²⁹² [Протокол Берклі](#), п. 188.

³²⁹³ [Протокол Берклі](#), п. 189.

³²⁹⁴ Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних мереж.](#)

³²⁹⁵ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 15.

³²⁹⁶ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 15; див. також [Протокол Берклі](#), п. 191.

³²⁹⁷ Bellingcat: [Посібник для початківців із верифікації соціальних мереж.](#)

наприклад, шляхом аналізу «довжини тіней, утворених сонячним світлом», щоб «визначити час доби, коли було зроблено фотографію».³²⁹⁸

1824. Інша «важлива частина процесу верифікації» передбачає «візуальну перевірку на предмет внутрішньої та зовнішньої відповідності».³²⁹⁹ Загалом, вона передбачає перевірку змісту онлайн інформації на наявність внутрішніх суперечностей, а також порівняння її з іншою інформацією на предмет підтвердження чи заперечення.³³⁰⁰ Наприклад, онлайн відео можна розбити на кадри та перевірити на наявність невідповідностей або так званих «артефактів маніпуляції», що вказують на маніпуляції, зроблені цифровим способом».³³⁰¹

iv. Технічний аналіз

1825. Повертаючись до розгляду цифрового матеріалу або файлу, на ньому можна знайти технічні ознаки достовірності. Визначення достовірності передбачає технічний аналіз відповідного матеріалу, зокрема аналіз базових метаданих.³³⁰² Підготовка технічних доказів може включати оцінювання низки джерел даних. Такий аналіз часто робиться за участі судового експерта з цифрових технологій, і так само часто виникає необхідність у виклику такого експерта в кримінальному провадженні, якщо виникає потреба в розумінні та оцінюванні його методів.³³⁰³ Хоча докладний розгляд технічного аналізу виходить за межі цього розділу, для суддів буде корисним коротко розглянути аналіз метаданих.

ПРОТОКОЛ БЕРКЛІ, П. 183:

Технічний аналіз — це аналіз самого цифрового матеріалу, будь то документ, зображення чи відеоматеріал. Для перевірки цілісності файлу, тобто того, чи був він змінений, модифікований, чи проводили з ним будь-які маніпуляції в цифровому форматі, дослідники відкритих даних можуть ухвалювати рішення щодо його цифрової криміналістичної експертизи, яку ще іноді називають «цифровим слідчим аналізом».

1826. У цьому підрозділі буде доцільно розглядати метадані як дані, що лежать в основі контенту цифрового матеріалу. Такі дані можна знайти вбудованими до файлу, вебсторінки або у вихідному коді відповідного матеріалу. Метадані можуть створюватися користувачами, які виробляють матеріал, іншими особами, які взаємодіють з матеріалами, постачальниками послуг зв'язку, а також пристроями, на яких матеріали створюються, зберігаються або переглядаються. Метадані можуть містити інформацію про «автора файлу, дату його створення, дані завантаження, зміни, розмір файлу та геодані». Якщо метадані

³²⁹⁸ [Протокол Берклі](#), п. 191. Див. також [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 15

³²⁹⁹ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 15; див. також [Протокол Берклі](#), пункти 193-194.

³³⁰⁰ [Протокол Берклі](#), пункти 193-194.

³³⁰¹ [Звіт GLAN/Bellingcat №2](#), п. 15.

³³⁰² [Протокол Берклі](#), пункти 183-184.

³³⁰³ Див., наприклад, [Протокол Берклі](#), пункти 183-184.

доступні, вони можуть допомогти продемонструвати автентичність цифрових матеріалів, розміщених онлайн, довести, що матеріал є оригінальним, а не зміненим, а також відповісти на запитання про те, хто, де і коли створив цифровий матеріал.³³⁰⁴

1827. На жаль, «деякі метадані інформації з відкритих джерел в інтернеті можуть видалятися до або під час завантаження або в результаті використання застосунків соціальних мереж». На платформах соціальних мереж та на інших веб-сайтах «оригінальні метадані можуть втрачатися, оскільки платформи часто перекодовують завантажені медіа, щоб оптимізувати їх для перегляду, обміну або відтворення в Інтернеті», що призводить до створення нових метаданих, які відображають «новий файл, а не оригінал».³³⁰⁵

v. Ланцюг доступу до доказів

1828. На додаток до стандартів перевірки інформації з відкритих джерел в інтернеті важливо враховувати ланцюг доступу до доказів щодо інформації, зібраної онлайн. Хоча це питання належить до компетенції слідчих, які збирали інформацію, судді можуть попросити сторону, яка використовує інформацію з відкритих джерел в інтернеті як доказ, надати їм інформацію з цього питання.³³⁰⁶

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. СУДОВИЙ ПРОЦЕС У СПРАВІ МН 17, ОКРУЖНИЙ СУД ГААГИ, ВЕРДИКТ, 17 ЛИСТОПАДА 2022 Р.:

Цей судовий процес не був міжнародним, а отже, не є прикладом міжнародних стандартів оцінювання цифрових доказів, однак, досвід Окружного суду Гааги в Нідерландах у нещодавньому судовому процесі у справі МН17 надає приклад з багатьма подробицями щодо оцінювання фотодоказів з відкритих джерел в інтернеті із застосуванням декількох методів, розглянутих вище. Цей практичний приклад розглядає саме такий випадок і нижче в повному обсязі наведено відповідний розділ рішення суду:³³⁰⁷

6.2.2.1 Фотографії інверсійного сліду

³³⁰⁴ Див., наприклад, [Протокол Берклі](#), п. 184.

³³⁰⁵ Див., наприклад, [Протокол Берклі](#), п. 184.

³³⁰⁶ Див. загалом, [Протокол Берклі](#), пункти 167, 170.

³³⁰⁷ Хоча в цьому практичному прикладі йдеться про використання конкретних доказів з відкритих інтернет-джерел у справі МН17, важливо зазначити, що ця справа передбачала широке використання та аналіз цифрових доказів. Для перевірки достовірності цифрових доказів у цій справі міжнародна слідча група застосовувала різноманітні слідчі та аналітичні методи.

Рейс МН17 розбився на сході України о 16:20 17 липня 2014 року. О 19:23 — приблизно через три години після катастрофи рейсу МН17 — фотографію вертикального димового сліду було опубліковано в Twitter-акаунті WowihaY разом із припущенням, що цей слід походить від ракети, яка збила МН17. Особа, яка розмістила фотографію в Twitter, надала контактні дані автора фотографії. Ця особа була допитана (під власним іменем) як свідок і заявила, що 17 липня 2014 року о 16:25 зробила дві фотографії з балкона свого будинку в Торезі після того, як почула два гучних вибухи. Незабаром після цього, за словами цієї особи, вона піднялася на дах свого житлового будинку і також сфотографувала шлейф диму, що йшов з боку селища Грабове (суд: одне з місць падіння літака). Автор фотографій заявив, що надіслав оригінали цифрових фотографій своєму другу, який розмістив їх в Інтернеті. Зазначений друг зв'язався з українською владою, а потім зі свідком мала контакт СБУ. 20 липня 2014 року свідок здав до СБУ фотоапарат і карту пам'яті та залишив собі копії фотографій. 12 серпня 2014 року слідчо-оперативна група вилучила фотоапарат та карту пам'яті. Адвокат підсудного Пулатова стверджував, що фотографії треба вилучити з доказів, оскільки вони могли бути підроблені. На підтвердження цього стверджувалося, що автор фотографій симпатизує Україні, його друг, який виклав фотографії в мережу та отримав оригінали фотографій, має зв'язок з АТО, а фотоапарат і карта пам'яті перебували у володінні СБУ до того, як були передані слідчо-оперативній групі.

Суд вкотре вказав, що хоча наявність симпатій до однієї зі сторін конфлікту та факт подання інформації через СБУ не виключає прийнятності доказів, ці обставини є підставою для обережності. Конкретно щодо фотографій інверсійного сліду, суд зазначає таке. Не тільки автора фотографій разом із його дружиною розшукали та допитали про те, коли й де були зроблені фотографії та що з ними сталося, а й фотоапарат, карту пам'яті та самі фотографії дослідили різними способами різні органи, які не мають власного інтересу щодо результатів розслідування. Ця експертиза стосувалася не лише того, що можна було, згідно з твердженнями, побачити на фотографії, але й того, де і коли було зроблено фотографію, а також чи могло зображення на фотографії бути відредаговано. Висновки експертизи підтверджують твердження автора фотографій, про що свідчить зазначене нижче.

Фотографії та фотоапарат/карта пам'яті, за допомогою яких вони були зроблені та на якій вони зберігалися, були досліджені Інститутом судових експертиз Нідерландів. Інститут судових експертиз Нідерландів не бачить жодних ознак того, що зображення на фотографіях, про які йде мова, було підроблено. Інститут судових експертиз Нідерландів вважає, що будь-яка зміна оригінального зображення була б відображена у форматі, в якому воно зберігається (він би змінився, наприклад з NEF на jpeg), або в NEF-номерах фотографій (змінений файл отримує новий NEF-номер), але цього не було з файлами на вилученій камері/карті пам'яті. Інституту судових експертиз Нідерландів не відомо про будь-яке програмне забезпечення, яке б дозволяло цілеспрямовано змінювати вміст зображень у файлах NEF. Хоча байти можна вставляти, видаляти або перезаписувати, це відбувається безсистемно за своєю природою та, як очікується, має призводити до чітко видимих порушень зображення, чого не спостерігалось. На думку суду, це є задовільним доказом того, що саме зображення не було підроблено. У цьому контексті адвокат обвинуваченого Пулатова також послався на покази свідка, який перебував на місці події та нібито бачив, що в тому місці, де були зроблені фотографії, не було електричних кабелів, хоча їх видно на фотографії без її збільшення. Однак суд вважає, що це не відповідає дійсності. Свідок, про якого йде мова, конкретно підтвердив, що бачив кабелі, які висіли біля балкона.

Щоб перевірити метадані двох фотографій димового сліду, Королівський метеорологічний інститут Нідерландів провів дослідження часу, коли було зроблено фотографії. Згідно з метаданими, обидві фотографії було зроблено о 16:25 (що узгоджується з показаннями свідка) з різницею в сім секунд. Королівський метеорологічний інститут Нідерландів зміг підтвердити цей час, зокрема, шляхом порівняння фотографій димової хмари біля місця падіння літака, зроблених незабаром після цього з даху, з відеозаписом цієї димової хмари, час виникнення якої можна було визначити.

Суд не бачить підстав сумніватися в результатах цього розслідування.

Посилаючись на коментарі Королівського метеорологічного інституту Нідерландів щодо характеру сліду (його видно близько до горизонту, він є вертикально орієнтованим і більш вираженим поблизу горизонту), суд дійшов висновку, що слід на фотографіях дійсно є інверсійним слідом, а не хмарою чи димовим слідом від літака. Враховуючи форму і колір сліду, суд не бачить підстав припускати, що він також може бути результатом підпалу орного поля, як стверджував адвокат підсудного Пулатова. Навпаки, пряма біла смуга в поєднанні з сірою хмарою біля землі відповідає інверсійному сліду на фотографіях запуску ракети «Бук».

На підставі проведеного розслідування, під час якого шляхом нанесення на супутниковий знімок навколишньої місцевості ознак ландшафту, який можна впізнати на фотографії, вдалося підтвердити інформацію як про місце, де було зроблено фотографію, так і про напрямок, звідки бере початок інверсійний слід; суд дійшов висновку про те, що фотографії дійсно було зроблено в Торезі в південно-східному напрямку, а інверсійний слід орієнтовно бере початок з боку Первомайського. З огляду на той факт, що слід на фотографії спрямований прямо вгору, можна зробити висновок, що твердження свідка про те, що ракета пролетіла прямо над його будинком, відповідає дійсності. Ці висновки в поєднанні з часом, коли було зроблено фотографії, і припущенням про розташування МН17 в момент зникнення літака з радарів, підтверджують думку про те, що на цих фотографіях видно інверсійний слід ракети, запущеної з боку Первомайського в напрямку МН17 приблизно в той самий час, коли розбився літак МН17. З огляду на вищевикладене, а також на те, що автор фотографії, яку було розміщено в Twitter під його власним ім'ям, був допитаний як свідок, суд не вважає за необхідне допитувати як свідка користувача Twitter-акаунта «WowihaY», про що, як про умову, клопотав адвокат підсудного Пулатова. Відповідно, суд відмовляє у задоволенні цього клопотання.

Суд вважає, що пошук в Інтернеті, проведений слідчою групою в 2016 році серед фотографій, зроблених у місті Сніжне, виявив ще дві фотографії із зображенням димового сліду. Файли фотографій було завантажено на вебсайт із датою завантаження 17 липня 2014 року; вони мають наступні дані щодо «дати зміни файлу»: 17 липня 2014 року 15:22:23+02:00 та 15:22:33+02:00. У електронному повідомленні автор вказав, що знайшов фотографії на вебсторінці «Сніжнянські новини» 17 липня 2014 року. За даними Королівського метеорологічного інституту Нідерландів хмарний слід за структурою і кольором точно такий самий, як і слід на фотографії з Тореза. Малюнок хмарного сліду на фотографіях також є ідентичним. Ландшафтні особливості, які видно на фотографії, вказують на те, що фотограф перебував у будівлі в центрі Сніжного, і дозволяють припустити, що інверсійний слід походить з південного напрямку. Тут також інверсійний слід веде в напрямку останнього місця, де спостерігали МН17. На думку суду, виходячи зі схожості форми, напрямку, заявленого часу та напрямку походження димового сліду, можна припустити, що на цих зображеннях присутній той самий інверсійний слід, який видно на вищезгаданій фотографії з Тореза. Той факт, що ці фотографії було зроблено окремо, швидко завантажено й отримано слідчою групою в абсолютно різний час і абсолютно різними способами, є взаємним підтвердженням автентичності зображень. А той факт, що автора фотографій зі Сніжного не встановлено, жодним чином не применшує цього висновку.

Суд вважає, що фотографії з Тореза і Сніжного, кожна окремо, вказують лише на один напрямок походження інверсійного сліду, але якщо розглядати їх разом і враховувати нахил ландшафту, то лінії, що вказують напрямок, перетинаються трохи на захід від Первомайського.

Тому вищезазначені фотографії інверсійного сліду — зокрема, фотографія з Тореза — є важливим джерелом доказів фактичного запуску ракети в напрямку МН17 незадовго до його падіння, а також місця, звідки її було запущено. Ці засновані на фотографіях висновки підтверджуються багатьма іншими доказами. Суд розгляне ці докази нижче.

D. Висновок

1829. Попри той факт, що не існує обов'язкових міжнародних правових норм або стандартів, що регулюють оцінювання цифрових доказів, все одно українські суди можуть переконатися в тому, що практика міжнародних судів щодо оцінювання цифрових доказів, а також міжнародні стандарти та найкращі практики дослідження інформації з відкритих джерел в інтернеті є для них корисними орієнтирами. Як показано вище, ці практики показують, що до оцінювання цифрових доказів застосовуються ті ж самі принципи, що й до оцінювання невербальних доказів.³³⁰⁸
1830. Як свідчать вищенаведені правила міжнародних кримінальних трибуналів, їхні рішення, а також міжнародні стандарти для дослідників відкритих джерел в інтернеті, доведення доказової сили, зокрема, автентичності та достовірності, є ключовим питанням всіх невербальних доказів, включно з цифровими доказами та доказами з відкритих джерел. Практика міжнародних судів і міжнародні стандарти визначають низку чинників, які стосуються оцінки доказової сили.

³³⁰⁸ Див. також Документування міжнародних злочинів і порушень прав людини з метою притягнення до відповідальності. [Керівні принципи для організацій громадянського суспільства](#) (Євроуст та Офіс Прокурора МКС), Розділ 8, Документи та цифрова інформація, с. 32.

1831. Ознаки достовірності чи автентичності можуть впливати з розгляду джерела чи змісту цифрового матеріалу, а також цифрової судової експертизи технічного характеру. Зазвичай необхідно заслухати свідків, які можуть підтвердити докази. Хто буде цим свідком, залежатиме від типу доказів і того, як їх було зібрано та проаналізовано, а також від мети, з якою їх було прийнято.
1832. Якщо джерело доказів відоме та доступне, ця особа або юридична особа, як, наприклад, постачальники телекомунікаційних послуг у провадженні у справі *Айяша та ін.*, яка розглядалася в СТЛ, або представник юридичної особи, можуть бути викликані для надання пояснень щодо доказової сили доказів. Однак, навіть якщо джерело не відоме, можуть існувати достатні ознаки достовірності, отримані за допомогою інших свідків та доказів, і тому, можливо, не буде потреби у виклику особи, яка є джерелом інформації. Це було продемонстровано у провадженні справі *Бемби* про неповагу до суду, де суд не вважав за потрібне викликати постачальників телекомунікаційних послуг, які генерували записи даних про дзвінки, а також у справі *Толіміра*, де були задіяні аерофотознімки, і суд не мав змоги заслухати постачальників аерофотознімків.
1833. Якщо джерело невідоме або з якихось інших причин недоступне, то може бути доцільним викликати свідків, які працювали з доказами, наприклад, слідчих, дослідників або аналітиків. Часто буває особливо корисним почути свідчення про методики аналізу та перевірки цифрових доказів. Якщо одна зі сторін стверджує, що цифрові докази ймовірно свідчать про існування факту, вона повинна пояснити в суді, чому це так. Знову ж таки, провадження у справі *Толіміра* та провадження щодо неповаги до суду у справі *Бемби*, а також практика СТЛ у справі *Айяша та ін.* є прикладами того, як низка слідчих та аналітиків давали свідчення щодо практики та методології створення аналітичних продуктів або узагальнених даних, отриманих на основі цифрових доказів. Зазначене також буде особливо важливо у контексті даних, зібраних за допомогою розслідувань щодо інформації з відкритих джерел в інтернеті.
1834. Також може бути доцільним заслухати свідків, які, не будучи джерелом інформації, можуть, утім, підтвердити зміст цифрових доказів на основі власного досвіду. Так сталося, наприклад, у випадку з відеодоказами, на які посилалися у провадженні у справах *Лубанги* та *Нтаганди*.
1835. Нарешті, якщо йдеться про технічні питання, незалежно від того, чи стосуються вони методів розслідування або функціонування самих цифрових доказів, може бути необхідним або корисним викликати в суд експерта. Експерти фігурували у багатьох справах, про які йшлося вище, можливо, найпомітнішою їх роль була у справі *Айяша та ін.*

ЧАСТИНА 3. ЗАПОБІГАННЯ ПОВТОРНІЙ ВІКТИМІЗАЦІЇ В КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕННЯХ

I. Стандарти українського законодавства, що стосуються запобігання повторній віктимізації в кримінальних провадженнях

A. Допустимість та прийнятність допиту свідка на стадії досудового провадження у кримінальних провадженнях

1. Коротке обговорення відповідних законодавчих положень КПК України

1836. Кримінальний процесуальний кодекс України 2012 р. (КПК) вперше був узгоджений з європейськими правовими стандартами і до нього була імплементована доктрина «належної правової процедури», важливою складовою якої є безпосередність дослідження судом показань, речей, документів і висновків експертів.

<p>ч.ч.1, 2 ст.23 КПК</p>	<p>«Суд досліджує докази безпосередньо. Показання учасників кримінального провадження суд отримує усно. Не можуть бути визнані доказами відомості, що містяться в показаннях, речах і документах, які не були предметом безпосереднього дослідження суду, крім випадків, передбачених цим Кодексом. Суд може прийняти як доказ показання осіб, які не дають їх безпосередньо в судовому засіданні, лише у випадках, передбачених цим Кодексом»</p>
<p>ч.1, пп.3,4,5 ч.2, ч.5 ст.87 КПК</p>	<p>«Недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини [...], а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини. Суд зобов'язаний визнати істотними порушеннями прав людини і основоположних свобод, зокрема, такі діяння [...]: порушення права особи на захист; отримання показань чи пояснень від особи, яка не була повідомлена про своє право відмовитися від давання показань та не відповідати на запитання, або їх отримання з порушенням цього права; порушення права на перехресний допит [...] В умовах воєнного стану положення цієї статті застосовуються з урахуванням особливостей, визначених статтею 615 цього Кодексу»</p>

ч.4 ст.95 КПК	«Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання, або отриманих у порядку, передбаченому статтею 225 цього Кодексу. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них, крім порядку отримання показань, визначеного статтею 615 цього Кодексу»
----------------------	---

1837. В такий спосіб законодавець прагнув запобігти випадкам отримання в ході досудового розслідування «необхідних» слідчому або прокурору показань шляхом застосування катувань, погроз та психологічних маніпуляцій.
1838. На сьогодні в КПК закріплено значно жорсткіший від наявного в практиці ЄСПЛ та багатьох західних юрисдикцій стандарт. КПК встановив повну заборону обґрунтування судом своїх висновків позасудовими свідченнями, а тому будь-яка особа допитується судом безпосередньо під час судового розгляду.
1839. Фактично маємо двоетапну процедуру формування показань, на яких суд може ґрунтувати свої висновки: 1) отримання відомостей на досудовому розслідуванні (шляхом допиту слідчим або прокурором під час досудового розслідування) та 2) їх безпосереднє сприйняття судом в ході судового розгляду або слідчим суддею під час досудового розслідування.
1840. Неодноразовий допит свідків, потерпілих спричиняє повторне переживання негативних емоцій, думок про наявні загрози та, як наслідок, може завдати їм вторинної віктимізації. Це має прямі наслідки для змісту та форми показань.
1841. На необхідності дотримання засади безпосередності дослідження доказів неодноразово звертав увагу Верховний Суд, у тому числі у постановах від 01.02.2021 у справі №127/4546/16-к (провадження №51-4127км18)³³⁰⁹, а також від 19.11.2019 у справі №750/5745/15-к (провадження №51-10195км18)³³¹⁰.
1842. Зміст засади безпосередності дослідження доказів судом апеляційної інстанції відрізняється від змісту цієї засади в суді першої інстанції, оскільки має свої особливості. Так, якщо апеляційний суд робить лише юридичну оцінку ситуації, але не ставить під сумнів установлені судом першої інстанції фактичні обставини справи, то це не вимагає нового безпосереднього дослідження доказів цим судом. Однак у ситуації, коли апеляційний суд під час розгляду вбачає, що доводи апеляційної скарги учасника кримінального провадження в частині неповноти судового розгляду (стаття 410 КПК) та/або невідповідності висновків суду першої інстанції фактичним обставинам кримінального провадження (стаття 411 КПК) видаються обґрунтованими та потребують перевірки, то така

³³⁰⁹ Постанова Верховного Суду від 01.02.2021 у справі №127/4546/16-к (провадження №51-4127км18). — URL: reyestr.court.gov

³³¹⁰ Постанова Верховного Суду від 19.11.2019 у справі №750/5745/15-к (провадження №51-10195км18). — URL: reyestr.court.gov

перевірка здійснюється шляхом повторного дослідження обставин, установлених під час кримінального провадження, із дотриманням вимог статті 404 КПК, що включає безпосереднє дослідження й оцінку доказів щодо таких обставин.

1843. Вказані висновки узгоджуються з позицією Верховного Суду, викладеною у постановках від 19.03.2019 у справі №382/1058/15-к (провадження №51-2599 км 18)³³¹¹, а також від 14.04.2021 у справі №288/1418/17 (провадження №51-6085км20)³³¹².
1844. Засада безпосередності дослідження доказів не є абсолютною. Відсильний характер норм статті 23 КПК зумовлює необхідність звернення до аналізу інших норм кримінального процесуального закону, присвячених закріпленню випадків, у яких суд першої інстанції вправі приймати як доказ показання, що не були предметом його безпосереднього дослідження.

I.	ч.2 ст.97 КПК	<i>«Суд має право визнати допустимим доказом показання з чужих слів незалежно від можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення, у виняткових випадках, якщо такі показання є допустимим доказом згідно з іншими правилами допустимості доказів»</i>
-----------	----------------------	---

1845. Таке обмеження засади безпосередності дослідження показань допускається лише в тих випадках, в яких суд позбавлений можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення, з підстав, передбачених частиною 3 статті 97 КПК України.
1846. Водночас частина 2 статті 97 КПК України закріплює, що суд має право визнати допустимим доказом показання з чужих слів незалежно від можливості допитати особу, яка надала первинні пояснення, у виняткових випадках, якщо такі показання є допустимим доказом згідно з іншими правилами допустимості доказів.

³³¹¹ Постанова Верховного Суду від 19.03.2019 у справі №382/1058/15-к (провадження № 51-2599 км 18). — URL: reyestr.court.gov

³³¹² Постанова Верховного Суду від 14.04.2021 у справі №№288/1418/17 (провадження № 51-6085км20). — URL: reyestr.court.gov

II.	ч.ч.1, 3-5 ст.225 КПК	<p>«У виняткових випадках, пов'язаних із необхідністю отримання показань під час досудового розслідування, якщо через існування небезпеки для життя і здоров'я особи, її тяжкої хвороби, наявності інших обставин, що можуть унеможливити її допит в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань, сторона кримінального провадження, представник юридичної особи, стосовно якої здійснюється провадження, мають право звернутися до слідчого судді із клопотанням провести допит такої особи в судовому засіданні, в тому числі одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб [...]</p> <p>У порядку, визначеному цієї статтею, може бути допитаний свідок, потерпілий, а також особа, стосовно якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого [...]</p> <p>При ухваленні судового рішення за результатами судового розгляду кримінального провадження суд може не врахувати докази, отримані в порядку, передбаченому цією статтею, лише навівши мотиви такого рішення.</p> <p>Суд під час судового розгляду має право допитати особу, яка допитувалася відповідно до правил цієї статті, зокрема у випадках, якщо такий допит проведений за відсутності сторони захисту або якщо є необхідність уточнення показань чи отримання показань щодо обставин, які не були з'ясовані в результаті допиту під час досудового розслідування.</p> <p>З метою перевірки правдивості показань особи та з'ясування розбіжностей з показаннями, наданими в порядку, передбаченому цією статтею, вони можуть бути оголошені при її допиті під час судового розгляду»</p>
------------	------------------------------	---

1847. Стаття 225 КПК містить новий для України інститут «депонування доказів судом». Згідно з цим, якщо існує небезпека, що певний доказ зникне, він ніби кладеться «на депозит» до суду для подальшого використання під час судового розгляду по суті. Іншими словами — свідок, потерпілий допитуються слідчим суддею, а їх показання надалі враховуються як доказ у кримінальному провадженні.
1848. У частині першій статті 225 КПК чітко визначені лише два виняткові випадки, які є підставою для звернення сторони кримінального провадження із клопотанням про проведення допиту, зокрема: (1) існування небезпеки для життя чи здоров'я свідка, потерпілого та (2) їх тяжка хвороба. Вжите у цій процесуальній нормі формулювання «інші обставини» свідчить про невичерпність переліку таких обставин, наголошуючи на існуванні вірогідності унеможливити допит свідка чи потерпілого в суді або вплинути на повноту чи достовірність їх показань.
1849. Проблемним питанням розгляду клопотань про допит свідка у порядку статті 225 КПК є оцінка емоційного стану свідка або потерпілого, що виник внаслідок

вчинення злочину, як виняткового випадку, що може унеможливити допит особи в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань. Разом з тим емоційний стан, зокрема психоемоційне напруження, наслідком якого може бути розвиток психічних порушень, є обставиною, яка може унеможливити допит особи в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань. Тому, розглядаючи клопотання про допит, заявлене за такої підстави, слідчий суддя має виходити з того, що небезпека для здоров'я включає і небезпеку для психічного здоров'я особи³³¹³.

1850. Суд при здійсненні оцінки депонованих показань на стадії судового розгляду звертає увагу на такі аспекти:

- оцінка наявності визначених законом підстав здійснення процедури депонування показань (існування небезпеки для життя чи здоров'я свідка, потерпілого, їх тяжка хвороба або наявність інших обставин, що можуть унеможливити їх допит в суді або вплинути на повноту чи достовірність показань);
- оцінка дотримання визначеного законом порядку проведення допиту за статтею 225 КПК України (проведення допиту за участі сторони захисту, коли особі на час його проведення було повідомлено про підозру; належне повідомлення підозрюваного, його захисника, законного представника про час і місце проведення допиту; попередження про кримінальну відповідальність за відмову давати показання і за давання завідомо неправдивих показань; забезпечення участі перекладача у разі, якщо допитувана особа не володіє мовою, якою здійснюється кримінальне провадження тощо).
- наявність обґрунтованих сумнівів щодо достовірності депонованих показань та можливість їх усунення (зокрема, коли вони суперечать іншим доказам, які були досліджені у судовому засіданні).

1851. У разі обґрунтованих сумнівів щодо достовірності депонованих показань, суд вирішує питання про повторний допит свідка, потерпілого з метою їх уточнення, що цілком відповідає положенням частини четвертої статті 96, частинам четвертій, п'ятій статті 225 КПК. У разі неможливості повторного допиту суд керується принципом, викладеним у частині четвертій статті 17 КПК, — усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи.

³³¹³ Узагальнення Вищого спеціалізованого суду України з розгляду цивільних і кримінальних справ «Про практику вирішення слідчими суддями питань, пов'язаних із слідчими (розшуковими) діями». — URL: advokatrada.org

III.	ч.11 ст.615 КПК	<p>«Показання, отримані під час допиту свідка, потерпілого, у тому числі одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, у кримінальному провадженні, що здійснюється в умовах воєнного стану, можуть бути використані як докази в суді виключно у випадку, якщо хід і результати такого допиту фіксувалися за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації.</p> <p>Показання, отримані під час допиту підозрюваного, у тому числі одночасного допиту двох чи більше вже допитаних осіб, у кримінальному провадженні, що здійснюється в умовах воєнного стану, можуть бути використані як докази в суді виключно у випадку, якщо у такому допиті брав участь захисник, а хід і результати проведення допиту фіксувалися за допомогою доступних технічних засобів відеофіксації»</p>
-------------	--------------------------------	--

1852. Ураховуючи, що воєнні злочини — це ті злочини, в яких треба діяти тут і зараз, а допит є одним з основних інструментів отримання та фіксації інформації, законодавець запровадив виняток із загального правила безпосередності дослідження доказів.

1853. В умовах воєнного стану ризик для життя і здоров'я існує фактично в кожного, особливо на територіях, наближених до театру бойових дій, а тому позасудові показання можуть бути використані судом для обґрунтування своїх висновків за умови дотримання процесуальних гарантій та повної відеофіксації допиту. Зокрема, суд за допомогою відеозапису має переконатись у відсутності протиправного примусу, а у разі сумнівів — не брати такий доказ на доведення вини поза розумним сумнівом. За необхідності — здійснити повторний допит безпосередньо в судовому засіданні (якщо є можливість забезпечити участь особи на час проведення такого судового засідання).

2. В. Коротке обговорення відповідних судових рішень

а) Підхід Верховного Суду у застосуванні ч.2 ст.97 КПК.

1854. У постанові від 17.01.2023 у справі №753/13113/18 (провадження №51-6км21)³³¹⁴ Верховний Суд звернув увагу, що:

«90. [...] при прийнятті рішення про допустимість показань з чужих слів суд зобов'язаний враховувати, серед іншого, обставини надання первинних пояснень, чи викликають ці обставини довіру щодо їх достовірності, переконливість відомостей щодо факту надання первинних пояснень, складність спростування пояснень, показань з чужих слів для сторони, проти якої вони спрямовані тощо.

91. Крім того, відповідно до частини 6 статті 97 КПК показання з чужих слів не може бути допустимим доказом факту чи обставин, на доведення яких вони

³³¹⁴ Постанова Верховного Суду від 17.01.2023 у справі №753/13113/18 (провадження №51-6км21). — URL: [reyestr.court.gov](https://reyestr.court.gov.ua)

надані, якщо показання не підтверджується іншими доказами, визнаними допустимими згідно з правилами, відмінними від положень частини другої цієї статті».

b) Підхід Верховного Суду у застосуванні статті 225 КПК.

1855. Верховний Суд у рішенні від 23.09.2019 у справі №346/164/18 (провадження №51-3561ск19)³³¹⁵ зазначив, що «[...] суд апеляційної інстанції не вбачав підстав вважати недостовірними показання потерпілого, отримані згідно зі ст. 225 КПК, оскільки з протоколу допиту неповнолітнього потерпілого в судовому засіданні вбачається, що допит проведено слідчим суддею за участю законного представника потерпілого, засудженого та його захисника, у присутності яких потерпілому були поставлені, питання щодо подій, які стосуються цього кримінального провадження. На допиті потерпілого засуджений мав можливість ставити йому запитання, чого він не заперечував під час апеляційного розгляду. Захисник також брав активну участь у допиті потерпілого і ставив запитання, пов'язані з обставинами справи, які мають значення в цьому кримінальному провадженні. З таким висновком суду погоджується колегія суддів касаційного суду».

1856. У рішенні від 30.04.2020 у справі №640/19897/16-к (провадження № 51-6241км19)³³¹⁶ Верховний Суд навів такі мотиви:

«...з дотриманням вказаних вимог закону, судом першої інстанції в його основу вироку були покладені показання свідка ОСОБА_4, допит якого відбувся під час досудового розслідування, на підставі ст. 225 КПК України та з дотриманням положень вказаної норми закону. Твердження захисника про те, що з врахуванням того, що прокурор відмовився від допиту у судовому засіданні свідка, допитаного в порядку ст. 225 КК України, то це виключає можливість подальшого використання стороною обвинувачення та судом показань цього свідка в обґрунтування судового рішення є безпідставними [...].

Що стосується посилань захисника на те, що під час досудового розслідування допит вказаного свідка був проведений за відсутності сторони захисту, у зв'язку з чим сторона захисту була позбавлена права на перехресний допит, то колегія суддів зазначає наступне [...]. З матеріалів справи слідує, що повідомлення про підозру ОСОБА_1 було вручено останньому 26 травня 2014 року, а допит свідка ОСОБА_4 відбувся 06 травня 2014 року, а тому доводи захисника в цій частині є неспроможними. Отже, судом було з дотриманням вимог ст. 95 КПК України покладено в основу вироку показання свідка ОСОБА_9.

1857. У постанові від 13.01.2021 у справі №539/379/18 (провадження №51-5028км20)³³¹⁷ Верховний Суд дійшов такого висновку: «Необґрунтованими колегія суддів

³³¹⁵ Ухвала Верховного Суду від 23.09.2019 у справі №346/164/18 (провадження № 51-3561ск19). — URL: reyestr.court.gov

³³¹⁶ Постанова Верховного Суду від 30.04.2020 у справі №640/19897/16-к (провадження № 51-6241км19). — URL: reyestr.court.gov

³³¹⁷ Постанова Верховного Суду від 13.01.2021 у справі №539/379/18 (провадження №51-5028км20). — URL: reyestr.court.gov

вважає також доводи касаційних скарг про порушення права на захист засуджених, оскільки під час допиту свідка ОСОБА_10 в порядку ст. 225 КПК України був відсутній захисник [...].

Згідно з дослідженням під час судового засідання 12 квітня 2018 року судом аудіозаписом допиту свідка ОСОБА_10 вбачається, що його допит відбувався в присутності підозрюваних ОСОБА_9, ОСОБА_8 та ОСОБА_2, а також в присутності потерпілого ОСОБА_4, які мали змогу ставити питання свідку ОСОБА_10 .

При цьому захисник підозрюваних Легкий І.Д. був відсутній на цьому допиті, однак підозрювані в своїх заявах зазначили про можливість допиту свідка ОСОБА_10 без участі їх захисника».

с) Підхід Верховного Суду у застосуванні частини одинадцятої статті 615 КПК.

1858. Стаття 615 КПК України доповнена частиною одинадцятою Законом №2201-ІХ від 14.04.2022 року, а тому станом на час написання Настільної книги немає судової практики ВС щодо застосування цих положень.

