
Програма «Розвиток судових компетентностей в Україні»



Advocates for International Development
Lawyers Eradicating Poverty



Навчальний посібник для тренерів. Матеріальне право та процесуальне право щодо тяжких міжнародних злочинів

Навчальний модуль 2: 18-21 січня 2023 р.

ПРО ОРГАНІЗАЦІЮ A4ID

Організація «Адвокати за міжнародний розвиток» (A4ID) була заснована в 2006 році з метою просування важливої ролі закону і юристів у глобальному викоріненні бідності. Сьогодні, A4ID є одною з провідних благодійних організацій, що спрямовує зусилля юристів з усіх куточків планети на досягнення цілей сталого розвитку ООН. Завдяки A4ID провідні професіональні юристи світу можуть запропонувати високоякісну, безкоштовну юридичну підтримку та допомогу в розбудові потенціалу неурядовим організаціям, соціальним підприємствам, організаціям на базі громад та урядам країн, що розвиваються, з метою сприяння захисту людської гідності, рівності та справедливості. A4ID також працює як ресурсний центр і займається вивченням, які навчальні курси, заходи, публікації найкраще допомагають застосовувати законодавство на шляху до Цілей сталого розвитку.

СПОНСОРИ

Це видання стало можливим завдяки фінансуванню уряду Великої Британії в рамках проекту «Юридична підготовка для Генеральної прокуратури України», який впроваджує A4ID. Погляди, висловлені в цій публікації, належать автору(ам) і можуть не збігатися з офіційною позицією уряду Великої Британії.

ПАРТНЕРИ ПРОГРАМИ:

Юридичне бюро Англії та Уельсу

J4A: Програма USAID «Справедливість для всіх»

Генеральна прокуратура України

Рада суддів України

Національна школа суддів України



СПЕЦІАЛЬНИЙ ЮРИДИЧНИЙ РАДНИК ПРОГРАМИ: сер Говард Морісон, королівський адвокат

Подяка

Від імені нашої Програми хочемо висловити подяку за вагомий внесок:

Карен Копенз

Дженіфер Хатчінгз

Ейсанул Оаріц

Ділетті Марчезі

Пета-Луїзі Баготт

Сакібу Аламу

Її честі, судді Речел Карп

Проф. Черіл Томасу, КС

Судді Владиславу Овсяннікову

Тетяні Фулей

Її честі, судді Патрісії Ліз

Окружному судді Сарі-Джейн Гріфітц

Також хочемо висловити подяку перекладачам Посібника:

Група перекладачів ТМ «Тріада»

Зміст

РОЗДІЛ 1: МАТЕРІАЛЬНЕ ПРАВО	5
1. ВСТУП ДО МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА ТА МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА	5
1.1. <i>Взаємозв'язок між IHL та ICL</i>	5
1.2. <i>Джерела IHL та ICL</i>	5
1.3. <i>Розрізнення між міжнародними і не міжнародними збройними конфліктами</i>	11
1.4. <i>Юрисдикція національних судів у міжнародному кримінальному праві</i>	11
1.5. <i>Компліментарність: зв'язок між національними судами та ICC</i>	14
1.6. <i>Імунітети</i>	14
2. Воєнні злочини	17
2.1. <i>Загальна частина</i>	17
2.2. <i>Особлива частина</i>	26
3. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ	50
3.1. <i>Визначення</i>	50
3.2. <i>Злочини проти людяності – дії</i>	55
4. ГЕНОЦИД	60
4.1. <i>Визначення</i>	60
4.2. <i>Акти геноциду</i>	62
4.3. <i>Змова з метою вчинення геноциду</i>	63
4.4. <i>Пряме та публічне підбурювання до вчинення геноциду</i>	63
4.5. <i>Спроба вчинити геноцид</i>	64
4.6. <i>Співучасть у вчиненні геноциду</i>	64
5. Злочин Агресії	64
5.1. <i>Положення Римського статуту про агресію та її розвиток</i>	64
5.2. <i>Звичайний характер злочину агресії (Нюрнберзьке рішення)</i>	65
5.3. <i>Способи вчинення злочину агресії</i>	66
5.4. <i>Співвідношення міжнародного та національного (українського) права</i>	66
РОЗДІЛ 2: ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО	68
6. НАЛЕЖНЕ КРИМІНАЛЬНЕ СУДОЧИНСТВО	68
6.1. <i>Міжнародний пакт про громадянські і політичні права</i>	68
6.2. <i>Фундаментальні принципи</i>	68
6.3. <i>Україна</i>	76

7. ДОКАЗИ.....	79
7.1. Прийнятність.....	79
7.2. Типи доказів.....	81
7.3. Оцінка доказів.....	85
7.4. Україна.....	87
8. ОСОБИСТА КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ (ФОРМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ).....	91
8.1. Огляд.....	91
8.2. Форми відповідальності.....	91
8.3. Україна.....	97
9. ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ІНДИВІДУАЛЬНОЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ.....	100
9.1. Огляд.....	100
9.2. Підстави.....	100
9.3. Україна.....	104
РОЗДІЛ 3: МЕТОДИКА ВИКЛАДАННЯ КУРСУ.....	106
10.1 Важливість компетентного розгляду кримінальних проваджень за обвинуваченнями у скоєнні воєнних злочинів.....	106
10.2 Структура курсу.....	111
10.3 Інтерактивна методика викладання курсу.....	111
10.4 Загальні поради тренерам.....	115
10.5 Поради тренерам до початку тренінгу.....	116
10.6 Поради тренерам під час проведення тренінгу.....	117
10.7 Поради тренерам після проведення тренінгу.....	118

РОЗДІЛ 1: МАТЕРІАЛЬНЕ ПРАВО

1. ВСТУП ДО МІЖНАРОДНОГО ГУМАНІТАРНОГО ПРАВА ТА МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

1.1. Взаємозв'язок між IHL та ICL

Міжнародне гуманітарне право (МГП, англ.IHL) регулює відносини між державами, міжнародними організаціями та іншими органами під час збройних конфліктів, в той час, як Міжнародне кримінальне право (МКП, англ.ICL) встановлює кримінальну відповідальність осіб на рівні міжнародного права. Тим не менше, обидва тісно переплетені, оскільки ICL дає правову основу, згідно з якою порушення особами IHL можна переслідувати як воєнні злочини на міжнародних, квазі-міжнародних та національних форумах. Наприклад, Міжнародний військовий трибунал для звинувачення та покарання головних військових злочинців Євровісі (Нюрнберзький трибунал, англ. ІМТ) відіграв значну роль у кодифікації IHL та відповідних серій кримінальних злочинів, за які особи можуть бути притягнуті до індивідуальної кримінальної відповідальності¹. Інші злочини ICL, такі, як злочин геноциду та злочини проти людяності походять більшою мірою від порушень міжнародного права прав людини, ніж від IHL.

Хоча правозастосовна практика Міжнародного Кримінального Суду (МКС, англ.ICC) та спеціальних трибуналів, таких, як Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії (МТКЮ, англ.ІСТУ), Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди (МТР, англ.ІСТР) допомагає визначити наявність та інтерпретувати правила IHL, але вона не кодифікує IHL.

1.2. Джерела IHL та ICL

Оскільки IHL та ICL є підрозділами публічного міжнародного права, то їх джерела значною мірою віддзеркалюють джерела публічного міжнародного права². П'ять джерел ICL, що використовуються Міжнародним судом справедливості (ICJ) : (i) договірне право; (ii) міжнародне звичаєве право; (iii) загальні принципи права; (iv) судові рішення (додаткове джерело); та (v) академічні дослідження (додаткове джерело).

В контексті кримінального провадження, міжнародні суди та трибунали зазвичай використовують свої власні керівні документи у першій інстанції. Тому, всюди, де це доцільно, враховуються відповідні договори та правила міжнародного права, та загальні принципи міжнародного права³. Джерела права доповнюють інтерпретацію керівних інструментів.

Всі джерела права доступні для використання національними судами настільки, наскільки це дозволяє відповідна національна система права.⁴

(a) Договори та їх застосовність

Договори є угодами (зазвичай у письмовій формі), які створюють права та зобов'язання (англ. rights and obligations), зазвичай між державами. Деякі договори також створюють обов'язки (англ. duties) та

¹ Hortensia D. R. Gutierrez Posse, 'The relationship between international humanitarian law and the international criminal tribunals' in *International Review of the Red Cross* (88.861, March 2006) 65-86.

² See, e.g., Dapo Akande, 'The Sources of International Criminal Law' in Cassese et al (eds) *Oxford Companion to International Criminal Law and Justice* (Oxford, 2009) 41-53; Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th edn, Cambridge, 2021) 9-12.

³ Наприклад ICTY, ICTR та ICC.

⁴ Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th edn, Cambridge, 2021).

передбачають захист осіб. Джерела міжнародного права, що базуються на договорах або напряду застосовуються до держав, або допомагають в інтерпретації іншого застосовного закону.⁵

Деякі договори IHL та ICL обов'язкові тільки для тих держав, що конкретно погодилися із ними та стали сторонами цих договорів, а інші стосуються також і держав, що не є їх сторонами.

IHL та ICL мають багато джерел серед договорів. Ключовими договорами є Гаазькі конвенції, Женевські конвенції та Додаткові протоколи до них; а також Римський Статут.⁶

На додачу, Віденська конвенція про право міжнародних договорів (1969 року, набула чинності 1980 року, Україна приєдналася до цієї Конвенції відповідно до Указу Президії Верховної Ради Української РСР від 14 квітня 1986 року) регулює функціонування договорів між державами⁷. Вона вважається кодифікацією міжнародного звичаєвого права, і преамбула до Віденської конвенції про право міжнародних договорів підтверджує, що міжнародне звичаєве право продовжує регулювати питання за межами положень договору⁸. Таким чином, держави, що не ратифікували цей договір можуть тим не менше бути зобов'язані дотримуватись певних його частин, які відображають міжнародне звичаєве право (див. далі) Статті 31 та 32 Віденської конвенції про право міжнародних договорів, стосовно правил тлумачення договорів, та Статті 34 та 35, що стосуються зобов'язань третіх сторін договорів, особливо дотичні до IHL та ICL. Ці положення детальніше розглянуті далі, в тій мірі, в якій дотичні до предмету розгляду.

(i) Гаазькі конвенції

Гаазькі конвенції 1899 та 1907 років прийняті на Мирних конференціях в Гаазі, Нідерланди, у відповідні роки. Гаазькі конвенції встановлюють закони та звичаї війни, захищаючи правила, яких мають дотримуватись воюючі сторони під час бойових дій. Цей розділ міжнародного права називається законами війни, і відрізняється від права, що регулює право на отримання допомоги, як визначено Женевськими конвенціями (див. далі)

Конвенції та декларації, прийняті у Гаазі 29 липня 1899 року стосуються питань мирного врегулювання міжнародних спорів та законів і звичаїв війни. Вони також стосуються заборони використання снарядів, які розпилюють задушливий газ та забороняють використання куль, що розриваються, чи легко проникають в людське тіло.

Гаазькі конвенції від 18 жовтня 1907рр (пронумеровані нижче) стосуються:

- Мирного врегулювання спорів (I);
- Законів та звичаїв війни (II)
- Розв'язування бойових дій (III);
- законів та звичаїв війни(IV, із додатками та нормами, що розвивають Конвенцію II від 1899 та випадки воєнної окупації);
- прав та обов'язків нейтральних держав у випадку війни на суходолі (V);
- торгових кораблів при спалахуванні воєнних дій (VI);
- конверсії торгових кораблів у воєнні кораблі(VII);

⁵ Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th edn, Cambridge, 2021).

⁶ UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010) 17 July 1998.

⁷ Vienna Convention on the Law of Treaties (adopted 23 May 1969, entered into force 27 January 1980) 1155 UNTS 331 (Vienna Convention on the Law of Treaties).

⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, Preamble [8].

- закладки автоматичних контактних мін проти підводних човнів (VIII);
- бомбардування морськими силами в час війни (IX);
- адаптації Женевської конвенції 1906 року до принципів війни на морі (X);
- обмеження стосовно використання права захоплення у морській війні (XI);
- створення міжнародних призових судів (XII);
- прав та обов'язків нейтральних держав у морській війні (XIII).

Гаазькі конвенції містять «загальне положення про участь», яке означає, що договори застосовуються тільки до конкретного збройного конфлікту тільки якщо всі сторони цього збройного конфлікту є сторонами договору⁹. Якщо хоча б одна сторона збройного конфлікту, в якому беруть участь кілька сторін, не була стороною договору, то жодна зі сторін не зобов'язана дотримуватись цього договору у цьому збройному конфлікті.

(ii) Женевські Конвенції та Додаткові протоколи до них

Женевські конвенції 1949 року та Додаткові протоколи до них (разом із Женевськими конвенціями) встановлюють захист жертв конфлікту та обмеження щодо методів ведення війни.

Назви чотирьох Женевських конвенцій визначають осіб, які захищає кожна із них:

- Женевська конвенція про поліпшення долі поранених та хворих в регулярних арміях (Женевська конвенція I).¹⁰
- Женевська конвенція (II) про поліпшення долі поранених, хворих і осіб, потерпілих корабельну аварію, зі складу озброєних сил на морі (Женевська конвенція II).¹¹
- Женевська конвенція (III) про поводження з військовополоненими (Женевська конвенція III).¹²
- Женевська конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни (Женевська конвенція IV).¹³

Женевські конвенції доповнюють три Додаткові протоколи:

- Протокол I (1977), що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Додатковий протокол I).¹⁴

⁹ International Conferences (The Hague), *Hague Convention (IV) Respecting the Laws and Customs of War on Land and Its Annex: Regulations Concerning the Laws and Customs of War on Land* (adopted 18 October 1907, entered into force 21 October 1950) article 2.

¹⁰ International Committee of the Red Cross (ICRC), *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field* (Geneva Convention I) (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 31. Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text

¹¹ ICRC, *Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea* (Geneva Convention II) (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 85. Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_152#Text

¹² ICRC, *Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War* (Geneva Convention III) (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 135. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text

¹³ ICRC, *Geneva Convention Relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War* (Geneva Convention IV) (adopted 12 August 1949, entered into force 21 October 1950) 75 UNTS 287. Конвенція про захист цивільного населення під час війни https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text

¹⁴ ICRC, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts* (Additional Protocol I) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 3. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text

- Протокол II (1977), що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Додатковий протокол II) .¹⁵
- Протокол III про введення додаткової відмітної емблеми у вигляді Червоного хреста і Червоного півмісяця (захист червоного кристалу , що використовується для позначення медичного та релігійного персоналу, установ та об'єктів приданих до червоного хреста та червоного півмісяця) (Додатковий протокол III).¹⁶

Женевські конвенції застосовуються в усіх випадках оголошеної війни або в будь-якому іншому збройному конфлікті між державами. Вони також застосовуються там, де держави частково або повністю окуповані солдатами іншої країни, навіть якщо немає збройного спротиву цій окупації¹⁷. Країни, що ратифікували Женевські конвенції мають дотримуватись гуманітарних принципів, накреслених у них, та накладати правові санкції на тих, хто їх порушує.

Женевські конвенції (але не Додаткові протоколи) ратифіковані всіма країнами та обов'язкові до дотримання всіма країнами¹⁸. В результаті, більшість їх положень розглядається як правила міжнародного звичаєвого права.

Стосовно Додаткових протоколів, Стаття 1 Додаткового протоколу I передбачає, що навіть якщо одна чи деякі зі сторін збройного конфлікту не є сторонами договору, то країни, що воюють, все одно ними зв'язані у матеріальних відносинах.¹⁹ Тим не менше, договір може бути застосований, тільки якщо хоча б одна із держав на кожному боці конфлікту є стороною договору.

(iii) Римський Статут

17 липня 1998р, 120 держав прийняли Римський статут Міжнародного кримінального суду (Римський статут), створивши МКС (англ. ICC).²⁰ ICC – це перший постійний кримінальний суд, що існує на основі договору, який розслідує, переслідує та судить осіб за скоєння «найбільш серйозних злочинів міжнародного рівня»: геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів та злочину агресії.

Римський статут набув чинності 1 липня 2002 року. Серед інших питань він встановлює злочини, які підпадають під юрисдикцію ICC; процесуальні правила; механізми для співпраці держав із ICC. Зараз

¹⁵ ICRC, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of Non-International Armed Conflicts* (Additional Protocol II) (adopted 8 June 1977, entered into force 7 December 1978) 1125 UNTS 609. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II), від 8 червня 1977 року https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200#Text

¹⁶ ICRC, *Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Adoption of an Additional Distinctive Emblem* (Additional Protocol III) (adopted 8 December 2005). Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми (Протокол III) https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_g74#Text

¹⁷ Common Article 2 to the Geneva Conventions

¹⁸ 196 countries have ratified the four Conventions: <<https://treaties.un.org/pages/showdetails.aspx?objid=0800000280158b1a>> accessed 15 November 2022.

¹⁹ Additional Protocol I, article 1. Стаття 1. Загальні принципи і сфера застосування

1. Високі Договірні Сторони зобов'язуються додержувати цього Протоколу та забезпечувати його додержання за будь-яких обставин.

2. У випадках, не передбачених цим Протоколом або іншими міжнародними угодами, цивільні особи й комбатанти залишаються під захистом і дією принципів міжнародного права, що впливають з усталених звичаїв, з принципів гуманності та з вимог суспільної свідомості.

3. Цей Протокол, що доповнює Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року) про захист жертв війни, застосовується при ситуаціях, зазначених у статті 2, спільній для цих Конвенцій.

4. Ситуації, згадані в попередньому пункті, включають збройні конфлікти, в яких народи ведуть боротьбу проти колоніального панування, іноземної окупації та расистських режимів для здійснення свого права на самовизначення, закріпленого в Статуті Організації Об'єднаних Націй та в Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва між державами відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй.

²⁰ Злочин агресії донедавна був непідсудний ICC – див. розділ 4.

сторонами Римського статуту є 123 держави²¹. Суд розташований в Гаазі, Нідерланди. Юрисдикція ІСС, згідно із Римським статутом, має бути додатковою до національних кримінальних юрисдикцій. Цей взаємозв'язок розглянутий детальніше у розділі «Компліментарність» далі.²²

Коли держава стає стороною Римського статуту, вона погоджується підпорядковуватись юрисдикції ІСС щодо злочинів, які охоплюються Статутом²³. Суд може розповсюджувати свою юрисдикцію на ситуації, коли підозрюваний у злочині є громадянином держави-сторони, або коли злочин був скоєний на території держави-сторони. Також держава, що не є стороною Статуту, може вирішити прийняти юрисдикцію ІСС. Ці умови не застосовуються, коли Рада Безпеки, що діє згідно зі Статтею VII Статуту ООН, направляє справу в Офіс прокурора МКС.²⁴

(iv) Jus cogens

Jus cogens у міжнародному праві стосується фундаментальних норм, від яких не дозволяється відхилитися засобами конкретних договорів (інакше називаються – імперативні норми).

Jus cogens зустрічаються в кількох правових інструментах як серед, так і поза межами права міжнародних договорів. Віденська конвенція про право міжнародних договорів встановлює, що договір нікчемний, якщо він суперечить *jus cogens*²⁵. Те саме стосується і односторонніх декларацій, згідно із керівними принципами, прийнятими Комісією міжнародного права в 2006 року²⁶.

Держави та міжнародні організації зобов'язані співпрацювати над припиненням серйозного порушення *jus cogens*, та повинні не визнавати законними ситуації, що виникають через їх порушення, не надавати ані допомоги, ані підтримки у збереженні таких ситуацій²⁷. Більше того, якщо держава чи міжнародна організація порушують *jus cogens*, то вони не можуть посилалися на будь-яку обставину, що виключає неправомірність такої поведінки, таку, як необхідність чи форс-мажор.²⁸

Не існує вичерпного переліку імперативних норм, але загально прийнято, що вони включають заборону використання сили між державами, заборону рабства, расової дискримінації, катувань та геноциду, а також право народів на самовизначення. Враховуючи обмежену кількість імперативних норм та набір їх застосувань, практика та прецеденти - нечисленні.

(b) Міжнародне звичаєве право та його застосовність

Звичай - це корпус права, що походить від:²⁹

- практики держав (яка має бути узгодженою, уніфікованою згідно з загальною практикою серед відповідних держав, хоча може і не бути універсальною); та

²¹ ICC, 'The State Parties to the Rome Statute' <https://asp.icc-cpi.int/states-parties> accessed October 2022.

²² Rome Statute, article 17.

²³ Rome Statute, article 12.

²⁴ Rome Statute, article 12; *Al Bashir Arrest Warrant*, ACC PTC I, 4 March 2009 paras. 244-7; *Al-Bashir*, ICC PTC I, 11 December 2017 (ICC-02/05-10/09-309) paras. 37-29; *Al-Bashir*, ICC PTC II, 6 July 2017 (ICC-02/05-01/09-302) paras. 85-8.

²⁵ Vienna Convention on the Law of Treaties, Art. 53 (1969) 1155 UNTS 331

²⁶ International Law Commission, *Guiding Principles applicable to unilateral declarations of States capable of creating legal obligations, with commentaries thereto*, (2006), Principle 8.

²⁷ International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, (2001) Art. 41; International Law Commission, *Articles on the responsibility of international organizations* (2011) Art. 42.

²⁸ International Law Commission, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, (2001) Art. 26; International Law Commission, *Articles on the responsibility of international organizations* (2011) Art. 26.

²⁹ *North Sea Continental Shelf (Germany v Denmark)* (Merits, Judgment) [1969] ICJ Rep 3, ICGJ 150.

- *opinio juris* (переконання, що те, що зроблено, вимагається законом).

Договори є обов'язковими тільки для держав, що є сторонами цих договорів, а загальне звичаєве право обов'язкове для всіх держав (окрім тих, які послідовно його заперечують з початку своєї появи – відомий як принцип «постійного заперечувача») ³⁰. Більша частина змісту матеріального ICL існує у звичаєвому праві, незалежно від того, чи існують також правила одночасно і в договірному праві. Однак, оскільки звичаєве право – це не кодифіковане право, то його зміст буває важче підтвердити.

Загалом, залежно від обставин, підтверджуюча державна практика та *opinio juris* можуть включати:³¹

- дипломатичне листування;
- офіційні державні заяви та прес-релізи урядів;
- рішення та практику виконавчої влади;
- висновки державних юридичних радників;
- військові підручники;
- коментарі до проектів заяв щодо міжнародного права від імені Комісії з міжнародного права;
- авторитетні коментарі щодо договорів;
- національне законодавство;
- національні та міжнародні судові рішення;
- зміст договорів; та
- практика міжнародних організацій та їхніх органів, включаючи, наприклад, резолюції Генасамблеї та Ради безпеки ООН стосовно правових питань.

(с) Загальні принципи

Там, де не існує правила у звичаєвому та договірному праві, міжнародні кримінальні суди можуть вдаватися до загальних принципів права у пошуку застосовних правил IHL або ICL.³²

Загальні принципи права формулюються шляхом вивчення національних законів та практик основних правових систем у світі з метою визначити, чи суд зможе вивести спільний підхід. Якщо спільний підхід існує, то суд може вивести загальний принцип права, який може бути застосований к контексті ICL

(d) Судові рішення та їх важливість

У IHL та ICL не існує доктрини обов'язкового прецеденту, але принципи, визначені у попередніх національних та міжнародних рішеннях, можуть застосовуватись в ICC та у спеціальних трибуналах.

(i) Міжнародні суди та трибунали

ICC може застосовувати «принципи та правила права, як воно тлумачилося у його попередніх рішеннях».³³ ICC технічно не зв'язаний своїми попередніми рішеннями, він не має еквіваленту принципу *stare decisis* у прецедентному праві. Переважно як і в ICTY, він часто використовує судові рішення при

³⁰ ICJ у Справі про англо-норвезькі території риболовлі (*United Kingdom v Norway* [1951] ICJ 3) (*obiter dicta*) підтримав позицію Справи про прихисток (*Colombia v Peru* [1950] ICJ 6) (знову *obiter dicta*) що звичаєве право не застосовуватиметься до держави, якщо вона заперечує застосовування правила до себе із моменту своєї появи та продовжує це робити послідовно. Статус принципу – спірний.

³¹ Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th ed. 2021).

³² For example, Rome Statute, article 21(1)(c); *Prosecutor v. Erdemović* (Judgment) IT-96-22-A (7 October 1997); *Prosecutor v. Furundžija* (Judgment) IT-95-17/1-T (10 December 1998).

³³ Rome Statute, article 21(2).

визначенні питань права, та будує систему прецедентів в ході своєї власної судової практики³⁴. Спеціальні трибунали часто широко поклалися на практику один одного, і ІСС також часто покладається на їх судову практику.

(ii) Національні суди

Внутрішнє право може використовуватися як джерело доказів у ІНЛ та ІСЛ, хоча воно і вторинне щодо використання міжнародних прецедентів чи звичаєвого права. ІСТУ та ІСТР раніше покликалися на внутрішню судову практику, зокрема перевіряючи існування відповідного звичаєвого права³⁵. Однак, внутрішні рішення стосовно міжнародного права можуть бути під впливом місцевих особливостей. Вони можуть виникнути із національного законодавства, яке у них враховане чи застосоване, або від того, що суд розглядав міжнародне кримінальне право через суто національні лінзи.³⁶

1.3. Розрізнення між міжнародними і не міжнародними збройними конфліктами

ІНЛ застосовується тільки у ситуаціях збройного конфлікту. Воно пропонує дві системи захисту: одна для міжнародного збройного конфлікту (МЗК, англ. ІАС), а друга – для неміжнародного збройного конфлікту (НМЗК, англ. NІАС). Таким чином, правила, застосовувані до кожної конкретної ситуації, будуть залежати від класифікації збройного конфлікту.

ІАС – це конфлікти, в яких одна чи більше держав застосовують збройні сили проти іншої держави чи держав. Це застосовне навіть якщо стан війни не визнається однією із цих держав³⁷. NІАС – це конфлікти «не міжнародного характеру», які відбуваються на території однієї держави між урядовими збройними силами та однією чи більше недержавними збройними угрупованнями, або між самими такими групами.³⁸

Правила, які застосовуються до конкретного конфлікту, залежать від того, чи є конфлікт міжнародним, чи неміжнародним. Міжнародні збройні конфлікти є предметом ширшого набору правил, включаючи і ті, які висунуті у чотирьох Женевських конвенціях та Додаткових протоколах. До неміжнародних збройних конфліктів застосовується значно менша кількість правил. Вони викладені у спільній для усіх Женевських конвенцій статті 3 та Додатковому протоколі II.

1.4. Юрисдикція національних судів у міжнародному кримінальному праві

Юрисдикція – це повноваження держави врегульовувати справи згідно зі своїми законами. Здійснення юрисдикції означає підтвердження форми суверенітету. Цей факт викликає труднощі, коли юрисдикція здійснюється екс-територіально, а суверенітети дублюються (накладаються).

(a) Звичаєва база юрисдикції

(i) Територіальна

³⁴ See Shane Darcy, *Judges, the Law and War: The Judicial Development of International Humanitarian Law* (Cambridge, 2014).

³⁵ See e.g. *Prosecutor v. Tadić* (Judgment) IT-94-1-A (15 July 1999) [255]-[270].

³⁶ Robert Cryer et al, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (4th edn, Cambridge, 2021)

³⁷ Geneva Conventions, Common Article 2.

³⁸ Geneva Conventions, Common Article 3 [1]; Additional Protocol II article 1 (визначення NІАС у Additional Protocol II вужче ніж у Common Article 3).

За територіальним принципом держава має право застосовувати свою юрисдикцію до всіх подій на своїй території. Це охоплює повітряний простір та територіальні води, а також включає кораблі та літаки, які зареєстровані в цій країні, які є тим, що називається «квазі-територіальною юрисдикцією»³⁹

Держава зазвичай також має юрисдикцію над злочиним, коли злочин походить із-за кордону, чи скоєний деінде, але хоча б один із елементів злочину трапився на території держави.

(ii) Громадянство

Згідно із міжнародним правом держави мають право законодавчо регулювати поведінку своїх громадян за кордоном. Громадянство є особливо важливою підставою для юрисдикції у ICL, зокрема стосовно збройних сил (включаючи миротворців), що розміщені за кордоном, які, за законодавством більшості держав, «несуть свій прапор» із собою за кордон.⁴⁰

(iii) Універсальність

Термін «універсальна юрисдикція» стосується юрисдикції, встановленої щодо злочинів без прив'язки до місця вчинення правопорушення, громадянства підозрюваного або будь-якого зв'язку між злочиним та державою, яка за цей злочин переслідуватиме. Принцип, затверджений у Преамбулі до Римського статуту, каже, що «найбільш серйозні злочини щодо міжнародної спільноти в цілому не повинні залишатися безкарними, і їх ефективно переслідування повинно забезпечуватися вжиттям заходів на національному рівні та шляхом посиленої міжнародної співпраці»⁴¹. Міжнародні злочини, за якими визнана або обговорюється міжнародна юрисдикція, включають воєнні злочини, злочини проти людяності, геноцид та тортури (як вони визначені у звичаєвому праві)⁴². Поки що не існує прикладів переслідування за агресію за універсальною юрисдикцією.

Універсальна юрисдикція ґрунтується не на інтересах окремої держави, а пов'язана із концепцією, що міжнародні злочини впливають на всі держави та на всіх людей, та на весь міжнародний правовий порядок в цілому.⁴³ Завдяки цьому факту, та тому факту, що держави не завжди реагують по-справедливості чи ефективно на звинувачення у міжнародних злочинах, міжнародне право надає всім державам право переслідувати за них. Конкретні умови, як держава може це робити згідно із міжнародним правом, - це все ще предмет дебатів.⁴⁴

(b) Юрисдикція на базі договорів

(i) «Тяжкі порушення» та інші воєнні злочини

Женевські конвенції та Додатковий протокол I визначають обмежений набір порушень – «тяжкі порушення» («грубі порушення», англ. the 'grave breaches') - які є особливо серйозними порушеннями, і

³⁹ Rome Statute, article 12(2)(a)); Neil Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, 2nd edn (Oxford, 2018), 252-3; Michail Vagrias, *The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court* (Cambridge, 2014).

⁴⁰ Rain Liivoja, *An Axiom of Military Law: Applicability of National Criminal Law to Military Personnel and Associated Civilians Abroad* (Helsinki, 2011).

⁴¹ Rome Statute, preamble [4].

⁴² See Institut de Droit International, Seventeenth Commission, Universal Jurisdiction over Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes (Krakow, 2005). On torture, see *Prosecutor v. Furundžija (Judgment) IT-95-17/1-T (10 December 1998)* [156].

⁴³ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How we Use It* (Oxford, 1994) 56-63; Andreas Zimmerman, 'Violations of Fundamental Norms in International Law and the Exercise of Universal Jurisdiction in Criminal Matters' in Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin (eds) *The Fundamental Rules of the International Legal Order* (Leiden, 2006) 335.

⁴⁴ See Boister, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, 2nd Edn (Oxford, 2018) ch.16.

створюють особливі зобов'язання для держав щодо переслідування за них⁴⁵. Тяжкі порушення повинні бути переслідувані сторонами-підписантами Женевських конвенцій на базі принципу універсальної юрисдикції. Однак, на сьогоднішній день існують обмежені приклади переслідування національними судами тяжких злочинів саме на цій базі⁴⁶. Тяжкі порушення, разом із іншими серйозними порушеннями ІНЛ, складають воєнні злочини.

Держави- сторони Женевських конвенцій повинні вживати таких конкретних заходів для переслідування та покарання за воєнні злочини:

- Держава повинна прийняти національне законодавство, що забороняє та карає за тяжкі порушення Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I, або шляхом прийняття окремого закону, або шляхом доповнення існуючого кримінального законодавства.
- Держава повинна розшукувати тих, кого обвинувачують у відповідальності за тяжкі злочини. Вона має переслідувати таких людей у власних судах або видавати їх для суду іншим державам.. Держава повинна розслідувати та, якщо треба, переслідувати всі воєнні злочини, у яких підозрюються її громадяни чи збройні сили, або скоєні на її території, а також інші воєнні злочини, над якими вона має юрисдикцію.
- Держава повинна вимагати, щоб її воєнне командування запобігало тяжким порушенням та іншим воєнним злочинам, та вживало заходів проти тих людей під своїм контролем, хто їх скоює.
- Держави повинна допомагати одна одній у кримінальних провадженнях стосовно тяжких порушень та інших воєнних злочинів.
- Держава повинна також вживати заходів, необхідних для придушення всіх дій, що суперечать положенням ІНЛ на додачу до воєнних злочинів. Таке придушення може, наприклад, набувати форми каральних або дисциплінарних санкцій.

(ii) Конвенція про геноцид

Конвенція про попередження та покарання злочину геноциду 1948 року (Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього, Конвенція про геноцид) відображає звичаєве право щодо геноциду. Універсальна заборона геноциду вважається *jus cogens* – нормою міжнародного права, яку не треба виводити, - і тому не залежить від ратифікації Конвенції про геноцид. Стаття 6 Конвенції про геноцид надає чітку юрисдикцію проти геноциду (включаючи супровідні злочини, такі, як змова, пряме та непряме публічне підбурювання, замах та змова) державі, де стався злочин, та міжнародним карним трибуналам, де сторони приймають юрисдикцію таких трибуналів.