1859. Проте варто ознайомитись із дослідженням про процесуальне інтерв'ю³³¹⁸, яке є сучасним світовим трендом, спрямованим на підвищення ефективності діяльності органів правопорядку, а також враховувати висновки Верховного Суду щодо процесуальних гарантій у постанові від 17.01.2023 у справі №753/13113/18 (провадження №51-6км21)³³¹⁹, а саме:

«59. [...] у випадку використання позасудових показань необхідно піддати більш ретельній перевірці інші аспекти судового розгляду. Чим більше вага показань відсутнього свідка для остаточного висновку про винуватість, тим більше уваги має бути приділено забезпеченню прав захисту з метою врівноважити цю важливу перешкоду для ефективного захисту [...].

62. Суд, що приймає рішення у справі, має забезпечити стороні захисту найширші можливості для спростування цього доказу, як з точки зору методів його отримання, включаючи виконання вимог допустимості і інших процесуальних гарантій[20], так і з погляду достовірності, щоб можливості обвинуваченого у здійсненні ефективного захисту не були порушені в ступені, який би зруйнував його право на справедливий судовий розгляд.[21] Суди мають під час оцінки як окремих доказів, так і їх сукупності забезпечити справедливу і належну оцінку надійності цього доказу, керуючись стандартом переконання «поза розумним сумнівом».

63. Тому в своїй оцінці, чи було забезпечено засудженому його право на справедливий судовий розгляд, Суд матиме на увазі суттєве обмеження сторони захисту у відстоюванні своєї позиції внаслідок неможливості перехресного допиту потерпілої.

64. ЄСПЛ у рішеннях у справах Al-Khawaja [22] та Schatschaschwili [23] узагальнив

³³¹⁸ Дослідження про процесуальне інтерв'ю, проведене за ініціативи, організаційної та фінансової підтримки програми «Права людини і правосуддя» Міжнародного фонду «Відродження». — URL: justtalk.com

³³¹⁹ Постанова Верховного Суду від 17.01.2023 у справі №753/13113/18 (провадження №51-6км21). — URL: reyestr.court.gov

свої підходи до впливу такої ситуації на справедливість розгляду в цілому.

65. Як зазначив ЄСПЛ, при застосуванні цих принципів слід відповісти на три питання: (1) чи існували вагомні причини для відсутності свідка і для допуску показань відсутнього свідка як доказів; (2) чи були показання відсутнього свідка єдиною чи вирішальною підставою для висновку про винуватість або мали суттєвий вплив на цей висновок; і (3) чи існували достатні врівноважуючі фактори, враховуючи суворі процесуальні гарантії, що компенсували ускладнення, з яким стикається сторона захисту в результаті допущення неперевірених перехресним допитом доказів і забезпечували, щоб розгляд справи у цілому був справедливим.

66. Також ЄСПЛ відзначав, що можливість допитати свідка обвинувачення, який відсутній під час судового розгляду, на стадії досудового розслідування є важливою процесуальною гарантією, яка може компенсувати ускладнення сторони захисту, що виникли внаслідок відсутності такого свідка під час судового розгляду [...].

88. Суд відзначає, що коли показання в обставинах справи мають вирішальне значення, а їх оцінка також впливає на оцінку інших доказів у справі, відсутність будь-якого аналізу такого доказу є відвертим порушенням права на захист і очевидно не відповідає гарантіям справедливого судового розгляду, особливо в умовах, коли сторона захисту позбавлена можливості використати перехресний допит[...].

139. Для дотримання стандарту доведення поза розумним сумнівом недостатньо, щоб версія обвинувачення була лише більш вірогідною за версією захисту. Законодавець вимагає, щоб будь-який обґрунтований сумнів у тій версії події, яку надало обвинувачення, був спростований фактами, встановленими на підставі допустимих доказів, і єдина версія, якою розумна і безстороння людина може пояснити всю сукупність фактів, установлених у суді, — є та версія подій, яка дає підстави для визнання особи винною за пред'явленим обвинуваченням».

В. Можливість дачі показань по відеозв'язку

1. Коротке обговорення відповідних законодавчих положень КПК України

1860. Ще одне обмеження засади безпосередності дослідження показань у ході судового розгляду стосується можливості отримання та використання судом показань свідка, потерпілого шляхом проведення допиту у режимі відеоконференції при трансляції з іншого приміщення (дистанційне досудове розслідування).

<p>ч.1 ст.232 КПК</p>	<p>«Допит осіб, впізнання осіб чи речей під час досудового розслідування можуть бути проведені у режимі відеоконференції при трансляції з іншого приміщення (дистанційне досудове розслідування) у випадках: неможливості безпосередньої участі певних осіб у досудовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин; необхідності забезпечення безпеки осіб; проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого; необхідності вжиття таких заходів для забезпечення оперативності досудового розслідування; наявності інших підстав, визначених слідчим, прокурором, слідчим суддею достатніми».</p>
<p>чч.1, 9 ст.336 КПК</p>	<p>«Судове провадження може здійснюватися у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження), у разі: неможливості безпосередньої участі учасника кримінального провадження в судовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин; необхідності забезпечення безпеки осіб; проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого; необхідності вжиття таких заходів для забезпечення оперативності судового провадження; наявності інших підстав, визначених судом достатніми [...] Дистанційне судове провадження згідно з правилами цієї статті може здійснюватися в судах першої, апеляційної та касаційної інстанцій під час здійснення судового провадження з будь-яких питань, розгляд яких віднесено до компетенції суду».</p>

2. Коротке обговорення відповідних судових рішень

1861. Верховний Суд у постанові від 19 листопада 2019 року у справі №750/5745/15-к (провадження №51-10195км18)³³²⁰ зазначив, що «...засаді безпосередності, як і будь-якій іншій загальній zasadі, притаманна певна гнучкість при застосуванні в конкретних обставинах. В залежності від обставин ця засада реалізується в різних формах, оскільки суд має узгоджувати її з іншими засадами кримінального процесу та/або легітимними інтересами суспільства чи окремих осіб. Наприклад, принцип безпосередності зазнає певних легітимних обмежень у випадку допиту особи, до якої застосовані заходи безпеки або яка відсутня безпосередньо в залі судового засідання (стаття 232 КПК), і такі легітимні об-

³³²⁰ Постанова Верховного Суду від 19.11.2019 у справі №750/5745/15-к (провадження №51-10195км18). — URL: reyestr.court.gov

меження не можна вважати порушенням принципу безпосередності. Також суди апеляційної та касаційної інстанцій в більшості випадків ґрунтують свої висновки на показаннях, які були надані в суді першої інстанції, оскільки багаторазовий допит особи в судах різних інстанцій без вагомих причин не тільки був би обтяжливим для такої особи, учасників і суспільства, але й суперечив би самому змісту інстанційності».

С. Інші заходи захисту свідків

1. Коротке обговорення відповідних законодавчих положень КПК України

1862. **У КПК спеціальні заходи, спрямовані на попередження травматизації свідків, потерпілих відсутні.** Рекомендацій щодо взаємодії під час допиту, спілкування із категорією вразливих потерпілих, свідків також немає. Певні особливості з метою запобігання негативного впливу на психічне здоров'я та ретравматизації в ході слідчих та процесуальних дій передбачені стосовно малолітніх або неповнолітніх свідків чи потерпілих.

ч.1 ст.59 КПК	«Якщо потерпілим є неповнолітня особа або особа, визнана в установленому законом порядку недієдатною чи обмежно дієдатною, до участі в процесуальній дії разом з нею залучається її законний представник»
ч.9 ст.224 КПК	«У кримінальних провадженнях щодо злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості особи, а також щодо злочинів, вчинених із застосуванням насильства або погрозою його застосування, одночасний допит двох чи більше вже допитаних осіб для з'ясування причин розбіжностей в їхніх показаннях не може бути проведений за участю малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого разом з підозрюваним»
ст.226 КПК	«Допит малолітньої або неповнолітньої особи проводиться у присутності законного представника, педагога або психолога, а за необхідності — лікаря. Допит малолітньої або неповнолітньої особи не може продовжуватися без перерви понад одну годину, а загалом — понад дві години на день. Особам, які не досягли шістнадцятирічного віку, роз'яснюється обов'язок про необхідність давання правдивих показань, не попереджуючи про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправдиві показання. До початку допиту особам, зазначеним у частині першій цієї статті, роз'яснюється їхній обов'язок бути присутніми при допиті, а також право заперечувати проти запитань та ставити запитання»

<p>ст.227 КПК</p>	<p>«При проведенні слідчих (розшукових) дій за участю малолітньої або неповнолітньої особи забезпечується участь законного представника, педагога або психолога, а за необхідності — лікаря. До початку слідчої (розшукової) дії законному представнику, педагогу, психологу або лікарю роз'яснюється їхнє право за дозволом ставити уточнюючі запитання малолітній або неповнолітній особі.</p> <p>У виняткових випадках, коли участь законного представника може завдати шкоди інтересам малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого, слідчий, прокурор за клопотанням малолітнього або неповнолітнього чи з власної ініціативи має право обмежити участь законного представника у виконанні окремих слідчих (розшукових) дій або усунути його від участі у кримінальному провадженні та залучити замість нього іншого законного представника»</p>
<p>ст.354 КПК</p>	<p>«Допит малолітнього свідка і, за розсудом суду, неповнолітнього свідка проводиться в присутності законного представника, педагога чи психолога, а за необхідності — лікаря.</p> <p>Свідку, який не досяг шістнадцятирічного віку, головуючий роз'яснює обов'язок про необхідність давати правдиві показання, не попереджуючи про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправдиві показання, і не приводить до присяги.</p> <p>До початку допиту законному представнику, педагогу, психологу або лікарю роз'яснюється їхній обов'язок бути присутніми під час допиту, а також право протестувати проти запитань та ставити запитання. Головуючий має право відвести поставлене питання.</p> <p>У випадках, коли це необхідно для об'єктивного з'ясування обставин та/або захисту прав малолітнього чи неповнолітнього свідка, за ухвалою суду він може бути допитаний поза залом судового засідання в іншому приміщенні з використанням відеоконференції (дистанційне судове провадження).</p> <p>Допит малолітнього або неповнолітнього потерпілого проводиться з дотриманням правил, передбачених цією статтею»</p>

1863. Аналіз норм чинного кримінального процесуального законодавства дозволяє дійти висновку, що при проведенні слідчих (розшукових) дій та під час судового розгляду за участю малолітньої або неповнолітньої особи необхідно враховувати:
- можливість проведення допиту не тільки за місцем проведення досудового розслідування, а також в іншому місці, дружньому для дитини (за місцем проживання або навчання, в «Зеленій кімнаті», центрі «Барнахус» та ін.);
 - залучення законних представників, якими можуть бути батьки (усиновлювачі), а в разі їх відсутності — опікуни чи піклувальники особи, інші повнолітні близькі родичі чи члени сім'ї, а також представники органів опіки і

підкування, установ і організацій, під опікою чи підкуванням яких перебуває неповнолітній;

- залучення психолога, педагога, у разі потреби — лікаря;
- проведення опитування у режимі відеоконференції та обов'язкове фіксування за допомогою технічних засобів відеозапису (аудіо- та відеофіксація допиту на етапі досудового розслідування може бути предметом дослідження під час судового розгляду, особливо якщо дитину в ньому не допитують);
- часові обмеження: опитування неповнолітнього потерпілого, свідка не може продовжуватися без перерви понад одну годину, а загалом — понад дві години на день;
- особам, які не досягли шістнадцятирічного віку, роз'яснюється обов'язок про необхідність давання правдивих показань, не попереджуючи про кримінальну відповідальність за відмову від давання показань і за завідомо неправдиві показання;
- заборона проведення допиту за участю малолітнього або неповнолітнього свідка чи потерпілого разом з підозрюваним у кримінальних провадженнях щодо злочинів проти статевої свободи та статевої недоторканості, злочинів, учинених із застосуванням насильства або погрози застосування такого насильства.

1864. В українському законодавстві відсутнє чітке закріплення прав педагога та психолога, а також відсутній механізм відбору таких спеціалістів для участі під час допиту неповнолітнього. Критеріїв, що могли б задовольнити потреби якісної участі під час такого допиту не існує.

1865. Процес допиту у режимі відеоконференції обов'язково фіксується за допомогою технічних засобів відеозапису в порядку частини 9 статті 232 КПК. Технічний носій з відео та аудіозаписами допиту дитини долучається в якості додатку до журналу судового засідання та матеріалів кримінального провадження. Якщо допит поводився в порядку статті 232 КПК, технічний носій долучається в якості додатку до протоколу допиту дитини.

1866. КПК також містить положення, які в тій чи іншій мірі стосуються заходів безпеки у кримінальному провадженні, у тому числі відносно потерпілих і свідків, щодо яких існує ризик залякування, ймовірної помсти або повторної і вторинної віктимізації.

п.5 ч.1 ст.56 КПК	«Протягом кримінального провадження потерпілий має право [...]: за наявності відповідних підстав — на забезпечення безпеки щодо себе, близьких родичів чи членів своєї сім'ї, майна та житла»
п.8 ч.2 ст.66 КПК	«Свідок має право [...]: заявляти клопотання про забезпечення безпеки у випадках, передбачених законом»

ч.8 ст.336 КПК	«Особа, якій забезпечується захист, може бути допитана в режимі відеоконференції з такими змінами зовнішності і голосу, за яких її неможливо впізнати».
чч.5, 9, 10, 14, 15 ст.352 КПК	<p>«За клопотанням сторони кримінального провадження або самого свідка свідок допитується за відсутності певного допитаного свідка.</p> <p>У виняткових випадках для забезпечення безпеки свідка, який підлягає допиту, суд за власною ініціативою або за клопотанням сторін кримінального провадження чи самого свідка постановляє вмотивовану ухвалу про проведення допиту свідка з використанням технічних засобів з іншого приміщення, у тому числі за межами приміщення суду, або в інший спосіб, що унеможливує його ідентифікацію та забезпечує сторонам кримінального провадження можливість ставити запитання і слухати відповіді на них. У разі якщо існує загроза ідентифікації голосу свідка, допит може супроводжуватися створенням акустичних перешкод [...].</p> <p>Для забезпечення безпеки викривача його допит в якості свідка проводиться з дотриманням Закону України "Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві" [...].</p> <p>Свідок може бути допитаний повторно в тому самому або наступному судовому засіданні за його клопотанням, за клопотанням сторони кримінального провадження або за ініціативою суду, зокрема, якщо під час судового розгляду з'ясувалося, що свідок може надати показання стосовно обставин, щодо яких він не допитувався [...].</p> <p>Суд має право призначити одночасний допит двох чи більше вже допитаних учасників кримінального провадження (свідків, потерпілих, обвинувачених) для з'ясування причин розбіжності в їхніх показаннях, який проводиться з урахуванням правил, встановлених частиною дев'ятою статті 224 цього Кодексу [...].»</p>
ч.2 ст.353 КПК	«Допит потерпілого проводиться з дотриманням правил, передбачених частинами другою, третьою, п'ятою — чотирнадцятою статті 352 цього Кодексу».

1867. **КПК передбачає можливість проведення закритих судових засідань**, яка є однією з процесуальних гарантій нерозголошення відомостей про приватне життя осіб, а також створює умови для повного та всебічного дослідження всіх фактичних обставин кримінального провадження. Адже не виключено, що свідок або потерпілий, побоюючись помсти або розголошення відомостей, які принижують його честь і гідність, може замовчувати істотні для провадження обставини, не давати детальних відомостей про відомі йому факти. Аби не допустити цього, законодавець у статті 27 КПК передбачив можливість здійснення кримінального провадження у закритому судовому засіданні за участю лише сторін та інших учасників кримінального провадження.

ч.2 ст.27 КПК	<p>Слідчий суддя, суд може прийняти рішення про здійснення кримінального провадження у закритому судовому засіданні впродовж усього судового провадження або його окремої частини лише у разі:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1) якщо обвинуваченим є неповнолітній; 2) розгляду справи про кримінальне правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості особи; 3) необхідності запобігти розголошенню відомостей про особисте та сімейне життя чи обставин, які принижують гідність особи; 4) якщо здійснення провадження у відкритому судовому засіданні може призвести до розголошення таємниці, що охороняється законом; 5) необхідності забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні.
--------------------------	---

Цей перелік є вичерпним та розширювальному тлумаченню не підлягає.

2. Коротке обговорення відповідних судових рішень

1868. Верховний Суд у рішенні від 06.03.2018 у справі №686/12914/16-к (провадження №51-173км18)³³²¹ зазначив, що «[...] частинами 1, 4 ст. 354 КПК визначено, що допит малолітнього свідка, і за розсудом суду, неповнолітнього свідка проводиться в присутності законного представника, педагога чи психолога, а у випадках, коли це необхідно для об'єктивного з'ясування обставин та/або захисту прав малолітнього чи неповнолітнього свідка, за ухвалою суду він може бути допитаний поза залом судового засідання в іншому приміщенні з використанням відеоконференції (дистанційне судове провадження) [...]. Крім того, як встановив суд апеляційної інстанції допит малолітнього потерпілого, з урахуванням його психологічного стану внаслідок вчиненого щодо нього злочину та присутності при допиті незнайомих йому осіб проведений з дотриманням вимог ч. 10 ст. 352 КПК, з таким висновком суду погоджується і Верховний Суд».

1869. У постанові від 17.01.2023 у справі №753/13113/18 (провадження №51-6км21)³³²² Верховний Суд звернув увагу, що «48. [...] відмова суду першої інстанції від допиту потерпілої була виправданою в обставинах цієї справи, Суд не вважає позасудові показання потерпілої, отримані під час опитування у «Зеленій кімнаті» недопустимими з погляду частини 1 у сукупності з пунктом 5 частини 2 статті 87 КПК [...].

56. У цій справі сторона захисту не навела доводів, яким чином сам факт того, що опитування потерпілої було проведено психологом, істотно порушив права сторони захисту в обставинах цієї справи. Таким чином, Суд не вважає саме по собі те, що показання потерпілої отримані «неналежним суб'єктом», достатньою підставою для визнання показань потерпілої під час опитування в «Зеленій кімнаті» недопустимими».

³³²¹ Постанова ВС від 06.03.2018 у справі №686/12914/16-к (провадження №51-173км18). — URL: reyestr.court.gov

³³²² Постанова ВС від 17.01.2023 у справі №753/13113/18 (провадження №51-6км21). — URL: reyestr.court.gov

1870. У цій же постанові Верховний Суд звернув увагу, що опитування дитини має проводитися особою, спеціально підготовленою для таких цілей: «Компетенції, необхідні для виконання таких функцій, містяться у пункті 42 Керівних принципів ООН щодо судочинства у питаннях дітей-жертв і дітей-свідків злочинів [...] 75. У вирокі суду відсутня оцінка, чи володіла психолог, яка проводила опитування, відповідними навичками, а також будь-які відомості про її підготовку для виконання такої ролі.

76. Також немає оцінки того, наскільки запрошена психолог розуміла задачі опитування у «Зеленій кімнаті» [...].

102. [...] твердження психолога як в суді, так і у «професійному висновку», не можуть вважатися показаннями свідка в значенні статті 95 КПК, а за своєю природою є думкою або висновком [...].

104. Якщо висновок чи думка не стосуються повідомлених свідком фактів, а є результатом певного дослідження, до такого висновку мають застосовуватися правила, передбачені для висновку експерта [...]. 105. Суд погоджується зі стороною захисту у тому, що такий висновок є недопустимим, оскільки психолог, яка його склала, не є судовим експертом, тобто її кваліфікація в проведенні таких досліджень не підтверджена в установленому порядку, і вона не несе юридичної відповідальності за висновки, повідомлені нею суду».

D. Судовий контроль за допитом свідка

1. Коротке обговорення відповідних законодавчих положень КПК України

1871. Роль судді під час допиту у судовому засіданні є ключовою, оскільки він фактично керує усім ходом його проведення, й оцінка показань залежить від нього.

ч.1 ст.321 КПК	«Головуючий у судовому засіданні керує ходом судового засідання, забезпечує додержання послідовності та порядку вчинення процесуальних дій, здійснення учасниками кримінального провадження їхніх процесуальних прав і виконання ними обов'язків, спрямовує судовий розгляд на забезпечення з'ясування всіх обставин кримінального провадження, усуваючи з судового розгляду все, що не має значення для кримінального провадження»
ч.3 ст.352 КПК	«Суд зобов'язаний контролювати хід допиту свідків, щоб уникнути зайвого витрачання часу, захистити свідків від образи або не допустити порушення правил допиту»
ч.2 ст.353 КПК	«Допит потерпілого проводиться з дотриманням правил, передбачених частинами другою, третьою, п'ятою — чотирнадцятою статті 352 цього Кодексу»

1872. Слідчі дії є травматичним та стресовим досвідом для уразливих свідків, потерпілих, особливо для неповнолітніх та осіб, які постраждали внаслідок на-

сильницьких дій. Одне із завдань судді під час допиту — забезпечити почуття безпеки та не травмувати особу повторно.

1873. На допомогу суддям та співробітникам правоохоронних органів підготовлена чимала кількість Методичних рекомендацій³³²³, Пам'яток³³²⁴, Порадників³³²⁵ щодо опитування дітей, що стали свідками та/або жертвами злочину, у яких детально описані поради щодо процесу підготовки, проведення опитування дитини, а також основних вимог до поведінки фахівця під час проведення опитування дитини.
1874. Корисним інструментом для суддів (слідчих суддів), який гарантуватиме захист інтересів всіх учасників допиту, є також Нідерландський протокол роботи зі свідками.³³²⁶
1875. Головуючому важливо уникати формального підходу до допиту потерпілого або свідка, оскільки негативні зміни в мисленні та настрої останніх можуть мати прямі наслідки для допиту. Важливо звертати увагу на невербальні сигнали — зовнішній вигляд, міміку, погляд, тембр голосу тощо.
1876. КПК не містить окремої статті, яка б визначала повноваження головуючого у судовому засіданні, у тому числі, спрямовані на попередження травматизації постраждалої особи/свідків. Разом з тим, на підставі аналізу наведених вище рекомендаційних матеріалів можна виокремити прямо не врегульований законом невичерпний перелік повноважень суддів (слідчих суддів) щодо контролю за допитом особи з метою уникнення ревіктимізації, при цьому не порушуючи права обвинуваченого, зокрема:
- під час підготовки до допиту постраждалої особи/свідка на основі наявних матеріалів та/або інформації, наданої сторонами кримінального провадження, за можливості оцінити її вразливість (вік; психологічні проблеми; характер вчиненого злочину; страх помсти тощо), а також важливість її інтересів та інтересів кожної зі сторін;
 - активно застосовувати визначену статтями 336, 352 КПК можливість здійснення дистанційного судового провадження, зокрема проведення допиту потерпілого, свідка з використанням технічних засобів з іншого приміщення, у тому числі за межами приміщення суду;
 - у разі проведення допиту потерпілого, свідка з використанням технічних засобів з іншого приміщення, за згодою сторін кримінального провадження розглянути питання, щоб прокурор і адвокат надали свої запитання в

³³²³ Методичні рекомендації для суддів щодо організації роботи з дітьми за методикою «Зелена кімната». — URL: www.unicef.org. Див. також: Методичні рекомендації щодо опитування дітей, що стали свідками та/або жертвами насильства, а також вчинили насильство: Метод. посіб. / Автори-упоряд.: Д. Пурас, О. Калашник, О. Кочемировська; Т. Цюман; за заг. ред. Т. Цюман. К.: ФОП КЛИМЕНКО, 2015. — 114 с. — URL: rm.coe.int

³³²⁴ Пам'ятка судді «Особливості опитування неповнолітнього потерпілого чи свідка злочину». — URL: drive.google.com

³³²⁵ Порадник для фахівців, які беруть участь в опитуванні малолітніх свідків та потерпілих «Як опитувати дитину». — URL: childfund.org

³³²⁶ Протокол роботи зі свідками, підготовлений Інформаційним центром з питань роботи зі свідками[нід. Kenniscentrum Getuigen] та психологом Джорджем Смітом

- письмовій формі, які під час допиту ставив суддя (слідчий суддя); за потреби провести додаткові судові засідання;
- за необхідності залучити психолога в якості спеціаліста;
 - посилити відчуття фізичної безпеки свідка, потерпілого шляхом вжиття заходів щодо прибуття, присутності в залі судових засідань та від'їзду;
 - завчасно надати особі інформацію про допит (мету, процедуру та роль усіх учасників допиту; інформацію про будівлю та залу судових засідань (за необхідності надати можливість відвідати місце проведення допиту напередодні), чи є допит закритим або відкритим, хто може бути присутнім тощо);
 - дотримуватись та спонукати до дотримання іншими учасників кримінального провадження принципів правосуддя (найкращі інтереси дитини, честь, гідність, захист від дискримінації тощо);
 - створити атмосферу, в якій постраждала особа/свідок почуватиметься в безпеці, стежити за її самопочуттям (наявність нервозності, відволікання, замкнутості або сильної емоційної реакції тощо);
 - стежити за тим, щоб запитання під час допиту були делікатними, поважними, незасуджувальними і необразливими;
 - стежити за тим, щоб запитання були короткими, простими, без юридичних термінів і подвійних заперечень, відповідали освітньому рівню особи;
 - забезпечити, щоб під час допиту у суді особа була захищена від будь-якої інформації, яка може завдати шкоди її добробуту;
 - забезпечити, щоб допит у суді був адаптований до темпу та тривалості концентрації уваги (мають бути передбачені перерви, а слухання справи не має тривати надто довго);
 - забезпечити, наскільки це можливо, щоб допит дитини відбувався у дружній до дитини обстановці, що відповідає критерію «безпечне місце», без присутності сторін (за можливості у спеціалізованих залах судових засідань або поза межами суду — «Зелених кімнатах», центрах «Барнахус»);
 - у разі необхідності забезпечити, щоб допит постраждалої особи/свідка у суді відбувався без прямого зорового контакту та спілкування з підозрюваним/обвинуваченим;
 - забезпечити можливість перегляду відеозапису допиту дитини або іншої уразливої особи у досудовому розслідуванні з метою уникнення додаткової травматизації під час повторного допиту в суді;
 - відводити поставлені учасниками судового провадження запитання, які повторюються; стосуються особистого життя, що не мають стосунку до кримінального правопорушення; можуть присоромити чи поставити в незручне становище (з огляду на культурні цінності та норми); спрямовані на залякування тощо.

II. Міжнародне право та стандарти, що стосуються запобігання повторній віктимізації в кримінальних провадженнях

A. Вступ

1877. У цьому розділі викладено міжнародні стандарти та керівні принципи, що стосуються запобігання повторній віктимізації свідків та потерпілих унаслідок їхньої участі в кримінальному провадженні.³³²⁷ Попри відсутність міжнародних правових стандартів, які чітко регулюють запобігання повторній віктимізації, розгляд цього питання і забезпечення наявності заходів з його розв'язання порушує певні питання у сфері права прав людини, і не лише прав потерпілих, які стають свідками, але й також обмежень таких прав у ситуації, коли знайдено обов'язковий баланс цих прав і прав обвинувачених у міжнародних кримінальних провадженнях.
1878. Попри те, що не існує спеціальних правил запобігання повторній віктимізації, яка виникає під час розгляду справ про воєнні або інші міжнародні злочини, міжнародні кримінальні трибунали опікуються питанням захисту свідків і жертв з моменту свого створення в сучасну епоху, коли Рада Безпеки ООН ухвалила Статут МКТЮ. Міжнародні кримінальні трибунали зазвичай передбачають заходи захисту свідків, яким об'єктивно загрожує небезпека заподіяння шкоди, зокрема спеціальні заходи для найбільш вразливих потерпілих від злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством. МКС вжив інноваційних кроків у цьому напрямку, зокрема за рахунок спеціальних заходів, що відрізняються від формальних заходів з захисту, але є більш доступними для свідків, а також розробив комплексні та детальні процедури ознайомлення свідків з процесом та оцінювання їх вразливості, які, серед іншого, покликані полегшити надання свідками свідчень та мінімізувати можливі травми, які можуть виникнути в результаті давання свідчень.

B. Що таке повторна віктимізація?

1879. Повторна або вторинна віктимізація, — це «віктимізація, яка виникає не як прямий результат злочинного діяння, а через реакцію інституцій і осіб на потерпілу особу».³³²⁸ Оскільки цей розділ призначений для суддів, він присвячений уникненню повторної віктимізації в контексті участі в кримінальному провадженні.

³³²⁷ У цьому розділі не йдеться про потерпілих як таких, що беруть участь у провадженнях. Утім, це було б корисним в плані їхнього досвіду, насамперед, якщо їм дозволено мати подвійний статус потерпілих та свідків, яких викликають для давання свідчень, на відміну від реалізації можливості поділитися своїми поглядами та проблемами.

³³²⁸ [Довідник із питань правосуддя для потерпілих: про використання та застосування Декларації основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою. Управління ООН з контролю над наркотиками та запобігання злочинності та Центр із запобігання міжнародній злочинності, 1999, с. 9.](#)

С. Міжнародні правові стандарти, що стосуються запобігання повторній віктимізації

1880. Не існує як такого міжнародного права, яке б регулювало запобігання повторній віктимізації. Міжнародні правові стандарти щодо повторної віктимізації впливають із міжнародного права прав людини. Зокрема, міжнародні договори з прав людини, що мають обов'язкову силу в Україні, гарантують право підсудного допитувати свідків обвинувачення або вимагати, щоб їх допитали.³³²⁹ Водночас вони визнають, що кримінальне «провадження має бути організоване в такий спосіб, щоб не ставити під невинувачення загрозу життя, свободу чи безпеку свідків, і зокрема, потерпілих, яких викликають для давання показань, або їхні інтереси, що загалом регулюються статтею 8 Конвенції».³³³⁰

1. Відповідна практика Європейського суду з прав людини

1881. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) виклав відповідні міркування щодо забезпечення балансу між правами підсудного на вивчення доказів проти нього та законними інтересами свідків і потерпілих. Хоча цей корпус права безпосередньо не стосується повторної віктимізації, принципи, що регулюють баланс між правами підсудних та інтересами потерпілих, є дуже важливими в контексті цього питання.

1882. В контексті прийнятності доказів ЄСПЛ послідовно зазначає, що «прийнятність доказів є насамперед предметом регулювання національного законодавства і, як правило, національні суди повинні оцінювати докази, що їм надаються».³³³¹

1883. Згідно зі статтею 6(3)(d) ЄКПЛ, підсудний має загальне право на розгляд доказів проти нього у відкритому судовому засіданні.³³³²

³³²⁹ МПГПП, стаття 14(3)(е); ЄКПЛ, стаття 6(3)(d). Україна ратифікувала МПГПП та ЄКПЛ. Див. також: Комітет з прав людини. [Зауваження загального порядку № 32, Стаття 14: Право на рівність перед судами та трибуналами та на справедливий суд](#), ССРР/С/Г/32, 23 серпня 2007, п. 39; ЄСПЛ, [Посібник із статті 6 Європейської конвенції з прав людини. Право на справедливий суд \(кримінально-процесуальний аспект\)](#), пункти 222, 308, 495-537; оновлено 31 серпня 2022 р. Україна ратифікувала МПГПП та ЄКПЛ.

³³³⁰ Див., напр., ЄКПЛ, [рішення у справі](#) «Й проти Словенії», п. 103. Див. також [ЄКПЛ](#), статті 3, 8; [МПГПП](#), статті 6, 9, 17.

³³³¹ Див., наприклад, ЄСПЛ, [рішення у справі](#) Доорсон проти Нідерландів, п. 67.

³³³² ЄСПЛ, [рішення Великої палати у справі](#) Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства, пункти 118, 127.

ЄСПЛ, РІШЕННЯ ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ АЛЬ-ХАВАЯ І ТАХЕРІ ПРОТИ СПОЛУЧЕНОГО КОРОЛІВСТВА, ПУНКТИ 118, 127

«Перед винесенням вироку стосовно обвинуваченого всі докази проти нього зазвичай мають бути представлені в його присутності у відкритому судовому засіданні з метою забезпечення змагальності сторін. Винятки з цього принципу можуть бути, але вони не повинні порушувати права захисту, які, зазвичай, вимагають, щоб підсудному була надана адекватна і належна можливість заявити відвід і допитати свідка, який свідчить проти нього, або під час давання свідчень таким свідком, або на більш пізній стадії провадження. Ці принципи є особливо актуальними під час використання показань свідків, отриманих в ході поліцейного розслідування та судового розслідування під час розгляду справи».

[...]

«Основний принцип полягає в тому, що підсудний у кримінальному судовому провадженні повинен мати ефективну можливість оскаржити докази проти нього. Цей принцип вимагає не лише того, щоб підсудний знав своїх обвинувачів, аби мати можливість заперечити чесність і достовірність їхніх свідчень, він вимагає можливості для підсудного перевірити правдивість і достовірність їхніх свідчень шляхом їх усного допиту в його присутності, або тоді, коли свідок робить заяву, або на пізнішому етапі провадження».

1884. Це право має обмеження.³³³³

ЄСПЛ, РІШЕННЯ У СПРАВІ ДООРСОН ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ, 26 БЕРЕЗНЯ 1996 Р., П. 70.

«Дійсно, стаття 6 прямо не вимагає врахування інтересів свідків загалом і інтересів потерпілих, яких викликають для давання показань зокрема. Проте їхні життя, свобода чи особиста безпека можуть опинитися під загрозою, як і інтереси, що загалом охоплюються статтю 8 Конвенції. Такі інтереси свідків і потерпілих в принципі захищаються іншими, матеріальними положеннями Конвенції, які передбачають, що Договірні держави повинні організувати свої кримінальні провадження у такий спосіб, щоб ці інтереси не були безпідставно поставлені під загрозу. З огляду на це, принципи справедливого суду вимагають, щоб у відповідних випадках інтереси сторони підсудного були збалансовані з інтересами свідків або потерпілих, від яких вимагається давання свідчень».

1885. З цих принципів випливає, що (1) для неявки свідка має бути поважна причина; і (2) якщо засудження ґрунтується виключно або вирішальною мірою на свідченнях свідка, якого не допитали в суді, це може порушити права підсудного на справедливий суд.³³³⁴

1886. Смерть свідка була чітко встановлена і вважалася поважною причиною його неявки та прийняття його свідчень.³³³⁵

³³³³ ЄСПЛ, рішення у справі Доорсон проти Нідерландів, п. 70.

³³³⁴ ЄСПЛ, рішення Великої палати у справі Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства, п. 119.

³³³⁵ ЄСПЛ, рішення Великої палати у справі Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства, п. 121.

1887. Якщо відсутність свідка спричинена страхом, питання полягає в тому, чи існують об'єктивні підстави, підтверджені доказами, для страху з боку свідка.³³³⁶ Якщо свідок не був допитаний на попередній стадії провадження прийняття письмових свідчень свідка замість усних свідчень у суді має бути крайнім заходом. Перш ніж звільнити свідка від давання свідчень на підставі його страху, суд повинен переконатися, що «всі наявні альтернативи, такі як анонімність свідка та інші спеціальні заходи, будуть недоречними або нездійсненними».³³³⁷

ЄСПЛ, РІШЕННЯ ВЕЛИКОЇ ПАЛАТИ У СПРАВІ АЛЬ-ХАВАЯ І ТАХЕРІ ПРОТИ СПОЛУЧЕНОГО КОРОЛІВСТВА, ПУНКТИ 123-124:

«Якщо страх свідка пов'язаний з відповідачем або особами, які діють від його імені, доцільно дозволити надання свідчень цим свідком у судовому засіданні без необхідності для свідка давати свідчення наживо або бути допитаним обвинуваченим або його представниками — навіть якщо такі свідчення були єдиним або вирішальним доказом проти відповідача. Дозволити підсудному скористатися страхом, який він викликав у свідків, було б несумісним з правами потерпілих і свідків. Жоден суд не може дозволити собі підірвати цілісність судового процесу в такий спосіб. Отже, підсудний, який діяв у такий спосіб, повинен вважатися таким, що відмовився від своїх прав допитувати в суді таких свідків згідно зі статтею 6 § 3 (d). Такого ж висновку слід дотримуватися тоді, коли погрози або дії, які призводять до того, що свідок боїться давати показання, походять від осіб, які діють від імені підсудного або з його відома та згоди».

[...]

«Не існує [...] жодної умови щодо того, що страх свідка має бути пов'язаний безпосередньо з погрозами з боку підсудного, зробленими для того, щоб цього свідка було звільнено від давання свідчень у суді. Крім того, страх смерті або тілесного ушкодження іншої особи чи фінансових втрат є важливими чинниками, які треба враховувати під час визначення того, чи потрібно вимагати від свідка давання усних показань. Однак це не означає, що наявності будь-якого суб'єктивного страху у свідка буде для цього достатньо».

1888. У тому, що стосується зазначеного вище правила про «єдині і вирішальні показання», єдиний доказ треба розуміти як «єдиний наявний доказ проти підсудного». «Слово «вирішальний» треба розуміти у вузькому сенсі як такий, що вказує на докази такого значення чи важливості, які, ймовірно, будуть визначальними для результату справи. Якщо неперевірені показання свідка підтримуються іншими підтверджувальними доказами, оцінка того, чи є вони вирішальними, буде залежати від сили підтверджувальних доказів; чим сильнішими є підтверджувальні докази, тим меншою є ймовірність того, що свідчення відсутнього свідка будуть вважатися вирішальними».³³³⁸
1889. Правило щодо «єдиного і вирішального показання» треба розглядати в загальному контексті справедливості судового провадження; тому, навіть якщо обвинувальний вирок ґрунтується виключно або вирішальним чином на пока-

³³³⁶ ЄСПЛ, рішення Великої палати у справі [Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства](#), п. 124.

³³³⁷ ЄСПЛ, рішення Великої палати у справі [Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства](#), п. 125.

³³³⁸ ЄСПЛ, рішення Великої палати у справі [Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства](#), п. 131.

заннях відсутніх свідків, це не означає автоматично, що відбулося порушення права на справедливий суд. Але «питання в кожному випадку полягає в тому, чи існують достатні врівноважувальні чинники, зокрема заходи, які дозволяють справедливо й належно оцінити надійність цих свідчень».³³³⁹

1890. Ці принципи отримали подальший розвиток у справі «Шачашвілі проти Німеччини», де суд детально розглянув наслідки таких міркувань.³³⁴⁰ Як і у випадку з критерієм «єдиного і вирішального свідчення», «відсутність вагомих причин для неявки свідка не може сама по собі свідчити про несправедливість судового розгляду», хоча вона може бути «дуже важливим чинником» досягнення такого висновку.³³⁴¹ Питання про те, чи була поважна причина для неявки свідка, має вирішувати суд, який розглядає справу.³³⁴²
1891. Якщо свідок відсутній через неможливість з ним зв'язатися, держава зобов'язана докласти «всіх розумних зусиль» для забезпечення його присутності, зокрема активний розшук свідка, звернення по міжнародну правову допомогу, якщо свідок перебуває за кордоном, та ретельну перевірку судом, який розглядає справу, причин його відсутності.³³⁴³
1892. Суд детально розглянув врівноважувальні чинники:
- «Врівноважувальні чинники повинні дозволяти справедливо і належним чином оцінити достовірність цих доказів»;³³⁴⁴
 - Масштаб необхідних врівноважувальних чинників залежить від ваги свідчень відсутнього свідка; чим важливіші докази, тим більшу «вагу повинні мати врівноважувальні чинники для того, щоб провадження в цілому вважалось справедливим»;³³⁴⁵
 - Важливим запобіжним заходом є обережний підхід до непереверених доказів, який передбачає демонстрацію того, що заяви відсутніх свідків мають меншу вагу, надання детального обґрунтування того, чому такі докази можуть бути надійними, і, де це можливо, надання відповідних інструкцій присяжним щодо свідчень відсутніх свідків;³³⁴⁶
 - Додатковою гарантією є демонстрація відеозапису допиту відсутнього свідка для того, щоб присутні в суді могли оцінити його поведінку та надійність,³³⁴⁷

³³³⁹ ЄСПЛ, [рішення Великої палати у справі Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства](#), пункти 146-147.

³³⁴⁰ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#). Хоча від імені відсутніх свідків було надано заяву про посттравматичний стресовий розлад, місцевий земельний суд Німеччини не прийняв її як виправдання (див. п. 133). Відповідно, у цій справі не оцінюється, чи може така вразливість вважатися вагомою причиною неявки до суду.

³³⁴¹ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 113.

³³⁴² ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 119.

³³⁴³ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 120-122.

³³⁴⁴ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 125.

³³⁴⁵ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 116.

³³⁴⁶ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 126.

³³⁴⁷ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 127.

- e. Наявність підтверджувальних доказів або аналогічних фактичних даних є додатковою важливою гарантією;³³⁴⁸
- f. Іншим запобіжним заходом є надання стороні захисту можливості ставити запитання відсутньому свідку як на стадії розслідування, так і опосередковано, «наприклад, у письмовій формі», під час судового розгляду;³³⁴⁹ та
- g. Підсудний повинен мати можливість викласти свою версію подій і поставити під сумнів достовірність і надійність відсутнього свідка.³³⁵⁰

1893. Ті самі принципи, які обговорювалися вище щодо неявки свідка, застосовуються до інших випадків, коли підсудний не мав можливості оскаржити чесність, достовірність, правдивість і надійність показань свідків шляхом їх усного допиту в суді у своїй присутності на певному етапі провадження, зокрема коли приймаються заяви анонімних свідків або коли застосовуються «спеціальні заходи перевірки».³³⁵¹

1894. Хоча ЄСПЛ розглядав ці принципи в контексті кримінальних проваджень у справах щодо сексуальних злочинів, зокрема у справах за участю неповнолітніх,³³⁵² суд не надав настанов ширшого характеру щодо того, чи може ризик травмування або повторної віктимізації внаслідок кримінального провадження для дорослих жертв злочинів, не пов'язаних із сексуальним насильством, бути вагомою причиною відсутності, анонімності чи інших спеціальних заходів.

ЄСПЛ, РІШЕННЯ У СПРАВІ «С.Н. ПРОТИ ШВЕЦІЇ», П. 47:

«Суд врахував особливості кримінальних проваджень щодо злочинів на сексуальному ґрунті. Такі провадження часто сприймаються потерпілими як важке випробування, зокрема, коли потерпілі мимоволі зустрічаються з підсудним. Ці особливості є ще більш помітними у справах за участі неповнолітніх. Розглядаючи питання про те, чи отримав під час такого провадження підсудний справедливий судовий розгляд, необхідно брати до уваги право на повагу до приватного життя гаданого потерпілого. Отже, Суд визнає, що в кримінальному провадженні щодо сексуального насильства можуть бути вжиті певні заходи з метою захисту потерпілої особи за умови, що такі заходи можна поєднати з належним та ефективним здійсненням права на захист [...]. Забезпечуючи права сторони захисту, судові органи можуть бути зобов'язані вжити заходів, які врівноважують перешкоди, в умовах яких працює сторона захисту [...]».

³³⁴⁸ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 128.

³³⁴⁹ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), пункти 129-130.

³³⁵⁰ ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», [Рішення Великої палати](#), п. 131.

³³⁵¹ Див., наприклад, ЄСПЛ, [Посібник із статті 6 Європейської конвенції з прав людини. Право на справедливий суд \(кримінально-процесуальний аспект\)](#), пункти 521-522.

³³⁵² Див., наприклад, ЄСПЛ, [рішення у справі «С.Н. проти Швеції»](#), п. 47; ЄСПЛ, [рішення у справі «Егнер проти Австрії»](#), п. 37; ЄСПЛ, [рішення у справі «Б проти Фінляндії»](#), п. 43.

1895. Навіть якщо в таких справах фігурують вразливі потерпілі, підхід ЄСПЛ все одно залежить від зусиль національного суду із захисту права обвинуваченого на допит свідків, які свідчать проти нього.³³⁵³

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ЄСПЛ, РІШЕННЯ У СПРАВІ «БОКОС-КУЕСТА ПРОТИ НІДЕРЛАНДІВ»:

У судовому провадженні щодо злочинів, скоєних по відношенню до неповнолітніх, національний суд відхилив клопотання підсудного про заслуховування свідчень неповнолітніх жертв на тій підставі, що інтерес підсудного щодо їх заслуховування переважили їхні інтереси «не бути змушеними знову переживати, можливо, дуже травматичний досвід». ЄСПЛ «не знайшов у матеріалах справи ознак того, що ця причина ґрунтувалася на будь-яких конкретних доказах, таких як, наприклад, висновок експерта. Суд визнає, що організація кримінального провадження таким чином, щоб захистити інтереси малолітніх свідків, зокрема, у судових провадженнях, пов'язаних із сексуальними злочинами, є важливим міркуванням, яке треба брати до уваги для цілей статті 6. Однак причина, наведена судами, які розглядали справу, для відмови в задоволенні клопотання заявника про виклик до суду чотирьох потерпілих, є недостатньо обґрунтованою, а отже, певною мірою спекулятивною». (п. 72)

1896. Водночас суд встановив, що права потерпілої особи від сексуального насильства були порушені, коли її було піддано тривалому перехресному допиту з неналежними запитаннями з боку підсудного.³³⁵⁴

ПРАКТИЧНИЙ ПРИКЛАД. ПРИНАЙМНІ В КОНТЕКСТІ СПРАВ, ПОВ'ЯЗАНИХ ІЗ СЕКСУАЛЬНИМ НАСИЛЬСТВОМ, НАЦІОНАЛЬНИЙ СУД ЗОБОВ'ЯЗАНИЙ ЗАБЕЗПЕЧИТИ ПРАВА ПОТЕРПІЛИХ. ЄКПЛ, РІШЕННЯ У СПРАВІ «Й ПРОТИ СЛОВЕНІЇ»:

У справі «Й проти Словенії» заявниця, ймовірна потерпіла від злочину сексуального насильства, стверджувала, що її права, передбачені статтею 8 ЄКПЛ, були порушені в результаті поведінки з нею як зі свідком у кримінальному провадженні стосовно її ймовірного кривдника. Розглядаючи її позов, Суд визнав що національні суди повинні дотримуватися складного балансу в забезпеченні права обвинуваченого на захист, водночас зазначивши, що це «не передбачає необмеженого права використовувати будь-які аргументи захисту» (п. 106). Суд підкреслив, що заявницю допитували на чотирьох засіданнях, проведених упродовж семи місяців, зокрема під час перехресного допиту самого обвинуваченого, де він ставив особисті запитання, навідні запитання, повторював одні й ті самі запитання та ставив під сумнів її правдивість (пункти 107-108).

³³⁵³ ЄСПЛ, [рішення у справі](#) «Бокос-Куеста проти Нідерландів», п. 72.

³³⁵⁴ ЄКПЛ, [рішення у справі](#) «Й проти Словенії», п. 103, 106-109, 114-115.

«Звичайно, стороні захисту потрібно було дати певну свободу дій, щоб оскаржити надійність і довіру до заявниці та виявити можливі невідповідності в її свідченнях. Однак Суд вважає, що перехресний допит не повинен використовуватися як засіб залякування або приниження свідків. У зв'язку з цим Суд вважає, що деякі запитання та зауваження Х., який без жодних доказових підстав припускав, що заявниця могла плакати, щоб маніпулювати людьми, що її страждання можна було б полегшити, якби вона повечеряла з ним, або що вона зізналася йому у своєму бажанні домінувати над чоловіками, були спрямовані не лише на підірив довіри до заявниці, але й мали на меті очорнити її». (п. 108)

«Суд вважає, що забезпечення належної поваги до особистої недоторканності заявниці в ході судового розгляду було насамперед обов'язком головуючого судді. На його думку, делікатність ситуації, в якій заявницю безпосередньо, детально і довго допитував чоловік, якого вона звинувачувала в сексуальному насильстві, вимагала від головуючого судді наглядку за формою і змістом запитань і коментарів Х. і, в разі необхідності, втручання. Дійсно, протокол судового засідання вказує на те, що головуючий суддя заборонив Х. ставити певні запитання, які не стосувалися справи. Однак Суд вважає, що образливі інсинуації Х. щодо заявниці також вийшли за межі того, що може бути терпимим в плані надання йому можливості ефективного захисту, і вимагали аналогічної реакції. На думку Суду, з урахуванням того, що Х. було надано широкі можливості для перехресного допиту, обмеження його особистих зауважень не призвело б до надмірного обмеження його права на захист. Проте таке втручання пом'якшило б явний стрес заявниці [...]». (п. 109)

ЄСПЛ усвідомлював, що завдання головуючого судді щодо збалансування суперечливих інтересів було делікатним, і Суд також зазначив, що були вжиті заходи для запобігання подальшій травматизації заявниці, зокрема: дозвіл взяти її перші показання перед слідчим суддею за відсутності підсудного та його захисника, недопущення публіки на судове засідання та видалення підсудного із зали судового засідання, коли заявниця давала свідчення, оголошення перерви, коли заявниця перебувала в стані стресу, попередження підсудного щодо повторних запитань і заборона підсудному ставити певні запитання. (п. 114)

«Проте, на думку Суду, попередні стосунки між заявницею та підсудним та інтимний характер предмета справи, а також юний вік заявниці — вона була неповнолітньою, коли відбулися ймовірні сексуальні домагання — були особливо чутливими моментами, які вимагали відповідного делікатного підходу з боку органів влади до проведення кримінального провадження у справі, що розглядалася. Беручи до уваги сукупну дію проаналізованих вище чинників, які негативно вплинули на особисту недоторканність заявниці [...], Суд вважає, що вони суттєво перевищували рівень дискомфорту, притаманний даванню показань у статусі потерпілої особи ймовірного сексуального насильства, і, відповідно, не можуть бути виправдані вимогами справедливого суду». (п. 114)

«Отже, Суд вважає, що спосіб, в який здійснювалося кримінальне провадження у цій справі, не забезпечив заявниці необхідного захисту, щоб досягти належного балансу між її правами та інтересами, захищеними статтею 8, та правами Х. на захист, захищеними статтею 6 Конвенції». (п. 115)

2. Інші міжнародні керівні принципи

1897. Міжнародні керівні принципи щодо правосуддя для потерпілих від злочинів також містять відповідні принципи запобігання повторній віктимізації. Зокрема, у Довіднику з питань правосуддя для потерпілих є розділ, який стосується ролі судової влади у сприянні правосуддю для потерпілих. Довідник і рекомендації до нього були прийняті в цілях реалізації Декларації Генеральної Асамблеї ООН основних принципів правосуддя для потерпілих від злочинів та

зловживання владою.³³⁵⁵ Хоча ці рекомендації не є обов'язковим юридичним документом, вони можуть стати слушним орієнтиром для суддів під час розгляду питань потерпілих та потерпілих, що дають показання як свідки, у справах, що перебувають на їхньому розгляді. Чимало з цих рекомендацій для суддів включають заходи, які можна описати як допоміжні або підтримувальні, і які можуть допомогти уникнути повторної віктимізації або послабити її, навіть якщо формальні заходи захисту недоступні.

1898. У Довіднику зазначається, що судді відіграють провідну роль у забезпеченні ввічливого, поважного та справедливого поводження з потерпілими та свідками. Частково цього можна досягти, забезпечивши потерпілих і свідків інформацією про їхні права та привілеї, а також про фізичне розташування будівлі суду, розмір гонорару свідка, компенсаційні фонди та іншу доступну фінансову допомогу. Судді також можуть забезпечити створення судовою адміністрацією місць для прийому потерпілих і свідків та надання їм інформації про публічні та громадські послуги.³³⁵⁶
1899. Судді також можуть забезпечити повне інформування потерпілих про хід судового розгляду, зокрема шляхом надання потерпілим можливості отримувати інформацію, що стосується їхніх справ, від працівників суду. Судді також можуть, наскільки це можливо, розглянути питання про те, щоб потерпілі, принаймні на їхнє прохання, були поінформовані про звільнення підсудного з-під варті.³³⁵⁷
1900. Судді можуть заохочувати або навіть організовувати надання спеціальних послуг і підтримки потерпілих в юрисдикції свого суду, зокрема: (1) «окремі зони очікування для сторони захисту та свідків обвинувачення, зокрема потерпілих»; (2) «послуги усних і письмових перекладачів для потерпілих і свідків у будівлі суду»; (3) «систему «за викликом» для мінімізації непотрібних відвідувань зали суду»; (4) «швидке повернення доказів»; (5) «наявність спеціального транспорту та заходів безпеки під час транспортування до та з будівлі суду, якщо йдеться про безпеку свідків»; (6) «інформування громадськості про важливість підтримки участі потерпілих і свідків у судовому провадженні»; (7) «послуги з догляду за дітьми для потерпілих і свідків»; (8) «кризове втручання, консультування та інші послуги підтримки для потерпілих»; (9) «забезпечення того, щоб з потерпілих не стягували плату за експертизу щодо з'ясування чи інші витрати на збір і збереження доказів»; та (10) «встановлення справедливої та відповідної винагороди для свідків».³³⁵⁸
1901. Судді повинні виносити рішення про відшкодування збитків потерпілим, де тільки це можливо. Судді повинні сприяти участі потерпілих, наскільки це можливо згідно із законом.³³⁵⁹

³³⁵⁵ [Довідник із питань правосуддя для потерпілих](#). Передмова, п. iv. Див. також [Декларацію основних принципів правосуддя для жертв злочинів та зловживання владою](#), прийняту резолюцією 40/34 Генеральної Асамблеї ООН від 29 листопада 1985 року.

³³⁵⁶ [Довідник із питань правосуддя для потерпілих](#), с. 69.

³³⁵⁷ [Довідник із питань правосуддя для потерпілих](#), с. 70.

³³⁵⁸ [Довідник із питань правосуддя для потерпілих](#), с. 70.

³³⁵⁹ [Довідник із питань правосуддя для потерпілих](#), с. 70.

1902. Судді повинні дозволити, наскільки це можливо, щоб потерпілих у залі суду супроводжувала особа, яка надає їм підтримку. Необхідно заохочувати потерпілих робити заяви та враховувати такі заяви до винесення вироку, а також дозволяти потерпілим або членам їхніх родин залишатися в залі суду.³³⁶⁰
1903. Довідник також пропонує суддям «використовувати свої повноваження суддів для захисту потерпілих і свідків від переслідувань, погроз, залякування та шкоди шляхом: (1) «обмеження доступу до адрес потерпілих і свідків»; (2) «забезпечення інформування потерпілих та свідків про те, що, якщо вони погоджуються на допит протилежною стороною або слідчими до судового розгляду, вони можуть наполягати на проведенні допитів у нейтральних місцях»; і (3) «заохочувати прийняття законодавства або норм, які б вимагали від комісій з питань умовно-дострокового звільнення надання консультацій судді, прокурору, громадськості і потерпілій особі, за потреби, до проведення будь-яких судових засідань з питання звільнення правопорушника, засудженого за тяжкий злочин».³³⁶¹
1904. Стосовно «особливо вразливих потерпілих» судді повинні розглянути вжиття таких заходів: (1) «прискорене судове провадження»; (2) «заохочення застосування спеціально спроектованих або обладнаних залів суду для захисту вразливих потерпілих»; (3) «дозвіл на використання відеозаписів показань у справах, що стосуються вразливих потерпілих»; (4) «дозвіл вразливим потерпілим на те, щоб їх супроводжувала особа за їхнім вибором під час закритих проваджень у справах неповнолітніх»; та (5) «якщо підсудний провадить власний захист, не дозволяти підсудному безпосередньо ставити запитання потерпілій особі».³³⁶²
1905. Довідник також заохочує суддів брати участь у навчанні з підвищення тактовності й чутливості до питань, пов'язаних із потерпілими.³³⁶³

3. Міжнародні кримінальні трибунали та повторна віктимізація

1906. В міжнародних кримінальних трибуналах створені механізми, що гарантують захист прав свідків і потерпілих, зокрема заходи з протидії повторній віктимізації. Хоча ці заходи можуть слугувати певним орієнтиром для суддів, важливо пам'ятати, що ці процеси відбуваються на основі конкретних процесуальних норм, що застосовуються в цих судах. Українським суддям доведеться застосовувати власне процесуальне законодавство до справ, які вони розглядають.

а) Свідки та потерпілі в МКТЮ

1907. У Статуті та Правилах МКТЮ передбачалася низка заходів, спрямованих на захист свідків і потерпілих, які були прийняті іншими інтернаціоналізованими та гібридними трибуналами, а у випадку з МКС вони були ще й розширені.

³³⁶⁰ Довідник із питань правосуддя для потерпілих, с. 71.

³³⁶¹ Довідник із питань правосуддя для потерпілих, с. 71.

³³⁶² Довідник із питань правосуддя для потерпілих, с. 71.

³³⁶³ Довідник із питань правосуддя для потерпілих, с. 72.

1908. Стаття 20(1) Статуту МКТЮ вказує на обов'язок судової палати щодо «належного забезпечення захисту потерпілих і свідків» як складову її зобов'язання забезпечити справедливий і оперативний судовий розгляд. Стаття 22 Статуту МКТЮ передбачає, що правила процедури і доказування повинні передбачати захист свідків і потерпілих, які мають включати, серед іншого, проведення закритих засідань і захист даних про особу потерпілого.³³⁶⁴
1909. Відповідно до статті 22, Правила процедури та доказування передбачають можливість трибуналу вживати заходи захисту та інших заходів, які також сприяють наданню допомоги свідкам. Правило 34 Правил процедури і доказування МКТЮ передбачає створення Відділу з надання допомоги потерпілим і свідкам у підпорядкуванні Секретаря Суду. Вони мають право рекомендувати вжиття заходів захисту потерпілих і свідків, а також надавати їм консультації та підтримку, насамперед у провадженнях щодо згвалтування та сексуального насильства.³³⁶⁵
1910. Правила 69 і 75 Правил процедури і доказування МКТЮ передбачають захист потерпілих і свідків. Правило 69 дозволяє судді або судовій палаті за виняткових обставин винести постанову про досудове нерозголошення даних про особу потерпілого або свідка, яким може загрожувати небезпека.³³⁶⁶ Правило 75 передбачає низку заходів захисту під час судового розгляду, які можуть бути призначені суддею або палатою за власною ініціативою чи на прохання сторони чи Відділу з надання допомоги потерпілим і свідкам, зокрема: (1) низку заходів із захисту особистих даних чи місця перебування самих потерпілих і свідків, їхніх родичів чи партнерів; (2) закриті засідання; та (3) «відповідні заходи з полегшення давання показань уразливими потерпілими та свідками, наприклад, за допомогою системи відеоконференції замкнутого контуру».³³⁶⁷
1911. Правило 75(D) вимагає, щоб палати «контролювали те, як проводиться допит, з метою уникнення будь-яких переслідувань чи залякувань». Правило 75(C) також вимагає від Відділу з надання допомоги потерпілим і свідкам забезпечувати інформування свідків до початку давання ними показань про те, що дані про їхню особу можуть розкриватися під час інших проваджень.³³⁶⁸ За загальним правилом, заходи захисту продовжують діяти під час подальших проваджень, якщо їх не скасовано або не змінено за рішенням суду.³³⁶⁹
1912. Правило 79 Правил процедури і доказування МКТЮ дозволяє проведення закритих засідань з міркувань «громадського порядку чи моралі», для «безпеки, захисту або нерозголошення даних про особу потерпілого чи свідка» або «захисту інтересів правосуддя».³³⁷⁰ Правило 81 *bis* уповноважує суддю або палату

³³⁶⁴ Статут МКТЮ, статті 20(1) та 22.

³³⁶⁵ Правила процедури і доказування МКТЮ, Правило 34.

³³⁶⁶ Правила процедури і доказування МКТЮ, Правило 69.

³³⁶⁷ Правила процедури і доказування МКТЮ, Правило 75(A), (B).

³³⁶⁸ Правила процедури і доказування МКТЮ, Правило 75(C), (D).

³³⁶⁹ Правила процедури і доказування МКТЮ, Правило 75(F)-(K).

³³⁷⁰ Правила процедури і доказування МКТЮ, Правило 79.

винести постанову про проведення провадження в режимі відеозв'язку, якщо це відповідає інтересам правосуддя.³³⁷¹

1913. Правило 96 Правил процедури і доказування МКТЮ передбачає спеціальні процедури надання доказів у справах про сексуальне насильство, які включають закриті провадження до того, як будуть дозволені будь-які докази згоди потерпілої особи; додаткові обмеження щодо доказів згоди; правило про неприйнятність доказів попередньої сексуальної поведінки потерпілої особи; правило про те, що не можна вимагати жодних підтверджень свідчення потерпілої особи.³³⁷²
1914. Окрім того, хоча це і не є заходом захисту як таким, Правило 92 *bis* дозволяє приймати письмові заяви замість усних свідчень свідка, якщо дотримані певні вимоги. У загальному плані можливість повторної віктимізації не згадується серед чинників, які обумовлюють прийняття письмових свідчень. Разом з тим, якщо докази стосуються впливу злочинів на потерпілих, цей чинник свідчить на користь прийняття свідчень у письмовому вигляді.³³⁷³ Згодом було прийнято правило 92 *quinquies*, яке дозволяє приймати заяви свідків, які не з'являються в суді внаслідок «істотного тиску засобами неналежного втручання, яке включає погрози, залякування, заподіяння тілесних ушкоджень, підкуп або примус».³³⁷⁴
1915. Зазвичай, у судових провадженнях МКТЮ сторона, яка просила про заходи захисту, повинна була «продемонструвати наявність об'єктивно обґрунтованої загрози безпеці або добробуту свідка або його сім'ї, якщо стане публічно відомо, що він або вона дають свідчення в Трибуналі».³³⁷⁵ Отже, за винятком спеціальних процедур для потерпілих від сексуального насильства та «належних заходів для сприяння даванню показань вразливими потерпілими та свідками» відповідно до Правила 75(В)(iii), небезпека травматизації, як правило, не могла бути підставою для застосування в МКТЮ призначених судом заходів захисту.
1916. У загальному плані, за правилами МКТЮ, формальні заходи із захисту в цілях уникнення повторної віктимізації передбачені не були. Разом з тим прикладами заходів, які не є заходами захисту, призначеними судом, але є здатними допомогти уникнути потенційної травматизації потерпілих або послабити її, є послуги з підтримки, які надавалися Відділом допомоги потерпілим і свідкам МКТЮ, включно з соціально-психологічним консультуванням та допомогою свідкам.³³⁷⁶

б) Свідки та потерпілі в МКС

1917. МКС має у своєму Статуті та Правилах процедури і доказування, положення щодо свідків і потерпілих, які є подібними до тих, що мав МКТЮ, а також

³³⁷¹ [Правила процедури і доказування МКТЮ](#), Правило 81 bis.

³³⁷² [Правила процедури і доказування МКТЮ](#), Правило 96.

³³⁷³ [Правила процедури і доказування МКТЮ](#), Правило 92 bis.

³³⁷⁴ [Правила процедури і доказування МКТЮ](#), Правило 92 квінквіес.

³³⁷⁵ Див., напр., МКТЮ, [рішення про захисні заходи у справі Караджича](#) від 9 липня 2013 року, п. 6.

³³⁷⁶ Див. в загальному плані: Типові запитання для свідків МКТЮ. [Що таке Відділ з надання допомоги потерпілим і свідкам?](#)

низку нововведень щодо захисту свідків і потерпілих, зокрема положення, які стосуються вразливих свідків і потерпілих.

1918. Стаття 43(6) Статуту МКС утворює в структурі Секретаріату Підрозділ з надання допомоги потерпілим і свідкам (далі — «Підрозділ»), який «забезпечує у консультації з Офісом Прокурора заходи захисту і процедури безпеки, консультаційну та іншу відповідну допомогу свідкам, потерпілим, які з'являються до Суду, та іншим особам, яким загрожує небезпека в результаті показань, даних такими свідками. До складу Підрозділу входять співробітники, які мають досвід роботи з питань, що стосуються травм, у тому числі травм, пов'язаних зі злочинами сексуального насильства».³³⁷⁷
1919. Стаття 68 Статуту МКС передбачає заходи захисту для потерпілих і свідків. Вона передбачає «належні заходи для захисту безпеки, фізичного і психічного благополуччя, гідності та недоторканності особистого життя потерпілих і свідків». При цьому Суд враховує всі відповідні чинники, у тому числі вік, стать і стан здоров'я свідка або потерпілого, а також характер злочину, зокрема у випадках коли «злочин включав сексуальне насильство, гендерне насильство або насильство над дітьми».³³⁷⁸
1920. Стаття 68(2) дозволяє проведення провадження in camera, надання доказів за допомогою електронних або інших спеціальних засобів як виняток із принципу публічних слухань, і зазначає, що «такі заходи вживаються у випадку, коли йдеться про жертву сексуального насильства або дитину, яка є потерпілим чи свідком, якщо Суд не розпорядився інакше, з урахуванням усіх обставин, особливо думки такого потерпілого чи свідка».³³⁷⁹ Стаття 68(4) уповноважує Підрозділ з надання допомоги потерпілим і свідкам МКС «рекомендувати Прокурору і Суду відповідні заходи захисту, процедури забезпечення безпеки, надання консультаційної та іншої допомоги».³³⁸⁰ Стаття 68(5) дозволяє нерозкриття доказів та інформації у випадках, коли розкриття може спричинити виникнення «серйозної загрози безпеці будь-якого свідка або членів його сім'ї».³³⁸¹
1921. У Правилах 16-19 Правил процедури і доказування визначено обов'язки Секретаріату МКС загалом та Підрозділу з надання допомоги потерпілим і свідкам зокрема щодо потерпілих і свідків. Ці правила зобов'язують Секретаріат та Підрозділ вживати низку заходів для полегшення участі та забезпечення захисту свідків і потерпілих, у тому числі, серед іншого, інформування їх про їхні права, про роботу Підрозділу, наслідки давання показань, надання їм допомоги в контексті офіційних заходів захисту, а також «в отриманні медичної, психологічної та іншої відповідної допомоги».³³⁸²

³³⁷⁷ [Статут МКС](#), стаття 43(6).

³³⁷⁸ [Статут МКС](#), стаття 68(1).

³³⁷⁹ [Статут МКС](#), стаття 68(2).

³³⁸⁰ [Статут МКС](#), стаття 68(4).

³³⁸¹ [Статут МКС](#), стаття 68(5).

³³⁸² [Правила процедури і доказування МКС](#), Правила 16-19.

1922. Правило 86 вимагає від палат МКС під час винесення постанов та від інших органів суду під час виконання ними своїх функцій «врахування потреб усіх потерпілих і свідків відповідно до статті 68, зокрема дітей, літніх людей, осіб з інвалідністю та потерпілих від сексуального або гендерного насильства». ³³⁸³
1923. Правило 87 передбачає процедури захисту свідків і потерпілих, зокрема такі конкретні заходи, як вилучення з протоколів імен або ідентифікаційних даних осіб, які перебувають у групі ризику, нерозголошення такої інформації третім особам, технічні заходи з запобігання розголошенню даних про особу або місце перебування, використання псевдонімів або проведення закритих судових засідань. ³³⁸⁴
1924. Правило 88 дозволяє палатам призначати «спеціальні заходи» для полегшення давання показань травмованим потерпілим або свідком, дитиною, особою похилого віку або жертвою сексуального насильства відповідно до пунктів 1 і 2 статті 68». ³³⁸⁵ Це правило також передбачає, що суд може ухвалювати рішення про «дозвіл для захисника, законного представника, психолога або члена сім'ї бути присутніми під час давання показань потерпілим або свідком». ³³⁸⁶ Насамкінець, «беручи до уваги, що порушення недоторканності приватного життя свідка або потерпілого може створити ризик для його або її безпеки, палата повинна пильно контролювати спосіб допиту свідка або потерпілого, щоб уникнути будь-яких домагань або залякування, приділяючи особливу увагу нападам на жертв злочинів сексуального насильства». ³³⁸⁷
1925. Подібно до МКТЮ, заходи захисту в судових провадженнях МКС надаються «тільки у виняткових випадках після оцінювання в кожному конкретному випадку їхньої необхідності з огляду на об'єктивно виправданий ризик і пропорційності правам підсудного», причому «таке оцінювання кожного окремого випадку передбачатиме окремий аналіз ризику щодо кожного свідка». ³³⁸⁸
1926. Однак у низці рішень ризик травматизації свідків розглядався як достатня підстава для санкціонування захисних або спеціальних заходів. ³³⁸⁹ Наприклад, у рішенні у справі «Гбагбо та Бле Гуде» від 3 листопада 2017 року прокурор вимагав закритого режиму давання показань для свідків, які стали жертвами сексуального насильства. Судова палата задовольнила це клопотання, визнавши, що «внаслідок травматичних подій, яких вони зазнали, вони є вразливими та дійсно можуть бути повторно травмовані, якщо дадуть свідчення публічно». ³³⁹⁰ Судова палата також постановила, що інший свідок повинен давати свідчення

³³⁸³ [Правила процедури і доказування МКС](#), Правило 86.

³³⁸⁴ [Правила процедури і доказування МКС](#), Правило 87.

³³⁸⁵ [Правила процедури і доказування МКС](#), Правило 88(1).

³³⁸⁶ [Правила процедури і доказування МКС](#), Правило 88(2).

³³⁸⁷ [Правила процедури і доказування МКС](#), Правило 88(5).

³³⁸⁸ МКС, [рішення щодо заходів захисту у справі Нтаганди](#), п. 6.

³³⁸⁹ Див., наприклад, МКС, [Рішення у справі Гбагбо та Бле Гуде](#) від 3 листопада 2017 р., пункти 6-14, 15-21, 22-29, 30-36. Див. також МКС, [Рішення у справі Гбагбо та Бле Гуде](#) від 27 листопада 2017 р., пункти 8-10, 15-16.

³³⁹⁰ МКС, [Рішення у справі Гбагбо та Бле Гуде від 3 листопада 2017 р.](#), п. 11.

у закритому режимі внаслідок зв'язку цього свідка з однією з жертв сексуального насильства і ризику порушення порядку давання показань першої особи в закритому режимі, якщо цей пов'язаний свідок буде давати свідчення публічно.³³⁹¹ Прокурор також подав клопотання щодо спеціальних заходів для певних свідків, зокрема «допомогу в читанні, регулярні перерви під час надання ними показань, адаптування судового допиту і присутність психолога під час давання ними показань».³³⁹² Судова палата задовольнила і це клопотання, зазначивши, що такі заходи можуть принести користь свідкам без жодного негативного впливу на права підсудних.³³⁹³ Нарешті, судова палата дозволила режим відеозв'язку з урахуванням таких чинників як побоювання одного зі свідків стосовно стану здоров'я та подорожі, а також стислий характер ймовірних показань іншого свідка.³³⁹⁴

1927. У справі *Онгвена* одноосібний суддя зробив інноваційний крок, надавши дозвіл на отримання свідчень до затвердження обвинувального акту на підставі унікальної слідчої можливості за обставин, які не передбачали неможливості свідків бути фізично присутніми на майбутньому судовому розгляді. У цих рішеннях одноосібний суддя відкинув думку про те, що дозвіл на отримання доказів як унікальна можливість для проведення розслідування відповідно до статті 57 Статуту МКС обмежується обставинами, коли свідки фізично не можуть бути присутніми на судовому процесі. Одноосібний суддя санкціонував отримання свідчень, мотивувавши це небезпекою того, що вони можуть стати недоступними через тиск на свідків, який може призвести до того, що отримати їх стане неможливо. Одноосібний суддя також задовольнив клопотання, «щоб дати можливість Судовій палаті розглянути можливість не викликати шістьох свідків для надання свідчень особисто», оскільки «може бути корисним якнайшвидше завершення їхньої участі в роботі Суду, щоб не змушувати їх знову переживати віктимізацію впродовж тривалого періоду часу».³³⁹⁵
1928. Однак у справі *Аль-Хассана* палата попереднього провадження відхилила цей підхід на тій підставі, що міркування безпеки не виправдовують і не гарантують надання свідчень з метою отримання унікальної можливості для розслідування згідно зі статтею 56(2) Статуту МКС, і з тих самих причин вона не дозволила розглядати міркування щодо вразливості свідків як підставу для проведення процесу за статтею 56.³³⁹⁶
1929. На додаток до таких заходів, МКС зазвичай приймає протоколи для ознайомлення свідків та оцінювання вразливості свідків, щоб визначити, чи можуть знадобитися спеціальні заходи, і якщо так, то які саме. Протоколи ознайомлен-

³³⁹¹ МКС, [Рішення у справі Гбагбо та Бле Гуде від 3 листопада 2017 р.](#), пункти 15-21.