Однак, широко визнається, що геноцид та супровідні злочини підпадають під універсальну юрисдикцію, і що Конвенція про геноцид не обмежує юрисдикцію тільки формами, згаданими у Статті 6. Федеральний Конституційний суд Німеччини, у справі Йоргіча (*Прокурор проти Nikola Jorgić*), визнав, що обмеження щодо юрисдикції стосовнобули несумісні із зобов'язаннями всіх держав запобігати та карати за злочин геноциду (Стаття 1 Конвенції про геноцид, та звичаєве право)⁴⁷. Хоча і незвично для практики юрисдикцій починати переслідування без зв'язку із підозрюваним злочином геноциду, особлива тяжкість геноциду

⁴⁵ Geneva Convention I, article 49; Geneva Convention II, article 50; Geneva Convention III, article 129; Geneva Convention IV, article 146; and Additional Protocol I, article 85(1).

⁴⁶ See, for example, The Hague District Court, *Мрпамбара* 09/750009-06 and 09/750007-07 (23 March 2009); Ward Ferdinandusse, 'The Prosecution of Grave Breaches in National Courts' (September 2009) 7(4) *Journal of International Criminal Justice* <<https://academic.oup.com/jicj/article/7/4/723/857155>> accessed 15 November 2022, 723-741.

⁴⁷ 2 BvR 1290/99, 12 December 2000.

відображена у визнанні універсальної юрисдикції та не-територіальних зобов'язаннях міжнародної спільноти в цілому запобігати та переслідувати за цей злочин.

1.5. Компліментарність: зв'язок між національними судами та ІСС

Згідно зі статтею 1 Римського статуту, юрисдикція ІСС «компліментарна до національних кримінальних юрисдикцій». Стаття 17(1) Римського статуту вимагає, щоб при розгляді прийнятності ІСС спирався на Статтю 1 та параграф 10 Преамбули до Римського статуту (який повторює формулювання Статті 1). Це означає, що ІСС повинен визначати, чи справа (i) була або зараз перебуває під розслідуванням чи обвинуваченням в національному суді, і (ii) чи будь-які подібні розслідування унеможливаються небажанням або неспроможністю, -перш ніж справа буде прийнята до розгляду ІСС.⁴⁸

1.6. Імунітети

(а) Згідно з ІНЛ

(i) Імунітет комбатантів

У ІАС термін «комбатант» означає особисту приналежність до збройних сил, які мають право брати участь у веденні бойових дій⁴⁹. Комбатанти є законними військовими цілями (англ. lawful military targets).⁵⁰

Комбатанти повинні дотримуватись наступних умов, за яких треба:⁵¹

- діяти під відповідальним командуванням;
- носити встановлені знаки розрізнення;
- відкрито носити зброю; та
- поважати Міжнародне гуманітарне право.

Згідно з ІНЛ, комбатанти користуються імунітетом проти переслідування за поведінку, яка інакше вважалася би звичайним кримінальним злочином в часи миру, допоки їх поведінка не становить воєнного злочину⁵². Імунітет комбатанта дозволяє проводити законні дії війни у формі вбивства чи поранення комбатантів ворога, знищувати майно ворога тією мірою, в якій вони є складовою законних військових операцій (англ. lawful military engagements).⁵³

ІНЛ не визнає статусу комбатанта у ІАІС, і тому імунітет комбатантів тут не застосовується.

(ii) Функціональний та особистий імунітет та міжнародні злочини

⁴⁸ Mohamed Abdou, "Article 17(1)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsit.us.org/clicc/17-1/17-1>> accessed 14 November 2022.

⁴⁹ Geneva Convention III, article 4; Additional Protocol I, article 43(2).

⁵⁰ As per the Principle of Distinction, Additional Protocol I, article 48.

⁵¹ Geneva Convention III, article 4.

⁵² Geneva Convention III, article 87.

⁵³ See generally 'Combatants and POWs.' *Combatants and POWs | How Does Law Protect in War? – Online Casebook* <casebook.icrc.org/law/combatants-and-pows> accessed October 2022.

Функціональний імунітет захищає поведінку, що виконується від імені держави. Він пов'язаний із принципом, що політику та дії держави не можна судити без якоїсь форми згоди самої держави. Функціональний імунітет також застосовується до всіх, хто виконує державні функції – до досить великого класу офіційних осіб. Важливо, що функціональний імунітет не дає повного захисту особі, він тільки охоплює поведінку, що стосується офіційних дій держави. Звідси, кримінальна діяльність, вчинена в якості приватної особи, все одно буде переслідуватись.

Виняток із функціонального імунітету з'являється тоді, коли починають переслідуватися серйозні міжнародні злочини, скоєні відповідними посадовцями, однак точні параметри такого винятку все ще дебатуються. Це питання розглядалося в 1998 року у справі А. Піночета (*Pinochet*) у Сполученому Королівстві, де шестеро із семи суддів- членів Палати лордів підтвердили, що імунітет колишнього голови держави не убезпечував його від екстрадиції за тортури⁵⁴. Подальші міжнародні справи, національні справи, державна практика та академічні коментарі підтвердили цю точку зору. Наприклад, у справі Баутерсе (*Bouterse*) Апеляційний суд Амстердаму постановив, що колишній голова держави Суринам був вплутаний у серйозні міжнародні злочини, такі, як злочини проти людяності, і не міг вимагати функціонального імунітету, оскільки ці злочини не становили «офіційні функції»⁵⁵. Бельгійський та іспанський суди далі постановили, що функціонального імунітету за серйозні міжнародні злочини не може бути⁵⁶. Ця пропозиція була також підтримана ICTY у справі *Blaskic*, де було вирішено, що функціональний імунітет є «добре встановленим правилом звичаєвого права» за винятком того, що ті, хто відповідальні за «воєнні злочини, злочини проти людяності та геноцид не можуть скористатися імунітетом в національній чи міжнародній юрисдикції навіть якщо вони вчинили всі ті злочини перебуваючи на своїй офіційній посаді»⁵⁷.

Існує певна неузгодженість щодо існування функціонального імунітету. Наприклад, ICJ не згадав про цей виняток у справі *Democratic Republic of Congo v Belgium*⁵⁸, що викликало значну критику коментаторів. Далі, деякі рішення у справі Піночета передбачали, що ізольовані акти тортур не достатні (але сам злочин катування, що є злочином проти людяності – достатній), а Італійська справа показала, що виняток може не включати ізольовані воєнні злочини.⁵⁹ Тим не менше, нещодавно Комісія з міжнародного права ООН відзначила, що існує тренд щодо незастосовності імунітету *ratione materiae* у іноземних кримінальних юрисдикціях щодо подібних злочинів за міжнародним правом: злочин геноциду; злочини проти людяності; (с) воєнні злочини; (d) злочин апартеїду; (е) тортури; (f) насильницьке зникнення.

Особистий імунітет не обмежується якоюсь конкретною поведінкою; він дає повний імунітет особам на певних посадах, коли вони виконують свої репрезентативні функції.⁶⁰ Особистий імунітет надається тільки порівняно обмеженому колу людей, таких, як голови держав, голови урядів, міністри іноземних справ, а також дипломати, акредитовані у приймаючій країні. Особистий імунітет тимчасовий, і триває тільки доти, доки особа служить на своїй офіційній посаді. Тут не існує винятків щодо серйозності імовірного злочину, або чи були дії приватними чи офіційними, тому що обґрунтування не пов'язане із

⁵⁴ *R v Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)* [1999] 2 All ER 97, HL.

⁵⁵ *Bouterse* (2000) *Nederlandse Jurisprudentie* 302

⁵⁶ *Immunity of State Officials from Criminal Jurisdiction, Memorandum by the Secretariat*, UN Doc. A/CN.4/596 (31 March 2008) [180]-[190].

⁵⁷ *Prosecutor v. Blaškić* (Judgment on the Request of Croatia for Review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997) IT-95-14-AR108bis (29 October 1997) [41].

⁵⁸ *Concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of Congo v Belgium)* [2002] ICJ Reports 25, [61].

⁵⁹ Antonio Cassese, 'The Italian Court of Cassation Missaprehends the Notion of War Crimes' (2008) 6 JICJ 1077.

⁶⁰ Так було вирішено у Великобританії у справі *Pinochet* (supra, п.53); всі судді вирішили, що якби Піночет і надалі був би головою держави, то його би не можна було би заарештувати.

характером обвинувачення. На відміну від функціонального імунітету, винятків із особистого імунітету не існує.

(b) Згідно з Римським Статутом та ІСС

Стаття 27 Римського статуту визначає, що імунітети, чи то національний, чи то міжнародний, притаманні державним посадовцям, не можуть бути використані у випадку кримінальної відповідальності за Римським Статутом. Таким чином, офіційна посада не є перешкодою для юрисдикції ІСС.

В сенсі міжнародного звичаєвого права, державні посадовці не можуть покладатися на імунітет *ratione materiae* (стосовно дій) щодо міжнародних злочинів, що підтверджено ІСТУ.⁶¹ Залишається невизначеність, чи міжнародне звичаєве право дає винятки до імунітету *ratione personae* (стосовно державних посадовців) при слуханнях у міжнародних судах за межами ІСС. У справі *Al-Bashir* ІСС постановив, що для голів держав не було імунітету у міжнародних судах, але це рішення не обов'язкове для інших міжнародних судів⁶². ІСС також відкинув аргумент, що Стаття 98 (1) Римського статуту встановлювала, визнавала чи зберігала будь-який імунітет: вона була тлумачена як процесуальне правило, що визначає, як діяти там, де існує будь-який імунітет, який перешкоджає вимозі про співпрацю з боку держави.⁶³

Вплив Статті 27 на держави- не сторони Римського статуту (і відповідно, на те, чи мають державні посадовці цих держав імунітет) розглядався у справі *Al-Bashir*. Статті 34 та 35 Віденської конвенції про право міжнародних договорів передбачають, що договір не може створювати зобов'язання для третіх держав за відсутності згоди цих третіх держав. Стаття 38 Віденської конвенції про право міжнародних договорів передбачає, що ніщо зі Ст.ст.34 та 35 (серед іншого) не перешкоджає, щоб правило, виписане в договорі, стало обов'язковим для третьої держави як звичаєва норма міжнародного права, яка визнається як така. У справі *Al-Bashir*, було зроблено висновок, що Ст. 27(2) Римського статуту відображає міжнародне звичаєве право, і таким чином, офіційна спроможність не має значення навіть для третіх країн

⁶¹ *Prosecutor v. Milošević* (Decision on Preliminary Motions) IT-02-54 (8 November 2001) [28].

⁶² *Prosecutor v. Al-Bashir* (Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal) ICC-02/05-01/09 OA2 (6 May 2019) [1].

⁶³ *Prosecutor v. Al-Bashir* (Judgment in the Jordan Referral re Al-Bashir Appeal) ICC-02/05-01/09 OA2 (6 May 2019).

2. ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ

2.1. Загальна частина

(а) Визначення та сфера застосування

Воєнні злочини відносяться до серйозних порушень міжнародного гуманітарного права (ІНЛ), які є кримінально караними згідно з міжнародним правом. В українському законодавстві використовується аналогічний термін «*порушення законів та звичаїв війни*».⁶⁴

Для того, щоб встановити факт вчинення воєнного злочину, суддя повинен знайти конкретну норму ІНЛ, що впливає або зі звичаєвого міжнародного права, або з договірного права, яку порушив імовірний злочинець. Порушення інших норм права (таких як міжнародні стандарти в галузі прав людини або національне кримінальне законодавство) самі по собі не є воєнними злочинами. Це також відображено у статті 438 Кримінального кодексу України, яка передбачає кримінальну відповідальність за «*порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України*». Конкретні норми ІНЛ, порушення яких призводить до вчинення воєнних злочинів, викладені нижче.

Воєнні злочини вчиняються окремими особами, а не державами, і тягнуть за собою індивідуальну кримінальну відповідальність.

(b) Складові воєнних злочинів

Стаття 8(2)(а) Римського статуту визначає воєнні злочини як серйозні порушення Женевських конвенцій. Для того, щоб діяння становило воєнний злочин, необхідна наявність таких складових:

- Наявність збройного конфлікту;
- Зв'язок із таким збройним конфліктом;
- Необхідний *mens rea*;
- Криміналізовані порушення ІНЛ;
- Вчинені зазначеними злочинцями проти охоронюваних осіб та об'єктів.

Елементи порушень ІНЛ, які зазвичай визнаються воєнними злочинами, детально розглядаються нижче в розділі «2.2 Особлива частина». У цьому розділі розглядаються загальні елементи, які повинні бути встановлені на додаток до поведінки, що становить грубе/серйозне порушення ІНЛ.

(i) Наявність збройного конфлікту

Наявність збройного конфлікту є необхідною умовою для вчинення воєнних злочинів. «Збройний конфлікт» існує «щоразу, коли має місце застосування збройної сили між державами або тривале збройне насильство між урядовими органами та організованими збройними групами або між такими групами в межах держави».⁶⁵

⁶⁴ Кримінальний кодекс України, Стаття 438.

⁶⁵ *Prosecutor v Tadić* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) IT-94-1-T (2 October 1995) [70].

Також зрозуміло, що ІНЛ продовжує застосовуватися, а його порушення можуть призвести до вчинення воєнних злочинів «після припинення воєнних дій до досягнення загального укладення миру».⁶⁶

Статті 8(2)(а)-(b) Римського статуту стосуються воєнних злочинів у контексті ІАС (міжнародного збройного конфлікту), а статті 8(2)(с)-(е) Римського статуту стосуються воєнних злочинів у контексті НІАС (неміжнародного збройного конфлікту). В описах воєнних злочинів, наведених нижче, наводяться версії ІАС щодо відповідних злочинів.

(ii) Зв'язок із збройним конфліктом

(А) Правове резюме

Для того, щоб кваліфікуватися як воєнний злочин, інкримінований злочин повинен мати необхідний зв'язок зі збройним конфліктом, «який дає підстави для застосування міжнародного гуманітарного права».⁶⁷

Вимога достатнього зв'язку трактується досить широко. У *справі Тадіча* судова палата роз'яснила, що достатньо продемонструвати, що злочин було вчинено «під час або як частину воєнних дій на території, яка контролюється однією зі сторін, або окупації цієї території».⁶⁸

Імовірний воєнний злочин не обов'язково повинен бути вчинений під час бойових дій або в рамках політики чи практики, офіційно схваленої стороною конфлікту: «Зобов'язання осіб за міжнародним гуманітарним правом є незалежними та застосовуються без шкоди для будь-яких питань відповідальності держав за міжнародним правом».⁶⁹ Зокрема, збройний конфлікт сам по собі не повинен розглядатися як причина поведінки злочинця, і така поведінка не обов'язково повинна мати місце в розпал бою.⁷⁰

Також не потрібно доводити, що збройний конфлікт мав «причинний зв'язок» із вчиненими воєнними злочинами, «але існування збройного конфлікту повинно, як мінімум, відігравати істотну роль у здатності злочинця вчинити злочин, його рішенні вчинити злочин, способі його вчинення або меті, з якою він був вчинений».⁷¹ Так, вимога зв'язку вважається виконаною, якщо «злочини вчинені після боїв і до припинення бойових дій у певному регіоні, а також вчинені з метою сприяння або використання обстановки, створеної боями».⁷²

Апеляційні палати в *справі Кунарача* встановили загальні керівні принципи для визначення того, чи має воєнний злочин необхідний зв'язок зі збройним конфліктом:

«той факт, що злочинець є комбатантом; той факт, що жертва не є комбатантом; той факт, що жертва є членом протилежної сторони; той факт, що діяння, як можна стверджувати, слугує кінцевій меті військової

⁶⁶ *Prosecutor v Tadić* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) IT-94-1-T (2 October 1995) [70].

⁶⁷ *Prosecutor v Tadić* (Judgment) IT-94-1-T (7 May 1997) [572].

⁶⁸ Ibid. [573].

⁶⁹ Ibid. [573]. See also *Prosecutor v Delalić* (Judgment) IT-96-21 (7 May 1997) [194].

⁷⁰ *Prosecutor v. Germain Katanga* (Judgment) ICC ICC-01/04-01/07 (7 March 2014) [1176].

⁷¹ *Prosecutor v Kunarac* (Judgment) IT-96-23 & 23/1 (12 June 2002) [58]; *Prosecutor v. Garda* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-02/05-02/09 (8 February 2010) [90].

⁷² *Prosecutor v Kunarac* (Judgment) IT-96-23 & 23/1 (22 February 2001) [568].

кампанії; і той факт, що злочин вчиняється в рамках або в контексті виконання злочинцем своїх службових обов'язків».⁷³

(В) Приклади

Кілька прикладів можуть допомогти прояснити сферу застосування цієї вимоги:

- Дії, вчинені в ході поглинання/вторгнення. Вони чітко демонструють необхідний зв'язок зі збройним конфліктом.⁷⁴ По суті, вони виникають саме в ході бойових дій.
- Поводження з цивільними особами або військовополоненими в таборах тримання під вартою. Це, знову ж таки, має необхідний зв'язок зі збройним конфліктом,⁷⁵ не в останню чергу тому, що захищені особи опинилися в таборах після і через бойові дії.
- Згвалтування, вбивства та інші діяння, вчинені на окупованих територіях після перенесення бойових дій на інші території. Це типові злочини мирного часу, які, однак, пов'язані зі збройним конфліктом, оскільки вони стали можливими через збройний конфлікт.⁷⁶ На окупованих територіях злочинець, залучений на боці держави-окупанта, набуває можливості вчиняти зловживання своїми службовими обов'язками. Використання такого примусового середовища та зловживання ним, що виникає внаслідок військових дій, слугує достатнім зв'язком зі збройним конфліктом.
- Злочини, вчинені цивільними особами (некомбатантами). Якщо цивільна особа скористається атмосферою хаосу і вб'є свого сусіда або викраде майно, не беручи жодної участі у збройних діях, її дії не матимуть необхідного зв'язку зі збройним конфліктом. І навпаки, коли цивільна особа стає тісно пов'язаною з окупаційними силами (не обов'язково беручи участь у бойових діях), її дії можуть бути кваліфіковані як воєнні злочини.⁷⁷

(iii) Необхідний mens rea

(А) Правове резюме

Імовірний злочинець повинен знати, що його злочини були пов'язані з міжнародним збройним конфліктом, або, принаймні, він повинен знати фактичні обставини (але не правову оцінку), що підтверджують наявність збройного конфлікту.⁷⁸ Аналогічно, коли йдеться про визначення того, що жертва перебувала під захистом Женевських конвенцій, не обов'язково доводити, що злочинець зробив правильну оцінку того, що жертва перебувала під захистом відповідної Женевської конвенції. Достатньо, щоб він розумів, що потерпілий належить до протилежної сторони.⁷⁹

⁷³ *Prosecutor v Kunarac* (Judgment) IT-96-23 & 23/1 (12 June 2002) [59]; *Prosecutor v Bemba* (Judgment) ICC-01/05-01/08 (21 March 2016) [143].

⁷⁴ *Prosecutor v Tadić* (Judgment) IT-94-1-T (7 May 1997) [574].

⁷⁵ *Prosecutor v Delalić*, (Judgment) IT-96-21-T (16 November 1998)[196]; *Prosecutor v Tadić* (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) IT-94-1-T (2 October 1995) [70].

⁷⁶ *Prosecutor v Kunarac*, (Judgment) IT-96-23 & 23/1 (22 February 2001) [568]; *Prosecutor v Bemba* (Judgment) ICC-01/05-01/08 (21 March 2016) [664]-[666].

⁷⁷ *Prosecutor v Vasiljević*, (Judgment) IT-98-32 (29 November 2002) [57].

⁷⁸ *Prosecutor v Naletilić & Martinović*, (Judgment) IT-98-34 (3 May 2006) [118]; *Elements of Crimes*, 250.

⁷⁹ *Elements of Crimes*, footnote 32, 250.

На практиці суб'єктивний елемент збігатиметься з об'єктивним визначенням наявності збройного конфлікту та зв'язку злочину з ним, оскільки імовірний злочинець повинен лише знати про існування збройного конфлікту.

У більш загальному плані, матеріальні елементи (*actus reus*) злочину (злочинів) повинні бути вчинені з наміром та усвідомленням, що є стандартним психічним елементом для воєнних злочинів. Наявність у особи умислу: (а) стосовно поведінки, коли вони мали намір вчинити цю поведінку; (b) стосовно наслідку, коли вони мали намір спричинити цей наслідок або усвідомлювали, що він станеться за звичайного перебігу подій (стаття 30(2) Римського статуту). Злочинці мають усвідомлювати фактичні обставини, які встановлюють захищений статус потерпілої особи (осіб).⁸⁰

(iv) **Порушення ІНЛ**

У міжнародних збройних конфліктах не кожне порушення ІНЛ кваліфікується як воєнний злочин. Воєнні злочини, як правило, є серйозними порушеннями Женевських конвенцій або іншими серйозними порушеннями ІНЛ.⁸¹ На відміну від цього, стаття 438 Кримінального кодексу України не містить, на перший погляд, такого обмеження.

Водночас, очевидно, що стаття 438 не може криміналізувати порушення всіх положень договорів ІНЛ. По-перше, тому що всі договори містять положення, які не встановлюють конкретних правил ведення збройного конфлікту або захисту його жертв (наприклад, положення з визначеннями, цілями договору, правилами створення або функціонування довідкових агентств, товариств допомоги та інших організацій, які сприяють досягненню цілей договору). Але, крім цього, ще й тому, що згадані договори містять норми/правила, порушення яких не досягає за своєю суспільною шкідливістю і тяжкістю рівня, необхідного для кваліфікації діяння як злочинного (наприклад, норми про виплату заробітної плати військовополоненим, їх листування або правила розгортання таборів для інтернованих чи військовополонених).

Статті 49 Женевської конвенції (ЖК) I, 50 ЖК II, 129 ЖК III, 146 ЖК IV, 86 Додаткового протоколу I, 28 до Гаазької конвенції про охорону культурної спадщини закликають держави переслідувати порушників Конвенції. Усі згадані міжнародні договори, окрім останнього, передбачають криміналізацію лише серйозних порушень ІНЛ (*серйозні порушення*). Статті 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV містять перелік дій, які слід розглядати як серйозні порушення відповідних угод. Цей перелік є аналогічним для всіх конвенцій, хоча і містить саме криміналізовані склади злочинів. Наприклад, в ЖК I перераховані серйозні порушення конвенції: *«умисне вбивство, катування або нелюдське поводження, включаючи біологічні експерименти, умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень і шкоди здоров'ю, а також широкомасштабне знищення і привласнення майна, не виправдане воєнною необхідністю і вчинене незаконно і умисно.»*

ЖК IV пропонує такий реєстр порушень: *«умисне вбивство, катування або нелюдське поводження, включаючи біологічні експерименти, які умисно спричиняють сильні страждання або серйозні ушкодження тіла чи здоров'я, незаконну депортацію або передачу чи незаконне ув'язнення захищеної особи примушування захищеної особи служити у збройних силах ворожої держави або умисне*

⁸⁰ *Prosecutor v Bemba* (Judgment) ICC-01/05-01/08 (21 March 2016) [146]-[147]; Otto Triffterer, Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (2015), 328.

⁸¹ Additional Protocol I, article 85(5).

позбавлення захищеної особи прав на справедливий і офіційний судовий розгляд, рекомендованих цією Конвенцією, взяття в полон, а також широкомасштабне руйнування і розкрадання, які не виправдовуються воєнною необхідністю, а також здійснюються протизаконно і безцільно».

Орієнтація на статті 50 Женевської конвенції I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV для визначення базового переліку злочинів має сенс з точки зору телеологічного та системного способів тлумачення ст. 438 Кримінального кодексу. Зазначена стаття Кримінального кодексу прийнята на виконання міжнародних зобов'язань Україною, що впливають, зокрема, зі статей 49 ЖК I, 50 ЖК II, 129 ЖК III, 146 ЖК IV, 86 ЖК I, 28 Гаазької конвенції про охорону культурної спадщини. Це означає, що одним із намірів законодавців у 2001 році була краща, ніж у Кримінальному кодексі УРСР 1960 року, криміналізація грубих порушень законів та звичаїв війни.

Однак, як зазначалося вище, перелік ратифікованих Україною договорів, на які посилається стаття 438 КК, не обмежується чотирма Женевськими конвенціями 1949 року та Додатковим протоколом I до них. Це означає, що простого прочитання статей 50 ЖК I, 51 ЖК II, 130 ЖК III, 147 ЖК IV недостатньо для складання повного переліку складів злочинів, що мають відношення до тлумачення статті 438. Крім того, самі Женевські конвенції дозволяють і навіть заохочують встановлення на національному рівні покарання (хоча і не обов'язково кримінального) не тільки за серйозні порушення положень конвенцій. Аналогічний висновок про можливість криміналізації не лише серйозних порушень Женевських конвенцій можна зробити, ознайомившись з рішенням Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (ICTY) щодо оскарження юрисдикції у справі *Тадіча*. У своєму рішенні ICTY зазначив, що формулювання «порушення законів та звичаїв війни» слід розуміти як «серйозні порушення міжнародного гуманітарного права»⁸². При цьому суд чітко і недвозначно заявив, що таке тлумачення використовується ним для цілей міжнародного правосуддя, відповідно до юрисдикції та цілей самого Трибуналу, визначених його Статутом.⁸³ Таким чином, ICTY пояснив, що він просто логічно неспроможний ефективно переслідувати всі порушення законів і звичаїв війни. Вищевказаною заявою ICTY самоусунувся (та й не міг вчинити інакше) від тлумачення словосполучення «порушення законів та звичаїв війни» для всіх можливих випадків, залишивши на розсуд законодавчого органу та суду конкретної держави визначення параметрів криміналізації таких порушень на національному рівні.

Таким чином, посилання на «порушення законів та звичаїв війни» в національному законодавстві не обов'язково повинні стосуватися серйозних порушень міжнародного гуманітарного права. Або, в кожному випадку, серйозні порушення законів і звичаїв війни не обов'язково повинні розумітися ідентично⁸⁴ тому,

⁸² Prosecutor v. Dusko Tadic / ICTY / Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. – 1995. – Paras. 89-91.

⁸³ *ibid.*

⁸⁴ У різних юрисдикціях при розгляді справ про воєнні злочини суди широко тлумачать порушення ІНЛ. В основному це стосувалося того, що будь-які серйозні порушення ЖК можуть вважатися злочинами і у випадку неміжнародного збройного конфлікту, хоча ЖК стосуються лише міжнародних конфліктів: *Arklof case in Swedish court, Nzabonimana and Ndashyikirwa case in Belgium courts, etc.* See for eg. Ferdinandusse W. *The Prosecution of Grave Breaches in National Courts.* - p. 734. В Україні подібний підхід можна застосувати через відсутність чіткого розмежування між міжнародними та неміжнародними збройними конфліктами в Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України.

як вони сформульовані в Женевських конвенціях або прецедентному праві міжнародних кримінальних судів.⁸⁵ Разом з тим, перелік серйозних порушень законів та звичаїв війни Женевських конвенцій, а також інші порушення законів та звичаїв війни, які тягнуть за собою міжнародну кримінальну відповідальність за Римським статутом Міжнародного Кримінального Суду (ICC), однозначно караються за статтею 438 Кримінального кодексу.

Оскільки стаття 438 Кримінального кодексу не роз'яснює багато категорій, що використовуються в ній, принцип *nullum crimen sine lege* («немає покарання без закону») є важливим орієнтиром для з'ясування складів воєнних злочинів у формі катувань (як і складів будь-яких інших видів воєнних злочинів). Цей принцип закріплений у статті 58 Конституції України та численних міжнародних договорах, зокрема у статті 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини, ЄКПЛ, англ. **ECHR**). У цьому контексті цей принцип є важливим, оскільки тлумачення термінів і понять, передбачених статтею 438 КК щодо воєнного злочину у формі катування, має відповідати тому, яке обвинувачена особа могла передбачити на момент вчинення діяння. При тлумаченні цього принципу слід враховувати практику ССУ та Європейського суду з прав людини (ЄСПЛ, англ. **ECtHR**) (як того вимагає закон «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини»).

На сьогоднішній день ECtHR розглянув широке коло справ, в яких тлумачиться стаття 7. Дві з них мали фабулу, подібну до справи, що розглядається, оскільки також стосувалися злочинів з подвійною кримінальною відповідальністю.

У справі *Jorgic v. Germany* ECtHR вказав, що стаття 7 ECHR вимагає двох якісних характеристик: доступності та передбачуваності⁸⁶. ECtHR також оцінив, чи може тлумачення німецького суду бути застосовним щодо геноциду як злочину, який не обов'язково посягає на біологічне існування групи. Як відомо, більшість рішень міжнародних кримінальних судів сьогодні трактують геноцид як злочин, що вимагає наявності наміру фізично знищити групу. Однак німецький суд, застосовуючи національне законодавство, визначив, що достатньо, щоб умисел був спрямований на знищення групи як соціальної одиниці. Для того, щоб оцінити передбачуваність такого кроку німецького суду, ECtHR поставив питання про те, чи міг обвинувачений Йоргіч після отримання юридичної консультації вважати можливим таке розширене тлумачення національного суду⁸⁷. Ствердну відповідь на це питання ECtHR черпає зі значної кількості доктринальних праць, які підтримують розширене тлумачення умислу при вчиненні злочину геноциду. Крім того, ECtHR послався на кілька рішень ICTY, в яких було обрано аналогічний німецькому - розширений - підхід до тлумачення злочину геноциду⁸⁸. Все це в сукупності дозволило зробити висновок, що Йоргіч міг передбачити характер рішення, прийнятого німецьким судом. Тому ECtHR не встановив порушення статті 7 у цій справі.

⁸⁵ See for eg. Ferdinandusse W. The Prosecution of Grave Breaches in National Courts. - page 734.

⁸⁶ Case of *Jorgic v. Germany* / ECHR Judgement. – Para. 100. Переклад цього рішення укр. мовою <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117698>

⁸⁷ *ibid.* Para. 110.

⁸⁸ *ibid.* Paras. 111-112.

У справі *Kononov v. Latvia* ECtHR розглядав передбачуваність кримінального законодавства в дещо іншому контексті. Йшлося про застосування новітнього кримінального кодексу Латвії до діянь, які мали місце у 1944 році, коли національне законодавство не знало понять воєнних злочинів чи порушень законів та звичаїв війни. Як і в попередній справі, ECtHR не встановив порушення статті 7 ECHR в частині передбачуваності судового рішення. На думку Суду, навіть звичайний солдат не міг не знати про певні обмеження у веденні війни⁸⁹. Так, страта цивільних осіб є явним порушенням IHL. На момент скоєння злочину такі дії кваліфікувалися як правопорушення відповідно до норм міжнародного права. Суд не залишив поза увагою командну посаду Кононова в армії. ECtHR стверджував, що високе становище Кононова у військовій ієрархії лише посилювало його здатність передбачити наслідки можливих протиправних дій у вигляді кримінального переслідування за порушення IHL⁹⁰.

Таким чином, в умовах недостатньої визначеності національного кримінального законодавства з питань міжнародних злочинів та інших порушень міжнародного права, ECtHR у своїх рішеннях шукав підтвердження можливості передбачити, що конкретне діяння може вважатися кримінально караним на момент його вчинення. З цією метою було проаналізовано положення міжнародних договорів відповідного періоду, практику або прецедентне право міжнародних кримінальних судів, доктрину та авторитетні коментарі з IHL.

Враховуючи логіку ECtHR, при застосуванні ст. 438 КК слід так само ретельно підходити до визначення конкретних ознак воєнного злочину у формі катування. Такий перелік елементів має бути закріплений у міжнародних договорах, практиці міжнародних судів та авторитетних коментарях до міжнародних договорів з IHL, а отже бути передбачуваним для потенційного порушника законів та звичаїв війни на момент вчинення правопорушення.

(v) Злочинці, захищені особи та захищені об'єкти

(A) Злочинці

Воєнні злочини можуть вчиняти як військовослужбовці, так і цивільні особи,⁹¹ в тому числі державні службовці держави-агресора, особи, призначені тимчасовими адміністраціями на окупованій території, лікарі в таборах для військовополонених та інші комбатанти і некомбатанти.

Злочинцями є не лише ті, хто вчиняє передбачуваний воєнний злочин, але й ті, хто віддає наказ про його вчинення.

(B) Захищені особи

Воєнні злочини вчиняються проти конкретних захищених осіб та об'єктів, які перебувають під захистом відповідних міжнародних конвенцій, зокрема, Женевських конвенцій. Зокрема, захищеними особами є поранені та хворі на суші (Женевська конвенція I), поранені та хворі на морі та особи, які зазнали

⁸⁹ Case of *Kononov v. Latvia* / ECHR Judgement. - Para. 236. Переклад цього рішення укр. мовою <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-117749>

⁹⁰ *ibid.* Para. 238.