³³⁹² МКС, [Рішення у справі Гбагбо та Бле Гуде від 3 листопада 2017 р.](#), п. 22.

³³⁹³ МКС, [Рішення у справі Гбагбо та Бле Гуде від 3 листопада 2017 р.](#), пункти 27-29.

³³⁹⁴ МКС, [Рішення у справі Гбагбо та Бле Гуде від 3 листопада 2017 р.](#), пункти 30-36.

³³⁹⁵ МКС, [рішення у справі Онгвена](#) від 27 липня 2015 року, пункти 5-12; МКС, [рішення у справі Онгвена](#) від 12 жовтня 2015 року, пункти 4-12, 15-16.

³³⁹⁶ МКС, рішення у справі [Аль-Хассанавід 13 грудня 2018 року](#), пункти 44-46, 50-56; МКС, рішення у справі Аль-Хассана [від 30 січня 2019 року](#), п. 24.

ня та протоколи вразливості всебічно деталізують роль Підрозділу з надання допомоги потерпілим і свідкам у наданні допомоги свідкам та оцінюванні їхніх ризиків упродовж усього провадження.³³⁹⁷

1930. Процес ознайомлення охоплює всі етапи провадження, починаючи з початкового етапу, як тільки Підрозділу стає відомо, що сторона або учасник провадження викликатиме певного свідка, і включає надалі програму одержання зворотного зв'язку від свідка після того, як його залучено до провадження. Він передбачає ознайомлення свідків з усіма аспектами їхньої взаємодії з МКС, що включає, поміж іншим, такі заходи (1) планування надання ними свідчень; (2) попереднє оцінювання потреб і вразливості, а згодом — подальше оцінювання вразливості для визначення необхідності застосування спеціальних заходів відповідно до Правила 88; (3) організацію їхньої поїздки до місця надання свідчень; (4) ознайомлення з процесом надання свідчень і приміщеннями суду; (v) обмеження контактів свідка зі сторонами провадження та іншими свідками; (vi) оцінювання потреби в заходах захисту. Упродовж цього процесу Підрозділ підтримує зв'язок із палатами досудового провадження, судовими палатами та сторонами, якщо це необхідно.³³⁹⁸
1931. Аналогічно, до протоколів з оцінювання вразливості включено й процедуру Підрозділу з визначення вразливих свідків. Ці комплексні протоколи включають проведення оцінювання та надання підтримки до судового розгляду та тривають доти, доки свідок не дасть свідчення. Вони передбачають оцінювання професійним психологом потреб свідка, у разі необхідності.³³⁹⁹

D. Висновок

1932. Як свідчить вищенаведений розгляд міжнародних стандартів, судді мають у своєму розпорядженні різноманітні інструменти для боротьби з повторною віктимізацією. Певні заходи, такі як попереднє прийняття показань свідків або забезпечення їхньої анонімності, можуть бути дозволені лише за умови дотримання права підсудного на справедливий суд. У той же час інші заходи, такі як проведення закритих засідань, надання свідчень у режимі відеозв'язку та за допомогою системи телебачення замкнутого контуру, можуть захистити права та гідність свідків і потерпілих із незначним впливом на права підсудного або без нього. Інші заходи підтримки, як-от забезпечення інформування свідків про всі відповідні судові процеси та ознайомлення з ними, надання їм консультацій та іншої практичної допомоги, включно навіть із дозволом на перебування знайомих їм людей у залі суду під час надання показань, можуть також допомогти свідкам без жодного впливу на права підсудного взагалі. Важ-

³³⁹⁷ У загальному плані див. сторінку «Свідки» на його вебсайті МКС.

³³⁹⁸ Див., напр., МКС, справа *Нтаганди*, [Додаток А](#) до Рішення про протокол ознайомлення свідків, 17 червня 2015 року.

³³⁹⁹ Див., *наприклад*, МКС, справа *Нтаганди*, [Додаток 1](#) до поданого Підрозділом з надання допомоги потерпілим і свідкам Протоколу про процедуру оцінювання вразливості та підтримки, що використовується для полегшення давання показань вразливими свідками відповідно до Наказу № ICC-01/04-02/06-416 від 5 лютого 2015 року.

ливим питанням для судей буде забезпечення відповідності будь-яких вжитих заходів законодавству України.

**■ ГЛАВА 3. ЗМІСТ ПИСЬМОВИХ
ВИРОКІВ У СПРАВАХ ПРО
МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ,
РОЗГЛЯНУТИХ СУДАМИ УКРАЇНИ**

ЧАСТИНА 1. ПРИРОДА ТА ЗМІСТ СУДОВИХ РІШЕНЬ

1933. У цьому розділі викладено загальні вимоги до письмових рішень та розглянуто ці вимоги в контексті справ, пов'язаних із міжнародними злочинами. У розділі є посилання на Кримінальний процесуальний кодекс України (КПК), зокрема на конкретні положення, що стосуються характеру та змісту письмових рішень у кримінальному провадженні. Ці положення застосовуються до всіх кримінальних проваджень включно з тими, що стосуються розгляду міжнародних злочинів.
1934. Частина друга статті 110 КПК під заголовком «Процесуальні рішення» дає визначення судового рішення у кримінальному провадженні. У ній зазначено: «судове рішення приймається у формі ухвали, постанови або вироку, які мають відповідати вимогам, передбаченим статтями 369, 371-374 цього Кодексу».
1935. Частиною першою статті 369 КПК встановлено, що «судове рішення, у якому суд вирішує обвинувачення по суті, викладається у формі вироку».
1936. У статті 370 КПК зазначено, що основними вимогами до судового рішення у кримінальному провадженні є його законність, обґрунтованість і вмотивованість.

СТАТТЯ 370 КПК

1. Судове рішення повинно бути законним, обґрунтованим і вмотивованим.
2. **Законним** є рішення, ухвалене компетентним судом згідно з нормами матеріального права з дотриманням вимог щодо кримінального провадження, передбачених цим Кодексом.
3. **Обґрунтованим** є рішення, ухвалене судом на підставі об'єктивно з'ясованих обставин, які підтверджені доказами, дослідженими під час судового розгляду та оціненими судом відповідно до статті 94 цього Кодексу.
4. **Вмотивованим** є рішення, в якому наведені належні й достатні мотиви та підстави його ухвалення.

1937. Частина третя статті 370 КПК вимагає від суду оцінити докази, досліджені під час судового розгляду, відповідно до статті 94 КПК. Стаття 94 КПК вимагає від суду оцінювати докази «за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження».
1938. Частиною шостою статті 371 КПК передбачено, що судові рішення «викладаються письмово у паперовій та електронній формах».³⁴⁰⁰

³⁴⁰⁰ Судове рішення в електронній формі оформлюється відповідно до вимог законодавства у сфері електронних документів та електронного документообігу, а також електронного цифрового підпису. Див. частину шосту статті 371 КПК із посиланням на Закон № 835-VIII від 26.12.2015.

1939. Згідно зі статтями 371 і 376 КПК, суд ухвалює вирок після закінчення судового розгляду негайно після виходу суду з нарадчої кімнати. Головуючий у судовому засіданні роз'яснює зміст рішення, порядок і строк його оскарження. Відповідно до частини другої статті 376 ЦПК, якщо складання судового рішення вимагає значного часу, суд має право обмежитися складанням і оголошенням його резолютивної частини, яку підписують всі судді. У таких випадках «повний текст ухвали (постанови) повинен бути складений не пізніше п'яти діб з дня оголошення резолютивної частини і оголошений учасникам судового провадження. Про час оголошення повного тексту ухвали (постанови) має бути зазначено у раніше складеній її резолютивній частині».
1940. Частиною шостої статті 376 КПК передбачено, що «учасники судового провадження мають право отримати в суді копію вироку чи ухвали (постанови) суду. Копія вироку негайно після його проголошення вручається обвинуваченому, представнику юридичної особи, щодо якої здійснюється провадження, та прокурору».
1941. Стаття 373 КПК передбачає два види вироків: (1) обвинувальний вирок (підсудний визнаний винним у вчиненні кримінального правопорушення поза розумним сумнівом); та (2) виправдувальний вирок (вину підсудного не було доведено поза розумним сумнівом).
1942. Стаття 374 КПК визначає зміст вироку. Він складається з трьох частин: (1) вступної; (2) мотивувальної; та (3) резолютивної частин. Кожна з цих частин детально розглядається нижче.

ЧАСТИНА 2. ВСТУПНА ЧАСТИНА ВИРОКУ (ЧАСТИНА ДРУГА СТАТТІ 374 КПК)

1943. Відповідно до частини другої статті 374 КПК у вступній частині вироку зазначаються:

- Дата(и) та місце винесення вироку;
- Назва та склад суду (прізвища суддів та хто з них головує). У разі розгляду кримінального провадження у суді присяжних³⁴⁰¹ зазначаються прізвище та ініціали кожного присяжного;
- Прізвище секретаря судового засідання;
- Найменування та номер кримінального провадження;
- Відомості про обвинуваченого, зокрема прізвище, ім'я та по батькові обвинуваченого; рік, місяць і день його народження; місце народження та проживання, рід занять, освіта та сімейний стан.
- Цей перелік не є вичерпним і може містити будь-яку іншу інформацію про особу обвинуваченого, яка має значення для справи. Наприклад, вона може містити такі дані, як наявність утриманців, стан здоров'я підсудного, а також інформацію, яка може вплинути на характер покарання, наприклад, той факт, що правопорушення було скоєно під час умовно-дострокового звільнення або під час випробувального терміну.
- У контексті розгляду справ про міжнародні злочини інша необхідна інформація про обвинуваченого може також включати громадянство обвинуваченого, назву його/її військової частини, його/її звання та його/її особистий номер.
- Посилання на закон України про кримінальну відповідальність, який передбачає кримінальне правопорушення, у вчиненні якого обвинувачують відповідну особу. Щонайменше, мають бути зазначені саме кримінальне правопорушення та відповідна стаття КК України. У контексті судового розгляду міжнародних злочинів, якщо кримінальним правопорушенням є:
 - 1) воєнний(і) злочин(и), має бути посилання на статтю 438 КК України;
 - 2) злочин агресії, має бути посилання на статтю 437 КК України;
 - 3) геноцид, має бути посилання на статтю 442 КК України.

У вступній частині вироку також можуть бути викладені будь-які інші правові положення, які суд вважає за необхідне врахувати у формулюванні своїх висновків у справі. Наприклад, у вступній частині можуть бути згадані види відповідальності, на які посилається суд (статті 26-31 КК України), або обставини, що виключають злочинність діяння, наведені обвинуваченим під час судового розгляду (статті 36-43 КК України).

³⁴⁰¹ Див. частину третю статті 31, статті 383-391 КПК.

ЧАСТИНА 3. МОТИВУВАЛЬНА ЧАСТИНА ВИРОКУ

I. Вимоги частини третьої статті 374 КПК

1944. Мотивувальна частина є важливою частиною вироку. У ній детально викладено мотиви, якими судді обґрунтовують свої рішення. У статті 370 КПК відображено вимогу про те, що у вироку суду повинні бути належним чином і з достатньою ясністю викладені мотиви, на яких ґрунтується рішення. Це також є зобов'язанням, що випливає з прецедентного права Європейського суду з прав людини, як це зазначено у статті 6 Європейської конвенції з прав людини³⁴⁰², яка безпосередньо застосовується в Україні.
1945. Надання вмотивованого висновку для винесення вироку в кримінальному провадженні пов'язане з належним відправленням правосуддя, і частина третя статті 374 КПК передбачає включення конкретних аспектів до мотивувальної частини вироку в кримінальному провадженні. Ці вимоги змінюються залежно від результату кримінального провадження і від того, чи буде обвинувачений визнаний винним у висунутих йому обвинуваченнях.
1946. **Коли обвинуваченого визнано невинуватим за одним або кількома висунутими проти нього/неї обвинуваченнями.** Виправдувальний вирок повинен бути винесений, якщо судом буде встановлено, що:
- жодної події, що містить ознаки кримінального правопорушення, не відбулося;
 - по відношенню до конкретного кримінального правопорушення необхідний елемент складу цього правопорушення не було доведено поза будь-яким розумним сумнівом;
 - по відношенню до конкретного кримінального правопорушення вина обвинуваченого не була доведена поза будь-яким розумним сумнівом;
1947. Пункт 1 частини третьої статті 374 КПК передбачає, що у разі визнання особи виправданою, у мотивувальній частині вироку має бути зазначено:
- формулювання обвинувачення, яке пред'явлене особі і визнане судом недоведеним;
 - підстави для виправдання обвинуваченого із зазначенням мотивів, із яких суд відхиляє або визнає недостатніми докази, надані прокурором;
 - мотиви ухвалення інших рішень щодо питань, які вирішуються судом під час ухвалення вироку, та
 - положення закону, якими керувався суд.
1948. **Коли обвинуваченого визнано винуватим за одним або кількома висунутими проти нього/неї обвинуваченнями.** Якщо судом буде встановлено, що стороною обвинувачення поза будь-яким розумним сумнівом (стаття 17 КПК) доведено вчинення обвинуваченим інкримінованого йому злочину, суд ухвалює обвинувальний вирок.

³⁴⁰² Див., наприклад, ЄСПЛ, [рішення](#) у справі «Морейра Ферейра проти Португалії (№ 2)», п. 84.

1949. Пунктом 2 частини третьої статті 374 КПК передбачено, що, якщо особу визнано винуватою, у мотивувальній частині вироку має бути зазначено:

- формулювання обвинувачення, визнаного судом доведеним, із зазначенням:

- 1) місця;
- 2) часу;
- 3) способу вчинення та наслідків кримінального правопорушення.

Суд також зазначає наслідки, що настали внаслідок вчинення кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинуваченого визнано винним.

- 4) форми вини.

Якщо обвинуваченими є декілька осіб, суд повинен відзначити весь обсяг спільної злочинної діяльності, який було визнано доведеним, а також доведену роль кожного обвинуваченого у вчиненні злочину та обставини, що визначають їх відносний ступінь вини.

Якщо особу визнано винуватою у замаху на вчинення кримінального правопорушення, суд зазначає причини, через які злочин не було доведено до кінця.

- 5) мотиви вчинення кримінального правопорушення обвинуваченим;

- статті закону України про кримінальну відповідальність, що передбачає відповідальність за кримінальне правопорушення, винним у вчиненні якого визнається обвинувачений;
- викладення оцінки доказів на підтвердження встановлених судом обставин, а також мотивів неврахування окремих доказів.
- Мотиви зміни обвинувачень, якщо такі є;
- підстави визнання частини обвинувачення необґрунтованою, якщо судом приймалися такі рішення;
- обставини, що обтяжують або пом'якшують покарання;
- мотиви, що стосуються:
 - 1) призначення покарання;
 - 2) звільнення обвинуваченого від відбування покарання;
 - 3) застосування примусових заходів медичного характеру, якщо встановлено стан обмеженої осудності обвинуваченого;
 - 4) застосування примусового лікування відповідно до статті 96 КК України; та
 - 5) призначення громадського вихователя неповнолітньому;

Покарання, призначене судом обвинуваченому, має бути обґрунтованим, а обставини, які суд визнав такими, що обтяжують або пом'якшують покарання, мають бути зазначені згідно з переліком, наведеним у статтях 66 і 67 Кримінального кодексу України.
- Підстави для задоволення, відмови у задоволенні або залишення без розгляду цивільного позову;
- мотиви ухвалення інших рішень щодо питань, які вирішувалися судом під час ухвалення вироку, та положення закону, якими керувався суд.

1950. Хоча суд не має права у вирокі виходити за межі обвинувального акта, КПК не вимагає відтворювати у вирокі текст обвинувального акта навіть у тих випадках, коли до нього не вносяться зміни в судовому засіданні.

II. Окремі аспекти, що стосуються оцінювання доказів

1951. У тому, що стосується доказів, представлених під час судового розгляду, стаття 94 КПК вимагає від суду оцінювати докази «за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження». У статті також чітко зазначено, що жоден доказ не має наперед встановленої сили.
1952. Пунктом 2 частини третьої статті 374 КПК передбачено, що в мотивувальній частині вироку має бути викладена оцінка доказів на підтвердження обставин, які суд вважає доведеними, а також мотиви неврахування окремих доказів. Мають бути викладені всі докази, які розглядав суд. Мають бути включені докази обвинувачення, а також докази, представлені обвинуваченим та будь-якими свідками захисту.
1953. Правила, що стосуються допустимості та оцінювання доказів, містяться в Главі IV КПК. Доводи суддів щодо допустимості та оцінювання доказів на підставі цієї глави КПК мають бути ними роз'яснені в мотивувальній частині вироку. На підставі доказів, визнаних достовірними, допустимими, відповідними та надійними, суд повинен визначити, чи є ці докази достатніми для доведення поза розумним сумнівом того, що обвинувачений вчинив злочин, який розглядається.
1954. Окремі докази не треба розглядати ізольовано. Окремі докази, що є непереконливими самі по собі, можуть бути пов'язані один з одним, створюючи підстави для того, щоб певне питання в судовому процесі можна було вважати доведеним поза розумним сумнівом. Якщо суд доходить такого висновку, він повинен викласти ланцюжок аргументації щодо таких доказів.
1955. Розділ Настільної книги, що має назву [Глава II. Частина 2. Оцінювання цифрових доказів](#) містить огляд положень українського законодавства щодо допустимості та оцінки цифрових доказів, а також міжнародних правових стандартів допустимості та оцінки цифрових доказів.

III. Окремі аспекти аргументації, що мають значення для судового розгляду воєнних злочинів

1956. У цьому розділі розглядаються особливості підготовки судових рішень у справах про воєнні злочини. Розглядаються два відповідні аспекти: (1) визначення застосовності статті 438 до конкретного злочину ; (2) визначення та формулювання правових елементів складу воєнних злочинів. Настільна книга містить усю інформацію, необхідну для винесення судового рішення, а також допомагає в підготовці судового рішення за обвинуваченням у воєнному злочині. У жовтій

вставці в кінці розділу [Вступ. Зміст](#) детально роз'яснено, як у Настільній книзі розглядаються кримінальні провадження, пов'язані з воєнними злочинами.

А. Воєнні злочини, передбачені статтею 438 КК України

1957. Під час складання мотивувальної частини вироку за обвинуваченням у вчиненні воєнного злочину (воєнних злочинів) у тексті вироку має бути зроблено пряме посилання на статтю 438 КК України.
1958. Проте обсяг і зміст статті 438 КК України не є чітко визначеними. Хоча у статті 438 чітко зазначено обмежену кількість конкретних правопорушень,³⁴⁰³ вона також містить два загальні посилання на «застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом» та «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Ці два посилання не містять чітких вказівок на конкретні діяння, заборонені статтею 438 КК України.
1959. Як наслідок, посилання у вироку лише на статтю 438 видається недостатнім для того, щоб визначити, в якому саме воєнному злочині (воєнних злочинах) обвинувачується підсудний. Пропонується, щоб у мотивувальній частині вироку також було чітко зазначено:
- 1) відповідні положення міжнародного права, що охоплюють порушення правил і звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, ратифікованими Україною (наприклад, посилання на конкретні положення про порушення міжнародного гуманітарного права в Женевських конвенціях або Додатковому протоколі I тощо).
 - 2) відповідні документи або інші джерела міжнародного права, що визнають порушення міжнародного гуманітарного права воєнними злочинами (наприклад, конкретні положення чотирьох Женевських конвенцій або Додаткового протоколу I, які стосуються серйозних порушень, стаття 8 Статуту МКС та/або статті 2 і 3 Статуту МКТЮ, які кодифікують міжнародне звичаєве право тощо).
1960. Зазначаючи конкретні міжнародні положення чи документи, слід при цьому мати на увазі, що злочини, перелічені у статті 438, не завжди є ідентичними діянням, що лежать в основі воєнних злочинів, кодифікованих за міжнародним кримінальним правом. У деяких випадках правопорушення, передбачені статтею 438, можуть охоплювати одне або кілька діянь, що лежать в основі воєнних злочинів, а в інших випадках діяння, що лежать в основі воєнних злочинів, можуть одночасно належати до різних компонентів статті 438. У зведеній таблиці в [Розділі I.C.3. Частини I Глави 1](#) «Дії, що лежать в основі воєнних злочинів, передбачених статтею 438 КК України», узагальнюється цей зв'язок.

³⁴⁰³ Конкретними злочинами, передбаченими статтею 438 КК України, є такі: «жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням», «вигнання цивільного населення для примусових робіт», «розграбування національних цінностей на окупованій території» та «умисне вбивство».

1961. У зв'язку з необхідністю чіткого посилання на конкретні обвинувачення, висунуті проти підсудного, та відсутністю чітких визначень у статті 438 КПК, ця Настільна книга, вказуючи на відповідні положення міжнародних документів, ратифікованих Україною, допомагає суддям пояснити у вироку, яким чином кожен з воєнних злочинів, які існують згідно з міжнародним кримінальним правом, тягне за собою кримінальну відповідальність за статтею 438 КК України.
1962. Цю Настільну книгу було складено, щоб допомогти суддям визначити конкретні положення, які слід згадати у вироку. Завдяки їй судді зможуть визначити відповідне злочинне діяння, що кваліфікується як воєнний злочин, на основі [Розділі I.C.3. Частини I Глави 1](#) «Дії, що лежать в основі воєнних злочинів, передбачених статтею 438 КК України». У цьому розділі представлено найновіший перелік загальновизнаних воєнних злочинів згідно з міжнародним кримінальним правом, який ґрунтується насамперед на статті 8 Статуту МКС. Він також охоплює Статут і практику МКТЮ, які є особливо актуальними в контексті міжнародного збройного конфлікту. За цим переліком судді можуть знайти відповідні розділи книги, що стосуються воєнних злочинів, які вони розглядають.
1963. У підрозділах Настільної книги під назвою «Можливість кримінальної відповідальності за статтею 438 КК України», що входять до складу кожного розділу, присвяченого конкретному злочину, судді можуть знайти пояснення, яке можна використати в мотивувальній частині вироку, щодо того, як за певний воєнний злочин настає кримінальна відповідальність за статтею 438. Зокрема, в них ідеться про те, як конкретне злочинне діяння може становити: (1) порушення правил та звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, ратифікованими Україною; та (2) воєнний злочин, визнаний міжнародним правом.

ПРИКЛАД ЕЛЕМЕНТИ ФОРМУЛЮВАННЯ ЩОДО ЗАСТОСОВНОСТІ СТАТТІ 438 КК УКРАЇНИ ДО ВОЄННОГО ЗЛОЧИНУ НАПАДУ НА ЦИВІЛЬНЕ НАСЕЛЕННЯ.

У цій вставці наведено приклад формулювань та посилань на міжнародні документи, ратифіковані Україною, на які можуть спиратися судді, коли складають мотивувальну частину вироку щодо застосовності статті 438 КК України до конкретного воєнного злочину. Більш детальний варіант опису можна знайти в Настільній книзі в [Главі 1, Частині I, розділі I.C.3.d.i](#). Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у воєнних діях (Статут МКС, стаття 8(2)(b)(i); Статут МКТЮ, стаття 3).

Хоча це прямо не зазначено у статті 438 КК України, умисне спрямування нападів на цивільних осіб або цивільне населення (далі — «напади на цивільне населення») можна віднести до «інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України», на які посиляється частина перша статті 438.

Напад на цивільне населення є порушенням законів і звичаїв війни, визнаних міжнародним договором, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України. Заборона прямих нападів на цивільних осіб випливає з принципу розрізнення МГП, кодифікованого у статтях 48 та 51 [Додаткового протоколу I, ратифікованого Україною](#).³⁴⁰⁴

Крім того, порушення цієї заборони визнано воєнним злочином. Напад на цивільних осіб, у разі його навмисного вчинення із заподіянням смерті або серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, є серйозним порушенням [Додаткового протоколу I](#), як зазначено в статті 85(3)(а), а отже, воєнним злочином.³⁴⁰⁵ Крім того, «умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях» прямо кодифіковано як воєнний злочин у статті 8(2)(b)(i) [Статуту МКС](#), що застосовується до міжнародних збройних конфліктів. Хоча це прямо не згадується в [Статуті МКТЮ](#), судова практика МКТЮ визначила, що напад на цивільне населення є порушенням законів і звичаїв війни відповідно до статті 3 [Статуту МКТЮ](#).³⁴⁰⁶

В. Правові елементи складу воєнних злочинів

1964. У мотивувальній частині вироку мають бути зазначені правові елементи складу воєнних злочинів, а також правовий аналіз того, як кожен з цих елементів було встановлено у конкретній справі. Воєнні злочини складаються з таких правових елементів:

- 1) Об'єктивні елементи або *actus reus*
- 2) Суб'єктивні елементи або *mens rea*
- 3) Контекстуальні елементи

1965. Відповідні міжнародні гуманітарні документи, зазначені у статті 438 КК України, не визначають правових елементів складу воєнних злочинів, які підпадають під дію статті 438 КК України. Однак у [Розділі I.B.1.b. Частини I, Глави 1](#) «Визна-

³⁴⁰⁴ Україна ратифікувала Додатковий протокол I 25 січня 1990 року. Див. МКЧХ. Договори та держави-учасниці. [Україна](#).

³⁴⁰⁵ [Додатковий протокол I](#), стаття 85(3)(а); МКЧХ, Консультативна служба з міжнародного гуманітарного права. [Зобов'язання щодо кримінального переслідування](#), с. 1.

³⁴⁰⁶ Див., наприклад, МКС, Рішення Судової палати у справі [Галича](#), п. 596 («Судова палата переконана поза розумним сумнівом, що напад на цивільних осіб у значенні статті 3 Статуту було скоєно проти цивільного населення Сараєво протягом періоду, на який поширюється обвинувачення. Стосовно *actus reus* цього злочину Судова палата визнає, що напад у вигляді снайперського обстрілу та артобстрілів цивільного населення та окремих цивільних осіб, які не беруть участі у воєнних діях, є актами насильства. Таки акти насильства призвели до смерті або серйозних поранень цивільних осіб. Судова палата також вважає, що ці акти були умисно спрямовані проти мирного населення, тобто свідомо вчинені проти мирного населення, або вчинені з недбалості»); МКТЮ, Рішення Судової палати у справі [Бласкіча](#), п. 267 («[...] генерал Бласкіч вчинив: порушення законів і звичаїв війни за статтею 3 Статуту та визнане статтею 51(2) Додаткового протоколу I: незаконні напади на цивільне населення (пункт 3)»); МКТЮ, Рішення судової палати у справі [Кордіча і Черкеза](#), п. 834 («[...] Судова палата визнає обвинуваченого Даріо Кордіча винним за статтею 7(1) за такими пунктами: (а) пункт 3 (незаконні напади на цивільних осіб) [...]»).

чення та класифікація воєнних злочинів у міжнародному праві» цієї Настільної книги роз'яснено, як визначення цих правових елементів були розроблені на основі нормативно-правової бази та практики міжнародних кримінальних трибуналів, зокрема МКС і МКТЮ.

1966. Зокрема, МКТЮ відіграв важливу роль в ідентифікації та визначенні наявних воєнних злочинів і вважається, що ці визначення є відображенням міжнародного звичаєвого права. Хоча стаття 8 [Статуту МКС](#) не повністю відображає звичаєве право, вона є першим положенням міжнародного права, що містить вичерпний і зведений перелік воєнних злочинів. Її доповнюють [Елементи злочинів МКС](#), які містять визначення кожного воєнного злочину. Правова база та практика МКТЮ та МКС можуть допомогти суддям у визначенні правових елементів складу воєнних злочинів.
1967. У Настільній книзі більш детально пояснюється, чому судді можуть застосовувати право і практику міжнародних кримінальних трибуналів і, зокрема, нормативно-правову базу МКС під час складання мотивувальної частини вироку. Це можна знайти в [Розділі I.B.2.b. Частини I Глави 1](#). Застосовність міжнародних кримінально-правових актів: чи можна розглядати статтю 438 КК України в поєднанні зі Статутами та практикою МКТЮ та МКС?
1968. **Об'єктивні елементи складу воєнного злочину.** Стосовно кожного воєнного злочину судді знайдуть у Настільній книзі розділ, який допоможе їм визначити об'єктивні елементи складу конкретного злочину згідно з правом та практикою відповідного міжнародного кримінального трибуналу, зокрема МКТЮ та МКС, які можна додати до мотивувальної частини вироку разом із правовим аналізом наявності кожного з елементів у конкретній справі.
1969. **Суб'єктивні елементи складу воєнного злочину.** У загальній частині КК України визначено суб'єктивні елементи складу злочинів (статті 23, 24 і 25 КК України). Під час складання мотивувальної частини вироку судді повинні враховувати значення суб'єктивних елементів, перелічених у загальній частині КК України у контексті розгляду елементів складу воєнного злочину. Окрім того, у Настільній книзі містяться настанови щодо *mens rea* кожного конкретного воєнного злочину відповідно до права та практики відповідного міжнародного кримінального трибуналу, зокрема, за міжнародним звичаєвим правом та статтею 30 Статуту МКС.
1970. **Контекстуальні елементи складу воєнних злочинів.** Загальною вимогою для всіх воєнних злочинів є встановлення контекстуальних елементів. Цей додатковий елемент має бути включено в мотивувальну частину вироку. Контекстуальними елементами воєнних злочинів у міжнародному збройному конфлікті є такі:
- 1) Існування міжнародного збройного конфлікту;
 - 2) Дії особи, яка вчинила злочин, сталися в контексті міжнародного збройного конфлікту та були пов'язані з ним.

- 3) Особа, яка вчинила злочин, усвідомлювала фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

Судді повинні відзначити кожен з цих вимог у вирокі та пояснити, чи доведена кожна з них у конкретній справі, і якщо так, то в який спосіб. Подальший аналіз кожної з цих вимог можна знайти у Настільній книзі у [Розділі I.C.2. Частини I Глави 1](#) «Контекстуальні елементи воєнних злочинів».

ЧАСТИНА 4. РЕЗОЛЮТИВНА ЧАСТИНА ВИРОКУ (ЧАСТИНА ЧЕТВЕРТА СТАТТІ 374 КПК)

1971. Відповідно до ч. 4 ст. 374 КПК, резолютивна частина вироку повинна містити певну інформацію, яка відрізняється залежно від того, чи визнано підсудного винуватим або виправданим.

1972. **Якщо підсудного визнано винуватим** за одним або кількома висунутими проти нього обвинуваченнями, в резолютивній частині вироку повинна бути зазначена така інформація:

- 1) *Ідентифікаційні дані обвинуваченого* — у ч. 4 ст. 374 КПК передбачено, що резолютивна частина вироку повинна містити прізвище, ім'я та по батькові обвинуваченого.
- 2) *Рішення про визнання обвинуваченого винуватим у пред'явленому йому обвинуваченні* — У резолютивній частині має бути зазначена «відповідна стаття (частина статті) закону України про кримінальну відповідальність». Якщо особі пред'явлено декілька обвинувачень і деякі з них не доведені, то у резолютивній частині вироку зазначається, за якими з них обвинувачений виправданій, а за якими — засуджений.
- 3) *Покарання*. Резолютивна частина вироку повинна зазначати покарання, призначене за кожним з обвинувачень, визнаних судом доведеними, а також остаточний вирок, винесений судом. У ньому також має бути вказана дата початку відбування покарання. Якщо обвинувачений визнається винним, але звільняється від відбування покарання, суд також зазначає про це в резолютивній частині вироку.

У разі звільнення від відбування покарання з випробуванням відповідно до статей 75-79, 104 Кримінального кодексу України у резолютивній частині вироку зазначаються: (1) тривалість іспитового строку; (2) обов'язки, покладені на засудженого; та (3) особа, на яку суд покладає обов'язок щодо нагляду за засудженим і проведення з ним виховної роботи.

Коли призначається більш м'яке покарання, ніж передбачено законом, при зазначенні обраної судом міри покарання робиться посилання на статтю 69 Кримінального кодексу України. Окрім того, призначення покарання за сукупністю злочинів або вироків враховується з посиланням на статті 70-72 КК України.

- 4) *Інші важливі аспекти складання резолютивної частини*. За необхідності, в резолютивній частині вироку також має бути зазначено:
 - рішення про застосування примусового лікування чи примусових заходів медичного характеру щодо обмежено осудного обвинуваченого;
 - рішення про призначення неповнолітньому громадського вихователя;
 - рішення про застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру;
 - у разі необхідності, рішення про застосування до юридичної особи заходів кримінально-правового характеру;

- рішення про цивільний позов;
- рішення про інші майнові стягнення і підстави цих рішень;
- рішення щодо речових доказів і документів та спеціальної конфіскації;
- рішення про відшкодування процесуальних витрат;
- рішення про винагороду викривачу;
- рішення щодо заходів забезпечення кримінального провадження;
- рішення про залік досудового тримання під вартою;
- строк і порядок набрання вироком законної сили та його оскарження;
- порядок отримання копій вироку та інші відомості;
- Рішення про включення інформації про обвинуваченого у скоєнні кримінального правопорушення проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи до Єдиного реєстру осіб, засуджених за злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості малолітньої особи.

1973. **У разі визнання обвинуваченого виправданим** щодо одного або декількох злочинів, у резолютивній частині вироку має бути зазначено:

- 1) *Ідентифікаційні дані обвинуваченого* — у ч. 4 ст. 374 КПК передбачено, що резолютивна частина вироку повинна містити прізвище, ім'я та по батькові обвинуваченого.
- 2) *Рішення про визнання обвинуваченого невинуватим у пред'явленому йому обвинуваченні*. За необхідності, резолютивна частина вироку може також містити рішення про закриття провадження щодо юридичної особи.
- 3) *Інші важливі аспекти складання резолютивної частини*. За необхідності, в резолютивній частині вироку також має бути зазначено:
 - Рішення про поновлення в правах, обмежених під час кримінального провадження;
 - Рішення щодо заходів забезпечення кримінального провадження, у тому числі рішення про запобіжний захід до набрання вироком законної сили;
 - Рішення щодо речових доказів і документів;
 - Рішення щодо процесуальних витрат;
 - Строк і порядок набрання вироком законної сили та його оскарження;
 - Порядок отримання копій вироку та інші відомості.

1974. Окрім того, відповідно до статті 129 КПК, у разі визнання обвинуваченого невинуватим у вчиненні жодного з інкримінованих йому злочинів у резолютивній частині вироку має бути оголошено рішення щодо цивільного позову та чітко викладено мотиви такого рішення, з урахуванням того, що це рішення може бути різним залежно від мотивів, на яких ґрунтується висновок про невинуватість обвинуваченого. Отже:

- У задоволенні цивільного позову може бути відмовлено, якщо не відбулося події, що становить кримінальне правопорушення;
- Цивільний позов може бути залишений без розгляду, якщо обвинуваченого визнають невинуватим з інших причин.

ЧАСТИНА 5. ЗАОЧНИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД (ЧАСТИНА 5 СТАТТІ 374 КПК)

1975. Ч. 5 ст. 374 КПК щодо змісту вироку передбачає, що «у разі ухвалення вироку за наслідками кримінального провадження, у якому здійснювалося спеціальне досудове розслідування або спеціальне судове провадження (*in absentia*), суд окремо обґрунтовує, чи були здійснені стороною обвинувачення всі можливі передбачені законом заходи щодо дотримання прав підозрюваного чи обвинуваченого на захист та доступ до правосуддя з урахуванням встановлених законом особливостей такого провадження».
1976. Стаття 323 КПК передбачає особливості провадження у випадку неприбуття обвинуваченого до суду. Окрім того, Розділ Настільної книги, що має назву [Глава II. Частина I. «Заочний розгляд справ у суді. Стандарти справедливого судочинства»](#) розглядає відповідні елементи українського законодавства та процедури заочного судочинства.

ЧАСТИНА 6. ОКРЕМА ДУМКА СУДДІ (СТАТТЯ 375 КПК)

1977. У кримінальних справах, що розглядаються колегією суддів, ч. 1 ст. 375 КПК передбачає, що судові рішення ухвалюється простою більшістю голосів суддів, що входять до складу суду.
1978. Рішення ухвалюється в нарадчій кімнаті за результатами наради суддів шляхом голосування, від якого не має права утримуватися ніхто з суддів. Головуючий голосує останнім. Рішення підписується усіма суддями колегії. Відповідно до ч. 3 ст. 375 КПК, кожен суддя з колегії суддів має право викласти письмово окрему думку. Така окрема думка не оголошується в судовому засіданні, а приєднується до матеріалів провадження і є відкритою для ознайомлення. Окрема думка судді викладається суддею від свого імені й відображає його/її особисту позицію щодо деяких або всіх аспектів справи.
1979. Окрема думка може виражати загальну згоду з рішенням суду, але з іншою мотивацією чи правовою аргументацією; або ж часткову згоду/незгоду з рішеннями суду; і, нарешті, може виражати незгоду з усіма висновками суду. У принципі, окремі думки не повинні розкривати зміст обговорення між суддями під час наради.

ДОДАТКИ

ДОДАТОК 1: ГЛОСАРІЙ

1. **Женевські конвенції 1949 року** — чотири Женевські конвенції (ЖК) були прийняті в 1949 році. Конвенції I-III переважно стосуються поводження з військово-вслужбовцями збройних сил у різних ситуаціях: поранені і хворі в польових умовах (ЖК I), поранені, хворі та особи, які зазнали корабельної аварії на морі (ЖК II), а також військовополонені (ЖК III). ЖК IV стосується захисту цивільного населення під час збройних конфліктів. Усі чотири Женевські конвенції ратифіковані багатьма державами і не оспорується.
2. **Додаткові протоколи 1977 року** — Женевські конвенції доповнені двома Додатковими протоколами, що стосуються захисту потерпілих від міжнародних збройних конфліктів (ДП I, 1977 року) і неміжнародних збройних конфліктів (ДП II, 1977 року). У 2005 році було укладено ще один Додатковий протокол (ДП III, 2005 року), який затвердив додаткову емблему МКЧХ з Червоним Кристалом, позбавлену від будь-яких релігійних і культурних конотацій у порівнянні з Червоним Хрестом і Червоним Півмісяцем.
3. **Відповідальність виконавця** — форма кримінальної відповідальності, яку може понести обвинувачений за безпосереднє вчинення злочину.
4. **Відповідальність** — стосується процесів, норм і структур, відповідно до яких злочинці зазнають відповідальності за свої діяння та порушення права.
5. **Злочинець** — особа, яка скоїла злочин або принаймні вчинила злочинне діяння. Див. також “Обвинувачений” нижче.
6. **Допустимість доказів** — у судовому процесі будь-які дані мають бути визнані “допустимими” для використання в якості доказів у суді. Такі докази мають бути належними і достовірними, а їх доказова сила має перевищувати будь-яку шкоду від допущення їх у справу.
7. **Збройний конфлікт** — це застосування збройної сили між державами або затяжне збройне насильство між урядовими силами та організованими збройними групами, або між такими групами в межах держави.
 - a. **Міжнародний збройний конфлікт (МЗК) (також відомий як збройний конфлікт міжнародного характеру)** — це будь-яке застосування збройної сили між державами незалежно від оголошення війни чи визнання стану війни, а також часткова або повна окупація частини території держави, навіть якщо ця окупація не зустріла жодного збройного спротиву.

Основними джерелами договірного міжнародного гуманітарного права, що застосовуються до міжнародних збройних конфліктів, є чотири Женевських конвенції про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року і Додатковий протокол I, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів від 8 червня 1977 року.
 - b. **Неміжнародний збройний конфлікт (НЗК) (також відомий як збройний конфлікт неміжнародного характеру; внутрішній збройний конфлікт)** —

тривале збройне насильство (застосування збройної сили) між урядовими силами та організованими збройними групами, або між такими групами в межах держави.

Основними джерелами договірною міжнародного гуманітарного права, що застосовуються до неміжнародних збройних конфліктів, є стаття 3, спільна для чотирьох Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року і Додатковий протокол II, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру від 8 червня 1977 року.

8. **Збройні сили** — організований особовий склад і підрозділи, що діють під командуванням держави, що воює (наприклад, армія, флот, військово-повітряні сили, національна гвардія тощо).
9. **Збройні формування (або недержавні збройні формування)** — організовані недержавні утворення, які є стороною збройного конфлікту. Цей термін стосується виключно збройного або військового секторів таких утворень, зокрема їхньої політичного сектору та інші сегментів цивільного населення, які підтримують такі утворення.
10. **Цивільні** — особи, які не входять до складу збройних сил. Цивільне населення складається з усіх осіб, які є цивільними.
11. **Примус** — діяння, спрямовані на те, щоб позбавити або обмежити здатність особи реалізувати свою свободу волі та автономію.
12. **Комбатанти** — особи, які мають право брати участь у бойових діях під час МЗК і можуть бути ціллю, як-от військовослужбовці збройних сил (за винятком медичного та релігійного персоналу), та члени ополчення або добровольчих формувань, що входять до складу таких збройних сил, члени інших ополчень та добровольчих формувань (зокрема організованих рухів опору), що відповідають певним вимогам, а саме належать до сторони конфлікту, члени регулярних збройних сил, лояльні до уряду або влади, що не визнається іншою стороною конфлікту, а також мешканці неокупованої території, які при наближенні ворога стихійно беруться за зброю, щоб чинити опір силам окупанта.
13. **Відповідальність командування (або начальника)** — відповідальність військових командирів або цивільних начальників за злочини, скоєні силами або підлеглими, що діяли під їхнім командуванням, владою та контролем через те, що командири не здійснювали належного контролю над цими силами/підлеглими.
14. **Спільна стаття 3** — третя стаття, спільна для чотирьох Женевських конвенцій. Вона застосовується до НЗК і захищає осіб, які не беруть активної участі у бойових діях, від будь-якого насильства над життям або особистістю, захоплення заручників, посягань на гідність, свавільного винесення смертного вироку та відмови у наданні медичної допомоги.
15. **Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом (СНПК)** — акти зґвалтування, сексуального рабства, примусової проституції, примусової вагітності, приму-

сових абортів, примусової стерилізації, примусових шлюбів та будь-які інші форми сексуального насильства, вчинені проти жінок, чоловіків, дівчат або хлопців, які прямо чи опосередковано пов'язані зі збройним конфліктом.

16. **Злочин агресії** — планування, підготовка, розв'язування та вчинення особою, яка має можливість фактично здійснювати контроль або керівництво політичними чи військовими діями держави, акту агресії, який за своїм характером, серйозністю та масштабами є явним порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй. Агресія є злочином керівництва, тобто для його вчинення необхідно, щоб виконавець обіймав керівну посаду в державі, яка вчинила акт агресії. Це закріплено в статті 8*bis* Статуту МКС.
17. **Злочини проти людяності** — конкретний перелік заборонених міжнародним кримінальним правом діянь, які вчиняються в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення. Існування широкомасштабного або систематичного нападу та зв'язок між цим нападом і злочинним діянням відрізняє злочини проти людяності від загальнокримінальних або національних злочинів. Забороненими діяннями є:
- умисне вбивство;
 - винищення;
 - обернення в рабство;
 - депортація або насильницьке переміщення населення;
 - ув'язнення або інше жорстоке позбавлення фізичної свободи в порушення основоположних норм міжнародного права;
 - катування;
 - зґвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша подібна за тяжкістю форма сексуального насильства;
 - переслідування будь-якої групи або спільноти, яку можна ідентифікувати, за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними мотивами або на підставі інших мотивів, що загально визнані неприпустимими згідно з міжнародним правом, у зв'язку з будь-яким діянням, зазначеним в цьому пункті, чи будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду;
 - насильницьке зникнення людей;
 - злочин апартеїду;
 - інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю.

Закріплені у статті 7 Статуту МКС. Можуть бути вчинені як у мирний час, так і під час збройного конфлікту.

18. **Звичаєве міжнародне право** — сукупність норм, що походять з усталеної міжнародної практики, на відміну від міжнародних договорів. Воно виникло в результаті послідовної поведінки держав ("практика держав"), які діють зі

справжнього переконання, що право — на протипагу, наприклад, ввічливості або політичним перевагам — вимагає від них діяти саме так (“*opinio juris*”). Норма, що має статус звичаєвого права, є обов’язковою для всіх держав, незалежно від того, чи мають вони відповідні договірні зобов’язання.

19. **Держава, що тримає в полоні** — держава, що утримує/затримує осіб, які перебувають під захистом Женевських конвенцій і належать до супротивної сторони.
20. **Цифрові докази** — дані, передані або збережені в цифровому форматі, які можуть бути використані стороною у кримінальному провадженні.
21. **Безпосередня участь у бойових діях** — означає будь-які діяння, спрямовані на підтримку однієї сторони конфлікту шляхом безпосереднього заподіяння шкоди іншій стороні, зокрема, безпосереднім заподіянням смерті, поранення чи руйнування, або безпосереднім нанесенням шкоди військовим операціям чи потенціалу противника. Вищенаведене слід відрізнити від опосередкованої участі шляхом загального сприяння воєнним заходам. Коли цивільна особа вчиняє діяння, що кваліфікуються як безпосередня участь у бойових діях, вона тимчасово втрачає свій захист від небезпек воєнних операцій. На час вчинення таких діянь цивільна особа може стати безпосередньо об’єктом нападу як комбатант.
22. **Законопроект 7290** — запропонований Кабінетом Міністрів України проект Закону № 7290 “Про внесення змін до Кримінального кодексу та Кримінального процесуального кодексів України”, спрямований на приведення положень КК України у відповідність до норм міжнародного права з метою спрощення переслідування за міжнародні злочини. На момент підготовки цього документа законопроект № 7290 не був ухвалений як закон.
23. **Елементи злочинів (склад злочину)** — сукупність об’єктивних, суб’єктивних і контекстуальних елементів, які, взяті в цілому, зумовлюють злочинні наслідки і повинні бути доведені в сукупності для встановлення вини. Див. також “Елементи злочинів МКС” нижче.
 - a. **Об’єктивні елементи** — діяння, наслідки та обставини, які матеріалізують злочин. Елементи об’єктивної сторони також відомі як “матеріальні елементи”, “фізичні елементи” та “*actus reus*”.
 - b. **Суб’єктивна сторона** — стан свідомості, необхідний для встановлення злочину. Відповідно до права Міжнародного кримінального суду, якщо інше не передбачено Статутом МКС, кожен елемент об’єктивної сторони злочину повинен бути здійснений з умислом і знанням (усвідомленням).
 - c. **Контекстуальні елементи** — воєнні злочини, злочини проти людяності та геноцид вчиняються за певних умов. Необхідні контекстуальні елементи відрізняють міжнародні злочини від загальнокримінальних злочинів зі схожим складом. Визначення контекстуальних елементів воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду дивиться у складах цих злочинів.

24. **Європейська конвенція з прав людини (ЄКПЛ)** — Конвенція, доступна до підписання 4 листопада 1950 року, спрямована на захист прав людини і політичних свобод в рамках Ради Європи. З моменту прийняття ЄКПЛ у 1950 році до неї неодноразово вносилися поправки.
25. **Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ)** — Суд, створений у 1959 році під егідою Ради Європи. Він приймає рішення за індивідуальними або державними заявами про порушення прав, закріплених у Європейській конвенції з прав людини.
26. **Обставини, що обтяжують або пом'якшують покарання:**
 - a. **Обставини, що обтяжують покарання** — обставини, які можуть призвести до збільшення строку покарання та посилення вини обвинуваченого.
 - b. **Обставини, що пом'якшують покарання** — обставини, які можуть призвести до пом'якшення покарання та послабити вину обвинуваченого.
27. **Геноцид** — конкретний перелік заборонених міжнародним кримінальним правом діянь, які вчиняються з умислом знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку. Наявність спеціального умислу у виконавця “знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу” відрізняє геноцид від загальнокримінальних або національних злочинів, а також від злочинів проти людяності та воєнних злочинів. Забороненими діями є:
 - a. вбивство членів такої групи;
 - b. заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічної травми членам такої групи;
 - c. умисне створення для групи умов життя, розрахованих на її повне або часткове фізичне знищення;
 - d. заходи, спрямовані на запобігання дітонародженню в такій групі;
 - e. насильницька передача дітей цієї групи до іншої групи.
 - f. Закріплений, зокрема, у статті 6 Статуту МКС та статті II Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 року. Може бути вчинений як у мирний час, так і під час збройного конфлікту.
28. **Статут МКС** — Римський статут Міжнародного кримінального суду — це міжнародний договір, відповідно до якого було засновано МКС. Прийнятий 17 липня 1998 року, він визначає, серед іншого, злочини, які може розглядати Суд, і механізми співпраці держав.
29. **Елементи злочинів МКС** — інструмент, прийнятий Асамблеєю держав-учасниць, який допомагає Міжнародному кримінальному суду в інтерпретації злочинів, викладених у Статуті МКС.
30. **Внутрішні заворушення та безпорядки** — ситуації, що не є НЗК, адже не досягають необхідного ступеня інтенсивності бойових дій або організованості збройних угруповань. Внутрішні заворушення і безпорядки — випадки пору-

шення внутрішнього порядку та виникнення обстановки внутрішньої напруженості, наприклад бунти, ізольовані та поодинокі акти насильства та інші акти подібного характеру. Див. також “Збройний конфлікт” нижче.

31. **Міжнародний злочин** — злочин, що підриває основи міжнародного правопорядку і викликає занепокоєність всього міжнародного співтовариства (наприклад, геноцид, злочини проти людяності, військові злочини та злочин агресії). Ключовою характерною ознакою міжнародного злочину є наявність відповідного контекстуального елемента або спеціального умислу. Особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності за вчинення міжнародного злочину як у національному суді відповідно до національного кримінального законодавства, так і в міжнародних кримінальних судах і трибуналах відповідно до їхніх статутів.
32. **Міжнародний кримінальний суд (МКС)** — постійний орган міжнародного кримінального правосуддя. Діє на основі свого установчого міжнародного договору — *Римського статуту Міжнародного кримінального суду*. Він знаходиться в Нідерландах і покликаний розслідувати, переслідувати і судити осіб, обвинувачених у скоєнні найтяжчих злочинів, що викликають стурбованість усієї міжнародної спільноти, а саме: злочинів проти людяності, військових злочинів, геноциду і агресії. Є комплементарним (додатковим) механізмом до національних судів.
33. **Міжнародне кримінальне право (МКП)** — спеціалізована галузь міжнародного права. Це сукупність принципів і норм міжнародного права, що встановлюють і регулюють індивідуальну кримінальну відповідальність за вчинення міжнародних злочинів (геноциду, злочинів проти людяності, військових злочинів, злочину агресії). З моменту своєї появи в Нюрнберзі після Другої світової війни МКП формується під впливом статутів та практики міжнародних судів і трибуналів, а також національної судової практики у справах про міжнародні злочини.
34. **Міжнародний кримінальний трибунал по Руанді (МКТР)** — спеціальний трибунал, створений Радою Безпеки ООН для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид і серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, скоєні в Руанді та сусідніх державах в період з 1 січня по 31 грудня 1994 року.
35. **Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії (МКТЮ)** — спеціальний трибунал, створений Радою Безпеки ООН для притягнення до відповідальності осіб, винних у серйозних порушеннях міжнародного гуманітарного права, скоєних на території колишньої Югославії з 1991 року.
36. **Міжнародне право прав людини (МППЛ)** — сукупність норм міжнародного права, що гарантує основні свободи людини (наприклад, право на життя, заборону катувань, право на свободу та особисту недоторканність тощо) і захищає осіб від влади держави.
37. **Міжнародне гуманітарне право (МГП) (також відоме як право збройних конфліктів; закони і звичаї війни; *Jus in bello*; право війни)** — галузь міжнародного права; сукупність принципів і норм міжнародного права, що встановлюють і

регулюють захист жертв війни та застосування засобів і методів ведення війни. МГП складається з двох підгалузей: Право Женеви (захист жертв війни) і Право Гааги (застосування засобів і методів ведення війни). Основна мета МГП — запобігти людським стражданям під час збройних конфліктів. Чотири Женевські конвенції та додаткові протоколи до них є основними міжнародними договорами в сфері МГП.

38. **Військовий злочин** — злочин, закріплений у національному кримінальному законодавстві, який полягає у порушенні військовослужбовцями встановленого порядку несення військової служби. Військові злочини закріплені у Розділі XIX Кримінального кодексу України.
39. **Військова необхідність** — принцип МГП, згідно з яким певне діяння під час збройного конфлікту може бути виправдане, якщо воно необхідне для досягнення законної військової переваги, за умови, що таке діяння не заборонене МГП.
40. **Військові об'єкти** — об'єкти, які за своєю природою, розташуванням, призначенням або використанням роблять ефективний внесок у воєнні дії, а їх повне або часткове знищення, захоплення або нейтралізація за обставин, що існували на той час, надає стороні конфлікту конкретну військову перевагу.
41. **Види співучасті** — це способи, у які особа була залучена до вчинення злочину і, як наслідок, може понести кримінальну відповідальність. Вони є “з'єднуючими принципами”, які використовуються для того, щоб пов'язати злочинця з конкретним злочином, з іншими злочинцями, а також з минулими рішеннями та наслідками. Приклади конкретних видів співучасті дивіться у розділах “Відповідальність за співучасть”, “Відповідальність командира (або начальника)” та “Відповідальність виконавця”.
42. ***Nulla poena sine lege*** (“немає покарання без закону”) — фундаментальний принцип кримінального правосуддя та верховенства права, відповідно до якого обвинувачений не може бути покараний за діяння, яке не було заборонене законом на момент вчинення.
43. ***Nullum crimen sine lege*** (“немає злочину без закону”) — фундаментальний принцип кримінального правосуддя та верховенства права, відповідно до якого обвинувачений не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за діяння, яке не було заборонене законом на момент вчинення.
44. **Окупація** — фактичне перебування території держави або її частини під владою збройних сил іншої держави. Окупація поширюється лише на ту територію, де така влада встановлена і здатна виконувати свої функції. За умови здійснення ефективного контролю, ситуація кваліфікується як окупація, навіть якщо вона не зустріла жодного збройного спротиву.
45. **Обвинувачений** — особа, яку звинувачують у вчиненні злочинів та/або в участі чи сприянні злочинному діянню. Див. також “Виконавець” вище.

46. **Презумпція невинуватості** — принцип МГП, згідно з яким особа, обвинувачена у вчиненні злочину, вважається невинуватою доти, доки її вину не буде доведено.
47. **Відповідальність за співучасть** — форма кримінальної відповідальності, яку може понести обвинувачений за злочинні діяння іншої особи, якщо він має достатній зв'язок із злочином або брав участь у його вчиненні.
48. **Принцип рівного поводження** — принцип, відповідно до якого встановлено обов'язок поводитися з військовополоненими так само, як і з військовослужбовцями власної армії держави, що тримає в полоні.
49. **Принцип розрізнення** — принцип МГП, відповідно до якого цивільне населення та об'єкти слід відрізняти від комбатантів та військових об'єктів. Тільки останні можуть бути об'єктом нападу.
50. **Принцип законності** — принцип МГП, який захищає військовополонених від судового переслідування або засудження за діяння, які не заборонені законодавством держави, що тримає в полоні, або міжнародним правом, чинним на момент вчинення цих діянь.
51. **Принцип перестороги під час нападу** — принцип МГП, відповідно до якого учасники збройного конфлікту мають вживати всіх можливих запобіжних заходів для убезпечення цивільного населення та цивільних об'єктів під час військових операцій.
52. **Принцип пропорційності** — принцип МГП, яким заборонено напад на законну військову ціль, якщо цей напад, очікувано, завдасть шкоди, яка буде надмірною стосовно конкретної та прямої військової переваги.
53. **Військовополонені** — комбатанти, які потрапили до рук супротивника. Див. також “Комбатанти” нижче.
54. **Право на справедливий суд** — правовий принцип, відповідно до якого обвинуваченому у вчиненні будь-якого злочину гарантуються низка прав, а для суду передбачається низка обов'язки для забезпечення справедливого винесення остаточного судового рішення.
 - а. **Право на апеляційне оскарження** — правовий принцип, пов'язаний з правом на справедливий судовий розгляд. Обвинувачений може вимагати перегляду винесеного щодо нього судового рішення.
55. **Право на захист** — основоположний правовий принцип, згідно з яким обвинувачений не може бути засуджений, не маючи можливості представити свій захист.
56. **Санкції:**
 - а. **Дисциплінарні санкції** застосовуються там, де це доречно, замість карних санкцій. Застосовуються для припинення порушень законодавства або внутрішніх правил.

- b. **Карні (кримінальні) санкції** застосовуються у разі порушень правил національного або міжнародного права. Вони різні форми, такі як компенсація або відшкодування. Карні санкції мають різні цілі, наприклад, одна з них — покарання винних.
57. **Заочне судове провадження** — кримінальне провадження, в якому обвинувачений фізично не присутній на судовому засіданні.
58. **Потерпіла особа** — особа, яка зазнала фізичної або емоційної шкоди, майнової шкоди або економічних збитків внаслідок вчинення злочину.
59. **Воєнні злочини (порушення законів і звичаїв війни)** — серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, які передбачають індивідуальну кримінальну відповідальність. Конкретний перелік заборонених діянь згідно з МГП, які вчиняються в контексті збройного конфлікту та пов'язані з ним. Відповідно до статті 8 Статуту МКС, існує чотири категорії воєнних злочинів:
- a. Грубі порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року;
 - b. Інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються у міжнародних збройних конфліктах;
 - c. Серйозні порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, у випадку збройного конфлікту неміжнародного характеру;
 - d. Інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються у збройних конфліктах неміжнародного характеру.
60. **Свідок** — особа, яка надає суду докази на підставі того, що вона знає, бачила або пережила.

ДОДАТОК 2: ГЛОСАРІЙ БАЗ ДАНИХ ПРЕЦЕДЕНТНОГО ПРАВА ТА ІНШИХ ОНЛАЙН-РЕСУРСІВ

Додаток 2 містить перелік і короткий опис наявних ресурсів, де можна знайти практику міжнародних кримінальних трибуналів, а також інших важливих у контексті Настільної книги онлайн ресурсів, що стосуються міжнародного кримінального права, міжнародного гуманітарного права та міжнародного права прав людини.

Щодо онлайн баз даних з офіційними документами, то кожна установа має свій унікальний ресурс, а користувачі повинні знати параметри та інструменти пошуку в кожному з них. Якщо вам потрібна додаткова допомога, ви можете звертатися з запитаннями безпосередньо до кожної установи.

I. Практика міжнародних кримінальних трибуналів та інших судів

- **Об'єднана база даних матеріалів судових справ (Міжнародні кримінальні трибунали для колишньої Югославії та Руанди)**

Вебсайт: <https://ucr.irmct.org/>

Об'єднана база даних матеріалів судових справ надає доступ до відкритих матеріалів судових справ Міжнародного трибуналу щодо Руанди, Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії та Міжнародного залишкового механізму для кримінальних трибуналів (правонаступника трибуналів щодо Руанди та Югославії). Потрібна реєстрація.

Див. також вебсайти Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії: <https://www.icty.org/>, зокрема базу даних за конкретними справами: <https://www.icty.org/en/cases> та вебсайти Міжнародного трибуналу щодо Руанди: <https://unictr.irmct.org/>, та перелік справ за адресою: <https://unictr.irmct.org/en/cases>. Ці інструменти можуть допомогти дослідити судову практику в контексті конкретних справ.

- **База даних правових інструментів Міжнародного кримінального суду**

Вебсайт: <https://www.legal-tools.org/>

База даних правових інструментів МКС надає доступ до відкритих матеріалів судових справ Міжнародного кримінального суду. Повний юридичний інструментарій складається з бази даних правових інструментів МКС (зокрема бази даних судової практики МКС), а також довідково-дослідницьких інструментів у галузі права, розроблених юристами з досвідом у сфері міжнародного кримінального права та правосуддя, що включають Матрицю справ МКС, Дайджест елементів та Дайджест засобів доказування.

Навчальні фільми, які допоможуть у використанні бази даних, доступні за адресою: <https://www.legal-tools.org/tutorials/>.

Рішення МКС, згруповані за окремими палатами, справами та іншими функціями, доступні за посиланням: <https://www.icc-cpi.int/decisions>.

- **Європейський суд з прав людини, база HUDOC**

Вебсайт: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c>

База даних містить усі рішення Європейського суду з прав людини, а також велику добірку ухвал, інформацію про комуніковані справи, консультативні висновки, пресрелізи, стислі описи, доповіді та ухвали Європейської комісії з прав людини.

Навчальні фільми та посібники, які допоможуть у використанні бази даних, доступні за адресою: <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw/HUDOC&c=>

Європейський суд з прав людини нещодавно створив платформу обміну знаннями (ECHR-KS) за адресою: <https://ks.echr.coe.int/en/web/echr-ks/>. Роль ECHR-KS полягає в обміні знаннями з судової практики ЄКПЛ на доповнення HUDOC. Базу даних упорядковано за статтями Європейської конвенції з прав людини та наскрізними темами.

- **База даних Спеціального суду для Сьєрра-Леоне**

Вебсайт: <http://www.scsldocs.org/>

Матеріали судових справ Спеціального суду для Сьєрра-Леоне, які містяться за посиланням вище, розміщені на вебсайті Залишкового спеціального суду для Сьєрра-Леоне. Вебсайт Залишкового спеціального суду для Сьєрра-Леоне містить додаткову інформацію про Суд, доступну за адресою: <http://www.rscsl.org/index.html>.

- **Надзвичайні палати в судах Камбоджі**

Вебсайт: <https://www.eccc.gov.kh/en/document/court>

Вебсайт Надзвичайних палат у судах Камбоджі містить посилання на відповідні рішення. Документи можна сортувати за датою, відповідачами та органами Суду. Також є базова функція пошуку судових матеріалів.

- **Спеціальний трибунал для Лівану**

Вебсайт: <https://www.stl-tsl.org/en/the-cases/court-records-search?>

Вебсайт Спеціального трибуналу для Лівану містить базову функцію пошуку судових матеріалів.

II. Інші онлайн ресурси, що стосуються міжнародного кримінального права та міжнародного гуманітарного права

- **База даних Міжнародного комітету Червоного Хреста зі звичаєвого міжнародного гуманітарного права**

Вебсайт: <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1>

База даних Міжнародного комітету Червоного Хреста (МКЧХ) зі звичаєвого міжнародного гуманітарного права складається з короткого викладу норм МГП із можливістю пошуку, які походять із «загальної практики, прийнятої як право» та існують незалежно від міжнародного договірного права. Дослідження було розпочато в 1996 році й воно ідентифікує звичаєве право з метою конкретизації правового захисту, що надається потерпілим від війни. Дослідження містить посилання на 161 норму звичаєвого МГП і складається з двох розділів: Том 1,

присвячений нормам, містить всебічний аналіз звичаєвих норм МГП; Том 2, присвячений практиці, містить для кожного аспекту МГП стислий опис відповідної державної практики, зокрема законодавство, військові статuti, прецедентне право та офіційні заяви, а також практику міжнародних організацій та інших органів.

- **База даних МКЧХ «Міжнародні договори, держави-учасники та коментарі»**

Вебсайт: <https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties>

База даних МКЧХ «Договори, держави-учасники та коментарі» містить тексти міжнародних договорів МГП та пов'язаних з ними документів, а також списки держав, які підписали та/або ратифікували договори чи приєдналися до них із будь-якими застереженнями чи заявами. Вона також містить Коментарі МКЧХ до чотирьох Женевських конвенцій 1949 року та Додаткових протоколів до них, включно з оновленими коментарями, коли вони стають доступними. Наприклад, Женевські конвенції та коментарі до них доступні за посиланням: <https://www.icrc.org/en/war-and-law/treaties-customary-law/geneva-conventions>.

- **WorldCourts**

Вебсайт: <http://www.worldcourts.com/>

WorldCourts надає базу даних (із можливістю пошуку) рішень у справах, ухвалених механізмами розгляду скарг Організації Об'єднаних Націй, африканських і міжамериканських органів із прав людини, а також рішень гібридних кримінальних трибуналів. База даних не завжди є актуальною і, ймовірно, не містить рішень, винесених за останні 6-12 місяців.

- **Всесвітній інститут правової інформації (WorldLII)**

Вебсайт: <http://www.worldlii.org/>

Всесвітній інститут правової інформації збирає менші за розміром бази даних, що містять судову практику, законодавство, міжнародні договори, звіти та статті міжнародних судів та національних судів понад 20 країн. Бібліотека міжнародного права містить міжнародні документи. Є також бази даних для певних регіонів та країн.

ДОДАТОК 3. ТАБЛИЦЯ ДЖЕРЕЛ

I. Конвенції та документи (у хронологічному порядку)

Коротка назва	Повна назва
Гаазьке положення 1899 року	Гаазька конвенція (II) 1899 року про закони і звичаї суходільної війни та додаток до неї: Положення про закони і звичаї суходільної війни. 26 Martens Nouveau Recueil (серія 2), 949; 187 Консолідована серія договорів 429.
Гаазьке положення 1907 року , або Гаазьке положення	Гаазька конвенція (IV) 1907 року про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі. 3 Martens Nouveau Recueil (серія 3), 461; 187 Консолідована серія договорів 227.
Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів	Протокол про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів 1925 року. 94 LNTS 65.
Конвенція про боротьбу з торгівлею людьми і рабством	Конвенція про рабство 1926 року. 60 LNTS 253.
Статут ООН	Статут Організації Об'єднаних Націй 1945 року. 892 UNTS 119.
Статут Міжнародного Суду ООН	Статут Міжнародного Суду ООН 1945 року. 15 UNCIO 355.
Статут МВТ або Нюрнберзький статут	Статут Міжнародного військового трибуналу у Нюрнберзі 1945 року як додаток до Лондонської угоди 1945 року про переслідування та покарання головних воєнних злочинців Європейської Осі. 82 UNTS 279.
Статут МВТДС , або Токійський статут	Статут Міжнародного воєнного трибуналу для Далекого Сходу 1946 року. Спеціальна прокламація Верховного головнокомандувача союзних держав у Токіо.
Конвенція проти геноциду	Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 року. 78 UNTS 277.
Загальна декларація прав людини або ЗДПЛ	Загальна декларація прав людини 1948 року, Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 217A (III).
Женевська конвенція I	Женевська конвенція 1949 року про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях. 75 UNTS 31.
Женевська конвенція II	Женевська конвенція 1949 року про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі. 75 UNTS 85.
Женевська конвенція III	Женевська конвенція 1949 року про поводження з військовополоненими, 75 UNTS 135.
Женевська конвенція IV	Конвенція про захист цивільного населення під час війни від 1949 року. 75 UNTS 287.
Європейська конвенція з прав людини або ЄКПЛ	Європейська конвенція про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року. 213 UNTS 221.
Протоколи про внесення змін до Європейської конвенції з прав людини	Перший протокол (1952 р.), ETS № 9; Четвертий протокол (1963 р.), ETS № 46; Шостий протокол (1983 р.), ETS № 114; Сьомий протокол (1984 р.), ETS № 117; Дванадцятий протокол (2000 р.), CETS № 177; Тринадцятий протокол (2002 р.), CETS № 187; П'ятнадцятий протокол (2013 р.), CETS № 213; Шістнадцятий протокол (2013 р.), CETS № 214.
Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту	Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 року. 249 UNTS 240.

Коротка назва	Повна назва
Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства	Додаткова конвенція 1956 року про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства. 226 UNTS 3.
Віденська конвенція про дипломатичні зносини	Віденська конвенція 1961 року про дипломатичні зносини. 500 UNTS 95.
Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації	Міжнародна конвенція 1966 року про ліквідацію всіх форм расової дискримінації. 660 UNTS 195.
Міжнародний пакт про громадянські та політичні права або МПГПП	Міжнародний пакт про громадянські та політичні права 1966 року. 999 UNTS 171.
Міжнародний пакт про економічні, соціальні і культурні права або МПЕСКП	Міжнародний пакт про економічні соціальні і культурні права 1966 року. 993 UNTS 3.
Конвенція про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства	Конвенція 1968 року про незастосування строку давності до воєнних злочинів і злочинів проти людства. 754 UNTS 73.
Віденська конвенція про право міжнародних договорів	Віденська конвенція 1969 року про право міжнародних договорів. 1155 UNTS 331.
Американська конвенція з прав людини	Американська конвенція з прав людини 1969 року, «Пакт Сан-Хосе, Коста-Ріка». 1144 UNTS 123.
Конвенція про біологічну зброю	Конвенція 1972 року про заборону розробки, виробництва та накопичення запасів бактеріологічної (біологічної) і токсинної зброї та про їх знищення. 1015 UNTS 163.
Конвенція про припинення злочину апартеїду та покарання за нього	Конвенція 1973 року про припинення злочину апартеїду та покарання за нього. 1015 UNTS 243.
Європейська конвенція про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів (Страсбург)	Європейська конвенція 1974 року про незастосування строків давності до злочинів проти людяності та воєнних злочинів. ETS № 82.
Додатковий протокол I	Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 1977 року. 1125 UNTS 3.
Додатковий протокол II	Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II) від 1977 року. 1125 UNTS 609.
Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників	Міжнародна конвенція 1979 року про боротьбу із захопленням заручників. 1316 UNTS 205.
Конвенція про конкретні види звичайної зброї	Конвенція 1980 року про заборону або обмеження застосування конкретних видів звичайної зброї, які можуть вважатися такими, що завдають надмірних ушкоджень або мають невибіркову дію. 1342 UNTS 7.
Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання	Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання 1984 року. 1465 UNTS 85.
Конвенція про хімічну зброю	Конвенція 1993 року про заборону розробки, виробництва, накопичення, застосування хімічної зброї та про її знищення. 1015 UNTS 163.
Статут МКТЮ	Статут Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії 1993 року. Резолюції РБ ООН 827 (1993) — 1877 (2009).
Правила процедури і доказування МКТЮ	Міжнародний трибунал для колишньої Югославії. Правила процедури і доказування. IT/32/Rev.50, 2015.
Статут МКТР	Статут Міжнародного трибуналу щодо Руанди 1994 року, Резолюції РБ ООН 955 (1994) — 1901 (2009).