⁹¹ *Prosecutor v Vasiljević* (Judgment) IT-98-32 (29 November 2002) [57].

корабельної аварії (Женевська конвенція II), військовополонені (Женевська конвенція III) та цивільне населення (Женевська конвенція IV та Додатковий протокол I). Більш детально вони описані нижче.

Існує два загальних питання, які впливають на захист цивільного населення:

- По-перше, випадкові жертви серед цивільного населення, поранення цивільних осіб і пошкодження цивільних об'єктів є прийнятними, якщо вони не є надмірними по відношенню до конкретної і прямої військової переваги, що очікується.⁹² Вирішення питання про те, чи була шкода надмірною, вимагає балансу між військовою перевагою, якої прагнули досягти, та життям цивільного населення, яке опинилося під загрозою, на основі принципу пропорційності.⁹³
- По-друге, відповідно до IV Женевської конвенції, цивільне населення захищається лише в тій мірі, в якій воно перебуває «в руках сторони, що перебуває в конфлікті, або окупаційної влади, громадянами якої воно не є».⁹⁴ Це означає, що захист IV Женевської конвенції поширюється лише на цивільних осіб сторони, супротивної імовірному злочинцю, або громадян третьої країни, які перебувають на території, підконтрольній протилежній стороні (в даному випадку - Росії). Відповідно, якщо (наприклад) російські війська здійснили напад на цивільне населення в Києві, злочинці не нестимуть відповідальності за вчинення воєнних злочинів проти цивільного населення, а лише воєнних злочинів, що виникають у зв'язку з веденням воєнних дій.

Однак вимогу про те, що цивільне населення не може бути громадянами держави-агресора, не слід розуміти строго. Цивільні особи, які прийняли російське громадянство на окупованих Росією територіях, як і раніше, перебувають під захистом IV Женевської конвенції. ІСТУ пояснив, що «етнічна приналежність, а не громадянство, може стати підставою для лояльності» і «вимога щодо громадянства є ще менш адекватною для визначення захищених осіб».⁹⁵

(C) Захищені об'єкти

Захищені об'єктам - це цивільні об'єкти, такі як школи, лікарні, релігійні та історичні пам'ятки.⁹⁶ Цивільні об'єкти визначаються як «об'єкти, які не є військовими об'єктами».⁹⁷ Військові об'єкти, в свою чергу, визначаються як «об'єкти, які за своїм характером, розташуванням, призначенням або використанням вносять ефективний внесок у воєнні дії та повне або часткове знищення, захоплення або нейтралізація яких, за обставин, що склалися на той час, дає певну воєнну перевагу».⁹⁸

Щодо першої вимоги, то військові об'єкти сприяють воєнним діям шляхом:

- їх характеру (наприклад, бойові кораблі);
- місцезнаходження (наприклад, міст над маршрутом постачання противника);
- використання (наприклад, будівля школи використовується як штаб противника);

⁹² Additional Protocol I articles 51(5)(b) and 57(2)(a)(iii).

⁹³ Kai Ambos (ed), *Treatise on International Criminal Law. Volume 2: The Crimes and Sentencing* (2014) 149.

⁹⁴ Geneva Convention IV, article 4(1).

⁹⁵ *Prosecutor v Tadić* (Judgment) IT-94-1-T (15 July 1999) [166].

⁹⁶ *Prosecutor v Al Mahdi* (Judgment) ICC-01/12-01/15 (27 September 2016) [39].

⁹⁷ Rome Statute, article 8(2)(b)(ii).

⁹⁸ Additional Protocol I, article 52(2) [emphasis added].

- призначення (наприклад, цивільний аеропорт з довшою злітно-посадковою смугою, щоб його можна було використовувати для військових літаків).⁹⁹

Судження щодо військового призначення цивільного об'єкта не може ґрунтуватися на простій можливості майбутнього військового використання, оскільки у разі сумнівів об'єкти, «зазвичай призначені для цивільних цілей», повинні розглядатися як цивільні об'єкти¹⁰⁰, і необхідно продемонструвати обґрунтоване переконання в тому, що існує намір використовувати об'єкт у військових цілях.¹⁰¹ Якщо противник планує атакувати лікарню або церкву, він повинен мати можливість продемонструвати переміщення боєприпасів до цих об'єктів, інакше навряд чи можна говорити про наявність обґрунтованого переконання, що ці об'єкти мають військове призначення.

Дискутується питання про те, чи можуть об'єкти, які сприяють веденню/підтримці війни противником (наприклад, об'єкти енергетики або об'єкти експорту зерна), розглядатися як військові об'єкти. Здається, правильна точка зору полягає в тому, що цивільні об'єкти, які сприяють зусиллям з підтримання війни, не можуть розглядатися як військові об'єкти.¹⁰²

Що стосується другої вимоги, то знищення, захоплення або нейтралізація в противному випадку цивільного об'єкта має бути спрямоване на досягнення «певної військової переваги». Визначення військової переваги є дискусійним. Різні держави (США, Великобританія, Бельгія, Франція, Іспанія, Канада) дотримуються думки, що при оцінці військової переваги необхідно розглядати збройні сили в цілому, а не тільки їх ізольовану частину.¹⁰³ Така інтерпретація ризикує розширити спектр військових переваг, які можуть виправдовувати напади на цивільні об'єкти. На противагу цьому, Посібник з військового права збройних сил Нової Зеландії застерігає, що військова перевага не повинна стосуватися всієї війни або кампанії.¹⁰⁴

Аналіз тут стосується не тільки цивільних об'єктів у розумінні статті 8(2)(b)(ii), але й будівель, призначених для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових, благодійних цілей, історичних пам'яток, лікарень та медичних закладів (стаття 8(2)(b)(ix) Римського статуту), а також міст, сіл, житлових приміщень або будівель, що не обороняються (стаття 8(2)(b)(v)).

(с) Воєнні злочини в ІСС та міжнародних трибуналах

(i) Стаття 8 Римського статуту

Стаття 8 Римського статуту кодифікує вичерпний перелік воєнних злочинів (див. нижче). Тим не менш, стаття 8(1) не повністю відображає міжнародне звичаєве право. Так, стаття 8(1) Римського статуту передбачає, що:

«Суд має юрисдикцію щодо воєнних злочинів, зокрема, коли вони вчиняються як частина плану або політики або як частина широкомасштабного вчинення таких злочинів».

Однак план або політика не є обов'язковим елементом воєнних злочинів. Це лише вказівка для ІСС щодо справ, які ІСС рекомендується розслідувати та переслідувати в судовому порядку. Навіть поодинокі або

⁹⁹ See, e.g., Additional Protocol I, article 52(2); US Department of the Navy, August 2017, [5.3.1]

¹⁰⁰ Additional Protocol I, article 52(3).

¹⁰¹ UK Manual of the Law of Armed Conflict (2004) 56.

¹⁰² Andrew Clapham, War (2021) 284.

¹⁰³ Andrew Clapham, War (2021) 281.

¹⁰⁴ New Zealand Armed Forces Manual, Vol. 4, [8.6.5].

ізолювані дії, які не були частиною більш масштабного плану або політики (або широкомасштабної діяльності), можуть кваліфікуватися як воєнні злочини.¹⁰⁵

Стаття 8(2)(b)(iv) криміналізує випадкову шкоду цивільним особам і захищеним об'єктам, що є «*явно надмірною*» для досягнення військової переваги, тоді як IHL вимагає лише «*надмірної*» шкоди особам і захищеним об'єктам.¹⁰⁶

(ii) Висновки, зроблені на підставі розгляду воєнних злочинів у міжнародних трибуналах

Різні міжнародні трибунали (Нюрнберзький і Токійський трибунали, ICTY та інші) переслідували воєнні злочини. Однак жоден з них не скористався детальною статтею 8 Римського статуту. Наприклад, статті 2 і 3 Статуту ICTY містять більш короткий перелік воєнних злочинів. Тим не менш, ми цитуємо в цьому посібнику прецедентне право різних міжнародних трибуналів.

2.2. Особлива частина

(d) Грубі порушення Женевських конвенцій 1948 р.

Серйозними порушеннями (англ. grave breaches) Женевських конвенцій є будь-які з перелічених діянь, вчинених проти осіб або майна, що перебувають під захистом Женевських конвенцій (як зазначено у статті 2(a) Римського статуту).

Заборонені дії та їх *actus reus* та *mens rea* викладені в таблиці нижче. Першоджерелом для складання таблиці є документ під назвою «Елементи злочинів»¹⁰⁷. Він роз'яснює злочини, передбачені Римським статутом, та відображає звичаєве право щодо *actus reus* та *mens rea* для серйозних порушень.¹⁰⁸

Подальші коментарі щодо кваліфікації кожного злочину за Римським статутом наведені після таблиці.

Злочин	Actus Reus ¹⁰⁹		Mens Rea ¹¹⁰	
	Умисне вбивство (стаття 8(2)(a)(i) Римського статуту)	Злочинець вбив одну або більше осіб.	У всіх випадках: Така особа або особи перебували під захистом однієї або декількох Женевських конвенцій 1949 року.	Вбивство було умисним.
Катування (стаття 8(2)(a)(ii) Римського статуту)	Злочинець заподіяв сильного фізичного або морального болю чи страждання одній або кільком особам.		Злочинець заподіяв болю або страждання з такими цілями, як: отримання інформації або зізнання, покарання, залякування або примус, або з будь-	Злочинець знав про фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус. Злочинець

¹⁰⁵ Otto Triffterer, Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (2015) 322.

¹⁰⁶ Additional Protocol I, articles 51(5)(b) and 57(2)(a)(iii).

¹⁰⁷ ICC, *Elements of Crimes* (2013) ICC-PIOS-LT-03-002/15_Eng (Elements of Crimes).

¹⁰⁸ *Prosecutor v Kunarac*, IT-96-23 & 23/1, Judgment, Appeals Chamber, 12 June 2002, para 177, fn 239.

¹⁰⁹ Elements of Crimes, under the relevant article cited under “Crime”.

¹¹⁰ Elements of Crimes, under the relevant article cited under “Crime”.

		Дії мали місце в контексті та були пов'язані з міжнародним збройним конфліктом.	якої причини, заснованої на дискримінації будь-якого виду.	знав про фактичні обставини, які встановлюють факт існування озброєного конфлікту.
Нелюдське поводження (Стаття 8(2)(а)(ii) Римського статуту)	Злочинець завдав сильного фізичного або морального болю чи страждання одній або кільком особам.		[Без додаткового психічного елемента]	Відповідно до статті 30 Римського статуту
Біологічні експерименти (стаття 8(2)(а)(ii) Римського статуту)	Злочинець проводив над однією або більше особами якийсь біологічний експеримент. Експеримент серйозно загрожував фізичному чи психічному здоров'ю або недоторканності такої особи чи осіб.		Мета експерименту не була терапевтичною, він не був виправданий медичними показаннями і не проводився в інтересах такої особи або осіб.	вимагається наявність «наміру та усвідомлення» щодо матеріальних елементів злочину (див. вище «Необхідний <i>mens rea</i> » у розділі «Загальна частина»).
Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (стаття 8(2)(а)(iii) Римського статуту)	Злочинець заподіяв сильного фізичного або морального болю або страждання, або наніс серйозну шкоду тілу чи здоров'ю однієї чи більше осіб.		[Без додаткового психічного елемента]	
Широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликано військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (стаття 8(2)(а)(iv) Римського статуту)	Злочинець знищив або привласнив певне майно. Знищення або привласнення не було виправдано військовою необхідністю. Знищення або привласнення було масштабним і здійснювалося бездумно.		[Без додаткового психічного елемента]	

<p>Примушення військовополоненого або іншої захищеної особи до служби у збройних силах ворожої держави (стаття 8(2)(a)(v) Римського статуту)</p>	<p>Злочинець примушував одну або більше осіб шляхом дії або погрози брати участь у військових операціях проти власної країни або збройних сил цієї особи або іншим чином служити у збройних силах ворожої держави</p>		<p>[Без додаткового психічного елемента]</p>	
<p>Умисне позбавлення військовополоненого або іншої захищеної особи права на справедливий і звичайний суд (стаття 8(2)(a)(vi) Римського статуту)</p>	<p>Злочинець позбавив одну або більше осіб справедливого і звичайного суду шляхом відмови в судових гарантіях, визначених, зокрема, у третій та четвертій Женевських конвенціях 1949 року.</p>		<p>[Без додаткового психічного елемента]</p>	
<p>Незаконна депортація або переміщення чи незаконне позбавлення волі (стаття 8(2)(a)(vii) Римського статуту)</p>	<p>Злочинець депортував або перемістив одну або більше осіб в іншу державу або в іншу місцевість.</p>		<p>[Без додаткового психічного елемента]</p>	
<p>Незаконне позбавлення волі (стаття 8(2)(a)(viii) Римського статуту)</p>	<p>Злочинець позбавив волі або продовжував позбавляти волі одну чи більше осіб у певному місці.</p>		<p>[Без додаткового психічного елемента]</p>	
<p>Взяття заручників (стаття 8(2)(a)(ix) Римського статуту)</p>	<p>Злочинець захопив, утримував або іншим чином тримав як заручника одну чи більше осіб.</p> <p>Злочинець погрожував вбити, нанести тілесні</p>		<p>Злочинець мав намір примусити державу, міжнародну організацію, фізичну чи юридичну особу або групу осіб вчинити дію або</p>	

	ушкодження або продовжувати утримувати таку особу чи осіб.		утриматися від дії як пряму чи непряму умову безпеки або звільнення такої особи чи осіб.	
--	--	--	--	--

(i) Умисне вбивство (стаття 8(2)(a)(i) Римського статуту)

(A) Actus reus

Умисне вбивство може бути вчинене шляхом дії або бездіяльності.¹¹¹ Смерть можна довести відповідно до необхідного стандарту доказування, навіть якщо тіло жертви не можна знайти.

(B) Mens rea

ІСТУ тлумачив слово «умисно» як таке, що означає одне з двох:

- злочинці мали намір вбити людину і бажали спричинити смерть (умисне вбивство); або
- злочинці мали намір заподіяти тяжкі тілесні ушкодження і достовірно усвідомлювали, що смерть може настати внаслідок їхніх дій в ході звичайного перебігу подій (необережне вбивство)¹¹²

Однак Судова палата ІСС постановила у *справах Катанги та Нгуджоло*, що необхідний умисел вбити одну або більше осіб є доведеним, якщо злочинець «діяв навмисно або не діяв (1) з метою спричинити смерть однієї або більше осіб, або (2) при цьому він або вона усвідомлювали, що смерть настане за звичайного перебігу подій».¹¹³ Таким чином, позиція ІСС полягає в тому, що необхідний прямий або непрямий умисел, а необережність є недостатньою.

Кримінальний кодекс України не роз'яснює, який тип *mens rea* має бути притаманним воєнному злочину, як це визначено у статті 438 Кримінального кодексу України. Таким чином, українські суди можуть застосовувати ширший, ніж у ІСТУ, підхід до *mens rea*.

(C) Приклади

- Учасник бойових дій застрелив цивільну особу.
- Комбатант урізає пайки військовополоненим до такої міри, що вони помирають від голоду.

(ii) Катування або нелюдське поводження, включаючи біологічні експерименти (стаття 8(2)(a)(ii) Римського статуту)

(A) Катування

(1) Actus reus

¹¹¹ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG (7 March 2014) [767].

¹¹² *Prosecutor v. Kordić and Čerkez* (Judgement) IT-95-14/2-A (17 December 2004) [36].

¹¹³ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG (7 March 2014) [781].

Як об'єктивні, так і суб'єктивні фактори були визнані такими, що мають відношення до оцінки тяжкості злочинів, проведеної ІСТУ.¹¹⁴ Досягнення діями чи бездіяльністю об'єктивно необхідного рівня болю або страждань має оцінюватися в кожному конкретному випадку з урахуванням характеру, мети, контексту, тривалості та/або повторюваності, послідовності дій чи бездіяльності та їх наслідків для потерпілого. Суб'єктивні фактори, такі як вік, стать, стан здоров'я та позиція неповноправності потерпілого, також мають значення при оцінці тяжкості шкоди.¹¹⁵

Що стосується елементу тяжкості, то злочинець не зобов'язаний особисто виконувати певне оціночне судження.¹¹⁶ Необов'язковим є наявність постійних тілесних ушкоджень,¹¹⁷ а ознаки страждань не обов'язково повинні бути видимими після вчинення злочину.¹¹⁸

Сексуальне насильство та зґвалтування може розглядатися як акт катування.

Не обов'язково, щоб дія або бездіяльність була вчинена державною посадовою особою чи іншою особою, яка виступає з офіційними повноваженнями, або за її підбурюванням, або з її відома чи мовчазної згоди (на відміну від положень Конвенції проти катувань).¹¹⁹

Визначення «катування» як воєнного злочину є ширшим, ніж визначення злочинів проти людяності, оскільки воно не вимагає затримання жертви.¹²⁰

(2) Mens rea

Що стосується цілі (цілей), то потрібен конкретний намір заподіяти біль або страждання.¹²¹

(3) Приклади

- Військовослужбовець жорстоко б'є затриманих під час допитів.
- Охоронець табору ґвалтує всіх затриманих військовополонених.

(B) Нелюдське поведження

(1) Actus reus

На відміну від ІСТУ у справі *Prosecutor v. Delalić et al.* який постановив, що фізичний або психічний біль чи страждання повинні бути «серйозними», а не «тяжкими» (таким чином, прийнявши більш широке визначення, ніж те, що вимагається для катувань),¹²² в «Елементах злочинів» не робиться різниці між тяжкістю болю чи страждань, необхідних для катувань або нелюдського поведження. Саме відсутність мети розмежовує ці два злочини за Римським статутом.

Аналіз страждань та тяжкості є таким, як описано вище у розділі «Катування».

¹¹⁴ *Prosecutor v. Brđanin* (Judgement) IT-99-36-T (1 September 2004) [484].

¹¹⁵ *Prosecutor v. Brđanin* (Judgement) IT-99-36-T (1 September 2004) [484].

¹¹⁶ Elements of Crimes, General Introduction (4), 1.

¹¹⁷ *Prosecutor v. Kvočka et al.* (Judgment) IT-98-30/1 (2 November 2001) [148].

¹¹⁸ *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Appeal Judgment) IT-96-23/1 (12 June 2002) [597].

¹¹⁹ Sally Alexandra Longworth, "Article 8(2)(a)(ii): Torture", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsitius.org/clicc/8-2-a-ii-1/8-2-a-ii-1>> accessed 14 November 2022.

¹²⁰ Sally Alexandra Longworth, "Article 8(2)(a)(ii): Torture", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (Eds.) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsitius.org/clicc/8-2-a-ii-1/8-2-a-ii-1>> accessed 14 November 2022.

¹²¹ *Prosecutor v. Bemba* (Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo) ICC-01/05-01/08-424 (15 June 2009) [293].

¹²² *Prosecutor v. Delalić et al.* (Judgement) IT-96-21-T (16 November 1998) [442] and [543].

Злочин може вчинюватись шляхом дії або бездіяльності.

(2) Mens rea

Не обов'язково, щоб дія або бездіяльність була заподіяна з певною метою.

(3) Приклади

- Солдат змушує військовополонених копати окопи в небезпечних умовах.
- Солдати використовують військовополонених як живий щит.
- Табірна охорона створює нелюдські умови утримання в місцях несвободи, наприклад, примушуючи ув'язнених перебувати в одиночних камерах за відсутності належного харчування, води та медичної допомоги.

(C) Біологічні дослід

(1) Actus reus

Для вчинення злочину не обов'язково заподіяння смерті або тяжких тілесних чи психічних ушкоджень.¹²³

Оцінка того, чи була створена серйозна загроза здоров'ю особи, повинна визначатися в кожному конкретному випадку окремо, виходячи з поведінки злочинця та передбачуваних наслідків з урахуванням стану здоров'я потерпілого.

Лікарям не забороняється випробовувати нові терапевтичні методи, обґрунтовані медичними показаннями і продиктовані виключно бажанням поліпшити стан пацієнта.

(2) Приклади

- Вчені проводять експерименти на ув'язнених, щоб знайти ефективне лікування від переохолодження або випробовують на них ліки.

(iii) Умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю (стаття 8(2)(a)(iii) Римського статуту)

(A) Actus reus

На відміну від катувань, біль або страждання не обов'язково спричиняються з певною метою, наприклад, з метою садизму.¹²⁴

Що стосується елементу тяжкості, то злочинець не зобов'язаний особисто його усвідомлювати.¹²⁵ Поведінка, яка не досягає «тяжкого» порогу катування, все ще може бути підпадати під ознаки цього злочину.

¹²³ Knut Dörmann, "Article 8, War Crimes, Grave Breaches" in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3rd edn, C.H. Beck/Hart/Nomos, Munich/Oxford/Baden-Baden, 2016) 337.

¹²⁴ Sally Alexandra Longworth, "Article 8(2)(a)(iii)", Mark Klamburg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexisitus.org/clicc/8-2-a-iii/8-2-a-iii>> accessed 14 November 2022.

Єдина відмінність від злочину «нелюдське поводження» полягає в тому, що тілесні ушкодження, які не досягають порогу спричинення сильного фізичного чи морального болю або страждання (як того вимагає злочин «нелюдське поводження»), підпадають під дію цього положення.

При цьому шкода має бути «великою» (англ. 'great'). Вона не обов'язково має бути постійною, непоправною чи тривати так довго, щоб бути реальною та серйозною і виходити за рамки тимчасового нещастя, збентеження чи приниження.¹²⁶ Тяжкість визначається з урахуванням як об'єктивних, так і суб'єктивних факторів, беручи до уваги фактичні обставини (див. вище відповідні фактори у розділі «Катування»).

(В) Приклади

- Солдат калічить пораненого без жодних медичних показань.
- Охорона табору піддає ув'язнених жорстокому поводженню, неприпустимим дисциплінарним стягненням та одиночному ув'язненню.

(iv) Широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо (стаття 8(2)(a)(iv) Римського статуту)

(A) Actus reus

На сьогоднішній день ІСС не висунув жодних звинувачень у вчиненні цього злочину, а тому рекомендації доступні лише в частині, яку включають «Елементи злочинів».¹²⁷

Цей воєнний злочин охоплює дії проти власності, що перебуває під владою ворога. Знищення майна в ході ведення воєнних дій (тобто під час незаконних нападів, наприклад, ракетних обстрілів) підпадає під воєнний злочин нападу на цивільні об'єкти (стаття 8(2)(b)(ii)); воєнний злочин нападу на персонал або об'єкти, залучені до гуманітарної допомоги або миротворчої місії (стаття 8(2)(b)(iii)); воєнний злочин заподіяння надмірної випадкової шкоди (стаття 8(2)(b)(iv)), воєнний злочин нападу на незахищені місця (стаття 8(2)(b)(v)); та воєнний злочин нападу на захищені об'єкти (стаття 8(2)(b)(ix)); або воєнний злочин знищення або захоплення майна ворога (стаття 8(2)(b)(xiii)), хоча тут може бути певне дублювання), залежно від обставин.

Знищення і привласнення можуть набувати різних форм. Знищення може включати, наприклад, підпал чогось. Часткове знищення буде доречним, якщо воно буде масштабним.¹²⁸ Ізольованого акту або інциденту може бути достатньо для того, щоб це вважалось злочином, якщо спричинені ним руйнування є значними, наприклад, після застосування особливо потужної та руйнівної зброї. Оцінка повинна проводитися в кожному конкретному випадку окремо.

Привласнення може включати, наприклад, взяття, отримання або утримання майна, крадіжку, реквізицію, грабїж, розкрадання або мародерство.

¹²⁵ Elements of Crimes, General Introduction [4], 1.

¹²⁶ Наприклад, *Prosecutor v. Krstić* (Judgment) IT-98-33-T (2 August 2001) [513].

¹²⁷ Sally Alexandra Longworth, "Article 8(2)(a)(iv)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/8-2-a-iv/8-2-a-iv>> accessed 14 November 2022.

¹²⁸ Sally Alexandra Longworth, "Article 8(2)(a)(iv)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/8-2-a-iv/8-2-a-iv>> accessed 14 November 2022.

Військова необхідність (англ. Military necessity) охоплює лише ту поведінку, яка є правомірною відповідно до законів та звичаїв війни.¹²⁹

Протиправний характер має визначатись відповідно до першочергових зобов'язань у сфері міжнародного гуманітарного права.

(B) Приклади

- Солдат руйнує будинки мирних жителів на окупованій території.

(v) Примушення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави (стаття 8(2)(a)(v) Римського статуту)

(A) Actus reus

«Сили» слід тлумачити в широкому сенсі.¹³⁰ Таким чином, примус захищеної особи до роботи у військових цілях (навіть без інтеграції у збройні сили) може підпадати під цю категорію злочинів.

Однак, дозволяється вимагати від військовополонених виконання певних видів робіт.

Злочином також є примушування когось до служби у збройних силах, союзних з тими, в яких перебуває злочинець.

Певні форми тиску та пропаганди, спрямовані на забезпечення вступу до збройних сил, можуть охоплюватися цим злочином.

(B) Приклади

- Командир змушує військовополонених брати участь у засідці проти його супротивника.

(vi) Умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд (стаття 8(2)(a)(vi) Римського статуту)

(A) Actus reus

Положеннями, що визначають відповідні судові гарантії для військовополонених, є, зокрема, статті 84, 99-108 III Женевської конвенції, статті 71-75 IV Женевської конвенції для цивільних осіб та стаття 75 Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій для тих осіб, які перебувають під владою сторони конфлікту і не користуються більш сприятливим режимом. Захищеним особам, підозрюваним, обвинуваченим або засудженим за вчинення злочину, надаються різні гарантії залежно від їх статусу. Деякі з застосованих прав підсумовані в модулі «Процесуальне право».

Злочин може вчинюватись шляхом дії або бездіяльності.

¹²⁹ Sally Alexandra Longworth, "Article 8(2)(a)(iv)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/8-2-a-iv/8-2-a-iv>> accessed 14 November 2022.

¹³⁰ Mark Klamberg, "Article 8(2)(a)(v)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/8-2-a-v/8-2-a-v>> accessed 14 November 2022.

Судді повинні оцінювати в кожному конкретному випадку, чи позбавила сукупна дія цих факторів обвинуваченого справедливого судового розгляду, з урахуванням усіх відповідних обставин, справедливого судового розгляду. Ніщо не заважає прирівняти відмову в наданні однієї з перерахованих вище гарантій до воєнного злочину, якщо вона є серйозною.

(B) Приклади

- Суддя засуджує цивільну особу до позбавлення волі в результаті несправедливого судового розгляду, коли обвинуваченому не було надано жодних прав та засобів для захисту.

(vii) Незаконна депортація або переміщення чи незаконне позбавлення волі (стаття 8(2)(a)(vii) Римського статуту)

(A) Незаконні депортація та переміщення

(1) Actus reus

Переміщення - це примусове переміщення захищених осіб в межах території. Депортація - це примусове виселення захищених осіб з території. Злочин охоплює переміщення або депортацію однієї або декількох захищених осіб.¹³¹

Для наявності складу злочину необхідно встановити, що переміщення відбулось із порушенням:

- Стаття 45 IV Женевської конвенції про іноземців, які перебувають на території сторони, що перебуває в конфлікті, відповідно до якої держава, що передає їх, повинна переконатися в тому, що держава, яка приймає, бажає і здатна застосовувати Конвенцію (за першою державою зберігається залишкова відповідальність). Існує заборона на передачу захищеної особи в країну, де вона має підстави побоюватися переслідувань за свої політичні погляди або релігійні переконання;
- Стаття 49 Женевської конвенції IV щодо осіб, які перебувають в руках окупаційної влади (за винятком власних громадян окупаційної влади), відповідно до якої всі примусові переміщення (в межах окупованої території, а також депортації захищених осіб з окупованої території або депортації з обложеного міста через окуповану територію) забороняються. Тільки безпека населення окупованої території (наприклад, внаслідок інтенсивних бомбардувань) або невідкладні військові причини (наприклад, коли присутність осіб перешкоджає проведенню військових операцій) можуть виправдати повну або часткову евакуацію з окупованої території. Евакуація може відбуватися лише в межах окупованої території, за винятком випадків, коли це неможливо з матеріальних причин. Захищені особи повинні бути повернуті до своїх домівок, як тільки бойові дії у відповідному районі припиняться.

Депортація стає незаконною, коли нехтуються загальновизнані норми пристойності та гуманності, навіть якщо особа добровільно погоджується на евакуацію.

¹³¹ Mark Klamberg, "Article 8(2)(a)(vii)-1", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/8-2-a-vii-1/8-2-a-vii-1>> accessed 14 November 2022.

«Примусовий» охоплює будь-який вид примусу, включаючи використання примусового середовища, такого як нестерпні умови життя, тривалі військові операції проти окремих міст та життя в постійному страху та небезпеці.

Злочин не охоплює випадки, коли переміщення мотивоване щирим бажанням особи, яка захищається, виїхати з певного місця в інше місце. Для того, щоб визначити, чи є бажання щирим, необхідно проводити оцінку в кожному конкретному випадку з урахуванням ситуації та атмосфери, що склалася, а також відповідних обставин (включаючи, зокрема, вразливість особи, яка захищається).

(2) Приклади

- Військовий командир віддає наказ про депортацію цивільного населення, яке проживає в умовах окупації, в іншу державу.

(B) Незаконне позбавлення волі

(1) Actus reus

Практика ІСС щодо визначення незаконного позбавлення волі відсутня. У справі *Делаліча*, Апеляційна палата ІСТУ вказала на статті 42 і 43 IV Женевської конвенції, в яких викладені обставини, за яких позбавлення волі є законним.¹³² Таким чином, позбавлення волі може бути незаконним, якщо:

- обвинувачений не має достатніх підстав (існує широкий спектр причин, які первинні ознаки можуть відповідати цьому критерію: здійснення дзвінків поблизу військових об'єктів, фотографування стратегічних об'єктів, порушення комендантської години тощо) вважати, що затримані становлять реальну загрозу безпеці держави, яка їх затримує; або
- обвинувачений знає, що захищуваній особі не були надані процесуальні гарантії, передбачені статтею 43 Женевської конвенції IV (або недбало ставиться до того, чи були ці гарантії надані чи ні).¹³³

(2) Приклади

- Військовий командир позбавляє волі цивільну особу за те, що вона лише висловила незгоду з окупацією.

(viii) Взяття заручників (стаття 8(2)(a)(viii) Римського статуту)

(A) Actus reus

Початкове незаконне позбавлення волі може також прирівнюватися до захоплення заручників за наявності інших елементів (погрози та примусу), можливо, на більш пізньому етапі.

(B) Mens rea

У злочинця не обов'язково повинен бути необхідний спеціальний умисел у момент отримання контролю над особою, що охороняється.

¹³² *Prosecutor v. Delalić* (Judgment) IT-96-21-A (20 February 2001) [320].

¹³³ *Prosecutor v. Delalić* (Judgment) IT-96-21-A (20 February 2001) [378].

(C) Приклади

- Військовий командир тримає в заручниках доньку політика і погрожує вбити її, якщо держава-супротивник не утримається від нападу.
- (e) Підбірка інших серйозних порушень законів та звичаїв, що застосовуються під час міжнародних збройних конфліктів, у встановлених рамках міжнародного права.**

Actus reus та *mens rea* для цілої вибірки інших серйозних порушень права та звичаїв ІАС розписані в таблиці нижче.

Під таблицю подано подальший коментар щодо інтерпретації кожного злочину за Римським Статутом.

Злочин	Actus Reus¹³⁴		Mens Rea¹³⁵	
Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях (Ст. 8(2)(b)(i) Римського статуту)	Злочинець спрямував напад.	Об'єктом нападу було цивільне населення як таке або окремі цивільні, що не брали безпосередньої участі у воєнних діях	Злочинець навмисно хотів, щоб цивільне населення як таке або окремі цивільні, що не брали прямої участі у воєнних діях, були об'єктом атаки	В усіх випадках: Злочинець знав про фактичні обставини, що становили ситуацію збройного конфлікту.
умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями (Ст.8(2)(b)(ii) Римського Статуту)	Злочинець спрямував атаку.	Об'єктом нападу були цивільні об'єкти, тобто, об'єкти, які не є воєнними цілями.	Злочинець навмисно хотів, щоб такі цивільні об'єкти були об'єктами атаки.	«Намір та знання» стосовно матеріальних елементів злочину мають бути присутні згідно Ст.30 Римського Статуту (“Ознаки <i>mens rea</i> ” у частині “Загальна частина” вище)
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,	Злочинець вчинив напад.	Напад був таким, що викликав випадкові смерті чи поранення цивільного населення або цивільних об'єктів, або наніс масштабну, довготривалу та значну шкоду природному	Злочинець знав, що напад спричинить випадкові смерті чи поранення цивільного населення або цивільних об'єктів, або нанесе масштабну, довготривалу та значну шкоду	

¹³⁴ Elements of Crimes, under the relevant article cited under “Crime”.

¹³⁵ Elements of Crimes, under the relevant article cited under “Crime”.

<p>довготривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде явно надмірною в порівнянні з конкретною та безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою (Ст. 8(2)(b)(iv) Римського Статуту)</p>	<p>середовищу, і ці смерті, поранення та шкода – таких масштабів, що є явно надмірними порівняно із конкретною та прямою військовою перевагою, яка від того очікувалась.</p>		<p>природному середовищу, і ці смерті, поранення та шкода – будуть таких масштабів, що є явно надмірними порівняно із конкретною та прямою військовою перевагою, яка від того очікувалась.</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 (Ст. 8(2)(b)(v) Римського статуту)</p>	<p>Злочинець атакував одне чи більше міст, сіл, помешкань чи будівель. Ці міста, села, помешкання чи будівлі були відкриті і не чинили спротиву окупації. Ці міста, села, помешкання чи будівлі не становили військових цілей</p>		<p>[Без додаткового ментального елемента]</p>	
<p>переміщення, прямо чи опосередковано, окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію (Ст. 8(2)(b)(viii) Римського статуту)</p>	<p>Злочинець переміщав, прямо чи непрямо, частину власного населення на окуповану ним територію.</p>		<p>[Без додаткового ментального елемента]</p>	
<p>депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території (Ст. 8(2)(b)(viii))</p>	<p>Злочинець вивіз або перемістив все чи частину населення окупованої території в межах або за межі цієї території</p>		<p>[Без додаткового ментального елемента]</p>	

Римського статуту)			
Посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поведження (Ст. 8(2)(b)(xxi) Римського статуту)	Злочинець принижував, гнобив або інакше порушував гідність однієї чи більше осіб. Суворість приниження, гноблення або іншого знуцання була такого ступеня, що загально визнається неподобством і приниженням особистої гідності.		[Без додаткового ментального елемента]
Зґвалтування (Ст. 8(2)(b)(xxii) Римського статуту)	Злочинець насильно заволодів тілом особи шляхом поведінки, що призвела до проникнення, навіть легкого, у будь-яку частину тіла жертви або злочинця статевим органом, або в анальні або у генітальні отвори жертви будь-яким об'єктом або іншою частиною тіла. Оволодіння відбулося силою, або погрозою використання сили або залякування, такого, як страх насилля, жорстокості, затримання, психологічного пригноблення або зловживання владою проти цієї особи або використання загрозливого середовища, або оволодіння відбулося щодо особи, нездатної надати добровільну згоду.		[Без додаткового ментального елемента]
Сексуальне рабство (Ст. 8(2)(b)(xxiii)	Злочинець скористався будь-яким чи всіма		[Без додаткового ментального елемента]

Римського статуту)	<p>повноваженнями права власності над однією чи більше особами, такими, як купівля, продаж, позичання чи обмін цієї особи або осіб, або іншим подібним чином обмежив їхню свободу.</p> <p>Злочинець змусив таку особу чи осіб залучитися до одного чи більше актів сексуального характеру.</p>		елементу]	
Примусова проституція (Ст. 8(2)(b)(xxii) Римського статуту)	<p>Злочинець змусив одну чи більше осіб залучитися до одного чи більше актів сексуального характеру силою, або погрозою сили чи залякуванням, тобто, погрозою насиллям, жорстокістю, затримання, психологічного тиску або зловживанням влади проти цієї особи або іншої особи, або скористався перевагами загрозливого середовища або неспроможністю цієї особи чи осіб дати усвідомлену згоду.</p> <p>Злочинець чи інша особа отримав чи очікував отримати грошову чи іншу перевагу в обмін або у зв'язку із актами сексуального характеру.</p>		[Без додаткового ментального елемента]	
Примусова вагітність (Ст. 8(2)(b)(xxii) Римського статуту)	Злочинець змусив одну чи більше жінок насильно завагітніти.		Злочинець мав намір вплинути на етнічний склад будь-якого населення або скоїв інші суворі порушення	

			міжнародного права.	
Примусова стерилізація (Ст. 8(2)(b)(xxii) Римського статуту)	Злочинець позбавив одну чи більше осіб спроможності біологічної репродукції. Поведінка не була обґрунтована ані медичним, ані лікарняним лікуванням особи чи осіб, до яких була застосована, ані це було зроблено з усвідомленої згоди цих осіб.		[Без додаткового ментального елементу]	
Будь-яка інша форма сексуального насильства (Ст. 8(2)(b)(xxii) Римського статуту)	Злочинець скоїв акт сексуального характеру проти однієї чи більше осіб або змусив одну чи більше осіб залучитися до актів сексуального характеру силою чи погрозами застосування сили або примусу, викликаними насиллям, жорстокістю, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою проти цієї особи чи осіб, або скориставшись перевагами загрозливого середовища або неспроможністю цієї особи чи осіб надати усвідомлену згоду. Поведінка була обтяжена у порівнянні із тяжким порушенням Женевських конвенцій		Злочинець знав про фактичні обставини, що створювали тяжкість поведінки.	

- (i) Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях (Ст.8(2)(b)(i) Римського Статуту)

(A) Actus reus

Злочин має бути вчинений під час ведення бойових дій.¹³⁶

«Напад» - це акт насильства проти супротивника, в ході наступу чи оборони¹³⁷. Напад визначається не жорстокістю засобів, а жорстокістю ефекту або наслідків, навіть і непрямих. Можливо, що насильство не потребувало б використання фізичної сили: Римський Статут не містить звичаєвої заборони на «погрози насиллям, первинною метою яких є поширення терору серед цивільного населення (див. Ст. 51(2) Додаткового протоколу 1), і в теорії це мало би бути криміналізоване згідно із положенням під парасолькою перебування «у встановлених рамках міжнародного права» (Ст.8(2)(b) Римського Статуту).¹³⁸ У справі *Galić* суд ICTY прирівняв заборону терору до заборони нападів на цивільне населення.¹³⁹

Хоча має бути причинно-наслідковий зв'язок між нападом та його наслідками для того, щоб злочин вважався скоєним, напад не повинен мати якийсь конкретний результат: не існує вимоги щодо якогось матеріального результату чи шкідливого впливу на цивільних, в кого поцілили (наприклад, якщо зброя схибила і не вразила наміченої цілі).¹⁴⁰

Цивільні - це особи, які не є членами збройних сил або частиною *levée en masse* (масового національного призову). Цивільне населення включає всіх осіб, що є цивільними, включно із журналістами, рятувальний персонал, цивільний медичний та релігійний персонал, персонал національного товариства Червоного Хреста та Червоного Півмісяця, персонал Міжнародного Комітету Червоного Хреста (ICRC). У випадку сумнівів, чи є особа цивільною, то ця особа має вважатися цивільною. Присутність окремих членів збройних сил серед цивільного населення не позбавляє населення його цивільного характеру.

Цивільні, що напряду беруть участь у воєнних діях (англ. *directly participating in hostilities*), тимчасово втрачають статус захищених цивільних на той час, поки вони беруть безпосередню участь у воєнних діях.¹⁴¹

Поняття безпосередньої участі у воєнних діях (англ. *direct participation in hostilities*) є суперечливим. Згідно із «Настановами ICRC щодо тлумачення» (ICRC Interpretive Guidance) від 2009 року, безпосередня участь у воєнних діях охоплює акти війни, які за своєю природою чи метою можуть спричинити безпосередню шкоду персоналу чи обладнанню збройних сил супротивника. Згідно із «Настановами ICRC щодо тлумачення» від 2009 року для визначення того, чи означає конкретна поведінка участь у воєнних діях, слід оцінювати три елементи: (a) поріг шкоди; (b) прямий причинно-наслідковий зв'язок; (c) зв'язок із воєнними діями.

¹³⁶ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [267].

¹³⁷ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [266].

¹³⁸ Noëlle Quénivet, "Article 8(2)(b)(i)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsitius.org/clicc/8-2-b-i/8-2-b-i>> accessed 15 November 2022.

¹³⁹ *Prosecutor v. Galić* (Judgment and Opinion) IT-98-29-T (5 December 2003) [98].

¹⁴⁰ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [270].

¹⁴¹ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) footnote 375.

Заборона нападів на цивільне населення є абсолютною і не може бути збалансована військовою необхідністю¹⁴². Існує заборона на репресії щодо цивільних.¹⁴³

Невибіркові атаки (засобами невідбіркової зброї, тобто, яка не може розрізняти між цивільними громадянами або цивільними об'єктами та військовими об'єктами) можуть бути кваліфіковані як безпосередні напади на цивільних.

(B) Mens rea

Mens rea може бути виведена з факту, що необхідні запобіжні заходи (наприклад, використання наявних даних розвідки для визначення цілей) не були проведені до здійснення нападу. Має враховуватися тільки доступна інформація або яка обґрунтовано могла бути доступна обвинуваченому на момент атаки. Оцінка не може бути зроблена в ретроспективі

Вимога щодо наявності наміру означає, що факт, що цивільний був убитий чи поранений в результаті нападу не означає автоматично, що трапилося порушення ІНЛ¹⁴⁴. Загибель цивільного населення може трапитися, коли зброя спрямована і проти військових цілей, але вона не влучає в ціль, або коли військовий персонал, діючи добросовісно, але на базі помилкової інформації, атакує об'єкт, який вони помилково вважають військовим об'єктом.

Намір атакувати цивільне населення необхідний, але Офіс Прокурора, у справі *Situation in the Republic of Korea*, зазначив, що в контексті не-міжнародного конфлікту є спірним, що вияв байдужості чи жорстокості можуть становити необхідні *mens rea*.¹⁴⁵

(C) Приклади

- Командир наказав провести кібератаку, яка піднімає отвори шлюзу чи дамби, що спричиняє смерть цивільних на цій території.
- Командир наказує атакувати цивільних, які працюють на військових заводах (англ. weapons factories) (таким чином вносить тільки загальний внесок у воєнні зусилля).

(ii) *Спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями (Ст. 8(2)(b)(ii) Римського статуту)*

(A) Actus reus

«Напад» може бути тлумачений згідно з підходом Статті 8(2)(b)(i) Римського статуту (див. вище). Має існувати причинно-наслідковий зв'язок між нападом та його наслідками, але, виявляється, немає вимоги, щоб напад призвів до будь-якої шкоди чи руйнувань.¹⁴⁶

Заборона нападу на цивільні об'єкти є абсолютною. Цивільні об'єкти можуть бути атаковані тільки якщо та тільки в той час, коли - через своє розташування - вони перетворюються на військові об'єкти. До того

¹⁴² *Prosecutor v. Katanga* (Judgement pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-T (7 March 2014) [800].

¹⁴³ *Prosecutor v. Mbarushimana* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/10-465-Red (public redacted version) (16 December 2011) [143].

¹⁴⁴ *Prosecutor v. Abu Garda* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-02/05-02/09-243-Red (public redacted version) (8 February 2010) [93].

¹⁴⁵ ICC Office of the Prosecutor, *Situation in the Republic of Korea* Article 5 Report (23 June 2014) [65].

¹⁴⁶ *Prosecutor v. Kordić and Čerkez* (Judgment) IT-95-14/2-A (17 December 2004) [59]-[62].

ж, ІСТУ зазначив, що націлювання на цивільні об'єкти ніколи не може бути обґрунтоване військовою необхідністю (англ. military necessity).¹⁴⁷

(B) Mens rea

Понад усе, потрібні стандартні ментальні елементи з огляду на напад на цивільне населення. Аналіз, що застосовується до Ст. 8(2)(b)(i) Римського статуту, скоріше за все, застосовуватиметься і тут¹⁴⁸. До того ж, напад має бути проведений навмисно, зі знанням, або, якщо не можливо було не знати, що цивільні люди чи майно під прицілом без військової потреби.¹⁴⁹

(C) Приклади

- Командир наказав атакувати лікарню.

(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 (Ст. 8(2)(b)(iv) Римського статуту)

(A) Actus reus

Цей злочин відображає принцип пропорційності: смерть, поранення чи шкода повинні бути «очевидно надмірними»¹⁵⁰. Звідси, цей злочин дозволяє законне поранення та колективну шкоду, наприклад, смерті серед цивільного населення та шкоду цивільній власності, які були потрібні для виконання військових завдань (англ. to fulfil the military mission) і які були пропорційними відносно військової переваги, якої прагнули.¹⁵¹

«Конкретна та безпосередньо очікувана загальна військова перевага» означає військову перевагу, яку передбачає отримати злочинець в певний час. Немає потреби, щоб ця перевага була прив'язана в часі чи географічно до об'єкту нападу.¹⁵²

Для скоєння злочину не потрібно, щоб атака мала конкретний результат.

Стосовно шкоди природному середовищу, термін «серйозна» (англ. 'severe') шкода може бути тлумачений як така шкода, що загрожує подальшому виживанню цивільного населення або несе ризик проблем зі здоров'ям, включаючи серйозні і значні ушкодження (англ. serious or significant disruption) чи загрозу людському життю, природним економічним ресурсам та іншим ресурсам. Вимога щодо «тривалої шкоди» (англ. 'long-term' damage) має тлумачитися як тривалість, що вимірюється місяцями шкоди. Це положення зазвичай не охоплює випадкову шкоду на полі бою в результаті ведення конвенційної війни. Термін «масштабний» (англ. 'widespread') може вказувати на ефект, що перевищує стандарт у кілька сотень квадратних кілометрів.

¹⁴⁷ *Prosecutor v. Gotovina, Čermak and Markač* (Judgment) IT-06-90-T (15 April 2011) [1766].

¹⁴⁸ Noëlle Quéniwet, "Article 8(2)(b)(ii)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsisus.org/clicc/8-2-b-ii/8-2-b-ii>> accessed 14 November 2022.

¹⁴⁹ ICC Office of the Prosecutor, *Situation in the Republic of Korea Article 5 Report* (23 June 2014) [62].

¹⁵⁰ Additional Protocol I, articles 51(5)(b) and 85(3)(b).

¹⁵¹ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(iv), footnote 36, 13.

¹⁵² Elements of Crimes, article 8(2)(b)(iv), footnote 36, 13.

(B) Mens rea

The *mens rea* для цього злочину, на відміну від багатьох інших, вимагає, щоб злочинець добре усвідомлював. Оцінка якості цього свідомого міркування має ґрунтуватися на інформації, доступній для злочинця в той час (наприклад, на об'єктивній основі, без ретроспективи).¹⁵³

Все ще ведуться дебати, що застосовний тест на пропорційність до загальної мети, яка переслідувалася (тобто, щодо цілі всієї місії) або тільки до нападу, який розглядається. Однак, загально визнано, що військова атака має розглядатися в цілому, а не тільки ізольовано, або братися певні частини нападу.

Вимога щодо передбачуваності виключає розмиті і невизначені або потенційні переваги та можливість покладання на підтвердження *ex post*. Очікувані переваги мають бути матеріальними, відносно близькими та передбачуваними злочинцем в певний момент часу. Переваги можуть бути або не бути тимчасовими чи географічно пов'язаними із об'єктом атаки.

Ті, хто наказує або виконує, повинні мати достатню інформацію. Військовому командуванню надається ступінь самостійності рішення. Надмірність повинна бути очевидною або, щонайменше, чіткою. У випадку сумнівів, треба прийняти до уваги безпеку цивільного населення.

(C) Приклади

- Військовий командувач наказав атакувати арсенал стрілецької зброї, вбивши при цьому сотні дітей у сусідній будівлі школи.

(iv) *Напад на незахищені й такі, що не є військовими цілями, міста, села, помешкання або будівлі чи їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів (Ст. 8(2)(b)(v) Римського статуту)*

(A) Actus reus

Незахищеною місцевістю є будь-яке незаселене місце поблизу чи у зоні, де збройні сили вступають в контакт, та відкрите для окупації супротивником. Воно повинно задовольняти таким вимогам:

- всі комбатанти, мобільна зброя та мобільне військово обладнання повинно бути евакуйоване;
- стаціонарні військові установки чи установи не можуть бути використані для ведення воєнних дій;
- ніякі ворожі дії не бути вчинені владою чи населенням;
- не може проводитись ніякої діяльності на підтримку воєнних дій.

Незахищені території можуть створюватись шляхом односторонньої заяви, яка повідомляється супротивній стороні, і супротивна сторона має підтвердити одержання такого попередження. «Незахищений» (англ. 'Undefended') має технічне значення, і не включає об'єкти, які знаходяться поза лініями ворога, навіть у випадку, якщо немає комбатантів чи зброї, розташованої в об'єктах неподалік.

Присутність на місцевості осіб, окремо захищених згідно із Женевськими конвенціями, або поліцейських сил, що знаходяться там виключно для підтримання закону і порядку, само по собі не перетворює місцевість на військову ціль.¹⁵⁴

¹⁵³ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(iv), footnote 37, 13.

¹⁵⁴ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(v), footnote 38, 13.

(B) Приклади

- Військовий командувач наказує бомбардувати незахищене місто.

(v) Переміщення, прямо чи опосередковано, окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію (Ст. 8(2)(b)(viii) Римського статуту)

(A) Actus reus

«Переміщення» має тлумачитися згідно із відповідними правилами ІНЛ, згідно з Елементами злочину¹⁵⁵. Тут застосовується Стаття 49(6) Женевської конвенції IV, яка передбачає, що незаконне переміщення вимагає фізичного переміщення певної тривалості (оскільки це сприяє незаконній анексії, а не тимчасовій окупації)¹⁵⁶. Короткочасного переміщення тут недостатньо¹⁵⁷. Положення спрямоване на запобігання примусовим змінам демографічного складу території.

Переміщення членів збройних сил для виконання військових завдань як окупантів (англ. to perform military tasks as occupiers) не кваліфікується як воєнний злочин; їх постійне переміщення у приватні помешкання із їхніми родинами буде кваліфікуватися як воєнний злочин.

Щодо переміщення, то має бути переміщена певна кількість осіб, хоча тут достатньо навіть кількох.¹⁵⁸

Територія вважається окупованою, якщо вона фактично підпадає під владу ворожої армії.

Має бути залучена влада держави-окупанта: цей злочин не може бути скоєний приватними дійовими особами.¹⁵⁹ Приватні особи, що купують будинок як приватні особи, не підпадають під воєнний злочин. Залучення уряду може бути безпосереднім (наприклад, будівництво житла), або опосередкованим (наприклад заходи сприяння чи заохочення міграції на окуповану територію, такі, як субсидії чи податкові пільги).¹⁶⁰ Таким чином, злочин може бути скоєний там, де цивільне населення держави-окупанта переміщується з власної доброї волі: не має значення, чи переміщення добровільне з боку населення, і не мають значення мотиви цього населення. Верховний Суд Англії розглянув питання, чи може бути притягнута до відповідальності приватна особа за супутні правопорушення (до геноциду), допомагаючи та підбурюючи до цього злочину згідно із національним законодавством, що враховує Римський статут, і дійшов висновку, що не може.¹⁶¹

(B) Приклади

¹⁵⁵ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(viii), footnote 44, 15.

¹⁵⁶ Hannes Jöbstl, "Article 8(2)(b)(viii)-1", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/8-2-b-viii-1/8-2-b-viii-1>> accessed 15 November 2022.

¹⁵⁷ Geneva Convention IV, article 49(6) allows transfers so long as "[p]ersons thus evacuated [are] transferred back to their homes as soon as hostilities in the area in question have ceased".

¹⁵⁸ Michael Cottier and Elisabeth Baumgartner, "Article 8(2)(b)(viii)" in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd. ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, Oxford, Baden-Baden, 2016) 410.

¹⁵⁹ France, Cour d'Appel de Versailles, *Association France-Palestine Solidarité "AFPS" c. Société Alstom Transport SA*, Judgment, 21 March 2013, R.G. N° 11/05331, 22.

¹⁶⁰ Hannes Jöbstl, "Article 8(2)(b)(viii)-1", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/8-2-b-viii-1/8-2-b-viii-1>> accessed 15 November 2022.

¹⁶¹ *Richardson and another v Director of Public Prosecutions* [2014] UKSC 8 [17].

- Президент країни А приймає закон, згідно з яким будь-який громадянин країни А, що купує будинок на території держави В – окупованої державою А – отримує повне звільнення від податку на власність.

(vi) Депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території (Ст. 8(2)(b)(viii) Римського статуту)

(A) Actus reus

Переміщення має бути примусовим, що означає, виконане із застосуванням фактичної фізичної сили чи будь-яких засобів примусу.¹⁶² Це не застосовується до добровільного переселення цивільного населення.

Досудова палата ІСС розрізняє «депортацію» та «переміщення», зазначивши, що «депортація» стосується переміщення в іншу державу, а «переміщення» стосується переміщення в кордонах тої самої держави.¹⁶³ Кінцевий пункт переміщення чи депортації не має значення.

Термін «населення» може включати також і не-цивільних.

Для задоволення матеріальним елементам злочину, має бути переміщено більше однієї особи, хоча і пропонувалося, щоб було достатньо переміщення чи депортації невеликого числа осіб.¹⁶⁴

Єдиним дозволеним винятком до заборони переміщення та депортацій є евакуація у конкретну та географічно обмежену зону, коли цього вимагають безпека населення або імперативні військові причини¹⁶⁵. Наприклад, переміщення/депортації можуть бути дозволені, якщо дана територія під загрозою в результаті військових дій (англ. military reasons) може бути піддана інтенсивному бомбардуванню, або присутність захищених осіб у цій зоні перешкоджає воєнним операціям, і воєнні міркування, що переважають, імперативно вимагають евакуації.

Згідно з Женевською конвенцією IV, евакуація є тимчасовим засобом обмеженої тривалості, під час якого тривають певні обставини, що евакуацію обумовили, і часто використовуються в інтересах захищених осіб. Як тільки припиняються бойові дії у конкретній зоні, евакуйовані люди повинні бути переміщені назад у свої домівки¹⁶⁶. При переміщенні евакуйованих людей назад, держава-окупант повинна забезпечити певний мінімум гуманітарних стандартів на найбільшому практичному рівні, включаючи належне розселення для переміщених осіб та задовільні умови гігієни, охорони здоров'я, безпеки та харчування¹⁶⁷. Родини не мають розділятися, і при евакуації дітей слід вживати додаткових запобіжних заходів.

Стосовно заборони переміщення в межах окупованої території, ув'язнення захищених осіб чи відбування ними покарань у місці на окупованій території, яке відрізняється від місця на окупованій території, що не є місцем постійного проживання ув'язненого, -не заборонено.

¹⁶² Hannes Jöbstl, "Article 8(2)(b)(viii)-1", Mark Klamburg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsisus.org/clicc/8-2-b-viii-1/8-2-b-viii-1>> accessed 15 November 2022.

¹⁶³ Michael Cottier and Elisabeth Baumgartner, "Article 8(2)(b)(viii)" in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd. ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, Oxford, Baden-Baden, 2016) 403-416.

¹⁶⁴ Michael Cottier and Elisabeth Baumgartner, "Article 8(2)(b)(viii)" in Otto Triffterer and Kai Ambos (eds) *The Rome Statute of the International Criminal Court* (3rd. ed., C.H. Beck, Hart, Nomos, Munich, Oxford, Baden-Baden, 2016) 215.

¹⁶⁵ Geneva Convention IV, article 49(2).

¹⁶⁶ Geneva Convention IV, article 49(6).

¹⁶⁷ Geneva Convention IV, article 49(3).

(vii) Посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження (Ст. 8(2)(b)(xxi) Римського статуту)

(A) Actus reus

«Посягання на людську гідність» визнане ICTY та ICTR як серйозне приниження, образливе поводження або інші серйозні замах на людську гідність», але на сьогодні ще не існує жодних обвинувачень, винесених в ICC за цим злочином¹⁶⁸. Тут мають враховуватись пов'язані аспекти культурної приналежності жертви¹⁶⁹. Жертва може і не усвідомлювати особисто про існування приниження чи посягання на її людську гідність, чи інше подібне порушення¹⁷⁰. Жертва може бути мертвою.¹⁷¹

Не існує вимоги, щоб страждання було тривалим, або щоб була завдана пряма шкода фізичному чи психічному здоров'ю жертви.¹⁷² Проте, це має бути достатньо і об'єктивно серйозним. Суворість приниження, образливої поведінки чи іншого знуцання має бути такого ступеню, щоб це загально визнавалося як посягання на особисту гідність.¹⁷³ Від негуманної поведінки згідно зі Статтею 8(2)(a)(ii) Римського статуту цей злочин відрізняється нижчим порогом суворості .

Жертви мають: (i) належати, або вірогідно належати, до сторони конфлікту, протилежної чи ворожої до злочинця, та (ii) перебувати в руках сторони конфлікту, до якої належить злочинець.¹⁷⁴

(B) Mens rea

Не існує вимоги, щоб злочинець сам прийняв рішення (вчинити дії).¹⁷⁵

(C) Приклади

- Охорона змушує дівчину роздягтися і примушує її танцювати оголеною у відкритому для публіки дворі перед глядачами .¹⁷⁶
- Охорона наказує затриманому ковтати і пити екскременти іншої людини.
- Охорона наказує затриманому благати про пощаду, щоб його не катували.

(viii) Зґвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, як вона визначена в пункті 2(f) статті 7, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства, яка також становить грубе порушення Женевських конвенцій (Ст. 8(2)(b)(xxii) Римського статуту)

(A) Зґвалтування

¹⁶⁸ *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* (Judgment) IT-96-23 501 (22 February 2001) [514].

¹⁶⁹ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxi), footnote 49, 18.

¹⁷⁰ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxi), footnote 49, 18.

¹⁷¹ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxi), footnote 49, 18.

¹⁷² *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [369], relying on *Prosecutor v. Kunarac, Kovac and Vukovic* (Judgment) IT-96-23 501 (22 February 2001) [501] and *Prosecutor v. Aleksovski* (Judgement) IT-95-14/1-T (25 June 1999) [56].

¹⁷³ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [369].

¹⁷⁴ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [368].

¹⁷⁵ Elements of Crimes, General Introduction [4], 1.

¹⁷⁶ A version of this and further examples are given in *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [370]-[371].

(1) Actus reus

Концепція «вторгнення» (оволодіння) (англ. “invasion”), застосована навмисно, як достатньо широка для гендерної нейтральності.¹⁷⁷

Особа може бути неспроможна дати усвідомлену згоду, в результаті природної, навмисно спричиненої чи вікової неспроможності.¹⁷⁸

(2) Приклади

- Охорона змушує затриманого робити феліацію іншій особі, жертві, або під час сексуального акту, до якого жінка змушує чоловіка.
- Охорона примусово здійснює проникнення (англ. penetration) в анальні або генітальні отвори жертви або у рот будь-яким об'єктом чи іншою частиною тіла (наприклад, пальцями)

(B) Сексуальне рабство

(1) Actus reus

Скоєння цього злочину може включати більше одного злочинця як учасника спільної кримінальної мети¹⁷⁹. Поведінка, описана цим злочином, включає торгівлю людьми, зокрема, жінками та дітьми¹⁸⁰.

Сексуальне рабство – це форма обернення в рабство (наприклад Стаття 7(1)(c) Римського статуту проти обернення людей в рабство) з сексуальним компонентом¹⁸¹. Рабство означає поводження з людиною, як із рухомим майном, тобто, як із власністю або рухомою річчю, таким, що людину значно позбавляють власної автономності.¹⁸²

Той факт, що людину не купували, продавали або нею не торгували, чи не отримали за неї грошову винагороду, не відмінює претензії щодо рабства.

Немає потреби доводити брак спротиву чи згоди. Проте, це може мати значення при встановленні питання, чи використовував обвинувачуваний владу, пов'язану із правом власності. Обставини, які унеможливають надання згоди будуть достатні, щоб вважати за відсутність згоди.

Важливо врахувати якість стосунків між злочинцем та жертвою. Для цих стосунків мають значення кілька чинників. Наприклад, не обов'язково, щоб обернення в рабство чи позбавлення свободи тривало вічно (невизначений строк, англ. indefinitely), але тривалість, тим не менше може бути фактором, що враховується, і його важливість залежатиме від існування інших індикаторів поневолення та від контексту.

Міжнародне право не забороняє всі види примусової праці або служби у збройних конфліктах.

¹⁷⁷ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxii)-1, footnote 50, 19.

¹⁷⁸ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxii)-1, footnote 51, 19.

¹⁷⁹ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxii)-2, footnote 52, 19.

¹⁸⁰ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxii)-2, footnote 53, 19.

¹⁸¹ Maria Sjöholm, "Article 8(2)(b)(xxii)-2", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsitus.org/clicc/8-2-b-xxii-2/8-2-b-xxii-2>> accessed 15 November 2022.

¹⁸² *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [431].

(2) Приклади

- Солдат купує жінок, зачинає їх та має повний контроль за їх пересуванням, приватним життям та працею, наказуючи їм виконувати для нього хатню роботу.
- Солдат змушує жінку одружитися із ним.

(C) Примусова проституція

(1) Actus reus

Цей злочин відрізняється від сексуального рабства: (i) вимогою присутності грошових чи інших переваг; та (ii) відсутністю вимоги застосування будь-якої чи всіх видів влади, які належать до права власності.

(2) Приклади

- Солдат змушує дитину займатися сексом з іншими солдатами в обмін на гроші.

(D) Примусова вагітність

(1) Actus reus

«Позбавлення волі» (англ. confinement) має тлумачитися широко. Як будь-яка форма обмеження чи фізичної свободи (яка може не бути суворою чи тривати протягом конкретного періоду часу), а «незаконне» означає всупереч міжнародному праву¹⁸³. «Примусовий» вимагає певної форми примусу, але не обов'язково використання сили (наприклад, відсутність згоди, така, як зґвалтування чи запліднення без згоди). Жінка може бути запліднена злочинцем чи іншою особою.

Позбавлення волі жінки, яка є примусово вагітною згідно із міжнародним гуманітарним правом (наприклад, військовополоненої) недостатньо, якщо тільки жінка отримує доступ до медичних послуг із можливістю вчасного аборту разом із необхідним конкретним бажанням.

(2) Приклад

- Солдат ґвалтує цивільну жінку, вона від того вагітніє, а він її замикає.

(E) Примусова стерилізація

(1) Actus reus

«Позбавлення» не обов'язково включає контроль народжуваності, який має непостійний ефект на практиці.¹⁸⁴

«Усвідомлена згода» не включає згоду, отриману шляхом обману¹⁸⁵. Таким чином, будь-яка згода має бути поінформована. Особа може бути неспроможна надати усвідомлену згоду, якщо знаходиться під впливом природної, спричиненої чи вікової неспроможності.

¹⁸³ Maria Sjöholm, "Article 8(2)(b)(xxii)-4", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/8-2-b-xxii-4/8-2-b-xxii-4>> accessed 15 November 2022.

¹⁸⁴ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxii)-5, footnote 54, 20.

Стерилізація, яка потрібна і таким чином «обґрунтована» з точки зору здоров'я відповідної особи, може все одно задовольняти характеристикам злочину, якщо вона «примусова» (включаючи і тоді, коли відбувається всупереч спроможній, добровільній та поінформованій волі особи, якої вона стосується).

(2) Приклади

- Солдат калічить геніталії дівчини.

(F) Будь-яка інша форма сексуального насильства

(1) Actus reus

Не кожен акт насильства, який направлений на частини тіла, загально визнано пов'язаний із сексуальністю, має розглядатися як акт сексуального насильства. Відповідно, ІСС інкримінує злочинцям посягання на людську гідність (Ст.8(2)(b)(xxi) Римського статуту) або нелюдське поводження (Стаття 8(2)(a)(ii) Римського статуту), а не покладається на це всеохопне положення.¹⁸⁶

ІСТУ та ІСТР прийняли, що сексуальне насильство може бути скоєне без фізичного контакту.¹⁸⁷

(2) Приклади

- Охоронець змушує затриманих дивитися, як інший затриманий здійснює акт фелатації із самим охоронцем.

3. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ

3.1. **Визначення**

Злочини проти людяності передбачають вчинення певних нелюдських дій (перелічених у розділі 3.2) у певному контексті: вони мають бути частиною «широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення, і такий напад вчиняється усвідомлено».¹⁸⁸

(a) Аналіз поняття «широкомасштабного чи систематичного нападу на будь-яке цивільне населення»

Необхідно довести наступні елементи:

- Обвинувачуваний вчинив заборонені дії;
- що є частиною
 - «Нападу»
 - Який є «широкомасштабним або систематичним»; і
 - Спрямований проти будь-якого цивільного населення»;

¹⁸⁵ Elements of Crimes, article 8(2)(b)(xxii)-5, footnote 55, 20.

¹⁸⁶ *Prosecutor v. Muthaura, Kenyatta and Hussein* (Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute) ICC-01/09-02/11-382-Red (public redacted version) (23 January 2012) [266].

¹⁸⁷ *Prosecutor v. Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4-T (2 September 1998) [688]; *Prosecutor v. Kvočka* (Judgment) IT-98-30/1-T (2 November 2001) [180].

¹⁸⁸ Rome Statute, article 7(1).

- Між діями обвинуваченого та нападом повинен існувати зв'язок або «пехус».