Коротка назва	Повна назва
Правила процедури і доказування МКТР	Міжнародний трибунал щодо Руанди. Правила процедури і доказування. 2015 рік.
Конвенція про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу	Конвенція 1994 року про охорону персоналу Організації Об'єднаних Націй та зв'язаного з нею персоналу. 2051 UNTS 363.
Конвенція про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення	Конвенція 1997 року про заборону застосування, накопичення запасів, виробництва і передачі протипіхотних мін та про їхнє знищення. 2056 UNTS 577.
Статут МКС	Римський статут Міжнародного кримінального суду 1998 року. 2187 UNTS 3.
Елементи злочинів МКС	Елементи злочинів Міжнародного кримінального суду. ICC-PIOS-LT-03-002/15_Eng, 2013.
Правила процедури і доказування МКС	Міжнародний кримінальний суд. Правила процедури і доказування. ICC-PIDS-LT-02-002/13_Eng, 2013.
Статут СССЛ	Статут Спеціального суду для Сьєрра-Леоне 2000 року. Резолюція РБ ООН 1315 (2000).
Закон про Надзвичайні палати в судах Камбоджі	Закон 2001 року про заснування Надзвичайних палат в судах Камбоджі для переслідування за злочини, вчинені в період Демократичної Кампучії. NS/RKM/0801/12, NS/RKM/1004/006.
Додатковий протокол III	Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми (Протокол III) від 2005 року.
Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень	Міжнародна конвенція 2006 року про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. 2716 UNTS 3.
Лісабонський договір про внесення змін до Договору про Європейський Союз та Договору про заснування Європейського Співтовариства	Лісабонський договір 2007 року про внесення змін до Договору про Європейський Союз та Договору про заснування Європейської Спільноти. 2007/C 306/01.
Статут СТЛ	Статут Спеціального трибуналу для Лівану 2007 року. Резолюція РБ ООН 1757 (2007).
Правила процедури і доказування Спеціального трибуналу для Лівану	Спеціальний трибунал для Лівану. Правила процедури і доказування. STL-BD-2009-01-Rev.11.
Стамбульська конвенція	Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами 2011 року. ETS № 210.
Статут Спеціалізованої палати та Спеціалізованої прокуратури щодо Косова	Закон 2015 року про спеціалізовані палати та спеціалізовану прокуратуру, № 05/L-053.
КК України	Кримінальний кодекс України
КПК України	Кримінально-процесуальний кодекс України.

II. Судова практика (за алфавітом: назва суду, назва справи)

A. Міжнародний кримінальний суд

Коротка назва	Повна назва
МКС, справа Абд-аль-Рахмана. Рішення щодо апеляції п. Абд-аль-Рахмана на «Рішення II Палати досудового провадження щодо «відсутності компетенції суду» як обставини, що звільняє від відповідальності (ICC-02/05-01/20-302)»	МКС, справа «Прокурор проти Алі Мухаммеда Алі Абд-Аль-Рахмана» (Prosecutor v Ali Muhammed Ali Abd-Al-Rahman), ICC-02/05-01/20-503, Рішення щодо апеляції п. Абд-аль-Рахмана на «Рішення II Палати досудового провадження щодо «відсутності компетенції суду» як обставини, що звільняє від відповідальності (ICC-02/05-01/20-302)» , 1 листопада 2021 р.
МКС, справа Абу Гарди. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Бахра Ідрісса Абу Гарди» (Prosecutor v Bahr Idriss Abu Garda), ICC-02/05-02/09-243-Red, Рішення про підтвердження звинувачень, 8 лютого 2010 р.
МКС, справа Аль-Башира. Рішення Апеляційної палати	МКС, справа «Прокурор проти Омара Хасана Ахмада аль-Башира» (Prosecutor v Omar Hassan Ahmad al Bashir), ICC-02/05-01/09-397-Corr, Рішення про апеляцію Йорданії на рішення щодо видачі Аль-Башира (Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal), 6 травня 2019 р.
МКС, справа Аль-Башира. Рішення щодо клопотання сторони обвинувачення про дозвіл на арешт	МКС, справа «Прокурор проти Омара Хасана Ахмада аль-Башира» (Prosecutor v Omar Hassan Ahmad al Bashir), ICC-02/05-01/09-3, Рішення щодо клопотання сторони обвинувачення про ордер на арешт Омара Хасана Ахмада Аль-Башира (Omar Hassan Ahmad al Bashir), 4 березня 2009 р.
МКС, справа Аль-Башира. Друге рішення щодо клопотання сторони обвинувачення про ордер на арешт	МКС, справа «Прокурор проти Омара Хасана Ахмада аль-Башира» (Prosecutor v Omar Hassan Ahmad al Bashir), ICC-02/05-01/09-94, Друге рішення щодо клопотання сторони обвинувачення про ордер на арешт, 12 липня 2010 р.
МКС, справа Аль-Хассана, Рішення про ордер на арешт	МКС, справа «Прокурор проти Аль-Хасана аг Абдул Азіза аг Мохамеда аг Махмуда» (Prosecutor v Al Hassan ag Abdoul Aziz ag Mohamed ag Mahmoud), ICC-01/12-01/18-35-Red2-tENG, Рішення щодо клопотання прокурора про видачу ордера на арешт Аль-Хасана Аг Абдул Азіза Аг Мохамеда Аг Махмуда (Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud), 22 травня 2018 р.
МКС, справа Аль-Хассана. Рішення від 13 грудня 2018 року	МКС, справа «Прокурор проти Аль-Хасана аг Абдул Азіза аг Мохамеда аг Махмуда» (Prosecutor v Al Hassan ag Abdoul Aziz ag Mohamed ag Mahmoud), ICC-01/12-01/18-204-Red, Рішення щодо клопотань прокурора про вжиття необхідних заходів відповідно до статті 56(2) Статуту щодо свідків MLI-OTP-P0066, MLI-OTP-P-0004, MLI-OTP-P-0605, MLI-OTP-P-0582 et MLI-OTP-P-0537, 13 грудня 2018 р.
МКС, справа Аль-Хассана. Рішення від 30 січня 2019 року	МКС, справа «Прокурор проти Аль-Хасана аг Абдул Азіза аг Мохамеда аг Махмуда» (Prosecutor v Al Hassan ag Abdoul Aziz ag Mohamed ag Mahmoud), ICC-01/12-01/18-232-Red, Рішення щодо клопотань прокурора про вжиття необхідних заходів відповідно до статті 56(2) Статуту щодо свідків MLI-OTP-P-0065, 30 січня 2019 р.

Коротка назва	Повна назва
МКС, справа Аль-Хассана. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Аль-Хасана аг Абдул Азіза аг Мохамеда аг Махмуда» (Prosecutor v Al Hassan ag Abdoul Aziz ag Mohamed ag Mahmoud), ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red. Виправлення до Рішення про підтвердження обвинувачень проти Аль-Хассана Аг Абдула Азіза Аг Мохамеда Аг Махмуда (Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud), 30 вересня 2019 р.
МКС, справа Аль Махді. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Ахмада Аль Факі Аль Махді» (Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi), ICC-01/12-01/15-84-Red, Рішення про підтвердження звинувачень проти Ахмада Аль Факі Аль Махді (Ahmad Al Faqi Al Mahdi), 24 березня 2016 р.
МКС, справа Аль Махді. Рішення Судової палати	МКС, справа «Прокурор проти Ахмада Аль Факі Аль Махді» (Prosecutor v Ahmad Al Faqi Al Mahdi), ICC-01/12-01/15-171, Рішення Судової палати та вирок від 27 вересня 2016 р.
МКС, справа Аль-Верфаллі. Перший ордер на арешт	МКС, справа «Прокурор проти Махмуда Мустафи Бусайфа Аль-Верфаллі» (Prosecutor v Mahmoud Mustafa Busayf AL-WERFALLI), ICC-01/11-01/17-2, Ордер на арешт, 15 серпня 2017 р.
МКС, справа Аль-Верфаллі. Другий ордер на арешт	МКС, справа «Прокурор проти Махмуда Мустафи Бусайфа Аль-Верфаллі» (Prosecutor v Mahmoud Mustafa Busayf AL-WERFALLI), ICC-01/11-01/17-13, Другий ордер на арешт, 4 липня 2018 р.
МКС, справа Бемби. Рішення Апеляційної палати	МКС, справа «Прокурор проти Жан-П'єра Бемби Гомбо» (Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo), ICC-01/05-01/08-3636-Red, Рішення за апеляцією пана Жан-П'єра Бемби Гомбо (Jean-Pierre Bemba Gombo) на «Рішення Судової палати III відповідно до статті 74 Статуту», 8 червня 2018 р.
МКС, справа Бемби. Рішення про ордер на арешт	МКС, справа «Прокурор проти Жан-П'єра Бемби Гомбо» (Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo), ICC-01/05-01/08-1-tENG, Терміновий ордер на арешт Жан-П'єра Бемби Гомбо, 23 травня 2008 р.
МКС, справа Бемби. Рішення про прийнятність матеріалів та їх долучення до доказів	МКС, справа «Прокурор проти Жан-П'єра Бемби Гомбо» (Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo), ICC-01/05-01/08-2299-Red, «Рішення щодо клопотання сторони обвинувачення про прийнятність матеріалів та їх долучення до доказів відповідно до статті 64(9) Римського статуту» від 6 вересня 2012 року, 8 жовтня 2012 р.
МКС, справа Бемби. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Жан-П'єра Бемби Гомбо» (Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo), ICC-01/05-01/08-424, Рішення згідно зі статтею 61(7)(а) та (b) Римського статуту щодо звинувачень Прокурора проти Жан-П'єра Бемби Гомбо, 15 червня 2009 р.
МКС, справа Бемби. Рішення Судової палати	МКС, справа «Прокурор проти Жан-П'єра Бемби Гомбо» (Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo), ICC-01/05-01/08-3343, Рішення відповідно до статті 74 Статуту, 21 березня 2016 р.

Коротка назва	Повна назва
МКС, справа Бемби та ін. Оскарження рішення про неповагу до суду	МКС, справа «Прокурор проти Жан-П'єра Бемби Гомбо, Айме Кілоло Муссамби, Жан-Жака Манженда Кабонго, Фіделе Бабала Ванду та Нарсісса Арідо» (Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo, Aime Kilolo Mussamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu, and Narcisse Arido), ICC-01/05-01/13-2275-Red, Рішення за апеляціями пана Жана-П'єра Бемби Гомбо, пана Айме Кілоло Муссамби, пана Жана-Жака Манженда Кабонго, пана Фіделя Бабала Ванду та пана Нарсісса Арідо на рішення Судової палати VII під назвою «Рішення відповідно до статті 74 Статуту», 8 березня 2018 р.
МКС, справа Бемби та ін. Рішення про неповагу до суду	МКС, справа «Прокурор проти Жан-П'єра Бемби Гомбо, Айме Кілоло Муссамби, Жан-Жака Манженда Кабонго, Фіделе Бабала Ванду та Нарсісса Арідо» (Prosecutor v Jean-Pierre Bemba Gombo, Aime Kilolo Mussamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidele Babala Wandu, and Narcisse Arido), ICC-01/05-01/13-1989-Red, Рішення відповідно до статті 74 Статуту, від 19 жовтня 2016 р.
МКС, справа Бле Гуде. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Шарля Бле Гуде» (Prosecutor v Charles Ble Goude), ICC-02/11-02/11, Рішення про підтвердження звинувачень проти Чарльза Бле Гуде (Charles Blé Goudé), 11 грудня 2014 р.
МКС, справа Чуї. Рішення відповідно до статті 74 Статуту. Окрема думка судді Крістін Ван ден Вінгаерт	МКС, справа «Прокурор проти Нгуджоло Чуї» (Prosecutor v. Ngudjolo Chui), ICC-01/04-02/12-4, Рішення відповідно до статті 74 Статуту, Окрема думка судді Крістін Ван ден Вінгаерт (Christine Van den Wyngaert) , 18 грудня 2012 р.
МКС, Рішення щодо «Клопотання обвинувачення про винесення рішення про юрисдикцію відповідно до статті 19(3) Статуту» (М'янма/Бангладеш)	МКС, ICC-ROС46(3)-01/18-37, Рішення щодо «Клопотання обвинувачення про винесення рішення про юрисдикцію відповідно до статті 19(3) Статуту» (М'янма/Бангладеш), 6 вересня 2018 р.
МКС, справа Гбагбо та Бле Гуде. Рішення від 3 листопада 2017 року	МКС, справа «Прокурор проти Лорана Гбагбо та Чарльза Бле Гуде» (Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Ble Goude), ICC-02/11-01/15-1060, Рішення щодо заходів із захисту та спеціальних заходів, способу давання свідчень і порядку постановня перед судом деяких майбутніх свідків, 3 листопада 2017 р.
МКС, справа Гбагбо та Бле Гуде. Рішення від 27 листопада 2017 року	МКС, справа «Прокурор проти Лорана Гбагбо та Чарльза Бле Гуде» (Prosecutor v Laurent Gbagbo and Charles Ble Goude), ICC-02/11-01/15-1079, Рішення щодо термінового клопотання прокурора про отримання свідчень за допомогою технології відеозв'язку та про додаткові спеціальні заходи щодо свідка P-0554, 27 листопада 2017 р.
МКС, справа Гбагбо. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Лорана Гбагбо» (Prosecutor v Laurent Gbagbo), ICC-02/11-01/11-656-Red, Рішення про підтвердження звинувачень проти Лорана Гбагбо, 12 червня 2014 р.
МКС, Ордер на арешт Гучмазова	МКС, «Ситуація в Грузії», ICC-01/15-41-Red, Публічна відредагована версія документа «Ордер на арешт Гамлета Гучмазова», оригінал від 24 червня 2022 р.
МКС, справа Харуна та Кушайба. Рішення щодо клопотання сторони обвинувачення відповідно до статті 58(7) Статуту	МКС, справа «Прокурор проти Ахмада Харуна та Алі Кушайба» (Prosecutor v Ahmad Harun and Ali Kushayb), ICC-02/05-01/07-1-Corr, Рішення щодо клопотання сторони обвинувачення відповідно до статті 58(7) Статуту , 27 квітня 2007 р.

Коротка назва	Повна назва
МКС, справа Катанги та Нгуджоло Чуї. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Жермена Катанги та Мат'є Нгуджоло Чуї» (Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), ICC-01/04-01/07-717, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 р.
МКС, справа Катанги та Нгуджоло Чуї. Рішення щодо «Клопотання сторони обвинувачення про розкриття інформації захистом відповідно до Правил 78 та 79(4)»	МКС, справа «Прокурор проти Жермена Катанги та Мат'є Нгуджоло Чуї» (Prosecutor v Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui), ICC-01/04-01/07-2388, Рішення щодо «Клопотання сторони обвинувачення про розкриття інформації відповідно до Правил 78 та 79(4)», 14 вересня 2010 р.
МКС, справа Катанги, Рішення про передачу додаткових юридичних та фактичних матеріалів	МКС, справа «Прокурор проти Жермена Катанги» (Prosecutor v Germain Katanga), ICC-01/04-01/07-3371-tENG, Рішення про передачу додаткових юридичних та фактичних матеріалів (положення 55(2) та 55(3) Регламенту Суду), 15 травня 2013 р.
МКС, справа Катанги. Рішення Судової палати	МКС, справа «Прокурор проти Жермена Катанги» (Prosecutor v Germain Katanga), ICC-01/04-01/07-3436-tENG, Рішення відповідно до статті 74 Статуту, 7 березня 2014 р.
МКС, справа Лубанги. Рішення Апеляційної палати	МКС, справа «Прокурор проти Томаса Лубанги Дайло» (Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo), ICC-01/04-01/06-3121-Red, Рішення щодо апеляції пана Томаса Лубанги Дайло на обвинувальний вирок щодо нього, 1 грудня 2014 р.
МКС, справа Лубанги. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Томаса Лубанги Дайло» (Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo), ICC-01/04-01/06-803-tEN, Рішення про підтвердження звинувачень, 29 січня 2007 р.
МКС, справа Лубанги. Рішення щодо рішення Палати попереднього провадження I	МКС, справа «Прокурор проти Томаса Лубанги Дайло» (Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo), ICC-01/04-01/06-8-US-Corr, Рішення щодо рішення Палати попереднього провадження I від 10 лютого 2006 року та включення документів до матеріалів справи щодо пана Томаса Лубанги Дайло , 24 лютого 2006 р.
МКС, справа Лубанги. Рішення Судової палати	МКС, справа «Прокурор проти Томаса Лубанги Дайло» (Prosecutor v Thomas Lubanga Dyilo), ICC-01/04-01/06-2842, Рішення відповідно до статті 74 Статуту, 14 березня 2012 р.
МКС, справа Мудакумури. Рішення щодо заяви Прокурора відповідно до статті 58	МКС, справа «Прокурор проти Сильвестра Мудакумури» (Prosecutor v Sylvestre Mudacumura), ICC-01/04-01/12-1-Red, Рішення щодо заяви Прокурора відповідно до статті 58, 13 липня 2012 р.
МКС, справа Мбарушімани. Рішення про видачу ордеру на арешт	МКС, справа «Прокурор проти Каллікста Мбарушімани» (Prosecutor v Callixte Mbarushimana), ICC-01/04-01/10-1, Рішення щодо клопотання Прокурора про видачу ордеру на арешт Мбарушімани, 28 вересня 2010 р.
МКС, справа Мбарушімани. Підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Каллікста Мбарушімани» (Prosecutor v Callixte Mbarushimana), ICC-01/04-01/10-465-Red, Рішення про підтвердження звинувачень, 16 грудня 2011 р.
МКС, Ордер на арешт Міндзаєва	МКС, «Ситуація в Грузії», ICC-01/15-40-Red, Публічна відредагована версія документа «Виправлена версія Ордеру на арешт Михайла Майрамовича Міндзаєва», 30 червня 2022 р.

Коротка назва	Повна назва
МКС, справа Мухаммада Хусейна. Публічна відредагована версія «Рішення щодо заяви прокурора за статтею 58 стосовно Абдель Рахіма Мухаммада Хуссейна».	МКС, справа «Прокурор проти Абдель Рахіма Мухаммада Хусейна» (Prosecutor v Abdel Raheem Muhammad Hussein), ICC-02/05-01/12-1-Red, Публічна відредагована версія «Рішення щодо заяви Прокурора відповідно до статті 58 стосовно Абдель Рахіма Мухаммада Хусейна», 1 березня 2012 р.
МКС, справа Мутаури та ін. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Френсіса Кірімі Мутаури, Ухуру Муїгаї Кеніятті та Мохаммеда Хусейна Алі» (Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta, and Mohammed Hussein Ali), ICC-01/09-02/11-382-Red, Рішення про підтвердження звинувачень відповідно до пунктів (а) та (b) статті 61(7) Римського статуту, 23 січня 2012 р.
МКС, справа Мутаури та ін. Рішення щодо клопотання Прокурора про виклик до суду Френсіса Кірімі Мутаури, Ухуру Муїгаї Кеніятті та Мохаммеда Хусейна Алі	МКС, справа «Прокурор проти Френсіса Кірімі Мутаури, Ухуру Муїгаї Кеніятті та Мохаммеда Хусейна Алі» (Prosecutor v Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta, and Mohammed Hussein Ali), ICC-01/09-02/11-1, Рішення щодо клопотання Прокурора про виклик Френсіса Кірімі Мутаури, Ухуру Муїгаї Кеніятті та Мохаммеда Хусейна Алі, 8 березня 2011 р.
МКС, справа Нурена та Джербо Джамуса. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Нурена і Джербо Джамуса» (Prosecutor v Nourain and Jerbo Jamus), ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, Виправлення до «Рішення про підтвердження звинувачень», 7 березня 2011 р.
МКС, справа Нтаганди. Рішення Апеляційної палати	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» »Prosecutor v Bosco Ntaganda», ICC-01/04-02/06-2666-Red, Рішення за апеляціями пана Боско Нтаганди та Прокурора на рішення Судової палати VI від 8 липня 2019 року під назвою «Рішення», 30 березня 2021 р.
МКС, справа Нтаганди. Рішення Апеляційної палати , Додаток 1 « Окрема думка судді Говарда Моррісона та судді Пьотра Гофманьські щодо апеляції Прокурора »	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» (Prosecutor v Bosco Ntaganda), ICC-01/04-02/06-2666-Anx1, Рішення за апеляціями пана Боско Нтаганди та Прокурора на рішення Судової палати VI від 8 липня 2019 року під назвою «Рішення», Додаток 1 «Окрема думка судді Говарда Моррісона (Howard Morrison) та судді Пьотра Гофманьські (Piotr Hofmański) щодо апеляції Прокурора», 30 березня 2021 р.
МКС, справа Нтаганди. Рішення Апеляційної палати , Додаток 4 « Окрема думка судді Соломі Балунгі Босса щодо апеляції прокурора »	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» (Prosecutor v Bosco Ntaganda), ICC-01/04-02/06-2666-Anx4, Рішення за апеляціями пана Боско Нтаганди та Прокурора на рішення Судової палати VI від 8 липня 2019 року під назвою «Рішення», ДОДАТОК 4 «Окрема думка судді Соломі Балунгі Босса (Solomy Balungi Bossa) щодо апеляції прокурора», 30 березня 2021 р.
МКС, справа Нтаганди. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» (Prosecutor v Bosco Ntaganda), ICC-01/04-02/06-309, Рішення відповідно до пунктів (а) та (b) статті 61(7) Римського статуту щодо звинувачень прокурора стосовно Боско Нтаганди, 9 червня 2014 р.
МКС, справа Нтаганди. Додаток А до Рішення про протокол ознайомлення свідків	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» (Prosecutor v Bosco Ntaganda), ICC-01/04-02/06-656-AnxA, Рішення про протокол ознайомлення свідків, ДОДАТОК А «Протокол про практику ознайомлення свідків для давання свідчень у суді», 17 червня 2015 р.

Коротка назва	Повна назва
МКС, справа Нтаганди. Запит сторони обвинувачення про надання повідомлення про можливу перекваліфікацію відповідно до положення 55(2)	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» (Prosecutor v Bosco Ntaganda), ICC-01/04-02/06-501, Запит сторони обвинувачення про надання повідомлення про можливу перекваліфікацію відповідно до положення 55(2), 9 березня 2015 р.
МКС, справа Нтаганди. Рішення щодо заходів захисту	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» (Prosecutor v Bosco Ntaganda), ICC-01/04-02/06-824-Red, Рішення за клопотанням про вжиття заходів захисту в суді щодо першого свідка обвинувачення, 15 вересня 2015 р.
МКС, справа Нтаганди. Рішення Судової палати	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» (Prosecutor v Bosco Ntaganda), ICC-01/04-02/06-2359, Рішення Судової палати від 8 липня 2019 р.
МКС, справа Нтаганди. Додаток 1 до поданого Підрозділом з надання допомоги потерпілим і свідкам Протоколу про процедуру оцінювання вразливості та підтримки, що використовується для полегшення давання показань вразливими свідками відповідно до Наказу № ICC-01/04-02/06-416 від 5 лютого 2015 року	МКС, справа «Прокурор проти Боско Нтаганди» (Prosecutor v Bosco Ntaganda), ICC-01/04-02/06-445-Anx1, Поданий Підрозділом з надання допомоги потерпілим і свідкам Протокол про процедуру оцінювання вразливості та підтримки, що використовується для полегшення давання показань вразливими свідками відповідно до Наказу № ICC-01/04-02/06-416, ДОДАТОК 1, 17 червня 2015 р.
МКС, справа Онгвена. Зауваження Amici Curiae щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів	МКС, справа «Прокурор проти Домініка Онгвена» (Prosecutor v Dominic Ongwen), ICC-02/04-01/15-1934, Зауваження Amici Curiae щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів, зокрема сексуального рабства, та щодо сукупності вироків відповідно до правила 103 Правил процедури та доказування, 23 грудня 2021 р.
МКС, справа Онгвена. Рішення Апеляційної палати	МКС, справа «Прокурор проти Домініка Онгвена» (Prosecutor v Dominic Ongwen), ICC-02/04-01/15-2022-Red, Рішення за апеляцією пана Онгвена на рішення Судової палати IX від 4 лютого 2021 року під назвою «Рішення Судової палати», 15 грудня 2022 р.
МКС, справа Онгвена. Рішення від 27 липня 2015 року	МКС, справа «Прокурор проти Домініка Онгвена» (Prosecutor v Dominic Ongwen), ICC-02/04-01/15-277-Red, Рішення щодо «Клопотання сторони обвинувачення до Палати попереднього провадження про збереження доказів та вжиття заходів відповідно до статті 56 Римського статуту», оригінал 27 липня 2015 р.
МКС, справа Онгвена. Рішення від 12 жовтня 2015 року	МКС, справа «Прокурор проти Домініка Онгвена» (Prosecutor v Dominic Ongwen), ICC-02/04-01/15-316-Red, Рішення щодо «Другого клопотання сторони обвинувачення до Палати попереднього провадження про збереження доказів та вжиття заходів відповідно до статті 56 Римського статуту», оригінал від 12 жовтня 2015 р.
МКС, справа Онгвена. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Домініка Онгвена» (Prosecutor v Dominic Ongwen), ICC-02/04-01/15-422-Red, Рішення про підтвердження звинувачень щодо Домініка Онгвена, 23 березня 2016 р.
МКС, справа Онгвена. Вирок у справі	МКС, справа «Прокурор проти Домініка Онгвена» (Prosecutor v Dominic Ongwen), ICC-02/04-01/15-1819-Red. Вирок. 6 травня 2021 р.

Коротка назва	Повна назва
МКС, справа Онгвена. Рішення Судової палати	МКС, справа «Прокурор проти Домініка Онгвена» (Prosecutor v Dominic Ongwen), ICC-02/04-01/15-1762-Red, Рішення Судової палати від 4 лютого 2021 р.
МКС, справа Руто та ін. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Вільяма Самоея Руто, Генрі Кіпроно Косгея та Джошуа Арапа Санга» (Prosecutor v William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey, and Joshua Arap Sang), ICC-01/09-01/11-373, Рішення про підтвердження звинувачень відповідно до пунктів (а) та (b) статті 61(7) Римського статуту, 23 січня 2012 р.
МКС, Ордер на арешт Санакоєва	МКС, «Ситуація в Грузії», ICC-01/15-42-Red. Публічна відредагована версія документа «Ордер на арешт Давида Георгійовича Санакоєва», оригінал від 24 червня 2022 р.
МКС, справа Сімони Гбагбо. Рішення щодо ордера на арешт	МКС, справа «Прокурор проти Сімони Гбагбо» (Prosecutor v Simone Gbagbo), ICC-02/11-01/12-2-Red, Рішення щодо клопотання Прокурора відповідно до статті 58 про видачу ордера на арешт Сімони Гбагбо, 2 березня 2012 р.
МКС, «Ситуація в Бангладеш/М'янмі». Рішення про дозвіл	МКС, «Ситуація в Народній Республіці Бангладеш/Республіці Союз М'янма», ICC-01/19-27, Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на розслідування ситуації в Народній Республіці Бангладеш/Республіці Союз М'янма, 14 листопада 2019 р.
МКС, «Ситуація в Бурунді». Рішення про дозвіл	МКС, «Ситуація в Республіці Бурунді», ICC-01/17-9-Red. Відредагована публічна версія документа «Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на розслідування ситуації в Республіці Бурунді», ICC-01/17-X-9-US Exр, 25 жовтня 2017 р.
МКС, «Ситуація в Кот-д'Івуарі». Виправлення Рішення відповідно до статті 15 Статуту МКС про дозвіл на розслідування ситуації в Республіці Кот-д'Івуар	МКС, «Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар », ICC-02/11-14-Corr. Виправлення «Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на розслідування ситуації в Республіці Кот-д'Івуар», 15 листопада 2011 р.
МКС, «Ситуація в Демократичній Республіці Конго». Рішення щодо апеляції прокурора на рішення Палати попереднього провадження I під назвою «Рішення щодо клопотання прокурора про видачу ордерів на арешт, стаття 58»	МКС, «Ситуація в Демократичній Республіці Конго», ICC-01/04-169, Рішення щодо апеляції прокурора на рішення Палати попереднього провадження I під назвою «Рішення щодо клопотання прокурора про видачу ордерів на арешт, стаття 58», 13 липня 2006 р.
МКС, «Ситуація в Ісламській Республіці Афганістан». Рішення щодо розслідування	МКС, «Ситуація в Ісламській Республіці Афганістан», ICC-02/17-33, Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на розслідування ситуації в Ісламській Республіці Афганістан, 12 квітня 2019 р.
МКС, «Ситуація в Ісламській Республіці Афганістан», Рішення щодо апеляції на рішення про дозвіл на розслідування ситуації в Ісламській Республіці Афганістан, 5 березня 2020 року	МКС, «Ситуація в Ісламській Республіці Афганістан», ICC-02/17-138, Рішення щодо апеляції на рішення про дозвіл на розслідування ситуації в Ісламській Республіці Афганістан, 5 березня 2020 р.
МКС, «Ситуація в Республіці Кенія». Рішення про надання дозволу на розслідування	МКС, «Ситуація в Республіці Кенія», ICC-01/09-19-Corr, Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на проведення розслідування ситуації в Республіці Кенія, 31 березня 2010 р.

Коротка назва	Повна назва
МКС, справа Єкатома. Рішення про підтвердження звинувачень	МКС, справа «Прокурор проти Альфреда Єкатома та Патріса-Едуара Нгаїссони» (Prosecutor v Alfred Yekatom and Patrice-Edouard Ngaissona), ICC-01/14-01/18-403-Red, Рішення про підтвердження звинувачень щодо Альфреда Єкатома та Патріса-Едуара Нгаїссони, оригінал від 11 грудня 2019 р.