(i) Значення поняття «нападу»

Особа вчиняє злочин проти людяності, коли він чи вона вчиняє заборонену дію, яка є частиною нападу.¹⁸⁹

Фактори, які слід враховувати при визначенні того, чи відбувся «напад» на цивільне населення, включають:

- Чи були дискримінаційні заходи, застосовані відповідним органом?
- Чи було владне захоплення регіону, де сталися злочини?
- Чи справді нова влада створила «державні» структури?
- Чи мали місце арешти, затримання, катування, зґвалтування, сексуальне насильство чи інші злочини?
- Чи відбувалося масове переміщення мирного населення до таборів?
- Чи було виведено «вороже населення» з території?

Злочини проти людяності можуть відбутися, коли немає збройного конфлікту і напад не потребує участі військових або насильницьких сил.¹⁹⁰

Повинна бути зафіксована поведінка, яка передбачає вчинення кількох відповідних дій, щоб вважатися нападом, спрямованим проти цивільного населення.¹⁹¹ Однак, і одна подія може вважатися нападом.¹⁹²

(ii) Визначення «будь-якого цивільного населення»

Будь-яке цивільне населення, яке не є комбатантами,¹⁹³ повинно бути основною (а не випадковою) метою нападу.¹⁹⁴

Не обов'язково, щоб цілком було усе населення певної території. Достатньо показати, що певна кількість осіб опинилася під ударом під час нападу або що особи були уражені таким чином, що демонструє, що атака фактично була спрямована проти цивільного населення, а не проти невеликої і випадково обраної кількості фізичних осіб.¹⁹⁵

Фактори, які дозволяють визначити, чи був напад спрямованим проти цивільного населення, включають:

- Засоби та методи, використані під час нападу;
- Кількість жертв;
- Статус потерпілих;
- Дискримінаційний характер нападу;

¹⁸⁹ Див. наприклад *Prosecutor v. Akayesu* (Judgement) ICTR 96-4 (2 September 1998) [205].

¹⁹⁰ Elements of Crimes, article 7, Introduction [3], 3; *Prosecutor v. Akayesu* (Judgement) ICTR-96-4 (2 September 1998) [581].

¹⁹¹ Rome Statute article 7(2)(a); Elements of Crimes, article 7, Introduction [3], 3; *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) [1101].

¹⁹² *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) [1101].

¹⁹³ *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) [1102].

¹⁹⁴ *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) [1104]; *Prosecutor v. Blaškić* (Trial Judgement) IT-95-T (29 July 2004) [106].

¹⁹⁵ *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) [1105] citing *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Appeal Judgement) IT-96-23-A (12 June 2002) [90].

- Характер злочинів, скоєних під час нападу;
- Опір нападникам під час нападу; і
- Межа, до якої атакуюча сила може вважатися такою, що дотримувалася або намагалася виконати вимоги обережності законів війни.¹⁹⁶

Атаки, спрямовані переважно на військові цілі, виключаються. Щоб визначити, чи був напад спрямований на цивільні чи військові цілі, суд може розглянути, чи відповідна сторона дотримувалася законів війни.

Населення все ще вважається цивільним, навіть якщо в групі є озброєна поліція або окремі солдати. Присутність серед населення членів груп опору або колишніх комбатантів, які склали зброю, а також інших нецивільних осіб не змінює цивільного характеру цього населення, доки воно залишається переважно цивільним.¹⁹⁷ Можна враховувати кількість солдатів чи нецивільних осіб, а також те, чи перебувають вони у відпустці. Члени збройних сил, а також члени ополчень або добровольчих загонів, які є частиною таких збройних сил, не можуть вимагати цивільного статусу, навіть якщо вони не озброєні або перебувають у бою.

(iii) Визначення термінів «широкомасштабний» і «систематичний»

«Широкомасштабний» означає широкомасштабний характер нападу, що відображається насамперед у кількості жертв. Немає встановленої кількості жертв, яка робить атаку «масовою». Під це поняття можуть підпадати масові, часті, широкомасштабні дії, що проводяться колективно з великою серйозністю і спрямовані проти безлічі жертв.¹⁹⁸

«Систематичний» означає організований характер актів насильства та малоймовірність їх випадкового виникнення.¹⁹⁹ Це включає в себе «схему або методичний план»²⁰⁰, який є ретельно організованим і дотримується регулярної схеми».²⁰¹

Вимога про те, що напад є «широкомасштабним» або «систематичним», є роздільною, тому необхідно довести лише одне.²⁰²

Широкомасштабним чи систематичним має бути лише напад у цілому, а не окремі дії обвинувачуваного.²⁰³ Таким чином, окремі заборонені дії, що лежать в основі, не обов'язково повинні

¹⁹⁶ *Prosecutor v. Blaškić* (Trial Judgment) IT-95-T (29 July 2004) [106] and *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Appeal Judgment) IT-96-23-A (12 June 2002) [90].

¹⁹⁷ *Prosecutor v. Blaškić* (Appeal Judgment) IT-95-14-A (29 July 2004) [1113]-[1115]; *Prosecutor v. Mskšić et al.* (Appeal Judgment) IT-95-13/1/A (5 May 2009) [35]; *Prosecutor v. Martić* (Appeal Judgment) IT-95-11-A (8 October 2008) [313]; *Prosecutor v. Blagojević et al.* (Trial Judgment) IT-02-60-T (17 January 2005) [544].

¹⁹⁸ *Prosecutor v. Bemba* (Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo) ICC-01/05-01/08-424 (15 June 2009) [83]; *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgment) ICTR-94-4-T (2 September 1998) [579]-[580]; *Prosecutor v. Rutaganda* (Trial Judgment) ICTR-96-3-T (6 December 1999) [67]-[69]; *Prosecutor v. Musela* (Trial Judgment) ICTR-96-13 (27 January 2000) [204].

¹⁹⁹ *Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/07-717 (30 September 2008) [394]; *Prosecutor v. Gbagbo* (Decision on the Confirmation of Charges against Laurent Gbagbo) ICC-02/11-01/11-656-Red (12 June 2014) [223].

²⁰⁰ *Prosecutor v. Tadić* (Trial Judgment) IT-94-1-T (7 May 1997) [646] and [648].

²⁰¹ *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgment) ICTR-94-4-T (2 September 1998) [580].

²⁰² *Situation in the Republic of Kenya* (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya) ICC-01/09-19 (31 March 2010) [94].

²⁰³ *Prosecutor v. Blaškić* (Appeal Judgment) IT-95-14-A (29 July 2004) [101]; *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Appeal Judgment) IT-96-23-A (12 June 2002) [93]-[96]; *Prosecutor v. Brđanin* (Trial Judgment) IT-99-36-T (1 September 2004) [135]-[136].

бути широкомасштабними або систематичними, якщо заборонені дії є частиною діянь, які є широкомасштабними або систематичними.

До факторів, які слід враховувати при визначенні того, чи є напад «масштабним чи систематичним», належать наступні:

- Кількість злочинних діянь;
- Наявність злочинних схем;
- Логістика та залучені ресурси;
- Кількість жертв;
- Наявність публічних заяв щодо нападів;
- Наявність плану чи політики проти цивільного населення;
- Засоби та методи, використані під час нападу;
- Передбачуваність кримінальних подій;
- Залучення політичних або військових органів влади;
- Тимчасово та географічно повторювані та скоординовані військові дії, що призводять до одного результату;
- Зміна етнічного, релігійного, расового чи політичного складу населення;
- Створення нових політичних або військових структур у регіоні; і
- Запровадження різних дискримінаційних процедур.

Напад повинен бути здійснений «в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики» і вимагає, щоб держава або організація активно сприяли та заохочували такий напад проти цивільного населення.²⁰⁴ Не вимагається, щоб політика була прийнята на найвищому рівні держави. Політики, прийнятої регіональними або місцевими державними органами, може бути достатньо.²⁰⁵

Досудова палата при ІСС постановила, що недержавні організації можуть, для цілей статті 7(2)(а) Римського статуту, розробляти та здійснювати політику нападу на цивільне населення.²⁰⁶

Наступні елементи можуть бути розглянуті для визначення, в кожному конкретному випадку, чи кваліфікується група як організація відповідно до статті 7(2)(а) Римського статуту:

- Чи знаходиться група під відповідальним командуванням та / або має встановлену ієрархію;
- Чи володіє група фактичними засобами для здійснення широкомасштабного чи систематичного нападу на цивільне населення;
- Чи контролює група частину території держави;
- Чи має група головною метою злочинну діяльність проти цивільного населення;
- Чи висловлює група, явно чи приховано, намір приєднати цивільне населення; і
- Чи є група частиною більшої групи, яка відповідає деяким або всім вищезазначеним критеріям.

²⁰⁴ Rome Statute, article 7(2)(a).

²⁰⁵ *Situation in the Republic of Kenya* (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya) ICC-01/09-19 (31 March 2010) [89] (fn 81), citing *Prosecutor v Blaškić* (Trial Judgment) IT-95-14-T (3 March 2000) [205].

²⁰⁶ *Situation in the Republic of Kenya* (Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya) ICC-01/09-19 (31 March 2010) [92].

Дії обвинувачених мають бути частиною, а не просто збігатися з широкомасштабним або систематичним нападом, спрямованим проти цивільного населення. Вимога «пехус» має два елементи, які обвинувачення має довести:

- Вчинення дії, яка за своїм характером або наслідками може призвести до посилення нападу;
- Усвідомлення обвинуваченим того, що відбувається напад на цивільне населення і що його дії є частиною цього нападу.²⁰⁷

Фактори, які визначають, чи є заборонена дія обвинуваченого «частиною» нападу, включають:

- Характеристики, цілі, природа і наслідки діяння;²⁰⁸
- Схожість між діями обвинуваченого та іншими діями, що входять до поняття нападу;
- Час і місце вчинення дій, а також їхнє відношення до нападу;²⁰⁹ і
- Як дії пов'язані з нападом або сприяють будь-якій політиці, що лежить в основі нападу.²¹⁰

(iv) Mens rea

Крім наміру вчинити основний злочин, обвинувачений повинен знати ширший контекст, у якому відбуваються його дії, і, зокрема, він повинен:

- Знати про напад, спрямований проти цивільного населення; і
- Знати, що його злочинне діяння є частиною цього нападу, або принаймні взяти на себе ризик того, що його дії є частиною нападу.²¹¹

Mens rea стосується знання контексту, а не мотиву. Знання можна підтвердити, зробивши висновки з відповідних фактів і обставин.

Злочин проти людяності може бути вчинено з суто особистих мотивів, і обвинуваченому не обов'язково поділяти мету чи ціль нападу. Не має значення, чи планував обвинувачений, щоб його дії були спрямовані проти ураженого населення чи лише проти його жертви. Це напад, а не дії обвинуваченого, має бути спрямований проти цільової групи населення, і обвинувачений лише повинен знати, що його дії є частиною нападу. Елементи злочинів стверджують, що вимогу щодо знання нападу «не слід тлумачити як вимогу довести, що злочинець знав усі характеристики нападу або точні деталі плану чи політики держави чи організації».²¹²

²⁰⁷ *Prosecutor v. Mrkšić et al.* (Appeal Judgment) IT-95-13/1-A (5 May 2009) [41]; *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Trial Judgment) IT-96-23-T (22 February 2001) [418].

²⁰⁸ *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) [1124]; *Prosecutor v. Ntaganda* (Judgment) ICC-01/04-02/06 (8 July 2019) [696].

²⁰⁹ *Prosecutor v. Ntaganda* (Judgment) ICC-01/04-02/06 (8 July 2019) [696].

²¹⁰ *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) [1124].

²¹¹ *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Appeal Judgment) IT-96-23-A (12 June 2002) [102]; *Prosecutor v. Galid* (Trial Judgment) IT-98-29-T (5 December 2003) [148]; *Prosecutor v. Krnojelac* (Trial Judgment) IT-97-25-T (15 March 2002) [59]; *Prosecutor v. Kunarac et al.* (Trial Judgment) IT-96-23-T (22 February 2001) [434].

²¹² Elements of Crimes, article 7, Introduction [1], 3.

3.2. Злочини проти людяності – дії

Стаття 7(1) Римського статуту визначає злочини проти людяності як «будь-які з наступних дій, вчинені в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення, з усвідомленням факту нападу:

- (a) Вбивство;
- (b) Винищення;
- (c) Обернення в рабство;
- (d) Депортація або примусове переміщення населення;
- (e) Ув'язнення або інше суворе позбавлення фізичної свободи в порушення основних норм міжнародного права;
- (f) Каткування;
- (g) Зґвалтування, сексуальне рабство, примусова проституція, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства порівнянної тяжкості;
- (h) Переслідування будь-якої визначеної групи чи колективу за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, ґендерними ознаками, як визначено в параграфі 3, або за іншими ознаками, які загально визнані як неприпустимі згідно з міжнародним правом, у зв'язку з будь-якими діями, згаданими в у цьому пункті або будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду;
- (i) Насильницьке зникнення осіб;
- (j) Злочин апартеїду;
- (k) Інші нелюдські дії подібного характеру, що навмисно спричиняють великі страждання або серйозні тілесні чи психічні чи фізичні uszkodження».

(a) Вбивство (стаття 7(1)(a) Римського статуту)

Вбивство — це умисне вбивство або заподіяння смерті однієї чи кількох осіб.²¹³ Жертва повинна (i) бути мертвою; і (ii) смерть повинна була бути спричинена діями або бездіяльністю злочинця.²¹⁴

(b) Винищення (стаття 7(1)(b) Римського статуту)

Винищення — це вбивство однієї чи кількох осіб, у тому числі шляхом навмисного погіршення умов життя, серед іншого, позбавлення доступу до їжі та медикаментів, яке розраховане на знищення частини населення та становило або мало місце як частина масового вбивства членів цивільного населення.²¹⁵

Дія могла бути вчинена різними методами вбивства, прямо чи опосередковано.²¹⁶

(c) Поневолення (стаття 7(1)(c) Римського статуту)

Поневолення означає здійснення щодо особи будь-якого або всіх повноважень, притаманних праву власності, і включає здійснення таких повноважень у ході торгівлі людьми, зокрема жінками та дітьми.²¹⁷

Характер стосунків між обвинуваченим і жертвою є ключовим для поневолення. Злочинець повинен здійснювати будь-яке або всі повноваження, пов'язані з правом власності на одну чи більше осіб,

²¹³ Elements of Crimes, article 7(1)(a) and footnote 7, 4.

²¹⁴ *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436 (7 March 2014) [767].

²¹⁵ Elements of Crimes, article 7(1)(b) and footnote 9, 4.

²¹⁶ Elements of Crimes, article 7(1)(b), footnote 8, 4.

²¹⁷ Rome Statute article 7(2)(c).

наприклад, купуючи, продаючи, позичаючи чи обмінюючи таку особу чи осіб, або накладаючи на них подібне позбавлення волі.²¹⁸

(d) Депортація або примусове переміщення населення (стаття 7(1)(d) Римського статуту)

Депортація або примусове переміщення населення означає насильницьке переміщення відповідних осіб шляхом виселення або інших примусових дій з території, на якій вони законно перебувають, за відсутності підстав, що допускаються міжнародним правом.²¹⁹

Злочинцеві необхідно депортувати або примусово передати без підстав, дозволених міжнародним правом, одну чи кількох осіб до іншої держави чи місця шляхом видворення чи інших примусових дій. Така особа чи особи перебували на законних підставах у зоні, звідки їх було депортовано чи передано. Зловмисник усвідомлював фактичні обставини, які встановлювали правомірність такої присутності.²²⁰

Термін «примусово» не обмежується фізичною силою, але може включати погрозу застосування сили чи примусу, наприклад, викликану страхом перед насильством, примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою щодо такої особи чи осіб чи іншої особи, або використовуючи примусове середовище.²²¹ «Депортований або примусово переведений» є взаємозамінним з «примусово переміщений».²²²

(e) Тортури (стаття 7(1)(f) Римського статуту)

Катування означає навмисне заподіяння сильного болю або страждань, фізичних чи психічних, особі, яка перебуває під вартою або під контролем обвинуваченого; за винятком того, що тортури не повинні включати біль або страждання, що виникають лише внаслідок законних санкцій, невід'ємних або випадкових.²²³

Зрозуміло, що не потрібно доводити конкретну мету цього злочину.²²⁴

(f) Зґвалтування (стаття 7(1)(g) Римського статуту)

Зґвалтування як злочин проти людяності має місце, коли злочинець вторгся в тіло людини шляхом дії, яка призвела до проникнення, навіть незначного, статевого органу в будь-яку частину тіла жертви чи злочинця, або в анальний чи статевий отвір жертви будь-яким предметом або іншою частиною тіла. Вторгнення було вчинено із застосуванням сили або загрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаного страхом перед насильством, примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою, проти такої особи чи іншої особи, або шляхом використання примусового середовища, або вторгнення вчинено проти особи, нездатної дати справжню згоду.²²⁵

²¹⁸ Elements of Crimes, article 7(1)(c), 4.

²¹⁹ Rome Statute, article 7(2)(d).

²²⁰ Elements of Crimes, article 7(1)(d), 4-5.

²²¹ Elements of Crimes, article 7(1)(d), footnote 12, 4.

²²² Elements of Crimes, article 7(1)(d), footnote 13, 4.

²²³ Elements of Crimes, article 7(1)(f), 5.

²²⁴ Elements of Crimes, article 7(1)(f), footnote 14, 5.

²²⁵ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-1, 5.

Поняття «вторгнення» має бути достатньо широким, щоб бути ґендерно нейтральним.²²⁶ Зрозуміло, що особа може бути нездатною дати щирі згоду, якщо на неї впливає природна, спричинена або пов'язана з віком недієздатність.²²⁷

(g) Сексуальне рабство (стаття 7(1)(g) Римського статуту)

Сексуальне рабство є злочином проти людяності, коли злочинець реалізовував будь-які або всі повноваження, пов'язані з правом власності на одну або більше осіб, наприклад, купуючи, продаючи, позичаючи або обмінюючи таку особу чи осіб, або шляхом накидання на них аналогічного позбавлення волі. Злочинець спонукав таку особу або осіб до вчинення одного чи кількох актів сексуального характеру.²²⁸

Враховуючи складний характер цього злочину, визнається, що до його вчинення може бути залучено більше одного злочинця в рамках спільної злочинної мети.²²⁹

(h) Примусова проституція (стаття 7(1)(g) Римського статуту)

Злочином проти людяності є примусова проституція, коли злочинець спонукав одну чи кількох осіб до одного чи кількох актів сексуального характеру за допомогою сили, погрози застосування сили чи примусу, наприклад через страх перед насильством, примусом, затриманням, психологічним тиском або через зловживання владою проти такої особи або осіб або іншої особи, або шляхом використання примусового середовища або нездатності такої особи або осіб дати справжню згоду. Злочинець або інша особа отримала або очікувала отримати матеріальну або іншу вигоду в обмін на або у зв'язку з діями сексуального характеру.²³⁰

(i) Примусова вагітність (стаття 7(1)(g) Римського статуту)

Примусова вагітність означає незаконне позбавлення волі будь-якої жінки, яка стала вагітною в примусовому порядку, з метою зміни етнічного складу будь-якого населення або вчинення інших серйозних порушень міжнародного права.²³¹ Це визначення в жодному разі не повинно тлумачитися як таке, що впливає на національне законодавство щодо вагітності.²³²

(j) Примусова стерилізація (стаття 7(1)(g) Римського статуту)

Злочином проти людяності є примусова стерилізація, коли злочинець позбавив одну чи кількох осіб біологічної репродуктивної здатності. Така поведінка не була ані виправдана медичним чи лікарняним показниками відповідної особи чи осіб, ані вчинена за їхньої справжньої згоди.²³³

Позбавлення здатності не включає заходи контролю народжуваності, які на практиці мають непостійний ефект.²³⁴ Зрозуміло, що «справжня згода» не включає згоду, отриману шляхом обману.²³⁵

²²⁶ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-1, footnote 15, 5.

²²⁷ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-1, footnote 16, 5.

²²⁸ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-2, 6.

²²⁹ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-2, footnote 17, 6.

²³⁰ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-3, 6.

²³¹ Rome Statute article 7(2)(f); Elements of Crimes, article 7(1)(g)-4, 6.

²³² Rome Statute article 7(2)(f).

²³³ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-5, 6-7.

²³⁴ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-5, footnote 19, 6.

(k) Сексуальне насильство (стаття 7(1)(g) Римського статуту)

Сексуальне насильство є злочином проти людяності, коли злочинець вчинив акт сексуального характеру проти однієї чи кількох осіб або схилив таку особу або осіб до акту сексуального характеру за допомогою сили, погрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаного страхом перед насильством, примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою проти такої особи або осіб або іншої особи, або через використання примусового середовища або нездатності такої особи або осіб дати щире згоду. Злочинець усвідомлював фактичні обставини, які встановлювали тяжкість злочину.²³⁶

(l) Переслідування (стаття 7(1)(h) Римського статуту)

Переслідування означає навмисне та суворе позбавлення основних прав, що суперечить міжнародному праву, через ідентичність групи чи колективу.²³⁷

Злочинець націлювся на таку особу чи осіб через ідентичність групи чи колективу або націлювся на групу чи колектив як такі. Такі напади ґрунтувалися на політичних, расових, національних, етнічних, культурних, релігійних, гендерних чи інших підставах, які загально визнані як неприпустимі згідно з міжнародним правом.²³⁸

(m) Насильницьке зникнення осіб (стаття 7(1)(i) Римського статуту)

«Насильницьке зникнення осіб» означає 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.²³⁹

Враховуючи складний характер цього злочину, визнається, що в його скоєнні, як правило, бере участь більше одного злочинця у рамках спільної злочинної мети.²⁴⁰

Слово «затриманий» включало б злочинця, який тримав під вартою. Зрозуміло, що за певних обставин арешт або затримання могли бути законними.²⁴¹

Зрозуміло, що у випадку злочинця, який тримав жертву під вартою, елемент, за яким злочинець усвідомлював, що за затриманням або викраденням у звичайному перебігу подій послідує відмова визнати це позбавлення волі або надати інформацію про долю або місцеперебування особи або осіб, буде задоволено, якби злочинець знав, що така відмова вже мала місце.²⁴²

(n) Апартеїд (стаття 7(1)(j) Римського статуту)

²³⁵ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-5, footnote 20, 6.

²³⁶ Elements of Crimes, article 7(1)(g)-6, 7.

²³⁷ Elements of Crimes, article 7(1)(h), 7.

²³⁸ Elements of Crimes, article 7(1)(h), 7.

²³⁹ Rome Statute, article 7(2)(i); Elements of Crimes, article 7(1)(h), 7-8.

²⁴⁰ Elements of Crimes, article 7(1)(h), footnote 23, 7.

²⁴¹ Elements of Crimes, article 7(1)(h), footnotes 25 and 26, 7.

²⁴² Elements of Crimes, article 7(1)(h) and footnote 28, 8.

Злочин апартеїду має місце, коли злочинець вчинив нелюдський акт проти однієї або кількох осіб у контексті інституціолізованого режиму систематичного гноблення та панування однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою або групами з наміром підтримувати цей режим.²⁴³

Злочинець усвідомлював фактичні обставини, які встановлюють характер скоєного.²⁴⁴

Цією поведінкою злочинець мав намір підтримувати такий режим.²⁴⁵

(о) Інші нелюдські дії (Ст.7(1)(к) Римського статуту)

Злочином проти людяності є інші нелюдські дії, за яких злочинець нелюдським діянням завдав тяжких страждань або тяжких тілесних ушкоджень психічного чи фізичного здоров'я.²⁴⁶

Зловмисник усвідомлював фактичні обставини, які встановлюють характер скоєного.²⁴⁷

²⁴³ Elements of Crimes, article 7(1)(j), 8.

²⁴⁴ Elements of Crimes, article 7(1)(j), 8.

²⁴⁵ Elements of Crimes, article 7(1)(j), 8.

²⁴⁶ Elements of Crimes, article 7(1)(k), 8-9.

²⁴⁷ Elements of Crimes, article 7(1)(k), 9.

4. ГЕНОЦИД

4.1. Визначення

Римський статут визначає геноцид у статті 6²⁴⁸ таким чином:

Будь-які з наступних дій, які вчинено з наміром знищити повністю або частково будь-яку 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.

(а) Аналіз конкретного наміру – проти групи

Ключовою частиною злочину геноциду є конкретний намір злочинця. Це дуже вузький критерій, який означає, що багато масових вбивств (якими б жахливими вони не були) не можна класифікувати як геноцид.

ІСЈ заявив, що для доведення геноциду, важливо аби було доведено, що намір злочинця має бути пов'язаний із знищенням (повністю або частково) групи (навіть якщо дія передбачає завдання шкоди окремим особам).²⁴⁹

Має бути доведено, що акт геноциду було вчинено проти особи через її (дійсну чи уявну) приналежність до визначеної групи (національної, етнічної, расової чи релігійної). Необхідно довести, що індивідуальний акт геноциду мав на меті бути частиною «явної моделі подібної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або була поведінкою, яка сама по собі могла призвести до знищення групи».²⁵⁰ У результаті жертвою геноциду стає група (а не конкретна особа(и)).

«Знищити» визначається як фізичне та біологічне знищення групи, а не просто її розпад.²⁵¹

(і) Значення «повністю або частково»

Термін «повністю або частково» означає, що геноцид може бути вчинений через намір знищити певні частини групи, за умови, що це суттєва частина групи (а не сукупність окремих осіб).²⁵² Міжнародний суд зазначив, що визначення того, що є суттєвим, не є науковим тестом, однак може бути корисним виміряти розмір ураженої частини порівняно з розміром решти групи, і що, подібним чином, може статися, що

²⁴⁸ Rome Statute, article 6.

²⁴⁹ ICJ, *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 43 [187].

²⁵⁰ Elements of Crimes, article 6, 2-3.

²⁵¹ Report of the International Law Commission on the work of its forty-eighth session, 6 May 1996-26 July 1996, UN Doc. A/51/10, Part. I, Commentary, Article 17. Crime of genocide, [12], 45-6.

²⁵² *Prosecutor v. Krstić* (Judgment) IT-98-33-A (19 April 2004) [8]-[9].

окрема частина групи стала ціллю через своє географічне розташування.²⁵³ Цього може бути достатньо, щоб виправдати звинувачення в геноциді.

(ii) Значення «національної, етнічної, расової або релігійної групи»

Терміни національні, етнічні, расові або релігійні визначаються як:

- Національний – «сукупність людей, які, як вважається, мають правовий зв'язок, заснований на спільному громадянстві, у поєднанні з взаємністю прав і обов'язків»²⁵⁴
- Етнічна – «група, члени якої мають спільну мову або культуру»²⁵⁵
- Расова – група, «заснована на спадкових фізичних рисах, які часто виявляються через географічну причину, незалежно від мовних, культурних, національних чи релігійних чинників»²⁵⁶
- Релігійні – група, «члени якої поділяють ту саму релігію, деномінацію або спосіб поклоніння»²⁵⁷

Обвинувачення має довести, що або жертва належить до ураженої групи, або що злочинець вважав, що жертва належала до такої групи.

(iii) Mens rea – необхідний конкретний намір знищити

Конкретний намір може бути важко довести. Геноцидний намір повинен бути присутнім у момент вчинення дій, але не повинен формуватися до вчинення дій.²⁵⁸

Деякі фактори, які слід враховувати:

- Докази фінансованого державою плану ліквідації частини населення;
- Масштаби скоєних злеств;
- Географічне розташування злочинів;
- Докази націлювання на певних членів групи, уникаючи інших, які не були членами цієї групи;
- Дії, які порушують і ображають основи конкретної групи.

Наявність особистого мотиву не виключає наявності у злочинця конкретного наміру вчинити геноцид.

Знищити означає фізичне та біологічне знищення захищеної групи.

У справах ICTY та ICTR було встановлено, що керівник не обов'язково повинен сам мати конкретні наміри, якщо керівник знає, що підлеглі мали такий намір.

За відсутності цього конкретного наміру, можливо, було б доцільніше висунути звинувачення у злочинах проти людяності або воєнних злочинах.

²⁵³ *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro)*, Judgment, 26 February 2007, ICJ Reports 43 [198]-[200].

²⁵⁴ *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgement) ICTR 96-4-T (2 September 1998) [512].

²⁵⁵ *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgement) ICTR 96-4-T (2 September 1998) [513].

²⁵⁶ *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgement) ICTR 96-4-T (2 September 1998) [514].

²⁵⁷ *Prosecutor v. Akayesu* (Trial Judgement) ICTR 96-4-T (2 September 1998) [515].

²⁵⁸ *Prosecutor v. Krstić* (Judgment) IT-98-33-T (2 August 2001) [619].

4.2. Акти геноциду

(a) Вбивство членів групи

Геноцид шляхом убивства – це випадки, коли злочинець навмисно вбиває одну або більше осіб із захищеної групи. Для цього термін «убив» є взаємозамінним із терміном «спричинив смерть».²⁵⁹

(b) Заподіяння серйозних тілесних або психічних ушкоджень членам групи

Це коли злочинець завдає тяжких тілесних або психічних ушкоджень одній чи кільком особам з наміром знищити групу (повністю або частково).

Така поведінка може включати, але не обов'язково обмежуватися актами тортур, зґвалтування, сексуального насильства чи нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження.²⁶⁰

(c) Акти сексуального насильства, включаючи зґвалтування

Акти сексуального насильства, включаючи зґвалтування, можуть вважатися геноцидом. Важливі міркування щодо розгляду зґвалтування та сексуального насильства в контексті геноциду включають:

- Зґвалтування та сексуальне насильство є серйозними тілесними та психічними ушкодженнями.
- Зґвалтування та сексуальне насильство можуть використовуватися як знаряддя для вчинення геноциду і не повинні тлумачитися як особисті дії окремих злочинців.
- Якщо акти сексуального насильства вчиняються з наміром знищити групу, то такі дії є актами геноциду.
- Стосовно наміру, зґвалтування чи сексуальне насильство може бути доказом наміру геноциду, залежно від обставин – наприклад, коли злочинець вчиняє зґвалтування з переконанням або щоб гарантувати, що жертва ніколи не одружиться повторно, або що зґвалтування буде мати такий вплив на неї чи групу, що вона не буде продовжувати рід.

Прецедентне право ICTR визнало, що зґвалтування та сексуальне насильство, якщо вони здійснюються з наміром геноциду, можуть бути актом геноциду.²⁶¹

(d) Навмисне створення умов життя, розрахованих на його повне або часткове фізичне знищення

Це відноситься до методів знищення, за допомогою яких злочинець не вбиває негайно членів групи, а створює певні умови життя для однієї або кількох осіб, де умови розраховані на фізичне знищення групи повністю або частково.

Термін «умови життя» може включати, але не обов'язково обмежуватися, умисним позбавленням ресурсів, необхідних для виживання, таких як їжа чи медичне обслуговування, або систематичне вигнання з дому.²⁶²

²⁵⁹ Elements of Crimes footnote 2 to article 6(a).

²⁶⁰ Elements of Crimes footnote 3 to article 6(b).

²⁶¹ Див. наприклад, *Prosecutor v. Akayesu* (Judgment) ICTR-96-4-T (2 September 1998) [731].

²⁶² Elements of Crimes footnote 4 to article 6(c).

Конфліктні ситуації часто призводять до обставин, коли цивільне населення не має належного харчування, води, житла чи медичної допомоги, тому важко встановити, що ці умови були спеціально створені для відповідності необхідним правовим стандартам.

(е) Запровадження заходів, спрямованих на запобігання народжуваності в групі

Геноцид шляхом застосування заходів, спрямованих на запобігання народжуваності, — це коли злочинець застосував певні заходи до однієї чи кількох осіб у групі з наміром запобігти народженню в цій групі.

Заходи, спрямовані на запобігання народженню, включають:

- Зґвалтування;
- Статеве каліцтво;
- Практика стерилізації;
- Примусовий контроль народжуваності;
- Розділення статей;
- Заборона шлюбів;
- Запліднення жінки для позбавлення групової ідентичності;
- Ментальні заходи.

(ф) Примусове переведення дітей з однієї групи в іншу групу

Геноцид шляхом примусового переміщення дітей – це коли злочинець примусово перемістив одну або більше осіб. Переміщення відбулося з оригінальної групи до іншої. Особа або особи були віком до 18 років. Злочинець знав або повинен був знати, що особа або особи були молодше 18 років.²⁶³

Термін «примусово» не обмежується фізичною силою, але може включати погрозу застосування сили чи примусу, наприклад, викликані страхом перед насильством, примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою, проти такої особи чи осіб чи іншої особи, або скориставшись примусовим середовищем.

4.3. Змова з метою вчинення геноциду

Стаття 25(3)(d) Римського статуту визначає змову як «вчинення або спробу вчинення такого злочину групою осіб, які діють із спільною метою». Змову з метою вчинення геноциду можна визначити як скоординовані дії осіб, які мають спільну мету та діють в єдиних рамках.

Формальна або інформаційна коаліція може становити таку структуру, якщо ті, хто діє в коаліції, знають про її існування, свою участь у ній та її роль у просуванні їх спільної мети.

4.4. Пряме та публічне підбурювання до вчинення геноциду

Згідно зі статтею 25(3)(e) Римського статуту, особа, яка прямо та публічно підбурює інших до вчинення геноциду, несе індивідуальну відповідальність і підлягає покаранню.

²⁶³ Elements of Crimes article 6(e).

Прямоту слід оцінювати в кожному конкретному випадку, щоб визначити, чи люди, для яких було призначено повідомлення, одразу зрозуміли зміст сказаного.

Немає необхідності доводити очікуваний результат. Особа все ще може нести відповідальність за пряме та публічне підбурювання до вчинення геноциду, навіть якщо таке підбурювання не призвело до результату або спроби досягти результату, очікуваного злочинцем.

4.5. Спроба вчинити геноцид

Стаття 25(3)(f) Римського статуту визначає «спробу» як початок вчинення злочину «шляхом істотного кроку, але злочин не відбувається через обставини, незалежні від намірів особи».

Однак «особа, яка відмовилася від спроби вчинення злочину або іншим чином перешкоджає завершенню злочину, не підлягає покаранню згідно з цим Статутом за спробу вчинення цього злочину, якщо ця особа повністю і добровільно відмовилася від злочинної мети».

Співучасть у вчиненні геноциду

Співучасть у вчиненні геноциду стосується всіх дій допомоги чи заохочення, які суттєво сприяли чи мали суттєвий вплив на завершення злочину геноциду.

Прецедентне право ICTR встановило, що практична допомога може включати ідентифікацію людей, які належать до групи, яку потрібно вбити, транспортування жертв до місць страти, а також надання сил, боєприпасів і матеріально-технічної підтримки виконавцям.²⁶⁴

5. ЗЛОЧИН АГРЕСІЇ

5.1. Положення Римського статуту про агресію та її розвиток

Злочин агресії вчиняє лідер або політик держави, який бере участь в акті агресії, здійсненому державою.

До недавнього часу ІСС не мав юрисдикції розглядати злочини агресії.²⁶⁵ Сторони Римського статуту погодилися, що юрисдикція Суду буде залежати від певних умов, включаючи домовленість щодо визначення агресії та умов її застосування. Довгий час домовленості не досягалися.

Держави-учасниці погодили визначення на Оглядовій конференції в Кампалі 2010 року, а в грудні 2017 року Асамблея держав-учасниць Римського статуту офіційно ухвалила резолюцію про активізацію юрисдикції Суду щодо цього нового злочину в липні 2018 року. З 17 липня 2018 року обвинувачувальну практику ІСС було розширено, щоб включити злочин агресії.

Нова стаття 8bis Римського статуту²⁶⁶ визначає злочин агресії як «планування, підготовку, ініціювання або вчинення особою, яка спроможна фактично здійснювати контроль за політичними чи військовими діями держави або керувати ними, акту агресії, який за своїм характером, тяжкістю та масштабами є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй».²⁶⁷ На Нюрнберзькому процесі був застосований інший і, можливо, більш комплексний тест для ідентифікації осіб, які можуть скоїти злочин агресії. Таким

²⁶⁴ *Prosecutor v Ntakirutimana et al* (Trial Judgment) ICTR-96-10-T and ICTR-96-17-T (21 February 2003) [789], [791] and [829].

²⁶⁵ Previously set out in Rome Statute, article 5.

²⁶⁶ Inserted by resolution RC/Res.6 of 11 June 2010.

²⁶⁷ Rome Statute, article 8(1) *bis*.

чином, вона може притягнути до відповідальності всіх, хто формує або впливає на політичні чи військові дії держави. Тим не менш, і Римський статут, і Лондонська хартія Нюрнберзького процесу визначили злочин агресії як злочин керівництва. Таким чином, злочин агресії відрізняється від інших злочинів, які розглядаються в рамках цього тренінгу, тим, що він нерозривно пов'язаний із протиправними діями однієї держави проти іншої держави.

У результаті поправок, внесених на конференції в Кампалі, правила щодо юрисдикції ІСС щодо злочину агресії відрізняються від правил щодо геноциду, воєнних злочинів і злочинів проти людяності (де держави-учасниці не можуть відмовитися від юрисдикції ІСС). Що стосується агресії, відповідно до статті 15bis Римського статуту держави-учасниці можуть вибрати юрисдикцію, яку вони бажають прийняти. Крім того, ІСС не має юрисдикції щодо агресії, якщо вона вчинена громадянами не держави-учасниці або вчинена на території такої держави.²⁶⁸ Якщо Рада Безпеки передає ситуацію агресії до Суду, існуватиме юрисдикція без цих кваліфікацій: у такому випадку жодній державі не потрібно приймати поправки.²⁶⁹

5.2. Звичайний характер злочину агресії (Нюрнберзьке рішення)

Перший міжнародний судовий процес за агресію під назвою «злочини проти миру» відбувся в Міжнародному військовому трибуналі для переслідування та покарання головних військових злочинців європейської осі (Нюрнберзький ІМТ) після Другої світової війни.²⁷⁰

Під час Другої світової війни, хоча серед Комісії ООН з військових злочинів не було чіткого консенсусу щодо того, чи існував на той час злочин агресії згідно з міжнародним правом, було досягнуто згоди щодо юрисдикції Нюрнберзького ІМТ щодо «злочинів проти миру». Стаття 6 Лондонської хартії визначила «злочини проти миру» як «планування, підготовку, початок або ведення агресивної війни або війни в порушення міжнародних договорів, угод чи гарантій, або участь у спільному плані чи змові з метою виконання будь-якого з вищезазначеного». Еквівалентні положення в Статуті Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу (Токійський ІМТ) і в Законі № 10 Контрольної ради Німеччини були дуже схожими.

Під час Нюрнберзького процесу обвинувачені заперечували, що, кодифікуючи злочини проти миру, Лондонська хартія створила новий закон і трибунал застосовував закон постфактум. Нюрнберзький ІМТ відхилив цей аргумент, постановивши, що агресивна війна є злочином згідно з міжнародним правом ще з часів пакту Келлога-Бріана. Ця аргументація була використана в рішенні Токійського ІМТ.²⁷¹

Судова практика Нюрнберзького ІМТ, доповнена подальшим провадженням відповідно до Закону № 10 Контрольної ради Німеччини та Токійського ІМТ, встановила злочин агресії згідно зі звичаєвим міжнародним правом.²⁷²

²⁶⁸ Rome Statute, article 15bis.

²⁶⁹ Rome Statute, article 15ter.

²⁷⁰ The Charter for the Tokyo IMT defined crimes against peace as ‘the planning, preparation, initiation, or waging of a declared or undeclared war of aggression, or a war in violation of international law, treaties, agreements or assurances’; Control Council Law No. 10, Art. II(a) began: ‘Initiation of invasions of other countries and wars of aggression in violation of international law and treaties, including but not limited to planning....’ (as in the London Charter).

²⁷¹ Tokyo IMT, reprinted in Neil Boister and Robert Cryer, *Documents on the Tokyo International Military Tribunal* (Oxford, 2008) 48, 437-9.

²⁷² Див. Ian Brownlie, *International Law and the Use of Force by States* (Oxford, 1963) 185-194; Yoram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, 6th edn (Cambridge, 2018).

5.3. Способи вчинення злочину агресії

«Акт агресії» означає «означає застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави чи в будь-який інший спосіб, несумісний зі Статутом Організації Об'єднаних Націй».²⁷³

Злочин може бути скоєно, незалежно від того, чи оголошена війна, якщо вчиняються будь-які з наступних дій:²⁷⁴

- Вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави, або будь-яка військова окупація, якою б тимчасовою вона не була, в результаті такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія із застосуванням сили території іншої держави або частини з цього;
- Бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;
- Блокада портів або узбережжя держави збройними силами іншої держави;
- Напад збройних сил держави на сухопутні, морські або повітряні сили або морський і повітряний флот іншої держави;
- Використання збройних сил однієї держави, які знаходяться на території іншої держави за згодою приймаючої держави, всупереч умовам, передбаченим угодою, або будь-яке продовження їх присутності на такій території після закінчення дії угоди;
- Дії держави, що дозволяють використовувати свою територію, яку вона передала у розпорядження іншої держави, цією іншою державою для вчинення акту агресії проти третьої держави;
- Надсилання державою або від її імені збройних угруповань, груп, нерегулярних формувань або найманців, які здійснюють дії збройної сили проти іншої держави настільки серйозні, що можна порівняти з діями, переліченими вище, або її суттєву участь у них.

5.4. Співвідношення міжнародного та національного (українського) права

Як зазначалося раніше, ІСС не має юрисдикції щодо злочинів агресії, вчинених громадянами держав, які не є сторонами Римського статуту. Росія та Білорусь не є сторонами Римського статуту, і тому ІСС не може переслідувати злочини агресії щодо поточного конфлікту в Україні.²⁷⁵

Варіанти міжнародного судового переслідування злочину агресії стосовно дій, вчинених на території України, включають створення спеціального трибуналу: наприклад, трибунал у стилі Нюрнберга, який об'єднав би юрисдикції кількох країн; або змішаний трибунал, створений за домовленістю між Україною та Організацією Об'єднаних Націй на прохання України та рекомендований Генеральною Асамблеєю. В якості альтернативи юрисдикцію ІСС щодо злочинів агресії можна розширити; у 2025 році вона має бути переглянута державами-учасниками, і юрисдикційний режим може бути переглянuto, щоб привести його

²⁷³ Rome Statute, article 8(2) *bis*.

²⁷⁴ Rome Statute, article 8(3) *bis*.

²⁷⁵ Ukraine is also not a party to the Rome Statute, but it submitted to the jurisdiction of the ICC in 2014 and extended that submission indefinitely in 2015.

Україна також не є учасником Римського статуту, але вона підкорилася юрисдикції ІСС у 2014 році та продовжила це підпорядкування на невизначений термін у 2015 році.

у відповідність до інших злочинів Римського статуту (хоча така поправка, ймовірно, застосовуватиметься перспективно, а не ретроспективно).

Україна в принципі може переслідувати злочин агресії всередині країни. Проте стаття 437 Кримінального кодексу України не містить вказівок щодо того, хто може бути виконавцем злочину. У статті також замовчується питання перевірки, яка може дозволити звзвити перелік політичних і військових лідерів, які можуть бути звинувачені у злочині агресії. Крім того, ні в українському законодавстві, ні в судовій практиці не йдеться про поширення функціональних імунітетів в українській юрисдикції. Отже, ці невизначеності ускладнюють застосування статті 437 для цілей судового переслідування та розгляду справ про ймовірні злочини агресії.

Більшість наукових і політичних коментарів закликають до створення міжнародного суду, а не національного, з кількох причин. По-перше, з точки зору принципів, загарбницька війна Росії завдала шкоди не лише Україні, а й міжнародній спільноті в цілому. По-друге, з практичної точки зору імунітети, ймовірно, завадили б внутрішньому судовому переслідуванню невеликої кількості високопоставлених російських і білоруських чиновників, що не стосується міжнародних судів.

РОЗДІЛ 2: ПРОЦЕСУАЛЬНЕ ПРАВО

6. НАЛЕЖНЕ КРИМІНАЛЬНЕ СУДОЧИНСТВО

6.1. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права

Ст.ст. 14 і 15 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права встановлено мінімальні процесуальні вимоги до справедливого судового розгляду. До них відносяться право бути повідомленим про характер і підставу пред'явленого обвинувачення мовою, яку обвинувачений розуміє, право на законне представництво і, де відповідно, надання безкоштовної допомоги перекладача, право допитувати свідків, які дають проти нього показання, право на презумпцію невинуватості і покладання на сторону обвинувачення тягаря доказування всіх елементів злочину поза розумним сумнівом.²⁷⁶

Ці мінімальні стандарти закріплено у Частині 6 Римського статуту, також ІСС у своїй практиці визнає ці стандарти «мінімальними орієнтирами міжнародного права для таких процесуальних прав».²⁷⁷

(a) Статутне право

Ст. 67 Римського статуту

Ст.ст. 14-15 Міжнародного пакту про громадянські і політичні права (ICCPR)

(b) Практика

Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi (Transcript) ICC-01/11-01/11-T-3-Red-ENG (10 October 2012): «це (*sic.*) досить безспірно, що стаття 14 ICCPR [...] є мінімальним критерієм міжнародного права стосовно таких процесуальних прав...».²⁷⁸

6.2. Фундаментальні принципи

В результаті наслідування ІСС принципів англосаксонської та романо-германської правових сімей створено гібридний змагально-дознавальний процес кримінального судочинства, який дозволяє суддям у певних випадках втручатися на стадії розслідування та вимагати від сторін подання суду додаткових доказів. Втім обов'язок прокурора щодо доведення вини обвинуваченого поза розумним сумнівом зберігається.²⁷⁹

(a) Презумпція невинуватості

²⁷⁶ UN General Assembly, Rome Statute of the International Criminal Court (last amended 2010) 17 July 1998 (Rome Statute) art 67; International Covenant on Civil and Political Rights (adopted 19 December 1966, entered into force 23 March 1976) 999 UNTS 171 (ICCPR) arts 14-15.

²⁷⁷ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (Transcript) ICC-01/11-01/11-T-3-Red-ENG (10 October 2012) 4 I.9-10.

²⁷⁸ *Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (Transcript) ICC-01/11-01/11-T-3-Red-ENG (10 October 2012) 4 I.9-10.

²⁷⁹ Rome Statute, article 66(2), (3).

Презумпція невинуватості – це правовий принцип, на якому будується багато інших процесуальних норм, що містяться в Римському статуті.²⁸⁰ Цей принцип поширюється на всі провадження, в тому числі і досудові. Дотримання презумпції невинуватості має особливе значення у сфері міжнародного кримінального судочинства, адже таким чином забезпечується легітимність суду.

Презумпцією невинуватості накладаються обмеження на інформацію, яку прокурор має право казати за межами судового засідання по справах, що перебувають на розгляді: «Враховуючи його відповідальність за проведення розслідувань та збір доказів, Апеляційна палата вважає, що прокурор може відігравати важливу роль в інформуванні спільнот, які є потерпілими, та громадськості в цілому про поточні розслідування та обвинувачення. При цьому, однак, він зобов'язаний поважати презумпцію невинуватості».²⁸¹ Дії суддів також обмежуються їхніми фундаментальними обов'язками.

(i) Статутне право

Ст.ст. 66, 55(2) та 67(1)(g) та (i) Римського статуту
Ст. 14(2) ICCPR
Гл. 2, п. 6.30(a) Кодексу поведінки Прокурора

(ii) Практика

Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi (Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor) ICC-01/11-01/11-175 (12 June 2012)

Prosecutor v. Ruto (Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial) ICC-01/09-01/11-777 (18 June 2013)

(b) Nullum crimen sine lege (Нема покарання без закону)

Принцип *nullum crimen sine lege* полягає в тому, що будь-яку особу не можна притягнути до кримінальної відповідальності за поведінку, яка на момент здійснення не вважалася злочином за законом. Цей принцип включає й чіткість правових норм, й відсутність у закону зворотної дії в часі (див. далі). Це основоположний принцип законності в рамках міжнародного кримінального права. Викладений у Римському статуті, цей принцип переформулюється зі статтею 11(2) Загальної декларації прав людини та статтею 15 ICCPR. Він поширюється як на процесуальне, так і на матеріальне право.²⁸²

Втім, адвокати та судді ІСС повинні знати, що в рамках самого Римського статуту існує певна гнучкість. Наприклад, злочин примусового шлюбу в Римському статуті ніде не зазначено. Але ІСС неодноразово кваліфікував (у справах Онгвена та Аль-Хасана в ІСС) таку поведінку, як «інші нелюдські діяння», що які є злочином проти людяності згідно зі статтею 7(1)(k) Римського статуту.

²⁸⁰ Rome Statute, article 66.

²⁸¹ *Prosecutor v. Gaddafi and Al-Senussi* (Decision on the Request for Disqualification of the Prosecutor) ICC-01/11-01/11-175 (12 June 2012) [27].

²⁸² *Prosecutor v. Dokmanović* (Decision on the Motion for Release by the Accused Slavko Dokmanović) IT-95-13a-PT (22 October 1997) [59]-[60]: "[t]he principle of legality is aimed at the lawfulness of both procedure and substance".

Тобто, було встановлено, що такий злочин завдає великих страждань або серйозної шкоди тілу людини, її психічному чи фізичному здоров'ю шляхом вчинення нелюдських діянь, подібних за характером до інших діянь, зазначених у статті 7(1) Статуту. Інші діяння, окремо не передбачені Римським статутом, аналогічно можуть бути визнані за статтею 7(1)(k) злочинами проти людяності. Наприклад, побиття з важкими наслідками, тримання під вартою у жахливих умовах та примус до спостереження актів побиття або вбивства інших осіб. Стосовно воєнних злочинів не існує еквівалентного загального положення, що охоплює усі можливі форми.

Римським статутом закріплено норму буквального тлумачення злочинів, визначення яких надано у цьому статуті, і виключено можливість правотворчості за аналогією. Будь-які неоднозначні ситуації тлумачаться на користь підслідного, обвинуваченого або засудженого.²⁸³ У справі *Катанги* Судовою палатою було підтверджено, що ст. 22(2) Римського статуту вимагає від суддів застосовувати лише чинні норми права та не створювати нові. Також у рішенні Палати зазначено, що обмеження тлумачення стосується лише випадків двозначності і не має переважної сили над нормами тлумачення, встановленими ст.ст. 31 і 32 Віденської конвенції про право міжнародних договорів.²⁸⁴

Ці принципи застосовуються лише до злочинів, визначених Римським статутом, і не застосовуються до злочинних діянь, які підпадають під дію інших актів міжнародного (або національного) права.²⁸⁵

Якщо національна правова база містить принцип *nullum crimen sine lege scripta* у рамках національного судочинства, тоді до звичаєвого міжнародного права слід підходити з обережністю, і таке право не може бути надійною підставою для притягнення до кримінальної відповідальності.²⁸⁶ Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії (ICTY) послідовно дотримується підходу достатності звичаєвого міжнародного права, хоча рішення у справі *Василевича* демонструє необхідність забезпечити належну чіткість визначень злочинів у звичаєвому міжнародному праві.²⁸⁷

(i) Статутне право

Ст. 22 Римського статуту

Ст. 15 ICCPR

Ст. 11(2) Загальної декларації прав людини²⁸⁸

Ст.ст. 31 і 32 Віденської конвенції про право міжнародних договорів

(ii) Практика

Prosecutor v. Dokmanović (Decision on the Motion for Release by the Accused Slavko Dokmanović) IT-95-13a-PT (22 October 1997)

²⁸³ Rome Statute, art 22(2).

²⁸⁴ *Prosecutor v. Katanga* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG (7 March 2014) [50].

²⁸⁵ Rome Statute, art 22(3).

²⁸⁶ Cryer et al (eds), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* (3rd edn, Cambridge, 2014) 19.

²⁸⁷ *Prosecutor v. Vasiljević* (Judgment) IT-98-32-T (29 November 2002) [193].

²⁸⁸ Universal Declaration of Human Rights (adopted 10 December 1948) UNGA Res 217 A(III) (UDHR).

Prosecutor v. Katanga (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/07-3436-tENG (7 March 2014)

Prosecutor v. Vasiljević (Judgment) IT-98-32-T (29 November 2002)

(c) Зворотна дія

Ст. 24 Римського статуту встановлено, що його правові норми не мають зворотної дії в часі, і ця ознака є складовою принципу законності, передбаченого ст.ст. 22-24 Римського статуту, поряд з принципом *nullum crimen sine lege*. Таким чином, ICC має юрисдикцію лише щодо злочинів, визначених Римським статутом і вчинених після набрання ним чинності 1 липня 2002 р. Ст. 126(2) Римського статуту встановлено дату набрання чинності для держав, які ратифікують Римський статут після його прийняття.

Ст. 24(2) Римського статуту передбачено, що у разі прийняття будь-яких змін до закону до ухвалення остаточного вироку, до судового рішення застосовуються норми закону, що є більш сприятливими для обвинуваченого.

(i) Статутне право

Ст.ст. 22-24 Римського статуту

Ст. 15 ICCPR

Ст. 58 Конституції України та ст. 5 Кримінального кодексу України

(ii) Практика

Prosecutor v. Lubanga (Decision of the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803 (29 January 2007): у цьому рішенні розглядається статус триваючих злочинів у контексті обмеження строку давності злочинів, що підпадають під юрисдикцію Римського статуту.

(d) Обов'язки адвоката

(i) Обов'язки прокурора

ICC, у ролі обвинувачувача, користується надзвичайно незалежною позицією. Прокурор зобов'язаний виконувати свої функції неупереджено та добросовісно.²⁸⁹ Прокурор має слідчі повноваження та обов'язки, включно із обов'язком докласти розумних зусиль для отримання виправдувальних доказів, якщо є обґрунтовані підстави вважати, що інформація, якої прокурор не має, може виправдати обвинуваченого.²⁹⁰ У функціях Прокурора ICC поєднані елементи функцій змагального прокурора загального права і слідчого судді цивільного права.

Розкриття інформації

²⁸⁹ Rome Statute, art 45.

²⁹⁰ Rome Statute, art 54; *Prosecutor v. Ruto et al. (Decision on Joint Defence Application for Further Prosecution Investigation Concerning [REDACTED] of Certain Prosecution Witnesses) ICC-01/09-01/11-1655 (12 January 2015) [32]*.

Правилами процедури і доказування (RPE) 76-84 на прокурора покладено широкі зобов'язання щодо постійного розкриття інформації, включаючи розкриття матеріалів, які виправдовують обвинуваченого, а також встановлено вимогу виконання таких зобов'язань якомога швидше, щоб надати стороні захисту можливість належно підготуватися.²⁹¹ Розкриття матеріалів, які безспірно виправдовують обвинуваченого, є частиною фундаментального права на справедливий суд і відображається у практиці Європейського суду з прав людини (ECtHR).²⁹² Там, де існує двозначність щодо потенційно виправдувального характеру матеріалів, суд вирішує, чи їхнє розкриття є необхідним.²⁹³ Розкриття інформації може бути обмежене, якщо таке розкриття може завдати шкоди слідству, або якщо цього вимагає збереження конфіденційності інформації або захист потерпілих або свідків, або інтереси національної безпеки держави, але будь-які рішення щодо обмеження мають бути ретельно збалансовані з урахуванням права обвинуваченого на справедливий суд.²⁹⁴ Якщо можливість забезпечити справедливість судового розгляду відсутня, може бути необхідним зняти обвинувачення або зупинити розгляд справи.²⁹⁵

Хоча існують обставини, за яких розкриття матеріалів, які виправдовують обвинуваченого, може бути законно обмеженим, нерозкриття інформації не може бути настільки значним, щоб обвинувачений був позбавлений справедливого судового розгляду. З метою запобігання процесуальній нерівності сторін, яка може виникнути в результаті нерозголошення (наприклад, на підставі угоди про конфіденційність, укладеної з джерелом інформації) прокурором наявних в нього матеріалів, що які потенційно виправдовують обвинуваченого, необхідно застосовувати процесуальні гарантії захисту прав обвинуваченого.²⁹⁶ На Судову палату покладено зобов'язання захищати справедливість судового розгляду і відповідальність за оцінку необхідності розкриття інформації відповідно до ст. 67(2) Римського статуту.²⁹⁷ Якщо справедливий судовий розгляд стає неможливим через нерозкриття інформації, необхідно зупинити провадження, незважаючи на те, що це «серйозно підриває судовий процес [... а жертви] виключені з правосуддя».²⁹⁸

(A) Статутне право

²⁹¹²⁹¹ Rome Statute art 67(1)(b); RPE, rule 76 and 77; *Prosecutor v. Bemba* (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III entitled 'Decision on application for interim release') ICC-01/05-01/08-323 (16 December 2008) [33].

²⁹² *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on the Consequences of Non-Disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (13 June 2008) [77]; *Jespers v Belgium* App no 8403/78 (Commission Report, 14 December 1981) [58].

²⁹³ Rome Statute, art 67(2).

²⁹⁴ Rome Statute, art 54(3)(f); RPE, Rule 81; see for example *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (15 June 2008) [45] and [82]-[85].

²⁹⁵ *Prosecutor v. Lubanga* (Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial) ICC-01/04-01/06-1019 (10 November 2007) [28]; *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (15 June 2008) [91] and [95].

²⁹⁶ *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (15 June 2008) [82].

²⁹⁷ *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (15 June 2008) [85].

²⁹⁸ *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (15 June 2008) [91] and [95].

Ст.ст. 61(3) і 64(3)(с) Римського статуту

(В) Практика

Prosecutor v. Lubanga (Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial) ICC-01/04-01/06-1019 (10 November 2007)

Prosecutor v. Banda and Jerbo, (Decision on the defence request for a temporary stay of proceedings) ICC-02/05-03/09-410 (26 October 2012)

Prosecutor v. Lubanga (Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (15 June 2008)

(С) Статутне право

Ст.ст. 15(1)-(3), 45, 53-54, 61(3), 64(2), 64(3)(с), 64(6), 67(1)(b), 67(2) та 72 Римського статуту
Правила процедури і доказування (RPE) 5(1)(b) та 76-84, розділ 4 ч. 2
Розділ 3, ч.ч. 2-4 Кодексу поведінки Прокурора ICC

(D) Практика

Prosecutor v Abd Al Raham (“Kushyab”) (Decision on the Confirmation of Charges Against Ali Muhammad Ali Abd-Al Raham) ICC-02/05-01/20-433 (23 November 2021) para 16.

Prosecutor v. Lubanga (Judgment on the Appeal of the Prosecutor against the Decision of Trial Chamber I entitled ‘Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008’) ICC-01/04-01/06-1486 (21 October 2008)

Prosecutor v Lubanga Dyilo, (Decision on the final system of disclosure and the establishment of a timetable) ICC-01/04-01/06-102 (15 May 2006)

Prosecutor v. Ruto et al. (Decision on Joint Defence Application for Further Prosecution Investigation Concerning [REDACTED] of Certain Prosecution Witnesses) ICC-01/09-01/11-1655 (12 January 2015)

Prosecutor v. Lubanga (Decision on the Consequences of Non-Disclosure of Exculpatory Materials Covered by Article 54(3)(e) Agreements and the Application to Stay the Prosecution of the Accused, Together with Certain Other Issues Raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (13 June 2008)

Prosecutor v. Bemba (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against the decision of Pre-Trial Chamber III entitled ‘Decision on application for interim release’) ICC-01/05-01/08-323 (16 December 2008)

Jespers v Belgium App no 8403/78 (Commission Report, 14 December 1981)

Prosecutor v. Lubanga (Decision Regarding the Timing and Manner of Disclosure and the Date of Trial) ICC-01/04-01/06-1019 (10 November 2007)

Prosecutor v. Lubanga (Decision on the consequences of non-disclosure of exculpatory materials covered by Article 54(3)(e) agreements and the application to stay the prosecution of the accused, together with certain other issues raised at the Status Conference on 10 June 2008) ICC-01/04-01/06-1401 (15 June 2008)

Prosecutor v. Banda and Jerbo, (Decision on the defence request for a temporary stay of proceedings) ICC-02/05-03/09-410 (26 October 2012)

(ii)Обов'язки незалежного захисника

Обов'язки захисника у провадженні ІСС встановлено у різних документів, прийнятих ІСС, і до них входять зобов'язання (i) діяти оперативно з метою уникати зайвих витрат і затримок; (ii) не діяти у будь-який спосіб, що може зашкодити поточному провадженню або призвести до дискредитації Суду; (iii) не вводити суд свідомо в оману та не створювати хибного враження у суддів та вживати всіх необхідних заходів на виправлення будь-яких помилкових тверджень; та (iv) не подавати будь-яких запитів чи документів з єдиною метою завдати шкоди одному або кільком учасникам провадження.²⁹⁹

Що стосується розкриття інформації, то на захисника поширюються більш обмежені зобов'язання, ніж на прокурора, хоча він повинен розкривати інформацію за такий час заздалегідь, який дозволить прокуророві належно підготуватися.³⁰⁰ Захисник має дозволити прокурору перевіряти будь-які наявні у нього докази, на які він має намір спиратися як на докази, а також повинен розкривати (наприклад) деталі будь-якого алібі, на яке він збирається спиратися; а також прізвища свідків та інші докази, на які збирається спиратися як на підстави для звільнення його клієнта від кримінальної відповідальності.³⁰¹

A. Статутне право

Ст.ст. 64(2) та 69(3)22 Римського статуту
Ст. 14(3)(d) ICCPR
Правила RPE 22 та 78-80
Положення 67 Регламенту ІСС,
Гл. 2, гл. 3 та ст.24 Кодексу професійної поведінки адвоката³⁰²

B. Практика

Prosecutor v Leonidas Nshogoza (Further decision to sanction defence counsel for misconduct, Rules 26 and 54 of the Rules of Procedure and Evidence) ICTR-07-91-T (17 March 2009)

Prosecutor v. Lubanga (Decision on disclosure by the defence) ICC-01/04-01/06-1235-Corr-Anx1 (20 March 2008): рішенням встановлено, що зобов'язання захисту щодо розкриття інформації,

²⁹⁹ RPE, rule 22; Code of Professional Conduct for Counsel (adopted 2 December 2005) ICC0ASP/4/Res.1, ch 3 and art 24.

³⁰⁰ RPE, rule 79.

³⁰¹ Правило 78 RPE; також ст.ст.64(2) і 69(3) Римського статуту.

³⁰² ICC, Code of Professional Conduct for Counsel (adopted 2 December 2005) ICC0ASP/4/Res.1 (COPCC).

викладені в правилах 78 і 79 RPE, не порушують прав обвинувачених, наданих ст. 55 Римського статуту.³⁰³

Prosecutor v. Katanga (Decision on the Prosecution's Application Concerning Disclosure by the Defence Pursuant to Rules 78 and 79(4)) ICC-01/04-01/07-2388 (14 September 2010): рішенням підтверджено, що положення 79(4) щодо дискредитації суду поширюється лише на докази у справі, і що зведені документи та структура справи захисту не підпадають під дію положення 79(4).³⁰⁴

(e) Судовий розгляд у присутності обвинуваченого і судовий розгляд *in absentia*

І Римський статут, і ICCPR чітко передбачають, що судовий розгляд має відбуватися в присутності обвинуваченого.³⁰⁵ У Римському статуті є положення, яке дозволяє Палаті досудового провадження проводити слухання за відсутності обвинуваченого з метою затвердження обвинувачень, на підставі яких Прокурор має намір вимагати проведення судового розгляду, у випадках, коли (а) обвинувачений відмовився від свого права бути присутнім на слуханні його справи або (б) переховується або неможливо встановити його місце перебування, і було вжито всіх обґрунтованих заходів для забезпечення його явки до Суду, щоб поінформувати його про висунуті проти нього обвинувачення, а також про намір провести судові слухання. У зазначеному випадку така особа може бути представлена захисником, якщо Палата досудового провадження визначить, що це відповідає інтересам правосуддя.³⁰⁶

Ст. 63(2) Римського статуту також дозволяється видалити відповідача із зали суду, якщо він порушує хід судового розгляду. Зазначений захід вживається лише за виняткових обставин після того, як інші альтернативи розумні заходи виявилися недостатніми. Положення RPE дозволяють обвинуваченому бути присутнім відеозв'язком або не бути присутнім на судовому розгляді і бути представленим адвокатом під час частини або під час всього судового розгляду. Суд може задовольнити таке клопотання лише в тому випадку, якщо (а) відсутність обвинуваченого виправдана винятковими обставинами; (б) альтернативні заходи, включаючи перенесення дати засідання, не є відповідними; (с) обвинувачений прямо відмовився від свого права бути присутнім на судовому засіданні; і (г) права обвинуваченого будуть повністю забезпечені за його відсутності. Суд також може звільнити обвинуваченого від обов'язку бути присутнім за його заявою, якщо він уповноважений виконувати надзвичайні державні обов'язки на найвищому рівні.³⁰⁷

Аналогічні положення викладені в статутах та/або правилах процедури, що регулюють роботу Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії (ICTY), Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди (ICTR), але слід зазначити, що ці положення рідко, якщо взагалі коли-небудь, використовуються.³⁰⁸ Міжнародна судова практика щодо заочного судового розгляду більш

³⁰³ *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on disclosure by the defence) ICC-01/04-01/06-1235-Corr-Anx1 (20 March 2008) [27]-[28].

³⁰⁴ *Prosecutor v. Katanga* (Decision on the Prosecution's Application Concerning Disclosure by the Defence Pursuant to Rules 78 and 79(4)) ICC-01/04-01/07-2388 (14 September 2010) [55].

³⁰⁵ Rome Statute, arts 63(1) and 67(d); ICCPR art 14(3)(d).

³⁰⁶ Rome Statute, art 61(2).

³⁰⁷ RPE, rules 134 *ter* and 134 *quater*.