В. Інші міжнародні кримінальні трибунали

Коротка назва	Повна назва
Надзвичайні палати в судах Камбоджі, справа Канга Кека Іеу (псевдонім Дуч). Рішення Апеляційної палати	Надзвичайні палати в судах Камбоджі, справа «Співобвинувачі проти Канга Кека Іеу (псевдонім Дуч)» (Co-Prosecutors v. Kaing Guek Eav (alias Duch)), Справа № 001/18-07-2007-ECCC/SC. Апеляційне рішення, 3 лютого 2012 р.
Надзвичайні палати в судах Камбоджі, справа Канга Кека Іеу (псевдонім Дуч), Рішення Судової палати	Надзвичайні палати в судах Камбоджі, справа «Співобвинувачі проти Канга Кека Іеу (псевдонім Дуч)» (Co-Prosecutors v. Kaing Guek Eav (alias Duch)), Справа № 001/18-07-2007/ECCC/TC, Рішення Судової палати, 26 липня 2010 р.
Надзвичайні палати в судах Камбоджі, справа Нуон Чеа та Кхіеу Сампхана. Рішення Судової палати	Надзвичайні палати в судах Камбоджі, справа «Співобвинувачі проти Нуон Чеа та Кхіеу Сампхана» (Co-Prosecutors v. Nuon Chea and Khieu Samphan), Справа № 002/19-09-2007/ECCC/TC, Справа 002/02, Рішення Судової палати, 16 листопада 2018 р.
МКТР, справа Акаїєсу. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Прокурор проти Акаїєсу» (Prosecutor v. Akayesu), Справа № ICTR-96-4-A, Рішення від 1 червня 2001 р.
МКТР, справа Акаїєсу. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Акаїєсу» (Prosecutor v. Akayesu), Справа № ICTR-96-4-T, Рішення від 2 вересня 1998 р.
МКТР, справа Багілішеми. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Прокурор проти Ігнаса Багілішеми» (The Prosecutor v. Ignace Bagilishema), Справа № ICTR-95-1A-A, 3 липня 2002 р.
МКТР, справа Багілішеми. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Ігнаса Багілішеми» (The Prosecutor v. Ignace Bagilishema), Справа № ICTR-95-1A-T, Рішення від 7 червня 2001 р.
МКТР, справа Багосори та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Прокурор проти Багосори та Нсенгіюмви» (Prosecutor v. Bagosora and Nsengiyumva), Справа № ICTR-98-41-A, Рішення від 14 грудня 2011 р.
МКТР, справа Багосори та ін. Рішення щодо клопотань про винесення виправдувального вироку	МКТР, справа «Прокурор проти Багосори та ін.» (Prosecutor v. Bagosora et al.), Справа № ICTR-98-41-T, Рішення щодо клопотань про винесення виправдувального вироку, 2 лютого 2005 р.
МКТР, справа Багосори та ін. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Багосори та ін.» (Prosecutor v. Bagosora et al.), Справа № ICTR-98-41-T, Рішення Судової палати та вирок, 18 грудня 2008 р.
МКТР, справа Бізімунгу. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Августин Бізімунгу проти прокурора» (Augustin Bizimungu v. The Prosecutor), Справа № ICTR-00-56B-A, Рішення від 30 червня 2014 р.
МКТР, справа Бізімунгу та ін. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Бізімунгу та ін.» (The Prosecutor v. Bizimungu et al.), Справа № ICTR-99-50-T, Рішення Судової палати та вирок, 30 вересня 2011 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТР, справа Гакумбіці. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Сильвестр Гакумбіці проти Прокурора» (Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor), Справа № ICTR-2001-64-A. «Рішення» від 7 липня 2006 р.
МКТР, справа Гакумбіці. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Сильвестра Гакумбіці» (The Prosecutor v. Sylvestre Gacumbitsi), Справа № ICTR-2001-64-T, Рішення Судової палати від 17 червня 2004 р.
МКТР, справа Гатете. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Жана-Батиста Гатете» (The Prosecutor v. Jean-Baptiste Gatete), Справа № ICTR-2000-61-T, Рішення Судової палати та вирок від 31 березня 2011 р.
МКТР, справа Хатегекімані. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Ільдефонс Хатегекімана проти Прокурора» (Ildephonse Hategekimana v. The Prosecutor), Справа № ICTR-00-55B-A, Рішення від 8 травня 2012 р.
МКТР, справа Хатегекімані. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Ільдефонса Хатегекімана» (The Prosecutor v. Ildephonse Hategekimana), Справа № ICTR-00-55B-T, Рішення Судової палати і вирок від 6 грудня 2010 р.
МКТР, справа Каеліелі. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Ювенал Каеліелі проти Прокурора» (Juvénal Kajelijeli v. The Prosecutor), Справа № ICTR-98-44A-A, 23 травня 2005 р.
МКТР, справа Каеліелі. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Ювенала Каеліелі» (The Prosecutor v. Juvénal Kajelijeli), Справа № ICTR-98-44A-T, Рішення Судової палати і вирок від 1 грудня 2003 р.
МКТР, справа Каліманзірі. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Каллікст Каліманзіра проти прокурора» (Callixte Kalimanzira v. The Prosecutor), Справа № ICTR-05-88-A, Рішення від 20 жовтня 2010 р.
МКТР, справа Каліманзірі. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Каллікста Каліманзірі» (The Prosecutor v. Callixte Kalimanzira), Справа № ICTR-05-88-T, Рішення Судової палати від 22 червня 2009 р.
МКТР, справа Камбанди. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Жана Камбанди» (The Prosecutor v. Jean Kambanda), Справа № ICTR 97-23-S, Рішення Судової палати та вирок від 4 вересня 1998 р.
МКТР, справа Камуханди. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Камуханда проти Прокурора» (Kamuhanda v. Prosecutor), Справа № ICTR-99-54A-A, Рішення від 19 вересня 2005 р.
МКТР, справа Камуханди. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Жана де Дьє Камуханди» (The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda), Справа № ICTR-99-54A-T, Рішення та вирок.
МКТР, справа Каньярукігі. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Гаспар Каньярукігі проти прокурора» (Gaspard Kanyarukiga v. The Prosecutor), Справа № ICTR-02-78-A, Рішення від 8 травня 2012 р.
МКТР, справа Каремери та Нгірумпатсе. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Каремера та Нгірумпатсе проти прокурора» (Karemera and Ngirumpatse v. Prosecutor), Справа № ICTR-98-44-A, Рішення від 29 вересня 2014 р.
МКТР, справа Каремери та ін. Рішення щодо юрисдикційних апеляцій: спільна злочинна діяльність	МКТР, справа «Каремера та ін. проти прокурора» (Karemera et al. v. Prosecutor). Справи №№ ICTR-98-44-AR72.5, ICTR-98-44-AR72.6, Рішення щодо юрисдикційних апеляцій: спільна злочинна діяльність, 12 квітня 2006 р.
МКТР, справа Каремери та ін. Рішення щодо клопотань про винесення виправдувального вироку	МКТР, справа «Прокурор проти Каремери та ін.» (Prosecutor v. Karemera et al.), Справа № ICTR-98-44-T, Рішення щодо клопотань про винесення виправдувального вироку , 19 березня 2008 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТР, справа Каремери та Нгірумпатсе. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Каремери та Нгірумпатсе» (Prosecutor v. Karemera and Ngirumpatse), Справа № ICTR-98-44-Т, Рішення Судової палати та вирок від 2 лютого 2012 р.
МКТР, справа Кайішеми та Рузіндани. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Прокурор проти Кайішеми та Рузіндани» (Prosecutor v. Kayishema and Ruzidana), Справа № ICTR-95-1-А, Рішення (обґрунтування), 1 червня 2001 р.
МКТР, справа Кайішеми та Рузіндани. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Кайішеми та Рузіндани» (Prosecutor v. Kayishema and Ruzidana), Справа № ICTR-95-1-Т. Вирок від 21 травня 1999 р.
МКТР, справа Мпамбари. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Жана Мпамбари» (The Prosecutor v. Jean Mparambara), Справа № ICTR-01-65-Т, Рішення Судової палати від 11 вересня 2006 р.
МКТР, справа Мухімени. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Мікаелі Мухімана проти прокурора» (Mikaeli Muhimana v. The Prosecutor), Справа № ICTR-95-1В-А, Рішення від 21 травня 2007 р.
МКТР, справа Мухімени. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Мікаелі Мухімени» (The Prosecutor v. Mikaeli Muhimana), Справа № ICTR-95-1В-Т, Рішення Судової палати та вирок від 28 квітня 2005 р.
МКТР, справа Мувунї. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Тарсісса Мувунї» (The Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi), Справа № ICTR-2000-55А-Т, Рішення та вирок від 12 вересня 2006 р.
МКТР, справа Мувунї. Рішення щодо клопотання Мувунї про винесення виправдального вироку	МКТР, справа «Прокурор проти Тарсісса Мувунї» (The Prosecutor v. Tharcisse Muvunyi), Справа № ICTR-2000-55А-Т, Рішення щодо клопотання Мувунї про винесення виправдального вироку відповідно до правила 98 bis , 13 жовтня 2005 р.
МКТР, справа Мусеми. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Альфреда Мусеми» (The Prosecutor v. Alfred Musema), Справа № ICTR-96-13-Т, Рішення Судової палати та вирок від 27 січня 2000 р.
МКТР, справа Нахімана та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Прокурор проти Нахімани, Бараягвізи та Нгезе» (Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza, and Ngeze), Справа № ICTR-99-52-А, Рішення від 28 листопада 2007 р.
МКТР, справа Нахімани та ін. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Нахімани, Бараягвізи та Нгезе» (Prosecutor v. Nahimana, Barayagwiza, and Ngeze), Справа № ICTR-99-52-Т, Рішення Судової палати і вирок, 3 грудня 2003 р.
МКТР, справа Ндахімани. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Ндахімани» (Prosecutor v. Ndahimana), Справа № ICTR-01-68-Т, Рішення Судової палати та вирок, 30 грудня 2011 р.
МКТР, справа Ндіндабахізі. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Ндіндабахізі» (Prosecutor v. Ndindabahizi), Справа № ICTR-01-71-Т, Рішення Судової палати та вирок, 15 липня 2004 р.
МКТР, справа Ндінділійімани та ін. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Ндінділійімани та ін.» (Prosecutor v. Ndindiliyimana et al.), Справа № ICTR-00-56-Т, Рішення Судової палати та вирок, 17 травня 2011 р.
МКТР, справа Ніїтегеки. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Еліезер Ніїтегека проти прокурора» (Eliézer Niyitegeka v. The Prosecutor), Справа № ICTR-96-14-А, Рішення від 9 липня 2004 р.
МКТР, справа Нтагерури та ін. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Нтагерури та ін.» (The Prosecutor v. Ntagerura et al.), Справа № ICTR-99-46-Т, Рішення Судової палати та вирок, 25 лютого 2004 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТР, справа Нтакірутімани та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Прокурор проти Нтакірутімани та Нтакірутімани» (Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana). Справи №№ ICTR-96-10-A та ICTR-96-17-A, Рішення від 13 грудня 2004 р.
МКТР, справа Нтакірутімани та ін. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Нтакірутімани та Нтакірутімани» (Prosecutor v. Ntakirutimana and Ntakirutimana). Справи №№ ICTR-96-10-T та ICTR-96-17-T, Рішення Судової палати та вирок, 21 лютого 2003 р.
МКТР, справа Ніірамасухуко та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Прокурор проти Ніірамасухуко та ін.» (The Prosecutor v. Nyiramasuhuko et al.), Справа № ICTR-98-42-A, Рішення Апеляційної палати, 14 грудня 2015 р.
МКТР, справа Ніірамасухуко та ін. Рішення щодо клопотань захисту про винесення виправдувального вироку відповідно до правила 98 bis	МКТР, справа «Прокурор проти Ніірамасухуко та ін.» (The Prosecutor v. Nyiramasuhuko et al.), Справа № ICTR-98-42-T, Рішення щодо клопотань захисту про винесення виправдувального вироку відповідно до правила 98 bis , 16 грудня 2004 р.
МКТР, справа Ніірамасухуко та ін. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Полін Ніірамасухуко, Арсена Шалома Нтахобалі, Сільвена Нсабімани, Альфонса Нтезірайо, Джозефа Каньябаші та Елі Ндаямбадже» (The Prosecutor v. Pauline Nyiramasuhuko, Arsène Shalom Ntahobali, Sylvain Nsabimana, Alphonse Nteziryayo, Joseph Kanyabashi and Élie Ndayambaje), Справа № ICTR-98-42-T, Рішення та вирок, 24 червня 2011 р.
МКТР, справа Нзабонімані. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Каллікста Нзабонімані» (The Prosecutor v. Callixte Nzabonimana), Справа № ICTR-98-44D-T, Рішення Судової палати та вирок, 31 травня 2012 р.
МКТР, справа Рукундю. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Еммануеля Рукундю» (The Prosecutor v. Emmanuel Rukundo), Справа № ICTR-01-70-T, Рішення Судової палати від 27 лютого 2009 р.
МКТР, справа Рутаганди. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Жорж Андерсон Ндерубумве Рутаганда проти прокурора» (Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda v. The Prosecutor), Справа № ICTR-96-3-A, Рішення від 26 травня 2003 р.
МКТР, справа Рутаганди. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Рутаганди» (Prosecutor v. Rutaganda), Справа № ICTR-96-3-T, Рішення від 6 грудня 1999 р.
МКТР, справа Рвамакуби. Рішення щодо оскарження проміжної ухвали суду стосовно застосування визначення спільної злочинної діяльності до злочину геноциду	МКТР, справа «Андре Рвамакуба проти прокурора» (André Rwamakuba v. Prosecutor), Справа № ICTR-98-44-AR72.4, Рішення щодо оскарження проміжної ухвали суду стосовно застосування визначення спільної злочинної діяльності до злочину геноциду , 22 жовтня 2004 р.
МКТР, справа Семанзи. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Семанза проти прокурора» (Semanza v. Prosecutor), Справа № ICTR-97-20-A, Рішення від 20 травня 2005 р.
МКТР, справа Семанзи. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Семанзи» (Prosecutor v. Semanza), Справа № ICTR-97-20-T, Рішення Судової палати та вирок, 15 травня 2003 р.
МКТР, справа Серомби. Рішення Апеляційної палати	МКТР, справа «Прокурор проти Серомби» (Prosecutor v. Seromba), Справа № ICTR-01-66-A, Рішення від 12 березня 2008 р.
МКТР, справа Сетако. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Сетако» (Prosecutor v. Setako), Справа № ICTR-04-81-T, Рішення Судової палати та вирок, 25 лютого 2010 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТР, справа Сімби. Рішення Судової палати	МКТР, справа «Прокурор проти Алоїса Сімби» (Prosecutor v. Aloys Simba), Справа № ICTR-01-76-T, Рішення Судової палати та вирок, 13 грудня 2005 р.
МКТЮ, справа Алексовські. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Алексовські» (Prosecutor v. Aleksovski), Справа № IT-95-14/1-A, Рішення від 24 березня 2000 р.
МКТЮ, справа Алексовські. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Златко Алексовські» (The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski), Справа № IT-95-14/1-T, Рішення від 25 червня 1999 р.
МКТЮ, справа Благоєвича та Йокича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Благоєвича та Йокича» (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), Справа № IT-02-60-A, Рішення від 9 травня 2007 р.
МКТЮ, справа Благоєвича та Йокича. Рішення щодо прийнятності матеріалів, пов'язаних із перехопленням	МКТЮ, справа «Прокурор проти Благоєвича та Йокича» (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), Справа № IT-02-60-T, Рішення щодо прийнятності матеріалів, пов'язаних із перехопленням, від 18 грудня 2003 р.
МКТЮ, справа Благоєвича та Йокича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Благоєвича та Йокича» (Prosecutor v. Blagojević and Jokić), Справа № IT-02-60-T, Рішення від 17 січня 2005 р.
МКТЮ, справа Бласкіча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Бласкіча» (Prosecutor v. Blaškić), Справа № IT-95-14-A, Рішення від 29 липня 2004 р.
МКТЮ, справа Бласкіча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Бласкіча» (Prosecutor v. Blaškić), Справа № IT-95-14-T, Рішення від 3 березня 2000 р.
МКТЮ, справа Бошкоскі та Тарчуловські. Рішення Апеляційної палати .	МКТЮ, справа «Прокурор проти Бошкоскі та Тарчуловські» (Prosecutor v. Bošković and Tarčulovski). IT-04-82-A, Рішення від 19 травня 2010 р.
МКТЮ, справа Бошкоскі та Тарчуловські. Рішення Судової палати .	МКТЮ, справа «Прокурор проти Любе Бошкоскі та Йохана Тарчуловські» (The Prosecutor v. Ljube Bošković and Johan Tarčulovski), Справа № IT-04-82-T, Рішення, публічне, від 10 липня 2008 р.
МКТЮ, справа Брджаніна. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Брджаніна» (Prosecutor v. Brđanin), Справа № IT-99-36-A, Рішення від 3 квітня 2007 р.
МКТЮ, справа Брджаніна. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Брджаніна» (Prosecutor v. Brđanin), Справа № IT-99-36-T, Рішення від 1 вересня 2004 р.
МКТЮ, справа Челебічі. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Делаліча, Мучича, Деліча та Ланджо» (Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić, and Landžo), Справа № IT-96-21-A, Рішення від 20 лютого 2001 р.
МКТЮ, справа Челебічі. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Делаліча, Мучича, Деліча та Ланджо» (Prosecutor v. Delalić, Mucić, Delić, and Landžo), Справа № IT-96-21-T, Рішення від 16 листопада 1998 р.
МКТЮ, справа Чешича. Рішення Судової палати та вирок	МКТЮ, справа «Прокурор проти Чешича» (Prosecutor v. Češić), Справа № IT-95-10/1-S. Вирок від 11 березня 2004 р.
МКТЮ, справа Джорджевича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Джорджевича» (Prosecutor v. Đorđević), Справа № IT-05-87/1-A, Рішення від 27 січня 2014 р.
МКТЮ, справа Джорджевича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Джорджевича» (Prosecutor v. Đorđević), Справа № IT-05-87/1-T, Рішення від 23 лютого 2011 р.
МКТЮ, справа Ердємовича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Ердємовича» (Prosecutor v. Erdemović), Справа № IT-96-22-A, Рішення Апеляційної палати, 7 жовтня 1997 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТЮ, справа Фурунджії. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Фурунджії» (Prosecutor v. Furundžija), Справа № IT-95-17/1-A, Рішення від 21 липня 2000 р.
МКТЮ, справа Фурунджії. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Анто Фурунджії» (The Prosecutor v. Anto Furundžija), Справа № IT-95-17/1-T, Рішення від 10 грудня 1998 р.
МКТЮ, справа Галича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Галича» (Prosecutor v. Galić), Справа № IT-98-29-A, Рішення від 30 листопада 2006 р.
МКТЮ, справа Галича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Галича» (Prosecutor v. Galić), Справа № IT-98-29-T, Рішення та окрема думка від 5 грудня 2003 р.
МКТЮ, справа Готовіни та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Готовіни та Маркача» (Prosecutor v. Gotovina and Markač), Справа № IT-06-90-A, Рішення від 16 листопада 2012 р.
МКТЮ, справа Готовіни та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Готовіни, Чермака та Маркача» (Prosecutor v. Gotovina, Čermak, and Markač), Справа № IT-06-90-T, Рішення від 15 квітня 2011 р.
МКТЮ, справа Гаджігасановича та Кубури. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Гаджігасановича та Кубури» (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura), Справа № IT-01-47-A, Рішення від 22 квітня 2008 р.
МКТЮ, справа Гаджігасановича та ін. Рішення щодо оскарження проміжної ухвали суду стосовно юрисдикції з питання «відповідальності як командувача»	МКТЮ, справа «Прокурор проти Гаджігасановича та ін.» (Prosecutor v. Hadžihasanović et al.), Справа № IT-01-47-AR72, Рішення щодо оскарження проміжної ухвали суду стосовно юрисдикції з питання «відповідальності як командувача» від 16 липня 2003 р.
МКТЮ, справа Гаджігасановича та Кубури. Рішення щодо клопотань про виправдання	МКТЮ, справа «Прокурор проти Гаджігасановича та Кубури» (Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura), Справа № IT-01-47-AR73.3, Рішення щодо оскарження об'єднаним захистом проміжного рішення Судової палати щодо клопотань про виправдання відповідно до правила 98 bis від 11 березня 2005 р.
МКТЮ, справа Гаджігасановича та Кубури. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Енвера Гаджігасановича та Аміра Кубури» (The Prosecutor v. Enver Hadžihasanović and Amir Kubura), Справа № IT-01-47-T, Рішення від 15 березня 2006 р.
МКТЮ, справа Халіловича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Халіловича» (Prosecutor v. Halilović), Справа № IT-01-48-A, Рішення від 16 жовтня 2007 р.
МКТЮ, справа Халіловича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Халіловича» (Prosecutor v. Halilović), Справа № IT-01-48-T, Рішення від 16 листопада 2005 р.
МКТЮ, справа Харадіная та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Харадіная, Балая та Брахімаїя» (Prosecutor v. Haradinaj, Balaj, and Brahimaj), Справа № IT-04-84-T, Рішення від 3 квітня 2008 р.
МКТЮ, справа Єлісіча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Єлісіча» (Prosecutor v. Jelisić), Справа № IT-95-10-A, Рішення від 5 липня 2001 р.
МКТЮ, справа Єлісіча, Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Єлісіча» (Prosecutor v. Jelisić), Справа № IT-95-10-T, Рішення від 14 грудня 1999 р.
МКТЮ, справа Йокіча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Йокіча» (Prosecutor v. Jokić), Справа № IT-01-42/1-S. Вирок від 18 березня 2004 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТЮ, справа Караджича. Рішення Апеляційної палати про взяття заручників	МКТЮ, справа «Прокурор проти Караджича» (Prosecutor v. Karadžić), Справа № IT-95-5/18-AR73.9, Рішення щодо апеляції на відмову у винесенні виправдувального вироку щодо захоплення заручників від 11 грудня 2012 р.
МКТЮ, справа Караджича. Рішення про заходи захисту від 9 липня 2013 року	МКТЮ, справа «Прокурор проти Караджича» (Prosecutor v. Karadžić), Справа № IT-95-5/18-T, Рішення щодо клопотання обвинуваченого про вжиття заходів захисту для свідка KW428 від 9 липня 2013 р.
МКТЮ, справа Караджича. Рішення щодо застосування правила 98	МКТЮ, справа «Прокурор проти Караджича» (Prosecutor v. Karadžić), Справа № IT-95-5/18-AR98bis.I, Рішення від 11 липня 2013 р.
МКТЮ, справа Караджича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Караджича» (Prosecutor v. Karadžić), Справа № IT-95-5/18-T. Публічна відредагована версія рішення від 24 березня 2016 р.
МКТЮ, справа Караджича і Младича. Обвинувальний висновок	МКТЮ, справа «Прокурор проти Караджича і Младича» (Prosecutor v. Karadžić and Mladić), Справа № IT-95-5-I. Обвинувальний висновок, липень 1995 р.
МКТЮ, справа Кордіча та Черкеза. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Кордіча та Черкеза» (Prosecutor v. Kordić and Čerkez), Справа № IT-95-14/2-A, Рішення від 17 грудня 2004 р.
МКТЮ, справа Кордіча та Черкеза. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Кордіча та Черкеза» (Prosecutor v. Kordić and Čerkez), Справа № IT-95-14/2-T, Рішення від 26 лютого 2001 р.
МКТЮ, справа Країшніка. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Країшніка» (Prosecutor v. Krajišnik), Справа № IT-00-39-A, Рішення від 17 березня 2009 р.
МКТЮ, справа Країшніка. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Країшніка» (Prosecutor v. Krajišnik), Справа № IT-00-39-T, Рішення від 27 вересня 2006 р.
МКТЮ, справа Крноєлаца. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Крноєлаца» (Prosecutor v. Krnojelac), Справа № IT-97-25-A, Рішення від 17 вересня 2003 р.
МКТЮ, справа Крноєлаца. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Крноєлаца» (Prosecutor v. Krnojelac), Справа № IT-97-25-T, Рішення від 15 березня 2002 р.
МКТЮ, справа Крстіча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Крстіча» (Prosecutor v. Krstić), Справа № 98-33-A, Рішення від 19 квітня 2004 р.
МКТЮ, справа Крстіча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Крстіча» (Prosecutor v. Krstić), Справа № 98-33-T, Рішення від 2 серпня 2001 р.
МКТЮ, справа Кунараца та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Кунараца, Ковача та Вуковича» (Prosecutor v. Kunarac, Kovač, and Vuković), Справа № IT-96-23 та IT-96-23/1-A, Рішення від 12 червня 2002 року
МКТЮ, справа Кунараца та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Кунараца, Ковача та Вуковича» (Prosecutor v. Kunarac, Kovač, and Vuković), Справа № IT-96-23-T та IT-96-23/1-T, Рішення від 22 лютого 2001 р.
МКТЮ, справа Купрешкіча та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Зорана Купрешкіча, Мір'яна Купрешкіча, Влатко Купрешкіча, Йосіповича, Папіча та Шантіча» (Prosecutor v. Zoran Kupreškić, Mirjan Kupreškić, Vlatko Kupreškić, Josipović, Papić, and Šantić), Справа № IT-95-16-T, Рішення від 14 січня 2000 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТЮ, справа Квочки та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Квочки, Радича, Жигіча, Прчача» (Prosecutor v. Kvočka, Radić, Žigić, Prcać), Справа № IT-98-30-/1-A, Рішення від 28 лютого 2005 р.
МКТЮ, справа Квочки та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Квочки, Коса, Радича, Жигіча, Прчача» (Prosecutor v. Kvočka, Kos, Radić, Žigić, Prcać), Справа № IT-98-30/1-T, Рішення від 2 листопада 2001 р.
МКТЮ, справа Лімая та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Лімая, Бали та Мусліу» (Prosecutor v. Limaj, Bala, and Musliu), Справа № IT-03-66-A, Рішення від 27 вересня 2007 р.
МКТЮ, справа Лімая та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Лімая, Бали та Мусліу» (Prosecutor v. Limaj, Bala, and Musliu), Справа № IT-03-66-T, Рішення від 30 листопада 2005 р.
МКТЮ, справа Лукіча та Лукіча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Лукіча та Лукіча» (Prosecutor v. Lukić and Lukić), Справа № IT-98-32/1-A, Рішення від 4 грудня 2012 р.
МКТЮ, справа Лукіча та Лукіча. Рішення щодо повідомлення Мілана Лукіча про верифікацію ймовірних жертв, які вижили, та заяви про зупинення провадження	МКТЮ, справа «Прокурор проти Лукіча та Лукіча» (Prosecutor v. Lukić and Lukić), Справа № IT-98-32/1-T, Рішення щодо повідомлення Мілана Лукіча про верифікацію ймовірних жертв, які вижили, та заяви про зупинення провадження, з додатками А-Н, від 12 березня 2009 р.
МКТЮ, справа Лукіча та Лукіча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Лукіча та Лукіча» (Prosecutor v. Lukić and Lukić), Справа № IT-98-32/1-T, Рішення від 20 липня 2009 р.
МКТЮ, справа Мартіча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Мартіча» (Prosecutor v. Martić), Справа № IT-95-11-A, Рішення від 8 жовтня 2008 р.
МКТЮ, справа Мартіча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Мартіча» (Prosecutor v. Martić), Справа № IT-95-11-T, Рішення від 12 червня 2007 р.
МКТЮ, справа Мілошевича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Драгомира Мілошевича» (Prosecutor v. Dragomir Milošević), Справа № IT-98-29/1-A, Рішення від 12 листопада 2009 р.
МКТЮ, справа Мілошевича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Драгомира Мілошевича» (Prosecutor v. Dragomir Milošević), Справа № IT-98-29/1-T, Рішення від 12 грудня 2007 р.
МКТЮ, справа Мілутиновича та ін. Рішення щодо клопотання Драголюб Ойданіча про оскарження юрисдикції – спільна злочинна діяльність	МКТЮ, справа «Прокурор проти Мілутиновича, Шайновича та Ойданіча» (Prosecutor v. Milutinović, Šainović, and Ojdanić), Справа № IT-99-37-AR72, Рішення щодо клопотання Драголюб Ойданіча про оскарження юрисдикції – спільне злочинне підприємство, 21 травня 2003 р.
МКТЮ, справа Мілутиновича та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Мілутиновича, Шайновича, Ойданіча, Павковича, Лазаревича та Лукіча» (Prosecutor v. Milutinović, Šainović, Ojdanić, Pavković, Lazarević, and Lukić), Справа № IT-05-87-T, Рішення від 26 лютого 2009 р.
МКТЮ, справа Младіча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Младіча», Справа № IT-09-92-T, Рішення Судової палати від 22 листопада 2017 р.
МКТЮ, справа Мркшича та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Мркшича та Шліванчаніна» (Prosecutor v. Mrkšić and Šljivančanin), Справа № IT-95-13/1-A, Рішення від 5 травня 2009 р.
МКТЮ, справа Мркшича та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Мркшича, Радича та Шліванчаніна» (Prosecutor v. Mrkšić, Radić, and Šljivančanin), Справа № IT-95-13/1-T, Рішення від 27 вересня 2007 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТЮ, справа Налетіліча та Мартиновича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Налетіліча та Мартиновича» (Prosecutor v. Naletilić and Martinović), Справа № IT-98-34-A, Рішення від 3 травня 2006 р.
МКТЮ, справа Налетіліча та Мартиновича. Другий обвинувальний акт із змінами	МКТЮ, справа «Прокурор проти Налетіліча та Мартиновича» (Prosecutor v. Naletilić and Martinović), Справа № IT-98-34-PT. Другий обвинувальний акт із змінами, вересень 2001 р.
МКТЮ, справа Налетіліча та Мартиновича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Налетіліча та Мартиновича» (Prosecutor v. Naletilić and Martinović), Справа № IT-98-34-T, Рішення від 31 березня 2003 р.
МКТЮ, справа Оріча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Оріча» (Prosecutor v. Orić), Справа № IT-03-68-A, Рішення від 3 липня 2008 р.
МКТЮ, справа Оріча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Оріча» (Prosecutor v. Orić), Справа № IT-03-68-T, Рішення від 30 червня 2006 р.
МКТЮ, справа Перішича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Перішича» (Prosecutor v. Perišić), Справа № IT-04-81-T, Рішення Судової палати, 6 вересня 2011 р.
МКТЮ, справа Поповича та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Поповича, Беари, Ніколича, Мілетича, та Пандуревича» (Prosecutor v. Popović, Beara, Nikolić, Miletić, and Pandurević), Справа № IT-05-88-A, Рішення від 30 січня 2015 р.
МКТЮ, справа Поповича та ін. Рішення про прийнятність перехоплених повідомлень	МКТЮ, справа «Прокурор проти Поповича, Беари, Ніколича, Боровчаніна, Мілетича, Гверо та Пандуревича» (Prosecutor v. Popović, Beara, Nikolić, Borovčanin, Miletić, Gvero, and Pandurević), Справа № IT-05-88, Рішення про прийнятність перехоплених повідомлень від 7 грудня 2007 р.
МКТЮ, справа Поповича та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Поповича, Беари, Ніколича, Боровчаніна, Мілетича, Гверо та Пандуревича» (Prosecutor v. Popović, Beara, Nikolić, Borovčanin, Miletić, Gvero, and Pandurević), Справа № IT-05-88-T, Рішення від 10 червня 2010 р.
МКТЮ, справа Прліча та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Прліча та ін.» (Prosecutor v. Prlić et al.), Справа № IT-04-74-A, Рішення Апеляційної палати від 29 листопада 2017 р.
МКТЮ, справа Прліча та ін. Рішення про відхилення попередніх заперечень щодо юрисдикції Трибуналу	МКТЮ, справа «Прокурор проти Прліча та ін.» (Prosecutor v. Prlić et al.), Справа № IT-04-74-PT, Рішення про відхилення попередніх заперечень щодо юрисдикції Трибуналу, 26 вересня 2005 р.
МКТЮ, справа Прліча та ін. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Прліча та ін.» (Prosecutor v. Prlić et al.), Справа № IT-04-74-T, Рішення Судової палати, 29 травня 2013 р.
МКТЮ, справа Рашевича та ін. Остаточний звіт прокурора про хід провадження	МКТЮ, справа «Прокурор проти Рашевича та Тодовича» (Prosecutor v. Rašević and Todović), Справа № IT-97-25/1-PT. Остаточний звіт прокурора про хід провадження, 20 квітня 2009 р.
МКТЮ, справа Шайновича та ін. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Шайновича, Павковича, Лазаревича та Лукіча» (Prosecutor v. Šainović, Pavković, Lazarević, and Lukić), Справа № IT-05-87-A, Рішення від 23 січня 2014 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТЮ, справа Сікіріци та ін. Рішення щодо клопотань захисту про виправдання	МКТЮ, справа «Прокурор проти Сікіріци та ін.» (Prosecutor v. Sikirica et al.), Справа № ІТ-95-8-Т, Рішення щодо клопотань захисту про виправдання, 3 вересня 2001 р.
МКТЮ, справа Сіміча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Сіміча» (Prosecutor v. Simić), Справа № ІТ-95-9-А, Рішення від 28 листопада 2006 р.
МКТЮ, справа Сіміча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Сіміча, Тадіча, та Заріча» (Prosecutor v. Simić, Tadić, and Zarić), Справа № ІТ-95-9-Т, Рішення від 17 жовтня 2003 р.
МКТЮ, справа Станішича та Сімазовича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Станішича та Сімазовича» (Prosecutor v. Stanisic and Simatovic), Справа № ІТ-03-69-Т, Рішення Судової палати від 30 травня 2013 р.
МКТЮ, справа Стакіча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Стакіча» (Prosecutor v. Stakić), Справа № ІТ-97-24-А, Рішення від 22 березня 2006 р.
МКТЮ, справа Стакіча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Стакіча» (Prosecutor v. Stakić), Справа № ІТ-97-24-Т, Рішення від 31 липня 2003 р.
МКТЮ, справа Станішича та Сімазовича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Йовіци Станішича та Сімазовича» (Prosecutor v. Jovica Stanišić and Simatović), Справа № ІТ-03-69-А, Рішення Апеляційної палати, 9 грудня 2015 р.
МКТЮ, справа Станішича та Сімазовича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Йовіци Станішича та Сімазовича» (Prosecutor v. Jovica Stanišić and Simatović), Справа № ІТ-03-69-Т, Рішення від 30 травня 2013 р.
МКТЮ, справа Станішича та Жуплянїна. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Станішича та Жуплянїна» (Prosecutor v. Stanišić and Župljanin), Справа № ІТ-08-91-А, Рішення Апеляційної палати, 30 червня 2016 р.
МКТЮ, справа Стругара. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Стругара» (Prosecutor v. Strugar), Справа № ІТ-01-42-А, Рішення від 17 липня 2008 р.
МКТЮ, справа Стругара. Рішення щодо застосування правила 98 bis	МКТЮ, справа «Прокурор проти Стругара» (Prosecutor v. Strugar), Справа № ІТ-01-42-Т, Рішення щодо клопотання захисту про винесення виправдувального вироку відповідно до правила 98 bis, 21 червня 2004 р.
МКТЮ, справа Стругара. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Стругара» (Prosecutor v. Strugar), Справа № ІТ-01-42-Т, Рішення від 31 січня 2005 р.
МКТЮ, справа Тадіча. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Тадіча» (Prosecutor v. Tadić), Справа № ІТ-94-1-А, Рішення від 15 липня 1999 р.
МКТЮ, справа Тадіча. Рішення щодо оскарження проміжного рішення суду стосовно юрисдикції	МКТЮ, справа «Прокурор проти Тадіча» (Prosecutor v. Tadić), Справа № ІТ-94-1-AR72, Рішення щодо клопотання захисту про оскарження проміжного рішення суду щодо юрисдикції, 2 жовтня 1995 р.
МКТЮ, справа Тадіча. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Тадіча» (Prosecutor v. Tadić), Справа № ІТ-94-1-Т. Окрема думка та рішення, 7 травня 1997 р.
МКТЮ, справа Тодоровича. Вирок	МКТЮ, справа «Прокурор проти Тодоровича» (Prosecutor v. Todorović), Справа № ІТ-95-9/1-S. Вирок від 31 липня 2001 р.
МКТЮ, справа Толіміра. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Толіміра» (Prosecutor v. Tolimir), Справа № ІТ-05-88/2-А, Рішення від 8 квітня 2015 р.

Коротка назва	Повна назва
МКТЮ, справа Толіміра. Рішення про прийнятність перехоплених повідомлень	МКТЮ, справа «Прокурор проти Толіміра» (Prosecutor v. Tolimir), Справа № ІТ-05-88/2-Т, Рішення щодо клопотання сторони обвинувачення про допустимість 28 перехоплень, поданих за письмовим клопотанням [from the Bar Table], від 20 січня 2012 р.
МКТЮ, справа Толіміра. Рішення щодо клопотання обвинувачення про видачу наказу, який вимагає надати деталі алібі обвинуваченого	МКТЮ, справа «Прокурор проти Толіміра» (Prosecutor v. Tolimir), Справа № ІТ-05-88/2-Т, Рішення щодо клопотання обвинувачення про видачу наказу, який вимагає надати деталі захисту алібі обвинуваченого, 1 грудня 2010 р.
МКТЮ, справа Толіміра. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Толіміра» (Prosecutor v. Tolimir), Справа № ІТ-05-88/2-Т, Рішення від 12 грудня 2012 р.
МКТЮ, справа Васильєвича. Рішення Апеляційної палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Васильєвича» (Prosecutor v. Vasiljević), Справа № ІТ-98-32-А, Рішення від 25 лютого 2004 р.
МКТЮ, справа Васильєвича. Рішення Судової палати	МКТЮ, справа «Прокурор проти Васильєвича» (Prosecutor v. Vasiljević), Справа № ІТ-98-32-Т, Рішення від 29 листопада 2002 р.
Міжнародний залишковий механізм для кримінальних трибуналів (МЗМКТ), справа Караджича. Рішення Апеляційної палати	МЗМКТ, справа «Прокурор проти Караджича» (Prosecutor v. Karadžić), Справа № МІСТ-13-55-А, Рішення Апеляційної палати від 20 березня 2019 р.
МЗМКТ, справа Младіча. Рішення Апеляційної палати	МЗМКТ, справа «Прокурор проти Младіча» (Prosecutor v. Mladić), Справа № МІСТ-13-56-А, Рішення Апеляційної палати, 8 червня 2021 р.
МЗМКТ, справа Нгірабатваре. Рішення Апеляційної палати	МЗМКТ, справа «Нгірабатваре проти прокурора» (Ngirabatware v. Prosecutor), Справа № МІСТ-12-29-А, Рішення Апеляційної палати, 18 грудня 2014 р.
МЗМКТ, справа Шешеля. Рішення Апеляційної палати	МЗМКТ, справа «Прокурор проти Шешеля» (Prosecutor v. Šešelj), Справа № МІСТ -16-99-А, Рішення Апеляційної палати, 11 квітня 2018 р.
СССЛ, справа Бріми та ін. Рішення Апеляційної палати	СССЛ, справа «Прокурор проти Бріми та ін.» (Prosecutor v. Brima et al.), Справа № SCSL-04-16-А, Рішення Апеляційної палати від 22 лютого 2008 р.
СССЛ, справа Бріми та ін. Рішення та ухвала про попереднє клопотання захисту щодо недоліків у формі обвинувального акту	СССЛ, справа «Прокурор проти Бріми та ін.» (Prosecutor v. Brima et al.), Справа № SCSL-04-16-РТ, Рішення та ухвала про попереднє клопотання захисту щодо недоліків у формі обвинувального акту , 1 квітня 2004 р.
СССЛ, справа Бріми та ін. Рішення Судової палати	СССЛ, справа «Прокурор проти Бріми та ін.» (Prosecutor v. Brima et al.), Справа № SCSL-04-16-Т, Рішення Судової палати, 20 червня 2007 р.
СССЛ, справа Фофани та Кондеви. Рішення Апеляційної палати	СССЛ, справа «Прокурор проти Фофани та Кондеви» (Prosecutor v. Fofana and Kondewa), Справа № SCSL-04-14-А, Рішення Апеляційної палати, 28 травня 2008 р.
СССЛ, справа Фофани та Кондеви. Вирок	СССЛ, справа «Прокурор проти Фофани та Кондеви» (Prosecutor v. Fofana and Kondewa), Справа № SCSL-04-14-Т, Рішення про винесення вироку Мойніні Фофани і Алью Кондеві, 9 жовтня 2007 р.
СССЛ, справа Фофани та Кондеви. Рішення Судової палати	СССЛ, справа «Прокурор проти Фофани та Кондеви» (Prosecutor v. Fofana and Kondewa), Справа № SCSL-04-14-Т, Рішення Судової палати, 2 серпня 2007 р.

Коротка назва	Повна назва
СССЛ, справа Кондеви. Рішення та ухвала щодо попереднього клопотання захисту про усунення недоліків у формі обвинувального акту	СССЛ, справа «Прокурор проти Кондеви» (Prosecutor v. Kondewa), Справа № SCSL-2003-12-PT, Рішення та ухвала щодо попереднього клопотання захисту про усунення недоліків у формі обвинувального акту, 27 листопада 2003 року
СССЛ, справа Сесея та ін. Рішення Апеляційної палати	СССЛ, справа «Прокурор проти Сесея, Каллона і Гбао» (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao), Справа № SCSL-04-15-A, Рішення Апеляційної палати від 26 жовтня 2009 р.
СССЛ, справа Сесея та ін. Рішення Судової палати	СССЛ, справа «Прокурор проти Сесея, Каллона і Гбао» (Prosecutor v. Sesay, Kallon and Gbao), Справа № SCSL-04-15-T, Рішення Судової палати від 2 березня 2009 р.
СССЛ, справа Тейлора. Рішення Судової палати	СССЛ, справа «Прокурор проти Тейлора» (Prosecutor v. Taylor), Справа № SCSL-03-01-T, Рішення Судової палати від 18 травня 2012 р.
СТЛ, справа Айяша. Рішення про проведення заочного судового розгляду	СТЛ, справа «Прокурор проти Саліма Джаміля Айяша» (Prosecutor v. Salim Jamil Auyash). STL-18-10/I/TC F0090, Рішення про проведення заочного судового розгляду , 5 лютого 2020 р.
СТЛ, справа Айяша та ін. Виправлена версія рішення за апеляційною скаргою захисту на рішення судової палати про перегляд рішення про проведення заочного судового розгляду	СТЛ, справа «Прокурор проти Айяша та ін.» Prosecutor v. Auyash et al., STL-11-01/PT/AC F0012-AR126.1, Виправлена версія рішення за апеляційною скаргою захисту на рішення судової палати про перегляд рішення про проведення заочного судового розгляду , 1 листопада 2012 р.
СТЛ, справа Айяша та ін. Рішення щодо прийнятності «Повідомлення про апеляцію від імені пана Айяша на рішення про засудження та вирок»	СТЛ, справа «Прокурор проти Айяша та ін.» (Prosecutor v. Auyash et al.), STL-11-01/A-1/AC F0026, Рішення щодо прийнятності «Повідомлення про апеляцію від імені пана Айяша на рішення про засудження та вирок» , 29 березня 2021 р.
СТЛ, справа Айяша та ін. Рішення про проведення заочного судового розгляду	СТЛ, справа «Прокурор проти Айяша та ін.» (Prosecutor v. Auyash et al.), STL-11-01/I/TC F0112, Рішення про проведення заочного судового розгляду , 1 лютого 2012 р.
СТЛ, справа Айяша та ін. Рішення Судової палати	СТЛ, справа «Прокурор проти Айяша та ін.» (Prosecutor v. Auyash et al.), STL-11-01/T/TC F3839, Рішення Судової палати від 18 серпня 2020 р.
СТЛ, справа Айяша та ін. Рішення щодо WikiLeaks	СТЛ, справа «Прокурор проти Айяша та ін.» (Prosecutor v. Auyash et al.), STL-11-01/T/TC F1955, Рішення про прийнятність документів, опублікованих на вебсайті Wikileaks, 21 травня 2015 р.
СТЛ, справа Мерхі. Рішення про проведення заочного судового розгляду	СТЛ, справа «Прокурор проти Хассана Хабіба Мерхі» (Prosecutor v. Hassan Habib Merhi), STL-13-04/I/TC F0037, Рішення про проведення заочного судового розгляду , 20 грудня 2013 р.