³⁰⁸ Björn Elberling, "Article 63(2)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsis.org/clicc/63-2/63-2>> accessed 13 October 2022; see also *Prosecutor v William Samoei Ruto and Joshua Arap Sang* (Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial) ICC-01/09-01/11-777 (18 June 2013) [104]; *Prosecutor v Uhuru*

розвинена в Комітеті ООН з прав людини та ЕСТНР, де суду дозволено заочно проводити судові процеси за умови задоволення трьох основних гарантій: (1) обвинувачений отримав повідомлення про провадження, (2) обвинувачений представлений захисником і йому надається можливість ефективно представити свою справу та (3) обвинувачений має право на повторний розгляд справи.³⁰⁹

Будь-який національний суд, який розглядає питання про те, чи продовжувати заочний розгляд справи обвинуваченого, повинен забезпечити наявність достатніх процесуальних гарантій справедливого судового розгляду та прав обвинуваченого за його відсутності.

(i) Статутне право

Ст.ст. 61(2), 63(1), 67(d) Римського статуту

Ст.ст. 14 та 15 ICCPR

Правила 134 тер та 134 кватер RPE

(ii) Практика

Prosecutor v Ruto and Sang (Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial) ICC-01/09-01/11-777 (18 June 2013)

Prosecutor v. Ruto and Sang (Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial") ICC-01/09-01/11-1066 (25 October 2013)

Prosecutor v Uhuru Muigai Kenyatta (Decision on Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial) ICC-01/09-02/11-830 (18 October 2013)

6.3. Україна

(a) Презумпція невинуватості

Статті 62, 63 Конституції України.

Стаття 62. Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні злочину.

Обвинувачення не може ґрунтуватися на доказах, одержаних незаконним шляхом, а також на припущеннях. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на її користь.

Стаття 63. Особа не несе відповідальності за відмову давати показання або пояснення щодо себе, членів сім'ї чи близьких родичів, коло яких визначається законом.

Muigai Kenyatta (Decision on Defence Request for Conditional Excusal from Continuous Presence at Trial) ICC-01/09-02/11-830 (18 October 2013) [124] and Prosecutor v. Ruto and Sang (Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Trial Chamber V(a) of 18 June 2013 entitled "Decision on Mr Ruto's Request for Excusal from Continuous Presence at Trial") ICC-01/09-01/11-1066 (25 October 2013).

³⁰⁹ IBA International Criminal Court and international Criminal Law Programme, *Report on the "Experts" Roundtable on trials in absentia in international criminal justice*, September 2016 <<https://www.ibanet.org/document?id=Experts-roundtable-trials-in-absentia>> accessed 13 October 2022, 5.

Підозрюваний, обвинувачений чи підсудний має право на захист.

Засуджений користується всіма правами людини і громадянина, за винятком обмежень, які визначені законом і встановлені вироком суду.

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 17. Презумпція невинуватості та забезпечення доведеності вини

1. Особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вина не буде доведено у порядку, передбаченому цим Кодексом, і встановлено обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили.

2. Ніхто не зобов'язаний доводити свою невинуватість у вчиненні кримінального правопорушення і має бути виправданим, якщо сторона обвинувачення не доведе винуватість особи поза розумним сумнівом.

3. Підозра, обвинувачення не можуть ґрунтуватися на доказах, отриманих незаконним шляхом.

4. Усі сумніви щодо доведеності вини особи тлумачаться на користь такої особи.

5. Поводження з особою, вина якої у вчиненні кримінального правопорушення не встановлена обвинувальним вироком суду, що набрав законної сили, має відповідати поведженню з невинуватою особою.

(b) Nullum crimen sine lege (Нема покарання без закону)

Кримінальний кодекс, стаття 2. Підстава кримінальної відповідальності

1. Підставою кримінальної відповідальності є вчинення особою суспільно небезпечного діяння, яке містить склад кримінального правопорушення, передбаченого цим Кодексом.

2. Особа вважається невинуватою у вчиненні кримінального правопорушення і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вина не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду.

3. Ніхто не може бути притягнений до кримінальної відповідальності за те саме кримінальне правопорушення більше одного разу.

(c) Зворотна дія

Кримінальний кодекс, стаття 5. Зворотна дія закону про кримінальну відповідальність у часі

1. Закон про кримінальну відповідальність, що скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, має зворотну дію у часі, тобто поширюється на осіб, які вчинили відповідні діяння до набрання таким законом чинності, у тому числі на осіб, які відбувають покарання або відбули покарання, але мають судимість.

2. Закон про кримінальну відповідальність, що встановлює кримінальну протиправність діяння, посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, не має зворотної дії в часі.

3. Закон про кримінальну відповідальність, що частково пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи, а частково посилює кримінальну відповідальність або іншим чином погіршує становище особи, має зворотну дію у часі лише в тій частині, що пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

4. Якщо після вчинення особою діяння, передбаченого цим Кодексом, закон про кримінальну відповідальність змінювався кілька разів, зворотну дію в часі має той закон, що скасовує кримінальну протиправність діяння, пом'якшує кримінальну відповідальність або іншим чином поліпшує становище особи.

(d) Обов'язки захисника

(i) Обов'язки прокурора

Прокурор є самостійним (Кримінальний процесуальний кодекс, ст. 36). Прокурор зобов'язаний неупереджено і сумлінно виконувати покладені на нього обов'язки. Прокурор здійснює керівництво обвинуваченням, доручає слідчому збирати докази, погоджує окремі рішення слідчого під час досудового розслідування.

(A) Відкриття інформації

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 290. Відкриття матеріалів іншій стороні

2. Прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язаний надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, у тому числі будь-які докази, які самі по собі або в сукупності з іншими доказами можуть бути використані для доведення невинуватості або меншого ступеня винуватості обвинуваченого, або сприяти пом'якшенню покарання.

(ii) Обов'язки захисника

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 47. Обов'язки захисника

Захисник зобов'язаний використовувати засоби захисту, передбачені цим Кодексом та іншими законами України, з метою забезпечення дотримання прав, свобод і законних інтересів підозрюваного, обвинуваченого та з'ясування обставин, які спростовують підозру чи обвинувачення, пом'якшують чи виключають кримінальну відповідальність підозрюваного, обвинуваченого.

(A) Відкриття інформації

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 290. Відкриття матеріалів іншій стороні

Сторона захисту за запитом прокурора зобов'язана надати доступ та можливість скопіювати або відобразити відповідним чином будь-які речові докази або їх частини, документи або копії з них, а також надати доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту, якщо сторона захисту має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді.

Сторона захисту має право не надавати прокурору доступ до будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення. Вирішення питання про віднесення конкретних матеріалів до таких, що можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення і, як наслідок, прийняття рішення про надання чи ненадання прокурору доступу до таких матеріалів, може бути відкладено до закінчення ознайомлення сторони захисту з матеріалами досудового розслідування.

(e) Судовий розгляд у присутності обвинуваченого і заочний судовий розгляд

Кримінальний процесуальний кодекс говорить, що за загальним правилом судовий розгляд має відбуватися в присутності обвинуваченого.

Проте ст. 297-1 КПК допускається судовий розгляд за відсутності обвинуваченого (in absentia) щодо злочинів, зазначених у ст. 438 Кримінального кодексу - військові злочини.

Також ст. 323 (3) КПК допускається розгляд справи за відсутності обвинуваченого (in absentia), якщо стосовно нього прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся.

7. ДОКАЗИ

7.1. Прийнятність

Якщо палата не постановить, що доказ є неприйнятним, він вважається належним чином поданим до палати, якщо він був поданий відповідно до вимог RPE.

Палата не виносить рішення щодо прийнятності кожного доказу під час провадження. Це робиться лише в тому випадку, якщо будь-яка сторона оскаржить прийнятність доказу або сама палата вважає, що повинна винести постанову за власною ініціативою.³¹⁰ Заперечення дозволяється висувати після подання доказів, але не раніше.³¹¹

(a) Статутне право

Ст. 64(9) Римського статуту
Правила 64(3) RPE ICC

(b) Практика

Prosecutor v. Lubanga, (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803 (29 January 2007)

Prosecutor v Alfred Yekatom (Decision on the Yekatom Defence Motion to Exclude Call Location evidence) ICC-01/14-01/18-602 (24 July 2020)

Prosecutor v Bemba Gombo, (Judgement pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/08-3343 (21 March 2016)

(c) Тест на допустимість

Палата ухвалює рішення лише на підставі прийнятних доказів, які є в її розпорядженні.³¹² Таким чином, Палата повинна розглянути, чи є доказ прийнятним, перш ніж оцінити його разом з іншими доказами у справі.³¹³

Щоб визначити допустимість доказів, Палата здійснює розгляд сили доказів, а також будь-яку шкоду, яку такі докази можуть завдати проведенню справедливого судового розгляду.³¹⁴

Палата має задати собі три запитання у зв'язку із цим:³¹⁵

³¹⁰ RPE, rule 64

³¹¹ *Prosecutor v Yekatom* (Decision on the Yekatom Defence Motion to Exclude Call Location evidence) ICC-01/14-01/18-602 (24 July 2020) [16]

³¹² Rome Statute, article 74(2).

³¹³ *Prosecutor v Al. Hassan* (Decision on requests related to the submission into evidence of Mr Al Hassan's statements) ICC-01/12-01/18-1475 (20 May 2021) [30].

³¹⁴ Rome Statute, article 69(4).

1. Перше – відповідність: чи стосується наданий матеріал питання, яке Палата має належним чином розглянути під час розслідування обвинувачень. Матеріал стосується справи, лише якщо він потенційно може вплинути на рішення палати щодо принаймні одного факту, щодо якого необхідно винести рішення у справі.
2. Друге – сила: чи має цей доказ доказову силу з огляду на його надійність, достовірність і точність. Суд повинен переконатися, що є й інші докази, які вказують на походження предмета.
3. Третє – упередженість: палата повинна, у відповідних випадках, зважити доказову силу та негативний вплив на справедливий судовий розгляд або справедливу оцінку показань свідка. Йдеться про розслідування фактів, але палата може оцінити й упередження, посиляючись на права обвинуваченого, які викладено в ст. 67 Статуту. Навіть якщо доказ є релевантним, суд може визнати доказ недопустимим, якщо його преюдиційний ефект перевищує його силу.

Докази, визнані невідповідними або недопустимими, не повинні братися до уваги палатою під час ухвалення рішення.³¹⁶

Судові палати ІСС тепер відійшли від оцінки допустимості доказів під час судового провадження, за винятком випадків, якщо докази були отримані в результаті порушення міжнародно визнаних прав людини (ст. 69(7)).

Зараз судові палати зазвичай розглядають усі докази, на які посиляються сторони, як «надані» та розглядають питання допустимості у рамках загальної оцінки доказів під час обговорення потенційного рішення на нараді.

(i) Статутне право

Ст.ст. 74(2); 69(4) Статуту ІСС

(ii) Практика

Prosecutor v Al. Hassan (Decision on requests related to the submission into evidence of Mr Al Hassan's statements) ICC-01/12-01/18-1475 (20 May 2021)

Prosecutor v Bemba Gombo, (Decision on the prosecution's application for admission of materials into evidence Pursuant to Article 69(4) of the Rome Statute) ICC-01/05-01/2299 (6 September 2012)

(d) Докази, отримані з порушенням міжнародно визнаних стандартів прав людини

Якщо докази були отримані з порушенням положень Римського статуту або міжнародно визнаних прав людини, вони не є допустимими, якщо: (i) порушення породжує суттєві сумніви стосовно достовірності доказів; або (ii) допущення доказів було б несумісним з об'єктивним провадженням і завдало б йому серйозної шкоди.³¹⁷

³¹⁵ *Prosecutor v Bemba* (Decision on the prosecution's application for admission of materials into evidence Pursuant to Article 69(4) of the Rome Statute) ICC-01/05-01/2299 (6 September 2012) [9].

³¹⁶ RPE, rule 64(3)

³¹⁷ Rome Statute, article 69(7).

Палата розглядає обставини, за яких були зібрані докази.³¹⁸ При оцінці серйозності порушення, Суд враховує: (i) характер і тяжкість порушення; (ii) чи стосуються порушені права обвинуваченого; і (iii) ступінь контролю, з боку сторони обвинувачення, процесу збору доказів або повноваження щодо запобігання неправомірній або незаконній діяльності.³¹⁹ Навіть якщо факт порушення встановлено, це само по собі не означає, що докази будуть визнані неприйнятними.

Загалом ІСС не вважає себе зв'язаним рішеннями національних судів у питаннях доказів. Це однаково стосується рішень, які стосуються того, чи докази порушують права людини. Навіть якщо національний суд виніс рішення про те, що таке порушення мало місце, палата проводить власну оцінку, чи мало місце порушення як Статуту, так і прав людини, але не розглядає питання, чи мало місце порушення національного законодавства держави.³²⁰

(i) Статутне право

Ст. 69(7) Римського статуту

(ii) Практика

Prosecutor v Al. Hassan (Decision on requests related to the submission into evidence of Mr Al Hassan's statements) ICC-01/12-01/18-1475 (20 May 2021)

Prosecutor v. Lubanga (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803 (29 January 2007)

7.2. Типи доказів

Ієрархія доказів відсутня. Палата вирішує питання щодо сили доказів на власний розсуд.³²¹

(e) Усні свідчення

По-перше, показання надаються свідками особисто. Палата може викликати свідка з метою надання показань перед судом,³²² якщо його свідчення не підпадає під такі винятки: конфіденційне повідомлення, захищене привілеєм свідка, самообвинувачення або свідок є дружиною/чоловіком, дитиною або одним з батьків обвинуваченого.³²³

(i) Спеціальні заходи

Прокурор або представник потерпілих може подати клопотання про вжиття спеціальних заходів, щоб допомогти свідку дати свідчення особисто.³²⁴ Палата Суду має у своєму розпорядженні низку

³¹⁸ *Prosecutor v Al. Hassan* (Decision on requests related to the submission into evidence of Mr Al Hassan's statements) ICC-01/12-01/18-1475 (20 May 2021) [45]

³¹⁹ *Prosecutor v Al. Hassan* (Decision on requests related to the submission into evidence of Mr Al Hassan's statements) ICC-01/12-01/18-1475 (20 May 2021) [34]

³²⁰ *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06-803 (29 January 2007) [69]; Rome Statute, article 69(8).

³²¹ *Prosecutor v Bemba Gombo* (Judgement pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/08-3343 (21 March 2016) [234].

³²² RPE, rule 66.

³²³ RPE rules 73,74 and 75.

³²⁴ Rome Statute, article 68(2); *Prosecutor v Mahamat Said Abdel Kani* (Decision on the Prosecution's Request for In-Court Measures) ICC-01/14-01/21(21 September 2022).

інструментів у цьому відношенні, зокрема: вжиття заходів аби не розкривати особи свідка громадськості; перехід на закриті або приватні засідання під час певної частини провадження, коли свідки дають показання, з метою захисту їхніх особистостей; і попереднє розкриття питань або тем, які будуть висвітлюватися сторонами.³²⁵

Палата розглядає низку факторів при вирішенні чи вживати спеціальних заходів для захисту безпеки свідка та яких саме. При цьому враховують вік, стать, стан здоров'я свідка, та характер злочину, якому він був підданий, а також, чи пов'язаний злочин із сексуальним або гендерним насильством або насильством над дітьми.³²⁶

Свідку може бути дозволено надати усні свідчення перед палатою за допомогою засобів аудіо- чи відеозв'язку (щоб не перебувати фізично в залі суду в цей час), за умови, що така технологія дозволяє прокурору, стороні захисту і самій палаті Суду допитати свідка.³²⁷ Під час розгляду запитів про надання доказів засобами відеозв'язку Палата Суду має дотримуватися балансу між забезпеченням прав обвинуваченого на справедливий суд та міркуваннями захисту потерпілих.³²⁸

Судді також можуть керувати допитом свідків або потерпілих.³²⁹

(f) Попередньо записані усні свідчення

Ст. 69(2) прямо передбачено виняток із правила про те, що свідок повинен давати усні свідчення. Палата може дозволити застосувати раніше записані аудіо чи відеосвідчення або стенограму чи інший документальний доказ таких показань замість усних свідчень.³³⁰

Проте, якщо свідок фізично не присутній на засіданні палати, докази можуть бути допущені лише у будь-якому з наступних випадків: (i) і прокурор, і захисник мали можливість допитати свідка під час запису; (ii) свідчення слугать доказом іншого факту, ніж дії та поведінка обвинуваченого; (iii) свідчення були надані особою, яка згодом померла, повинна вважатися мертвою, або яка не може бути присутньою і надати свідчення особисто через перешкоди, які неможливо подолати.³³¹

Якщо свідок фізично присутній на засіданні палати, палаті все одно можуть бути представлені попередньо записані свідчення, якщо свідок не заперечуватиме проти цього, та прокурор, сторона захисту і самі судді палати матимуть можливість допитати свідка під час засідання.³³²

Ст. 56 дозволяється збирати докази до судового розгляду. Це дає змогу незахищеним свідкам надати свідчення у відносно стислі строки після арешту обвинуваченого. Таким чином, судовий процес потенційно стає коротшим та гуманнішим.

(i) Статутне право

³²⁵ *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on various issues related to witnesses' testimony during trial 29) ICC-01/04-01/06-1140 (29 January 2008) [33]; *Prosecutor v. Lubanga* (Decision on disclosure by the defence, ICC-01/04-01/06-1235 (20 March 2008) [37].

³²⁶ Rome Statute, article 68.

³²⁷ RPE, rule 67

³²⁸ *Prosecutor v. Lubanga* (Redacted Decision on the defence request for a witness to give evidence via video-link) ICC-01/04-01/06-2285-Red (10 February 2010).

³²⁹ Code of Judicial Ethics, article 9(2).

³³⁰ RPE, rule 68.

³³¹ RPE, rule 68(2).

³³² RPE, Rule 68(3).

Ст.ст. 64(6); 69(1) Римського статуту;
Правила 66-68; 73-75 RPE ICC
Ст. 68 Римського статуту
Правило 70 RPE ICC

(iii) Практика

Prosecutor v Bemba Gombo, (Judgement pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/08-3343 (21 March 2016)

Prosecutor v. Lubanga (Decision on the Prosecution's application for admission of four documents from the bar table pursuant to Article 64(9)) ICC-01/04-01/06 (20 January 2011)

The Prosecutor v Mahamat Said Abdel Kani, (Decision on the Prosecution's Request for In-Court Measures) ICC-01/14-01/21(21 September 2022)

Prosecutor v. Lubanga (Redacted Decision on the defence request for a witness to give evidence via video-link) ICC-01/04-01/06-2285-Red (10 February 2010)

Prosecutor v. Lubanga (Decision on various issues related to witnesses' testimony during trial 29) ICC-01/04-01/06-1140 (29 January 2008);

Prosecutor v. Lubanga (Decision on disclosure by the defence, ICC-01/04-01/06-1235 (20 March 2008)

Prosecutor v. Katanga (Judgment on the appeal of the Prosecutor against the decision of Pre-Trial Chamber I entitled "First Decision on the Prosecution Request for Authorisation to Redact Witness Statements") ICC-01/04-01/07-475 (12 May 2008)

Prosecutor v. Tadić (Decision on the Prosecutor's Motion Requesting Protective Measures for Victims and Witnesses) IT-94-1 (10 August 1995)

(g) Документальні докази

Тест на допустимість (викладений вище) в рівній мірі застосовується до документів, на які сторони бажають спиратися. Свідки можуть бути допитані за документами. Доказову цінність і достовірність документа визначає суд.³³³

(h) Свідчення експертів

Палата може приймати свідчення експертів в якості допоміжних у справі. У палати є повноваження інструктувати експерта за власною пропозицією з направленням сторонам таких спільних інструкцій для експертів.³³⁴ Експерт виконує обов'язки перед судом, незалежно від того, яка сторона надала йому інструкції.³³⁵

³³³ *Prosecutor v Ntaganda* (Judgment Pursuant to Article 74) ICC-01/04-02/06-2359 (08 July 2019) [50].

³³⁴ Regulations of the Court, Regulation 44(4), (2).

³³⁵ *Prosecutor v Ngudjolo Chui* (Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-02/12-3 (18 December 2012) [60].

При оцінці свідчень експерта палата враховує такі фактори, як встановлена компетентність конкретного свідка у відповідній галузі знань, використовувана методологія, ступінь, в якій висновки експерта узгоджуються з іншими доказами у справі, загальна достовірність доказів експерта, а також ступінь, в якій висновки узгоджуються з іншими доказами у справі.³³⁶

(i) Статутне право

Ст. 68 Римського статуту
Положення 44 Регламенту ICC

(ii) Практика

Prosecutor v Al Hassan, (Decision on Prosecution application submitting 63 open-source exhibits into evidence) ICC-01/12-01/18, (15 June 2021)

Prosecutor v Lubanga Dyilo (Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/0 (14 March 2012)

Prosecutor v Ngudjolo Chui (Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-02/12-3 (18 December 2012)

(i) Свідчення з чужих слів

У правовому полі ICC немає процесуальної заборони на прийняття або врахування свідчень з чужих слів. Той факт, що докази є свідченнями з чужих слів, буде враховано при оцінці доказу за критеріями допустимості (див. вище)³³⁷, але сам по собі цей факт не робить доказ недопустимим.³³⁸ Те саме стосується анонімних свідчень з чужих слів. Палата розглядає, чи є такі докази відповідними, та чи мають доказову силу та преюдиціальний вплив на обвинуваченого з урахуванням неможливості допиту джерела анонімних доказів.³³⁹

Якої сили палата Суду надасть будь-яким свідченням з чужих слів, буде залежати від того, чи є у справі інші підтверджуючі докази.³⁴⁰

(i) Статутне право

³³⁶ *Prosecutor v Lubanga Dyilo (Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/0 (14 March 2012) [112].*

³³⁷ *Prosecutor v Ngudjolo Chui (Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of the Trial Chamber) ICC-01/04-02/12 (07 April 2015) [226].*

³³⁸ *Prosecutor v Bemba Gombo (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/08-36360-Red (8 June 2018) [874].*

³³⁹ *Prosecutor v Ntaganda (Judgment Pursuant to Article 74) ICC-01/04-02/06-2359 (8 July 2019) [68].*

³⁴⁰ *Prosecutor v Gbagbo and Blé Goudé, Reasons for oral decision of 15 January 2019 on the Requête de la Défense de Laurent Gbagbo afin qu'un jugement d'acquittement portant sur toutes les charges soit prononcé en faveur de Laurent Gbagbo et que sa mise en liberté immédiate soit ordonnée, and on the Blé Goudé Defence no case to answer motion, ICC-02/11-01/15-1263, Trial Chamber I, 16 July 2019, Opinion of Judge Cuno Tarfusser, ICC-02/11-01/15-1263-AnxA; Reasons of Judge Geoffrey Henderson, ICC-02/11-01/15-1263-AnxB-Ref*

Ст. 68 Римського статуту
Положення 44 Регламенту ICC

(ii) Практика

Prosecutor v Al Hassan, (Decision on Prosecution application submitting 63 open source exhibits into evidence) ICC-01/12/01/18, (15 June 2021)

Prosecutor v Lubanga Dyilo (Judgment Pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/04-01/0 (14 March 2012)

Prosecutor v Bemba Gombo (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/13 (8 March 2018)

Prosecutor v Ngudjolo (Judgment on the Prosecutor's appeal against the decision of the Trial Chamber) ICC-01/04-02/12 (07 April 2015)

Prosecutor v Gbagbo and Ble Goude (Dissenting opinion of Judge Geoffrey Henderson) ICC-02/11-01/15 (19 June 2018)

Prosecutor v Ntaganda (Judgment Pursuant to Article 74) ICC-01/04-02/06-2359 (8 July 2019)

Prosecutor v Ntaganda (Dissenting opinion of Judge Christine Van den Wyngaert), ICC-01/04-02/06 (05 March 2014)

(j) **Домовленості (угоди) щодо доказів**³⁴¹

Сторони можуть домовитися про те, що заявлений факт, зміст документа, очікувані свідчення або інші докази не підлягають оскарженню. Тоді палата може вважати такий факт доведеним за умови, що судді палати не вбачають необхідності одержати більш повний виклад фактів в інтересах правосуддя. При цьому можуть враховуватися інтереси потерпілих.

Згідно з ч. 6 ст. 69 палата може визнавати загальновідомі факти такими, що не потребують доказування. Судова палата має право постановити, що певний факт є загальновідомим і таким, який не потребує доказування, навіть якщо це може бути оскаржене (або, принаймні, не визнане правильним тією чи іншою стороною).

(i) Статутне право

Положення 69 RPE ICC

7.3. ОЦІНКА ДОКАЗІВ

(k) **Тягар та стандарти доведення**

Обвинувачений вважається невинуватим, доки його вину не буде доведено.³⁴² Тягар доведення вини обвинуваченого поза розумним сумнівом покладено на Прокурора.³⁴³ Повинні бути доведені й факти, що становлять елементи складу злочину, й форму відповідальності обвинуваченого.

³⁴¹ RPE, Rule 69.

Палатою Суду застосовується цілісний підхід до оцінки доказів – проводиться зважування всієї доказової бази щодо факту, який розглядається, і визначення на підставі цих доказів, чи заяви обвинувачення доведено поза розумним сумнівом.³⁴⁴

(i) Статутне право

Ст.ст. 66(1)-(3) Статуту ICC.

(ii) Практика

Prosecutor v. Lubanga (Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction) ICC-01/04-01/06-3121-Red (1 December 2014).

Prosecutor v Ntaganda (Judgement Pursuant to Article 74) ICC-01/04-02/06-2359 (8 July 2019).

(I) Непрямі докази

У статутному праві Суду відсутні будь-які положення, які б заважали палаті Суду спиратися на непрямі докази. Статутом прямо дозволяється робити висновки про умисел й усвідомлення на підставі відповідних фактів і обставин.³⁴⁵

Якщо обґрунтований висновок можна зробити лише з висновків, зроблених на підставі наявних доказів, палата Суду має право зробити висновок про те, що конкретні факти встановлено поза розумним сумнівом.³⁴⁶

(iii) Статутне право

Параграф 3 Загального вступу до елементів злочину, Статут ICC.

(iv) Практика

Prosecutor v Bemba Gombo (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's Judgment) ICC-01/05-01/08 (08 June 2018).

Prosecutor v Ntaganda (Judgement Pursuant to Article 74) ICC-01/04-02/06-2359 (8 July 2019).

(m) Докази ідентифікації

Оцінюючи докази ідентифікації, надані свідком, палати застосовують обережний підхід, зважаючи на «примхливість людського сприйняття та спогадів».³⁴⁷ З цієї причини враховуються такі фактори: обставини, за яких свідок спостерігав за суб'єктом діяння; тривалість спостереження;

³⁴² Rome Statute, article 66(1).

³⁴³ Rome Statute articles 66(2), (3).

³⁴⁴ *Prosecutor v Lubanga* (Judgment on the appeal of Mr. Thomas Lubanga Dyilo against his conviction) ICC-01/04-01/06-3121-Red (1 December 2014) paras. 22 and 194-209, 218-223; *Prosecutor v Ntaganda* (Judgement Pursuant to Article 74) ICC-01/04-02/06-2359 (8 July 2019) [44].

³⁴⁵ Rome Statute, paragraph 3 of the General introduction to Elements of Crime.

³⁴⁶ *Prosecutor v Bemba Gombo* (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/08-36360-Red (8 June 2018) [1386].

³⁴⁷ *Prosecutor v Bemba Gombo* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/08-3343, (21 March 2016) [241].

терміни і місце проведення спостереження; вказівки на ранг, знаки розрізнення або уніформу; відстань між злочинцем і свідком; перешкоди спостереженню; взаємодія між свідком і суб'єктом(ами) діяння; спосіб, у який свідок описує суб'єкта діяння; будь-які невідповідності або можливість хибної ідентифікації шляхом подальшої ідентифікації; тривалий строк, що минув між свідченням та діянням, в поєднанні з явною можливістю впливу на свідка припущень інших осіб.

Втім палата Суду може розглянути й інші докази по справі, щоб визначити, чи задовольняє кумулятивний ефект доказів ідентифікації та інших підтверджуючих доказів вважати докази ідентифікації відповідними поза розумним сумнівом.³⁴⁸

(i) Практика

Prosecutor v Bemba Gombo (Judgement on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's Judgment) ICC-01/05-01/08 (08 June 2018)

Prosecutor v Ntaganda (Judgement Pursuant to Article 74) ICC-01/04-02/06-2359 (8 July 2019)

(n) Підхід до свідчень щодо сексуального насильства та доказів сексуальної поведінки

Палатам надані конкретні орієнтири, як визначати, чи була «згода» у випадках сексуального насильства³⁴⁹. Зокрема: а) про надання згоди не можуть свідчити будь-які слова або поведінка жертви, коли сила, погроза силою, примус або використання переваг примусового середовища підірвали здатність жертви надавати добровільну і справжню згоду; (b) про надання згоди не можуть свідчити будь-які слова або поведінка жертви, якщо жертва не здатна дати справжню згоду; (c) про надання згоди не може свідчити мовчання або відсутність опору з боку жертви сексуального насильства; (d) висновки про надійність, характер або схильність до сексуальної доступності жертви або свідка не можуть бути зроблені на підставі сексуального характеру поведінки жертви або свідка до або після події, що розглядається.

Докази сексуального характеру поведінки жертви або свідка до або після події не беруться до уваги в ході судового провадження.³⁵⁰

7.4. Україна

(o) Прийнятність доказів

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 86. Допустимість доказу

Доказ визнається допустимим, якщо він отриманий у порядку, встановленому цим Кодексом.

Недопустимий доказ не може бути використаний при прийнятті процесуальних рішень, на нього не може посилатися суд при ухваленні судового рішення.

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 87. Недопустимість доказів, отриманих внаслідок істотного порушення прав та свобод людини

³⁴⁸ *Prosecutor v Ntaganda* (Judgement Pursuant to Article 74) ICC-01/04-02/06-2359 (8 July 2019) [74].

³⁴⁹ RPE, rule 70.

³⁵⁰ RPE, rule 71.

Недопустимими є докази, отримані внаслідок істотного порушення прав та свобод людини, гарантованих Конституцією України, міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також будь-які інші докази, здобуті завдяки інформації, отриманій внаслідок істотного порушення прав та свобод людини.

(р) Типи доказів

(i) Усні свідчення

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 95. Показання

Суд може обґрунтовувати свої висновки лише на показаннях, які він безпосередньо сприймав під час судового засідання. Суд не вправі обґрунтовувати судові рішення показаннями, наданими слідчому, прокурору, або посилатися на них.

(А) Спеціальні заходи

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 352. Допит свідка

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. Перед постановленням відповідної ухвали суд зобов'язаний з'ясувати наявність заперечень сторін кримінального провадження проти проведення допиту свідка в умовах, що унеможливають його ідентифікацію, і в разі їх обґрунтованості відмовити у проведенні допиту свідка в порядку, визначеному цією частиною.

В українських суддів також є й ще один інструмент – здійснення провадження у закритому судовому засіданні впродовж його окремої частини, що стосується надання показань свідками з метою збереження в таємниці осіб свідків (ст.27 КПК).

(ii) Попередньо записані свідчення

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 225. Допит під час досудового розслідування в судовому засіданні

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. У цьому випадку допит здійснюється у судовому засіданні в місці розташування суду або перебування хворої особи в присутності сторін кримінального провадження з дотриманням правил проведення допиту під час судового розгляду.

(iii) Документальні докази

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 99. Документи

Документом є спеціально створений з метою збереження інформації матеріальний об'єкт, який містить зафіксовані за допомогою письмових знаків, звуку, зображення тощо відомості, які можуть бути використані як доказ факту чи обставин, що встановлюються під час кримінального провадження.

До документів, за умови наявності в них відомостей, передбачених частиною першою цієї статті, можуть належати:

- матеріали фотозйомки, звукозапису, відеозапису та інші носії інформації (у тому числі комп'ютерні дані);
- матеріали, отримані внаслідок здійснення під час кримінального провадження заходів, передбачених чинними міжнародними договорами, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України;
- складені в порядку, передбаченому цим Кодексом, протоколи процесуальних дій та додатки до них, а також носії інформації, на яких за допомогою технічних засобів зафіксовано процесуальні дії;
- висновки ревізій та акти перевірок.

(iv) Свідчення експертів

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 101. Висновок експерта

Висновок експерта – це докладний опис проведених експертом досліджень та зроблені за їх результатами висновки, обґрунтовані відповіді на запитання, поставлені особою, яка залучила експерта, або слідчим суддею чи судом, що доручив проведення експертизи.

Висновок повинен ґрунтуватися на відомостях, які експерт сприймав безпосередньо або вони стали йому відомі під час дослідження матеріалів, що були надані для проведення дослідження. Експерт дає висновок від свого імені і несе за нього особисту відповідальність.

(v) Свідчення з чужих слів

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 97. Показання з чужих слів

Показаннями з чужих слів є висловлювання, здійснене в усній, письмовій або іншій формі, щодо певного факту, яке ґрунтується на поясненні іншої особи.

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.