С. Інші міжнародні та регіональні юрисдикції

Коротка назва	Повна назва
ЄСПЛ, справа «Банкович проти Бельгії». Ухвала щодо прийнятності	ЄСПЛ, справа «Банкович та ін. проти Бельгії та ін.» (Bankovic et al. v. Belgium et al.), Заява № 52207/99, Ухвала Великої палати щодо прийнятності, 12 грудня 2001 р.

Коротка назва	Повна назва
ЄСПЛ, Консультативний висновок стосовно використання техніки «бланкетних норм» або «законодавства з посиланнями» під час визначення правопорушення та стандартів порівняння кримінального закону, чинного на час вчинення правопорушення, з кримінальним законом, викладеним у новій/зміненій редакції	ЄСПЛ, Запит № P16-2019-00, Консультативний висновок Великої палати стосовно використання техніки «бланкетних норм» або «законодавства з посиланнями» під час визначення правопорушення та стандартів порівняння кримінального закону, чинного на час вчинення правопорушення, з кримінальним законом, викладеним у новій/зміненій редакції, 29 травня 2020 р.
ЄСПЛ, справа «Егнер проти Австрії». Рішення	ЄСПЛ, справа «Егнер проти Австрії» (Aigner v. Austria), Заява № 28328/03, Рішення від 10 травня 2012 р.
ЄСПЛ, справа «Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства», Рішення Великої палати	ЄСПЛ, справа «Аль-Хавая і Тахері проти Сполученого Королівства» (Al-Khawaja and Tahery v. The United Kingdom), Заяви № 26766/05 та № 22228/06, Рішення Великої палати від 15 грудня 2011 р.
ЄСПЛ, справа «Б. проти Фінляндії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Б. проти Фінляндії» (B. v. Finland), Заява № 17122/02, Рішення від 24 квітня 2007 р.
ЄСПЛ, справа «Болдеа проти Румунії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Болдеа проти Румунії» (Boldea v. Romania), Заява № 19997/02, Рішення від 15 лютого 2007 р.
ЄСПЛ, справа «Бокос-Куеста проти Нідерландів», Рішення	ЄСПЛ, справа «Бокос-Куеста проти Нідерландів» (Bocos-Cuesta v. The Netherlands), Заява № 54789/00, Рішення від 10 листопада 2005 р.
ЄСПЛ, справа «Биков проти Росії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Биков проти Росії» (Bykov v. Russia), Заява № 4378/02, Рішення Великої палати від 10 березня 2009 р.
ЄСПЛ, справа «Чакічі проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Чакічі проти Туреччини» (Çakıcı v. Turkey), Заява № 23657/94, Рішення Великої палати від 8 липня 1999 р.
ЄСПЛ, справа «Катан та інші проти Молдови та Росії». Рішення	ЄСПЛ, справа «Катан та інші проти Молдови та Росії» (Catan and others v. Moldova and Russia), Заяви №№ 43370/04, 8252/05 та 18454/06, Рішення Великої палати від 19 жовтня 2012 р.
ЄСПЛ, справа «Колоцца проти Італії». Рішення	ЄСПЛ, справа «Колоцца проти Італії» (Colozza v. Italy), Заява № 9024/80, Рішення від 12 лютого 1985 р.
ЄСПЛ, справа «Коніак проти Румунії». Рішення	ЄСПЛ, справа «Коніак проти Румунії» (Coniac v. Romania), Заява № 4941/07, Рішення від 6 жовтня 2015 р.
ЄСПЛ, справа «Кіпр проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Кіпр проти Туреччини» (Суррус v. Turkey), Заява № 25781/94, Рішення Великої палати від 12 травня 2014 р.
ЄСПЛ, справа «Доорсон проти Нідерландів», Рішення	ЄСПЛ, справа «Доорсон проти Нідерландів» (Doorson v. The Netherlands), Заява № 20524/92, Рішення від 26 березня 1996 р.
ЄСПЛ, справа «Ель-Масрі проти Колишньої Югославської Республіки Македонії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Ель-Масрі проти Колишньої Югославської Республіки Македонії» (El-Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia), Заява № 39630/09, Рішення Великої палати від 13 грудня 2012 р.
ЄСПЛ, справа «Фіндлі проти Сполученого Королівства», Рішення	ЄСПЛ, справа «Фіндлі проти Сполученого Королівства» (Findlay v. United Kingdom), Заява № 22107/93, Рішення від 25 лютого 1997 р.
ЄСПЛ, справа «Гарсія Руїс проти Іспанії», Рішення Великої палати	ЄСПЛ, справа «Гарсія Руїс проти Іспанії» (Garcia Ruiz v. Spain), Заява № 30544/96, Рішення Великої палати від 21 січня 1999 р.
ЄСПЛ, справа «Хасан проти Сполученого Королівства», Рішення	ЄСПЛ, справа «Хасан проти Сполученого Королівства» (Hassan v. The United Kingdom), Заява № 29750/09, Рішення Великої палати від 16 вересня 2014 р.

Коротка назва	Повна назва
ЄСПЛ, справа «Ілашку та інші проти Молдови та Росії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Ілашку та інші проти Молдови та Росії» (Plascu and others v. Moldova and Russia), Заява №. 48787/99, Рішення Великої палати від 8 липня 2004 р.
ЄСПЛ, справа «Ісса та інші проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Ісса та інші проти Туреччини» (Issa and others v. Turkey), Заява № 31821/96, Рішення від 16 листопада 2004 р.
ЄСПЛ, справа «Джалуд проти Нідерландів», Рішення	ЄСПЛ, справа «Джалуд проти Нідерландів» (Jaloud v. the Netherlands), Заява № 47708/08, Рішення Великої палати від 20 листопада 2014 р.
ЄСПЛ, справа «Йоргіч проти Німеччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Йоргіч проти Німеччини» (Jorgic v. Germany), Заява № 74613/01, Рішення від 12 липня 2007 р.
ЄСПЛ, справа «К-Г. В. проти Німеччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «К-Г. В. проти Німеччини» (K.-H.W. v. Germany), Заява № 37201/97, Рішення Великої палати від 22 березня 2001 р.
ЄСПЛ, справа «Карі-Пекка Піетіляйнен проти Фінляндії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Карі-Пекка Піетіляйнен проти Фінляндії» (Kari-Pekka Pietiläinen v. Finland), Заява № 13566/06, Рішення від 22 вересня 2009 р.
ЄСПЛ, справа «Корбей проти Угорщини», Рішення Великої палати	ЄСПЛ, справа «Корбей проти Угорщини» (Korbely v. Hungary), Заява № 9174/02, Рішення Великої палати від 19 вересня 2008 р.
ЄСПЛ, справа «Кононов проти Латвії», Рішення Великої палати	ЄСПЛ, справа «Кононов проти Латвії» (Kononov v. Latvia), Заява № 36376/04, Рішення Великої палати від 17 травня 2010 р.
ЄСПЛ, справа «Дурмус Курт та ін. проти Туреччини», Рішення Суду (Друга секція)	ЄСПЛ, справа Дурмус Курт та ін. проти Туреччини, Заява № 12101/03, Рішення Суду (Друга секція) від 31 травня 2007 р.
ЄСПЛ, справа «Лобжанідзе і Перадзе проти Грузії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Лобжанідзе і Перадзе проти Грузії» (Lobzhanidze and Peradze v. Georgia), Заяви №№ 21447/11, 35839/11, Рішення від 27 лютого 2020 р.
ЄСПЛ, справа «Лоїзиду проти Туреччини», Рішення (попередні заперечення)	ЄСПЛ, справа «Лоїзиду проти Туреччини» (Loizidou v. Turkey), Заява №. 15318/89, Рішення Великої палати (щодо попередніх заперечень) від 23 березня 1995 р.
ЄСПЛ, справа «Лоїзиду проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Лоїзиду проти Туреччини» (Loizidou v. Turkey), Заява № 15318/89, (стаття 50) (40/1993/435/514), Рішення Великої палати від 28 липня 1998 р.
ЄСПЛ, справа «Менешева проти Росії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Менешева проти Росії» (Menesheva v. Russia), Заява № 59261/00, Рішення від 9 березня 2006 р.
ЄСПЛ, справа «Міланкович проти Хорватії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Міланкович проти Хорватії» (Milankovic v. Croatia), Заява № 33351/20, Рішення від 20 січня 2022 р.
ЄСПЛ, справа «М.Т.Б. проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «М.Т.Б. проти Туреччини» (M.T.B. v. Turkey), Заява № 47081/06, Рішення від 12 червня 2018 р.
ЄСПЛ, справа «М.К. проти Болгарії», Рішення	ЄСПЛ, справа «М.К. проти Болгарії» (M.C. v. Bulgaria), Заява № 39272/98, Рішення від 4 грудня 2003 р.
ЄСПЛ, справа «Морейра Феррейра проти Португалії (№ 2)», Рішення	ЄСПЛ, справа «Морейра Феррейра проти Португалії (№ 2)» (Moreira Ferreira v. Portugal (No. 2)), Заява № 19867/12, Рішення Великої палати від 11 липня 2017 р.
ЄСПЛ, справа «Муртазалієва проти Росії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Муртазалієва проти Росії» (Murtazaliyeva v. Russia), Заява № 36658/05, Рішення Великої палати від 18 грудня 2018 р.
ЄСПЛ, справа «Оджалан проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Оджалан проти Туреччини» (Ocalan v. Turkey), Заява № 46221/99, Рішення Великої палати від 12 травня 2005 р.

Коротка назва	Повна назва
ЄСПЛ, справа «Ульд Дах проти Франції», Ухвала	ЄСПЛ, справа «Ульд Дах проти Франції» (Ould Dah v. France), Заява No. 13113/03, Ухвала від 17 березня 2009 р.
ЄСПЛ, справа «Салманоглу та Полаттас проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Салманоглу та Полаттас проти Туреччини» (Salmanoglu and Polattas v. Turkey), Заява № 15828/03, Рішення від 17 березня 2009 р.
ЄСПЛ, справа «Санадер проти Хорватії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Санадер проти Хорватії» (Sanader v. Croatia), Заява № 66408/12, Рішення від 12 лютого 2015 р.
ЄСПЛ, справа «Саундерс проти Сполученого Королівства», Рішення	ЄСПЛ, справа «Саундерс проти Сполученого Королівства» (Saunders v. the United Kingdom), Заява № 19187/91, Рішення Великої палати від 17 грудня 1996 р.
ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини», Рішення Великої палати	ЄСПЛ, справа «Шачашвілі проти Німеччини» (Schatschaschwili v. Germany), Заява № 9154/10, Рішення Великої палати від 15 грудня 2015 р.
ЄСПЛ, справа «Шенк проти Швейцарії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Шенк проти Швейцарії» (Schenk v. Switzerland), Заява № 10862/84, Рішення від 12 липня 1988 р.
ЄСПЛ, справа «Сейдович проти Італії», Рішення Великої палати	ЄСПЛ, справа «Сейдович проти Італії» (Sejdovic v. Italy), Заява № 56581/00, Рішення Великої палати від 1 березня 2006 р.
ЄСПЛ, справа «Шкалла проти Албанії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Шкалла проти Албанії» (Shkalla v. Albania), Заява № 26866/05, Рішення від 10 травня 2011 р.
ЄСПЛ, справа «Шимшич проти Боснії та Герцеговини», Ухвала	ЄСПЛ, справа «Шимшич проти Боснії та Герцеговини» (Šimšić v. Bosnia and Herzegovina), Заява No. 51552/10, Ухвала від 10 квітня 2012 р.
ЄСПЛ, справа Сіміч проти Боснії та Герцеговини, Рішення	ЄСПЛ, справа «Сіміч проти Боснії та Герцеговини» (Simić v. Bosnia and Herzegovina), Заява № 39764/20, Рішення від 17 травня 2022 р.
ЄСПЛ, справа «С.Н. проти Швеції», Рішення	ЄСПЛ, справа «С.Н. проти Швеції» (S.N. v. Sweden), Заява № 34209/96, Рішення від 2 липня 2002 р.
ЄСПЛ, справа «Толмачов проти Естонії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Толмачов проти Естонії» (Tolmachev v. Estonia), Заява № 73748/13, Рішення від 9 липня 2015 р.
ЄСПЛ, справа «Україна та Нідерланди проти Росії», Ухвала Великої палати	ЄСПЛ, справа «Україна та Нідерланди проти Росії» (Ukraine and the Netherlands v. Russia), Заяви №№ 8019/16, 43800/14 та 28525/20), Ухвала Великої палати від 30 листопада 2022 р.
ЄСПЛ, справа «Україна проти Росії», Ухвала	ЄСПЛ, справа «Україна проти Росії», Заява № 49537/14, Ухвала від 1 вересня 2015 р.
ЄСПЛ, справа «Україна проти Росії (щодо Криму)», Ухвала	ЄСПЛ, справа «Україна проти Росії (щодо Криму)» (Ukraine v. Russia (re Crimea)), Заяви №№ 20958/14 та 38334/18, Ухвала Великої палати від 16 грудня 2020 р.
ЄСПЛ, справа «Ван Гейзегем проти Бельгії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Ван Гейзегем проти Бельгії» (Van Geyselghem v. Belgium), Заява № 26103/95, Рішення Великої палати від 21 січня 1999 р.
ЄСПЛ, справа «Василяускас проти Литви», Рішення Великої палати	ЄСПЛ, справа «Василяускас проти Литви» (Vasiliauskas v. Lithuania), Заява № 35343/05, Рішення Великої палати від 20 жовтня 2015 р.
ЄСПЛ, справа «Варнава та інші проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Варнава та інші проти Туреччини» (Varnava and Others v. Turkey), Заяви №№ 16064/90, 16065/90, 16066/90, 16068/90, 16069/90, 16070/90, 16071/90, 16072/90 та 16073/90, Рішення Великої палати від 18 вересня 2009 р.
ЄСПЛ, справа «В'ячеслав Корчагін проти Росії», Рішення	ЄСПЛ, справа «В'ячеслав Корчагін проти Росії» (Vyacheslav Korchagin v. Russia), Заява № 12307/16, Рішення від 28 серпня 2018 р.

Коротка назва	Повна назва
ЄСПЛ, справа «Й проти Словенії», Рішення	ЄСПЛ, справа «Й проти Словенії» (Y. v. Slovenia), Заява № 41107/10, Рішення від 28 травня 2015 р.
ЄСПЛ, справа «Єгер проти Туреччини», Рішення	ЄСПЛ, справа «Єгер проти Туреччини» (Yeşer v. Turkey), Заява № 4099/12, Рішення від 7 червня 2022 р.
Міжамериканський суд з прав людини, справа «Фернандес Ортеґа та інші проти Мексики», Рішення	Міжамериканський суд з прав людини, справа «Фернандес Ортеґа та інші проти Мексики» (Fernández Ortega et al. v. Mexico), Серія С № 215, Рішення: попереднє заперечення, суть справи, репарації та витрати, 30 серпня 2010 р.
Міжамериканський суд з прав людини, справа «Годінес-Крус проти Гондурасу», Рішення	Міжамериканський суд з прав людини, справа «Годінес-Крус проти Гондурасу» (Godínez Cruz v. Honduras), Серія С № 5, Рішення: суть справи, 20 січня 1989 р.
Міжамериканський суд з прав людини, справа «Гойбуру та ін. проти Парагваю», Рішення	Міжамериканський суд з прав людини, справа «Гойбуру та ін. проти Парагваю», Серія С № 153, Рішення: суть справи, репарації та витрати, 22 вересня 2006 р.
Міжамериканський суд з прав людини, справа «Еліодоро Портуґаль проти Панами», Рішення	Міжамериканський суд з прав людини, справа «Еліодоро Портуґаль проти Панами» (Heliodoro Portugal v. Panama), Серія С № 186, Рішення: попередні заперечення, суть справи, репарації та витрати, 12 серпня 2008 р.
Міжамериканський суд з прав людини, справа «Лопес Сото проти Венесуели», Рішення ,	Міжамериканський суд з прав людини, справа «Лопес Сото та ін. проти Венесуели» (López Soto et al. v. Venezuela), Серія С № 362, Рішення: суть справи, репарації та витрати, 26 вересня 2018 р.
Міжамериканський суд з прав людини, справа «Веласкес Родріґес проти Гондурасу», Рішення	Міжамериканський суд з прав людини, справа «Веласкес Родріґес проти Гондурасу» (Velásquez Rodríguez v. Honduras), Серія С № 4, Рішення: суть справи, 29 липня 1988 р.
Міжнародний суд ООН, «Збройна діяльність» , Рішення .	Міжнародний суд ООН, «Справа щодо збройної діяльності на території Конго (Демократична Республіка Конго проти Уганди)» (Case Concerning Armed Activities on the Territory of the Congo (Democratic Republic of the Congo v. Uganda), Звіти МС ООН, 2005 рік, № 168, Рішення від 19 грудня 2005 р.
Міжнародний суд ООН, «Боснія проти Сербії, застосування Конвенції проти геноциду», Рішення	Міжнародний суд ООН, «Справа щодо застосування Конвенції про попередження злочину геноциду та покарання за нього (Боснія і Герцеговина проти Сербії та Чорногорії)» (Case concerning Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)), Звіти МС ООН, 2007 рік, № 43, Рішення від 26 лютого 2007 р.
Міжнародний суд ООН, «Деякі витрати Організації Об'єднаних Націй». Консультативний висновок	Міжнародний суд ООН, «Деякі витрати Організації Об'єднаних Націй (пункт 2 статті 17 Статуту)» (Certain Expenses of the United Nations (Article 17, Paragraph 2, of the Charter)), Звіти МС ООН, 1962 рік, № 151. Консультативний висновок від 20 липня 1962 р.
Міжнародний суд ООН, «Будівництво стіни» , Консультативний висновок	Міжнародний суд ООН, «Правові наслідки будівництва стіни на окупованій палестинській території» (Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory), Звіти МС ООН, 2004 рік, № 136. Консультативний висновок від 9 липня 2004 р.

Коротка назва	Повна назва
Міжнародний суд ООН, «Хорватія проти Сербії, Застосування Конвенції проти геноциду», Рішення	Міжнародний суд ООН, «Застосування Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (Хорватія проти Сербії)» (Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)), Звіти МС ООН, 2015 рік, № 3, Рішення від 3 лютого 2015 р.
Міжнародний суд ООН, « Демократична Республіка Конго проти Бельгії », Рішення	Міжнародний суд ООН, «Справа щодо ордеру на арешт від 11 квітня 2000 року (Демократична Республіка Конго проти Бельгії)» (Case Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)), Звіти МС ООН, 2002 рік, № 3, Рішення від 14 лютого 2002 р.
Міжнародний суд ООН, «Військова та воєнізована діяльність в Нікарагуа та проти неї», Рішення	Міжнародний суд ООН, «Справа щодо військової та воєнізованої діяльності в Нікарагуа та проти неї (Нікарагуа проти Сполучених Штатів Америки)» (Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Nicaragua v. United States of America)), Звіти МС ООН, 1986 рік, № 14, Рішення по суті справи від 27 червня 1986 р.
Міжнародний суд ООН, « Ядерна зброя », Консультативний висновок	Міжнародний суд ООН, «Законність погрози ядерною зброєю або її застосування» (Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons), Звіти МС ООН, 1996 рік, № 226, Консультативний висновок від 8 липня 1996 р.
Міжнародний суд ООН, «Континентальний шельф Північного моря», Рішення	Міжнародний суд ООН, «Справи щодо континентального шельфу Північного моря (Федеративна Республіка Німеччина/Данія; Федеративна Республіка Німеччина/Нідерланди)» (North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/Netherlands)), Звіти МС ООН, 1969 рік, № 3, Рішення від 20 лютого 1969 р.
Міжнародний суд ООН, «Нафтові платформи», Рішення	Міжнародний суд ООН, «Справа щодо нафтових платформ (Ісламська Республіка Іран проти Сполучених Штатів Америки)» (Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)), Звіти МС ООН, 2003 рік, № 161, Рішення по суті справи, 6 листопада 2003 р.
Міжнародний суд ООН, «Нафтові платформи», Розбіжна окрема думка судді Еларабі	Міжнародний суд ООН, «Справа щодо нафтових платформ (Ісламська Республіка Іран проти Сполучених Штатів Америки)» (Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)), Звіти МС ООН, 2003 рік, № 290, Рішення по суті справи, Розбіжна окрема думка судді Еларабі , 6 листопада 2003 р.
Міжнародний суд ООН, «Нафтові платформи», Окрема думка судді Сімми	Міжнародний суд ООН, «Справа щодо нафтових платформ (Ісламська Республіка Іран проти Сполучених Штатів Америки)» (Case concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America)), Звіти МС ООН, 2003 рік, № 324, Рішення по суті справи, Окрема думка судді Сімми , 6 листопада 2003 р.
Міжнародний суд ООН, «Тегеранські заручники», Рішення	Міжнародний суд ООН, «Справа щодо дипломатичного та консульського персоналу США у Тегерані (Сполучені Штати Америки проти Ірану)» (Case concerning United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (United States of America v. Iran)), Звіти МС ООН, 1980 рік, № 3, Рішення від 24 травня 1980 р.

Коротка назва	Повна назва
МВТ щодо Далекого Сходу, Рішення	МВТ щодо Далекого Сходу, Рішення від 4 листопада 1948 р. За ред. Прітчарда і Зайде, том 22, Токійський процес над воєнними злочинцями (IMT for the Far East, Judgement of 4 November 1948, in Pritchard and Zaide (Eds.), vol. 22 The Tokyo War Crimes Trial).
МВТ у Нюрнберзі, Рішення	МВТ у Нюрнберзі, Рішення від 1 жовтня 1946 року , том 22 «Процес над головними німецькими воєнними злочинцями. Матеріали Міжнародного військового трибуналу, що засідав у Нюрнберзі, Німеччина (IMT Nuremberg, Judgement of 1 October 1946, in vol. 22 The Trial of German Major War Criminals: Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg, Germany).

D. Справи, що розглядалися національними судами, включно зі справами стосовно Другої світової війни

Коротка назва	Повна назва
Бангладеський трибунал щодо міжнародних кримінальних злочинів — 1, «Головний прокурор проти Мд. Абдула Азіза, псевдонім Хабул, і ще 2 осіб», Рішення	Бангладеський трибунал щодо міжнародних кримінальних злочинів — 1, «Головний прокурор проти Мд. Абдула Азіза, псевдонім Хабул, і ще 2 осіб» (Chief Prosecutor vs. Md. Abdul Aziz alias Nabul and 2 Others), ICT-BD [ICT-1] Справа № 04 від 2017, Рішення від 19 травня 2022 р.
Британський військовий суд над воєнними злочинцями, Ессен, Справа № 8 під назвою «Справа про самосуд в Ессені: суд над Еріхом Гейером та шістьма іншими особами»	Британський військовий суд над військовими злочинцями, Ессен, Справа № 8 під назвою «Справа про самосуд в Ессені: суд над Еріхом Гейером та шістьма іншими особами» (Case No. 8 The Essen Lynching Case: Trial of Erich Heyer and Six Others) , 18-19, 21-22 грудня 1945 р.
Канадський військовий суд в Ауріху, Німеччина, «Справа Арденського абатства: судовий процес над бригадефюрером СС Куртом Майером» .	Канадський військовий суд в Ауріху, Німеччина, «Справа Арденського абатства: судовий процес над бригадефюрером СС Куртом Майером» (The Abbaye Ardenne Case: Trial of S.S. Brigadeführer Kurt Meyer) , 10-28 грудня 1945 року. Комісія ООН з воєнних злочинів, том IV, Судові звіти про судові процеси над воєнними злочинцями 97, 1948 (in United Nations War Crimes Commission, Vol. IV ed. Law Reports of Trials of War Criminals 97, 1948).
Окружний суд Гааги. Судовий процес у справі МН 17. Вирок .	Окружний суд Гааги. Судовий процес у справі МН 17 . Вирок від 17 листопада 2022 р.
Окружний суд Єрусалима. «Юридичний радник Уряду Ізраїлю проти Айхмана», Рішення	Окружний суд Єрусалима. «Юридичний радник Уряду Ізраїлю проти Айхмана» (Attorney-General of Israel v. Eichmann). Кримінальна справа № 40/61, Рішення
Нідерландська справа № 3271, Примітка I/66 доктора Літавські, спеціаліста з правових питань	Нідерландська справа № 3271, Примітка I/66 доктора Літавські, спеціаліста з правових питань. Комісія ООН з воєнних злочинів, Історія Комісії ООН з воєнних злочинів і розвиток законів війни, 1948, с. 490–491 (Dutch Case No. 3271, Note I/66 by Dr. Litawski, Legal Officer; in United Nations War Crimes Commission, History of the United Nations War Crimes Commission and the Development of the Laws of War, 1948, pp 490-491).

Коротка назва	Повна назва
Генеральний військовий урядовий суд зони США, Дахау, Німеччина, справа № 60 (Процес у справі концентраційного табору Дахау: процес над Мартіном Готфрідом Вайсом та тридцятьма дев'ятьма іншими особами)	Генеральний військовий урядовий суд зони Сполучених Штатів, Дахау, Німеччина, справа № 60 (Процес у справі концентраційного табору Дахау: процес над Мартіном Готфрідом Вайсом та тридцятьма дев'ятьма іншими особами) (Case No. 60 (The Dachau Concentration Camp Trial: Trial of Martin Gottfried Weiss and Thirty-Nine Others)), 15 листопада — 13 грудня 1945 року. Комісія ООН з воєнних злочинів. Судові звіти про судові процеси над воєнними злочинцями (in United Nations War Crimes Commission, ed. Law Reports of Trials of War Criminals).
Генеральний суд військової адміністрації в Американській зоні окупації Німеччини, справа «Скорцені та ін.», Судовий процес .	Генеральний суд військової адміністрації в Американській зоні окупації Німеччини, справа «Скорцені та ін.» (Skorzeny et al.), судовий процес , 18 серпня — 9 вересня 1947 року. Комісія ООН з воєнних злочинів, том IX. Судові звіти про судові процеси над воєнними злочинцями 90, 1949 (in United Nations War Crimes Commission, Vol. IX ed. Law Reports of Trials of War Criminals 90, 1949).
Верховний суд Ізраїлю. Справа «Сільська рада Бейт-Сурік» . Рішення.	Верховний суд Ізраїлю. «Сільська рада Бейт-Сурік проти уряду Ізраїлю» (Beit Sourik Village Council v. The Government of Israel) . HCJ 2056/04. Рішення від 30 травня 2004 р.
Верховний суд Ізраїлю, «Громадський комітет проти катування в Ізраїлі та ін. проти Уряду Ізраїлю та ін.». Рішення .	Верховний суд Ізраїлю, Громадський комітет проти катування в Ізраїлі та ін. проти уряду Ізраїлю та ін. (The Public Committee against Torture in Israel et al. v. The Government of Israel et al.). Рішення .
Палата лордів Великої Британії, «Р проти Джонса та ін.» . Висновки членів Палати лордів з розгляду апеляцій щодо судового рішення.	Палата лордів Великої Британії, «Р проти Джонса та ін.» , [2006]. Палата лордів Сполученого Королівства, № 16, Висновки членів Палати лордів з розгляду апеляцій щодо судового рішення від 29 березня 2006 року (United Kingdom House of Lords, R v Jones et al., [2006] UKHL 16, Opinions of the Lords of Appeal for Judgment, 29 March 2006).
Комісія ООН з воєнних злочинів. Процес у справі про заручників.	Комісія ООН з воєнних злочинів. Процес у справі про заручників. Том III. Судові звіти про судові процеси над воєнними злочинцями, 1949, Лондон (UN War Crimes Commission, Hostages Trial, in Vol. III Law Reports of Trial of War Criminals, 1949, London).
Офіс заступника начальника Військово-юридичної служби США, Група з розслідування військових злочинів, Європейське командування, справа «Скорцені та ін.». Перегляд .	Офіс заступника начальника Військово-юридичної служби США, Група з розслідування військових злочинів, Європейське командування, справа «Скорцені та ін.», перегляд , 14 квітня 1948 року (United States Deputy Judge Advocate's Office, War Crimes Group, European Command, Skorzeny et al. Review, 14 April 1948).
Проміжний військовий державний суд США в Дахау, Німеччина, процес над Хайнцом Гагендорфом .	Проміжний військовий державний суд США в Дахау, Німеччина, процес над Хайнцом Гагендорфом . Комісія ООН з воєнних злочинів, Том XIII. Судові звіти про судові процеси над воєнними злочинцями 146 (United States Intermediate Military Government Court at Dachau, Germany, Trial of Heinz Hagendorf; in United Nations War Crimes Commission, Vol. XIII ed. Law Reports of Trials of War Criminals 146).
США, Військовий трибунал у Нюрнберзі, справа фон Лееба (судовий процес над вищим командуванням Німеччини) . Рішення.	США, Військовий трибунал у Нюрнберзі, справа фон Лееба (судовий процес над вищим командуванням Німеччини) . Рішення, 28 жовтня 1948 р.

Коротка назва	Повна назва
Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, справа «Брандт та ін.». Рішення .	Військовий трибунал США № 1 у Нюрнберзі, справа «Брандт та ін.». Рішення. Том 2. Судові процеси над військовими злочинцями у Нюрнберзьких військових трибуналах відповідно до Закону Контрольної ради № 10, с. 171 (US Military Tribunal No. 1 at Nuremberg, Brandt et al. Judgement; in Vol. 2 Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10 p. 171).
Військовий трибунал США в Нюрнберзі, справа «США проти Карла Крауха та ін.». Рішення .	Військовий трибунал США в Нюрнберзі, справа «США проти Карла Крауха та ін.» (процес «І. Г. Фарбен») Рішення, 30 липня 1948 року (US Military Tribunal Nuremberg, United States v. Carl Krauch, et al. (THE IG Farben Trial) Judgement, 30 July 1948).
Національний військовий трибунал США. «Справа щодо суддів». Рішення .	Національний військовий трибунал США. «Справа щодо суддів». Рішення від 4 грудня 1947 р.
Верховний суд США. Справа щодо Ямашіти . Висновок .	Верховний суд США, справа щодо Ямашіти, 327 U.S. 1 (1946) . Висновок від 4 лютого 1946 року (US Supreme Court, In re Yamashita, 327 U.S. 1 (1946) Opinion, 4 February 1946).

III. Інші ключові джерела та публікації (за алфавітом)

Коротка назва	Повна назва
Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції I (2016)	Коментар до першої Женевської конвенції: Конвенція I про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях: за ред. Спюеррі, Дьормана, Лійнзаада та Сасолі. МКЧХ, Cambridge University Press, 2016 [Spoerri, Dörmann, Lijnzaad and Sassòli (Eds.), 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, ICRC, Cambridge University Press, 2016].
Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції II (2017)	Коментар до другої Женевської конвенції: Конвенція II про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі: за ред. Дьормана, Спюеррі, Лійнзаада та Сасолі. МКЧХ, Cambridge University Press, 2017 [Dörmann, Spoerri, Lijnzaad and Sassòli (Eds.), Commentary on the Second Geneva Convention: Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea, ICRC, Cambridge University Press, 2017].
Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III (1960)	Коментар до Женевської конвенції III про поводження з військовополоненими: за ред. Де Прю та ін. МКЧХ, 1960 [De Preux et al. (Eds.), Commentary on Geneva Convention III Relative to the Treatment of Prisoners of War, ICRC, 1960].
Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції III (2020)	Коментар до третьої Женевської конвенції: Конвенція III про поводження з військовополоненими: за ред. Дьормана, Дроєге, Дарема, Спюеррі, Лійнзаада, Сасолі та Воткіна. МКЧХ, Cambridge University Press, 2020 [Dörmann, Droege, Durham, Spoerri, Lijnzaad, Sassòli, Watkin (Eds.), Commentary on the Third Geneva Convention: Convention III relative to the Treatment of Prisoners of War, ICRC, Cambridge University Press, 2020].

Коментар МКЧХ щодо Женевської конвенції IV (1958)	Коментар до Женевської конвенції IV про захист цивільного населення під час війни: за ред. Пікетета та ін. МКЧХ, 1958 [Pictet et al. (Eds.) Commentary on Geneva Convention IV Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War, ICRC, 1958].
Коментар МКЧХ щодо Додаткового протоколу I (1987)	Коментар до Додаткових протоколів від 8 червня 1977 року до Женевської конвенції від 12 серпня 1949 року: за ред. Сандоза, Свінарські та Ціммермана. МКЧХ, 1987 [Sandoz, Swinarski and Zimmermann (Eds.), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Convention of 12 August 1949, ICRC, 1987].
МКЧХ. База даних МГП. Звичаєве МГП	Звичаєве міжнародне гуманітарне право. Том 1. Правила: за ред. Хенкаертса і Досвальда-Бека. Кембрідж: Cambridge University Press, 2005. Міжнародний Комітет Червоного Хреста: бази даних з міжнародного гуманітарного права: база даних звичаєвого МГП [Henckaerts and Doswald-Beck (Eds.), Customary International Humanitarian Law, Vol. 1: Rules, Cambridge University Press, Cambridge, 2005; International Committee of the Red Cross, Databases on International Humanitarian Law: Customary IHL Database].
МКЧХ. База даних МГП. Міжнародні договори, держави-учасниці та коментарі	Міжнародний Комітет Червоного Хреста. Бази даних з міжнародного гуманітарного права: міжнародні договори, держави-учасниці та коментарі [International Committee of the Red Cross, Databases on International Humanitarian Law: Treaties, States Parties and Commentaries Database].
Комісія міжнародного права, « Проект статей про відповідальність держав за міжнародно протиправні діяння »	Комісія міжнародного права, « Проект статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння ». Том II (частина друга) Щорічне видання Комісії міжнародного права, 2001.
Комісія міжнародного права, « Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу та в рішенні Трибуналу »	Комісія міжнародного права, « Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу та в рішенні Трибуналу ». Том II, Щорічне видання Комісії міжнародного права, 1950.
Посібник Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі	Посібник Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі, 1994. Видано як Міжнародний огляд Червоного Хреста № 309: за ред. Досвальда-Бека, Cambridge University Press, листопад-грудень 1995. С. 583-594 [San Remo Manual on International Law Applicable to Armed Conflicts at Sea, 1994, published as Doswald-Beck (Ed.), no. 309 International Review of the Red Cross, Cambridge University Press, November-December 1995, pp 583-594].