(q) Домовленості (угоди) щодо доказів

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 349. Визначення обсягу доказів, що підлягають дослідженню, та порядку їх дослідження

Суд має право, якщо проти цього не заперечують учасники судового провадження, визнати недоцільним дослідження доказів щодо тих обставин, які ніким не оспорюються. При цьому суд з'ясовує, чи правильно розуміють зазначені особи зміст цих обставин, чи немає сумнівів у добровільності їх позиції, а також роз'яснює їм, що у такому випадку вони будуть позбавлені права оскаржити ці обставини в апеляційному порядку.

Втім, ст. 349 застосовується лише під час судового провадження, не раніше, і не передбачає підписання письмових домовленостей.

(r) **Оцінка доказів**

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 94. Оцінка доказів

Слідчий, прокурор, слідчий суддя, суд за своїм внутрішнім переконанням, яке ґрунтується на всебічному, повному й неупередженому дослідженні всіх обставин кримінального провадження, керуючись законом, оцінюють кожний доказ з точки зору належності, допустимості, достовірності, а сукупність зібраних доказів – з точки зору достатності та взаємозв'язку для прийняття відповідного процесуального рішення.

Жоден доказ не має наперед встановленої сили.

(s) **Тягар та стандарти доведення**

Доведення вини обвинуваченого поза розумним сумнівом покладено на Прокурора.

Коментарі: водночас при судовому розгляді за ст. 438 КК прокурор повинен довести і контекстуальні елементи, що відокремлює злочини за ст. 438 від загальних.

Такими елементами є: 1) діяння мало місце в умовах міжнародного збройного конфлікту; 2) діяння пов'язане з цим конфліктом; 3) відповідач усвідомлював наявність конфлікту.

(t) **Непрямі докази**

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 85. Належність доказів

1. Належними є докази, які прямо чи непрямо підтверджують існування чи відсутність обставин, що підлягають доказуванню у кримінальному провадженні, та інших обставин, які мають значення для кримінального провадження, а також достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів.

(u) **Докази ідентифікації**

Кримінальний процесуальний кодекс, стаття 228. Пред'явлення особи для впізнання

Перед тим, як пред'явити особу для впізнання, слідчий, прокурор попередньо з'ясовує, чи може особа, яка впізнає, впізнати цю особу, опитує її про зовнішній вигляд і прикмети цієї особи, а також про обставини, за яких вона бачила цю особу, про що складає протокол. Якщо особа заявляє, що вона не може назвати прикмети, за якими впізнає особу, проте може впізнати її за сукупністю ознак, у протоколі зазначається, за сукупністю яких саме ознак вона може впізнати особу. Забороняється попередньо показувати особі, яка впізнає, особу, яка повинна бути пред'явлена для впізнання, та надавати інші відомості про прикмети цієї особи.

Специфічний підхід до оцінки доказів ідентифікації відсутній; діють загальні правила.

(v) Підхід до свідчень щодо сексуального насильства та доказів сексуальної поведінки

Специфічний підхід до оцінки свідчень щодо сексуального насильства доказів сексуальної поведінки відсутній; діють загальні правила.

8. ОСОБИСТА КРИМІНАЛЬНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ (ФОРМИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ)

8.1. Огляд

Ст.ст. 25 та 28 Римського статуту встановлюється, яким чином обвинувачений може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за вчинені злочини.³⁵¹

Важливо зазначити, що кримінальна відповідальність за вчинення злочину покладається на безпосереднього його виконавця, але притягнення співучасника до відповідальності не залежить від того, чи буде ідентифікований, обвинувачений чи засуджений безпосередній виконавець.

«Співучасть» (англ. 'Complicity') як поняття взагалі не фігурує як окреме правопорушення (англ. discrete offence) в міжнародному кримінальному праві³⁵², і це слово відсутнє в Римському статуті. Оскільки Статутом передбачено покарання за вчинення конкретних злочинів, «співучасть» не є формою відповідальності, передбаченою ст.ст. 25 і 28.

(a) Mens rea

ІСС приймає майже уніфіковане визначення *mens rea* у ст. 30, яке застосовується до різних форм відповідальності, якщо не вказано інше. Умисел складається з двох ключових елементів: наміру та усвідомлення.

Наміром вважається, якщо особа (a) має намір вчинити таке діяння; (b) і, стосовно наслідку ця особа має намір спричинити цей наслідок або усвідомлює, що він настане за звичайного перебігу подій.³⁵³

Усвідомлення означає розуміння того, що обставина існує або що наслідок настане за звичайного перебігу подій.³⁵⁴

8.2. Форми відповідальності

(a) Безпосереднє вчинення правопорушення

Прокурор має довести, що обвинувачений особисто вчинив злочин або допустив бездіяльність, коли за законом він мав діяти.³⁵⁵

³⁵¹ В центрі уваги ст. 25(3)(a), (b), (c) та ст. 28.

³⁵² Хоча слід зазначити, що «співучасть у геноциді» існує як злочин, передбачений статтею III Конвенції про геноцид (ст. III(e)), і тим самим й за статутами Міжнародних кримінальних трибуналів по колишній Югославії та Руанді.

³⁵³ Rome Statute, article 30(1), (2).

³⁵⁴ Rome Statute, article 30(3).

(i) Статутне право

Ст. 25(3)(a) Римського статуту

(ii) Практика

Prosecutor v Mucic (Judgment) IT-96-21-T, (16 November 1998)

Prosecutor v Blagojevic and Jokic (Appeal Judgment) IT-02-60-A, (9 May 2007)

(b) Спільне вчинення правопорушення

Йдеться про випадок, коли обвинувачений вчинив злочин спільно з іншими особами.³⁵⁶ Цю форму відповідальності відрізняє від інших те, що злочин здійснюється за змовою або «спільним планом» з іншими особами.³⁵⁷ Спільне вчинення правопорушення (англ. Co-perpetration) не слід плутати зі співучастю (англ. complicity).

Об'єктивні елементи складу злочину у разі його спільного вчинення: (i) принаймні у двох осіб існував спільний план, і (ii) внесок співвиконавців був важливим.³⁵⁸ Спільний план має містити «критичний елемент злочинного характеру», і має бути «достовірно очікувано», що реалізація спільного плану призведе до вчинення інкримінованих правопорушень.³⁵⁹ Ці елементи покликані охопити організаторів або ініціаторів вчинення злочинів, і притягнути їх до відповідальності як керівників, оскільки вони керують вчиненням злочину і усвідомлюють, що здійснюють таке керування.³⁶⁰

(A) Статутне право

Ст. 25(3)(a) Римського статуту

(B) Практика

Prosecutor v Bemba Gombo (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/13-1989-RED (19 October 2016)

Prosecutor v Lubanga Dylio (Decision on confirmation of charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN (7 February 2007)

Prosecutor v Rombhot Yekatom and Ngissona (Motion to Dismiss Co-Perpetration Mode of Liability)

³⁵⁵ Rome Statute, article 25(3)(a); *Prosecutor v Mucic*, IT-96-21-T, Judgement, 16 November 1998 [54]; TC. Para.54; *Prosecutor v Blagojevic and Jokic*, IT-02-60-A, Appeal Judgement, 9 May 2007 [694].

³⁵⁶ Rome Statute, article 25(3)(a).

³⁵⁷ *Prosecutor v Rombhot Yekatom and Ngissona* (Motion to Dismiss Co-Perpetration Mode of Liability) ICC-01/14-01/18-565-Red (22 June 2020) [21].

³⁵⁸ *Prosecutor v Bemba Gombo* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/13-1989-RED (19 October 2016) [64]

³⁵⁹ *Prosecutor v Bemba Gombo* (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/13-1989-RED (19 October 2016) [67]

³⁶⁰ *Prosecutor v Lubanga Dylio* (Decision on confirmation of charges) ICC-01/04-01/06-803-tEN (7 February 2007) [330].

(c) Опосередковане вчинення правопорушення

У такому випадку злочин вчиняється через іншу особу.³⁶¹

(A) Статутне право

Ст. 25(3)(a) Римського статуту

(B) Практика

Prosecutor v Al-Bashir (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) ICC-02/05-01/09, (4 March 2009)

Prosecutor v Germain Katanga (Judgment) ICC-01/04-01/07, (7 March 2014)

Prosecutor v Lubanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo (Decision of Pre-trial Chamber I) ICC-01/04-01/06, (29 January 2007)

Вищенаведений узагальнений аналіз питань спільної участі, яку часто називають «теорією керування», що була прийнята з початку існування Суду. Але ця теорія не має жодного підґрунтя в самому Римському статуті, в якому слів "вчинення правопорушення", "співучасть", "спільний план" і "істотний внесок" не знайти. Цю теорію оскаржували незгодні з нею судді, захисники та науковці з самого початку роботи ІСС. Остання практика Суду з 2021 року, включаючи окремі думки президента ІСС, судді Ебое-Осудзі та судді Моррісона у рішенні Апеляційної палати у справі Нтаганди, а також одностайний висновок тієї ж Апеляційної палати у справі Єкатому та Нгаїссона свідчать про те, що ІСС може схилитися тепер до простого тлумачення статті 25(3)(a), не звертаючись до складної теорії керування вчиненням злочину та складових елементів, описаних вище, які перебувають поза статутом.

(d) Наказування вчинити злочин, підбурювання або спонукання до вчинення злочину

Такий тип участі передбачає, що на поведінку виконавця злочину впливав обвинувачений, сприяючи його вчиненню.³⁶²

Наказування (англ. ordering) вчинити злочин передбачає, що обвинувачений мав владу над виконавцем злочину.³⁶³ Тобто, наказування є синонімом керування діями іншої особи, оскільки обвинувачений використовує службову посаду з метою переконання або примушення іншої особи до вчинення злочину.³⁶⁴ Однак формальні відносини начальник-підлеглий суду встановлювати не

³⁶¹ Rome Statute, article 25(3)(a); *Prosecutor v Germain Katanga (Judgment) ICC-01/04-01/07, 7 March 2014* [1396-1398]; *Lubanga, Situation in the Democratic Republic of the Congo, (Decision of Pre-trial Chamber I) ICC-01/04-01/06, 29 January 2007* [330]; *Bashir (Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir) ICC-02/05-01/09, 4 March 2009* [210-211].

³⁶² *Prosecutor v Gbagbo (Decision on Confirmation of Charges Against Laurent Gbagbo) ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014* [242].

³⁶³ *Prosecutor v Gbagbo (Decision on Confirmation of Charges Against Laurent Gbagbo) ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014* [242].

³⁶⁴ *Prosecutor v Akayesu (Judgment), No. ICTR-96-4-T (2 September 1998)* [483].

обов'язково. Такий елемент відносин не є обов'язковим ані у випадку підбурювання, ані у випадку спонукання до вчинення злочину і вважається так само наказом. Особа, яка надала наказ, повинна мати умисел щодо вчинення злочину, в якому вона обвинувачується, і усвідомлювати істотну ймовірність того, що наслідком виконання наказу буде вчинення злочину.³⁶⁵

Між підбурюванням (англ. *soliciting*) і спонуканням (англ. *inducing*) немає суттєвої різниці, оскільки по суті вони підпадають під більш широку категорію «підбурювання» або «спонукання до вчинення злочину», в тому сенсі, що вони відносяться до діянь, які мають вплив на особу і підштовхують її до вчинення злочину.³⁶⁶

(i) **Практика**

Prosecutor v Akayesu (Judgment), No. ICTR-96-4-T (2 September 1998)

Prosecutor v Blaškić, (Appeal Judgment) IT-95-14-A (29 July 2004)

Prosecutor v Gbagbo (Decision on Confirmation of Charges Against Laurent Gbagbo) ICC-02/11-01/11-656-Red, (12 June 2014).

(e) **Сприяння та пособництво або інші види допомоги**³⁶⁷

Сприяння (англ. *aiding*) трактується як «надання практичної або матеріальної допомоги». Пособництвом (англ. *abetting*) вважається "моральна або психологічна допомога ... безпосередньому виконавцю злочину в формі заохочення або навіть лояльного ставлення до вчинення злочину".³⁶⁸ На практиці обидві форми розглядаються як опосередкована участь у злочині шляхом надання підтримки, допомоги (англ. *assistance*), причому різниця між ними трохи більша за семантичну.³⁶⁹

Ключовим моментом є те, чи така допомога сприяла, просувала або допомагала вчиненню правопорушення.³⁷⁰ Між діями обвинуваченого і злочином повинен бути причинно-наслідковий зв'язок.³⁷¹ Рівень необхідної допомоги не визначений Римським статутом, однак практика чітко демонструє, що внесок мав *вплинути* на вчинення злочину.³⁷²

Щодо цієї форми відповідальності застосовуються підвищені *вимоги щодо встановлення злочинного наміру*. Обвинувачений мав діяти з *метою* сприяння вчиненню такого злочину. Прямого визначення терміну "мета" у Статуті не надано, але він тлумачиться як те, що особа надавала допомогу з метою сприяння вчиненню злочину.³⁷³ Наприклад, довести присутність на

³⁶⁵ *Prosecutor v Blaškić*, IT-95-14-A, Appeal Judgement, 29 July 2004 [41-42].

³⁶⁶ *Prosecutor v Gbagbo* (Decision on Confirmation of Charges Against Laurent Gbagbo) ICC-02/11-01/11-656-Red, 12 June 2014 [243].

³⁶⁷ Rome Statute, article 25(3)(c).

³⁶⁸ *Prosecutor v Bemba Gombo*. (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/13-1989 (19 October 2016) [88-9].

³⁶⁹ Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1 (Oxford University Press, 2021 (2nd ed.) p.466

³⁷⁰ *Prosecutor v Furundžija* (Judgment), No. IT-95-17/1-T (10 December 1998) [217, 233-4]

³⁷¹ *Prosecutor v Bemba Gombo* (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/08-36360-Red (8 June 2018) [1327].

³⁷² Bemba AJ, para.1327; ICC, Ongwen Confirmation of Charges Decision, para. 44; ICC, Al Mahdi Confirmation of Charges Decision, para. 27.

³⁷³ *Prosecutor v Bemba Gombo* (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/08-36360-Red (8 June 2018) [281,98]

місці злочину недостатньо, адже така особа могла бути присутня на місці злочину, але не знати про злочин або не бажати його вчинення.³⁷⁴

(A) Статутне право

Ст. 25(3)(c) Римського статуту

(B) Практика

Prosecutor v Al Mahdi (Confirmation of Charges Decision) ICC-01/12-01/15 (27 September 2016)

Prosecutor v Bemba Gombo (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/08-36360-Red (8 June 2018)

Prosecutor v Bemba Gombo. (Judgment pursuant to Article 74 of the Statute) ICC-01/05-01/13-1989 (19 October 2016)

Prosecutor v Furundžija (Judgment), No. IT-95-17/1-T (10 December 1998)

Prosecutor v Ongwen (Confirmation of Charges Decision) ICC-02/04-01/15 (6 December 2016)

(f) Спільна злочинна діяльність (СЗД)

У справі *Тадіча* Апеляційною палатою Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії надано пряме визначення трьох категорій спільної злочинної діяльності:

- СЗД I (відповідальність за спільну мету): коли всі співучасники, діючи за спільним задумом, мають однаковий злочинний намір. Це можна назвати «базовою» формою колективної злочинності.
- СЗД II (відповідальність за участь у спільному злочинному плані в інституційних рамках): Частково подібна до першої, де група осіб має спільну мету вчиняти злочинну діяльність. Це можна назвати «систематичною» формою колективної злочинності.
- СЗД III (кримінальна відповідальність, що ґрунтується на передбаченні та добровільному припущенні ризику): де існує спільний умисел дотримуватися єдиного курсу поведінки, коли один із винних вчиняє діяння, яке, перебуваючи поза спільним умислом, все одно було природним і передбачуваним наслідком здійснення цієї спільної мети. Це можна назвати «розширеною» формою колективної злочинності.

ІСС свідомо відійшов від поняття СЗД як форми відповідальності, що очевидно з того факту, що СЗД не включена до Римського статуту.

(A) Статутне право

Ст. 28 Римського статуту

(B) Практика

Kai Ambos, *Treatise on International Criminal Law*, vol. 1 (Oxford University Press, 2021 (2nd ed.), p.434.

Prosecutor v Lubanga (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/04-01/06, (29 January 2007)

(g) Відповідальність командування та керівництва³⁷⁵

Зазвичай ця форма визнається альтернативною формою відповідальності осіб, яких стосується ст. 25(3).³⁷⁶

(i) Відповідальність командування³⁷⁷

Військовий командир може нести відповідальність за вчинення заборонених діянь його підлеглими.³⁷⁸ Збройні сили, що знаходяться під його фактичним командуванням і контролем, або під його фактичною владою і контролем, підпадають під визначення таких підлеглих.³⁷⁹ Відповідальність стосується як позитивних дій, так і бездіяльності.

«Фактичний контроль» з боку військового командира своїх підлеглих вимагає від командира значної здатності запобігати чи придушувати вчинення злочинів або передавати відповідні справи до компетентних органів. Будь-який нижчий ступінь контролю підлеглих був би недостатнім для встановлення відповідальності командування.³⁸⁰ Командири можуть нести відповідальність за відсутність нагляду за особами, які перебувають під їхнім командуванням або контролем, а також за іншими особами у військових організаціях, таких як воєнізовані групи, організації збройної оборони та повстанські угруповання.³⁸¹

Вимога *mens rea* (умислу) передбачає, що такий командир знав, або, з огляду на обставини, що склалися на той час, мав знати, що збройні сили вчиняють або збираються вчинити такі злочини; і що командир або особа не вжив всіх необхідних і розумних заходів у межах його повноважень, щоб запобігти або придушити вчинення злочинів або аби передати справу до компетентних органів з метою її розслідування чи судового переслідування.³⁸²

(A) Статутне право

Ст.ст. 28 (a)(i) та (ii) Римського статуту

(B) Практика

Prosecutor v Bemba Gombo (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/05-01/08-424 (15 June 2009)

Prosecutor v Bemba Gombo (Trial Chamber III) ICC-01/05-01/08-424 (15 June 2009)

³⁷⁵ Rome Statute, article 28.

³⁷⁶ *Prosecutor v Lubanga, Dyllo (Decision on the Confirmation of Charges)*, ICC-01/04-01/06 (29 January 2007) [32].

³⁷⁷ Rome Statute, article 28.

³⁷⁸ Bemba Confirmation, para.405, 421; Bemba TC, para. 174.

³⁷⁹ Rome Statute, article 28(a).

³⁸⁰ *Prosecutor v Bemba Gombo (Decision on the Confirmation of Charges) ICC-01/05-01/08-424 (15 June 2009)* [183].

³⁸¹ Elies van Dliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (OUP 2012) pp. 183-184.

³⁸² Rome Statute, article 28(a)(i), (ii).

(ii) Відповідальність керівництва³⁸³

Ця форма відповідальності стосується лінійного начальника у невійськових відносинах з підлеглими. Такий начальник може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за злочини, вчинені підлеглими під його фактичною владою і контролем, а також за нездійснення належного контролю над своїми підлеглими. Під це положення підпадають як позитивні дії, так і бездіяльність.

Прокурор має довести, що начальник або знав, або свідомо ігнорував відомості, які чітко вказували на те, що підлеглі вчиняли або мали намір вчинити злочини; злочинну діяльність, яка була в межах фактичної відповідальності та контролю з боку начальника; і начальник не вжив усіх необхідних і розумних заходів у межах своїх повноважень для запобігання або придушення їх вчинення або передачі справи компетентним органам з метою розслідування та судового переслідування.³⁸⁴ У таких випадках враховуються труднощі, з якими стикалися обвинувачені у вжитті заходів, їх мотивація до цього та повноваження.³⁸⁵ Начальнику не можна інкримінувати вину за вжиті заходи лише через недоліки в їх виконанні.³⁸⁶

(A) Статутне право

Ст.ст. 28(a)(i), (ii), та (iii), та (b)(i), (ii), (iii) Римського статуту

(B) Практика

Prosecutor v Bemba Gombo (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/08-36360-Red (8 June 2018)

8.3. Україна

(a) Огляд

Кримінальний кодекс, стаття 23. Вина

Виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої цим Кодексом, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності.

(b) Форми відповідальності

Кримінальний кодекс, стаття 24. Умисел і його види

1. Умисел поділяється на прямий і непрямий.
2. Прямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання.

³⁸³ Rome Statute, article 28(b).

³⁸⁴ Rome Statute, article 28(b)(i), (ii), (iii).

³⁸⁵ *Prosecutor v Bemba Gombo (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/08-36360-Red (8 June 2018) [181].*

³⁸⁶ *Prosecutor v Bemba Gombo (Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute") ICC-01/05-01/08-36360-Red (8 June 2018) [180, 191].*

3. Непрямим є умисел, якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо припускала їх настання.

Кримінальний кодекс, стаття 25. Необережність та її види

1. Необережність поділяється на кримінальну протиправну самовпевненість та кримінальну протиправну недбалість.

2. Необережність є кримінальною протиправною самовпевненістю, якщо особа передбачала можливість настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), але легковажно розраховувала на їх відвернення.

3. Необережність є кримінальною протиправною недбалістю, якщо особа не передбачала можливості настання суспільно небезпечних наслідків свого діяння (дії або бездіяльності), хоча повинна була і могла їх передбачити.

Кримінальний кодекс, стаття 27. Види співучасників

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 організувала 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.

Кримінальний кодекс, 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 він скоєний 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 29. Кримінальна відповідальність співучасників

1. Виконавець (співвиконавець) підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинене ним кримінальне правопорушення.

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.

Стаття 30. Кримінальна відповідальність організаторів та учасників організованої групи чи злочинної організації

1. Організатор організованої групи чи злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі кримінальні правопорушення, вчинені організованою групою чи злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом.

2. Інші учасники організованої групи чи злочинної організації підлягають кримінальній відповідальності за кримінальні правопорушення, у підготовці або вчиненні яких вони брали участь, незалежно від тієї ролі, яку виконував у кримінальному правопорушенні кожен із них.

Коментарі: На сьогодні Україна має наступну проблему у законі, що стосується відповідальності командування та керівництва.

Ст. 437 Кримінального кодексу (Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни) криміналізується планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни чи воєнного конфлікту або участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій та ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій.

Втім у загальному кримінальному праві України відсутнє визначення суб'єкта такого злочину. Наразі у Верховному Суді триває судовий розгляд щодо цієї проблеми.

9. ПІДСТАВИ ДЛЯ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ІНДИВІДУАЛЬНОЇ КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ

9.1. Огляд

Римський статут не посилається на засоби захисту, скоріше віддає перевагу терміну «підстави для звільнення від кримінальної відповідальності».³⁸⁷ Можуть застосовуватися також підстави, не зазначені в ст. 31, наприклад, підстави, що випливають з міжнародних угод, звичаєвого права або загальних принципів права.

Палата Суду має право на власний розсуд визначати фактичну застосовність підстави, що звільняє від кримінальної відповідальності, до того, як вона буде предметно розглянута в судовому засіданні.³⁸⁸ Римський статут також визнає, що існують застосовні засоби захисту поза статутом.³⁸⁹ Вони можуть впливати з міжнародних угод, звичаєвого права або загальних принципів права.

(a) Статутне право

Ст.ст. 21 та 31 Римського статуту
Положення 80 RPE

9.2. Підстави

(a) Недієздатність

Якщо в момент вчинення ним діяння обвинувачений страждає від психічного захворювання або розладу, що позбавляє його можливості усвідомлювати протиправність чи характер вчинюваного ним діяння або узгоджувати свої дії з вимогами закону, це може бути підставою для звільнення його від кримінальної відповідальності.³⁹⁰

(b) Інтоксикація³⁹¹

Якщо в момент вчинення діяння особа перебуває в стані інтоксикації, що позбавляє її можливості усвідомлювати протиправність чи характер вчинюваного нею діяння або узгоджувати свої дії з вимогами закону, якщо тільки особа не була добровільно піддана інтоксикації за таких обставин, за яких ця особа знала або знехтувала ризиком того, що в результаті інтоксикації нею може бути вчинено діяння, яке становить злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду.

(c) Самозахист

Підстави для звільнення від відповідальності, що передбачені ст. 31(1)(c) Римського статуту, відрізняються від самооборони держави, про яку йдеться в ст. 51 Статуту ООН.³⁹² Таким чином,

³⁸⁷ Rome Statute, article 31.

³⁸⁸ Rome Statute, article 31(2).

³⁸⁹ Rome Statute, article 31(3).

³⁹⁰ Rome Statute, article 31(1)(a).

³⁹¹ Rome Statute, article 31(1)(b).

³⁹² Статут Організації Об'єднаних Націй (прийнятий 24 жовтня 1945 р. зі змінами і доповненнями) 1 UNTS 16, ст.51: «Даний Статут жодним чином не зачіпає невід'ємного права на індивідуальну або колективну самооборону, якщо відбудеться збройний напад на Члена Організації».

участь особи в колективній самообороні не впливає на її відповідальність за Римським статутом. Ця норма прямо зазначена в останньому реченні ст. 31(1)(с) Римського статуту.

Ст. 31(1)(с) Римського статуту передбачає: (i) існування небезпеки для особи (або майна, тільки у випадку воєнних злочинів) від «неминучого та протиправного застосування сили»; (ii) розумне і співмірне застосування сили обвинуваченим залежно від ступеню небезпеки; і (iii) розуміють, що обвинувачений мав діяти для захисту від небезпеки (суб'єктивна сторона злочину).³⁹³

Стосовно воєнних злочинів ця підстава включає захист «майна, що є особливо важливим для виживання цієї особи чи іншої особи, або майна, що є особливо важливим для виконання завдання військового характеру».³⁹⁴

(i) Небезпека неминучого та протиправного застосування сили

Статтю 31(1)(с) встановлюється, що небезпека має існувати об'єктивно, та виключаються ситуації, в яких обвинувачений діє, виходячи з помилкового припущення, незалежно від того, наскільки обґрунтованим може бути таке помилкове припущення. Тест на «обґрунтованість припущення» розглядався, але в кінцевому підсумку не був включений до Римського статуту.

(ii) Розумне та співмірне застосування сили

Співмірність застосування сили оцінюється залежно від фактів конкретної справи. Втім, ICTY раніше відмовляв у застосуванні положення про самооборону у випадках вбивства мирних жителів, стверджуючи, що «Судова палата також вважала діяння правопорушників, навіть за обставин, коли можна було припустити можливість безпосереднього протиправного нападу, неспівмірними, якщо були доступні інші способи усунути потенційну небезпеку і не робити смертельні постріли». ³⁹⁵ Застосування сили, що може потягти смерть, є крайнім засобом.

(A) Статутне право

Ст. 31(1)(с) Римського статуту

(B) Практика

Prosecutor v. Kordić & Čerkez (Judgment) IT-95-14/2 (26 February 2001)

Prosecutor v. Gotovina et al (Judgment) IT-06-90 (15 April 2011)

R v Owin (1996) 2 Cr. App. R. 128

(d) Примус

Якщо діяння було вчинено під примусом і було вимушеною реакцією у відповідь на загрозу неминучої смерті або неминучого заподіяння тяжких тілесних ушкоджень чи продовження заподіяння таких ушкоджень цій особі чи іншій особі, і обвинувачений вчиняв необхідні й розумні дії для відвернення цієї загрози, обвинувачений звільняється від кримінальної відповідальності за

³⁹³ *Prosecutor v Kordić & Čerkez* (Judgment) IT-95-14/2 (26 February 2001) [451].

³⁹⁴ Rome Statute, article 31(1)(c).

³⁹⁵ *Prosecutor v Gotovina et al* (Judgment) IT-06-90 (15 April 2011) [1730].

умови, що він не мав наміру заподіяти більшу шкоду, ніж та, яку він намагався усунути. Така загроза може бути створена: (i) іншими особами; або, (ii) іншими обставинами, що не залежать від цієї особи.

(е) Помилки щодо фактів та права

Звільнення від кримінальної відповідальності через помилки у факті або в праві можна застосовувати лише у випадках, якщо така помилка «виключає необхідну суб'єктивну сторону» злочину.³⁹⁶ При застосуванні ст. 32, здається, не може бути вимоги «розумності» припущення, втім може бути так, що чим менш обґрунтованим є припущення, тим менша ймовірність того, що твердження про те, що припущення було чесним і у нього повірять.³⁹⁷

До помилок в праві не включаються помилки або незнання стосовно того, чи є певний тип діяння злочином, що підпадає під юрисдикцію Римського статуту.³⁹⁸

(i) Статутне право

Ст. 32 Римського статуту

(ii) Практика

Prosecutor v. Lubanga (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/06-803 (29 January 2007)

(f) Накази керівництва³⁹⁹

Згідно з Токійським статутом ІМТ (Міжнародного воєнного трибуналу в Нюрнберзі) (ст.7), статутами ІСТУ (ст. 7(4)), ІСТР (ст. 6(4)) та Спеціального суду по Сьєрра-Леоне (ст. 6(4)) наказ керівництва не звільняє від кримінальної відповідальності. Накази керівництва у цьому контексті можуть враховуватися лише як пом'якшувальна обставина при винесенні вироку.

На відміну від вищезазначених статутів, Римський статут за обмежених обставин дозволяє враховувати накази керівництва на захист обвинуваченого, але в жодному разі не у випадку обвинувачень у геноциді чи злочинах проти людяності.

Застосування цієї підстави має відповідати трьом умовам: (i) особа була юридично зобов'язана виконувати накази; (ii) особа не знала, що наказ був незаконним; (iii) наказ не був явно незаконним.⁴⁰⁰

1. Юридичне зобов'язання виконувати накази

³⁹⁶ Rome Statute, article 33(2).

³⁹⁷ Geert-Jan Alexander Knoops, "Article 32", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsitus.org/clicc/32/32>> accessed 14 October 2022.

³⁹⁸ Rome Statute, article 32(2); *Prosecutor v Lubanga* (Decision on the confirmation of charges) ICC-01/04-01/06-803 (29 January 2007) [305].

³⁹⁹ Rome Statute, article 33.

⁴⁰⁰ Rome Statute, article 33(1).

Римським статутом не встановлюється вимоги, щоб обов'язок обвинуваченого виконувати накази обмежувався зобов'язанням виконувати тільки *законні* накази. Різні держави покладають на громадян різні рівні зобов'язань. Тому, щоб визначити, чи мав обвинувачений юридичне зобов'язання виконувати відповідний наказ, необхідно оцінити застосовний режим.

2. Незнання про незаконність наказу

У цьому відношенні накази керівництва як обставина, що звільняє від відповідальності, є розширенням положення про помилки в праві (втім, також застосовується за винятком геноциду та злочинів проти людяності). У випадках сумнівів щодо суб'єктивної сторони стану обвинуваченого вважають, що підлеглий знав, що наказ був незаконним.⁴⁰¹

В результаті цієї вимоги виключаються ситуації, в яких підлеглий повинен був обирати між виконанням незаконного наказу і ризиком відповідальності за міжнародним кримінальним правом, та невиконанням наказу і ризиком відповідальності за військовий злочин непокори.⁴⁰²

3. Неявна незаконність

Геноцид і злочини проти людяності є явно незаконними.⁴⁰³

У справі *Айхмана* обговорювалося значення «явно незаконного наказу» стосовно розділу 19 (b) Кримінального кодексу Ізраїлю (1936), посилаючись на справу *Chief Military Prosecutor v Melinki and others* (13 Pesakim Mehoziim, p.90): «Розпізнавальний знак «явно незаконного наказу» повинен майоріти як чорний прапор над наданим наказом, як попередження з написом «Заборонено!» Не просто формальна незаконність, прихована чи напівприхована, не та незаконність, яка помітна лише очам експертів-юристів, а кричуще і явне порушення закону».⁴⁰⁴

Межі перевірки наказу на явну незаконність у Римському статуті залишаються нечіткими (наприклад, різні стандарти, які можуть застосовуватися до високопоставленого чиновника у порівнянні із солдатом під час його першої операції).

4. Стосунок до примусу

У своїй окремій думці суддя *Антоніо Кассесе у справі Ердемовича* припускає, що у тих випадках, де особа відмовляється виконувати явно незаконний наказ, а наказ їй повторюють з погрозою, на захист особи можна застосовувати положення про примус. За таких обставин, коли наказ є явно незаконним, такий засіб захисту як накази керівництва не може застосовуватися.⁴⁰⁵

(i) Статутне право

Ст. 33 Римського статуту

⁴⁰¹ Nikola Hajdin, "Article 33(1)(b)", Mark Klamberg and Jonas Nilsson (eds) *Commentary on the Law of the International Criminal Court – The Rome Statute* <<https://cilrap-lexsitus.org/clicc/33-1-b/33-1-b>> accessed 14 October 2022

⁴⁰² Cryer et al (eds.), *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, 3rd Ed. (Cambridge, 2014) 413.

⁴⁰³ Rome Statute, article 33(2).

⁴⁰⁴ *Attorney-General of Israel v Eichmann* 36 ILR 277..

⁴⁰⁵ *Prosecutor v Drazen Erdemović* (Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese) IT-96-22 (7 October 1997).

(ii) Практика

United Kingdom v Kramer et al (Transcript) JAG No. 012 (12 November 1945) “*The true test, which is found in varying degrees in the criminal law of most nations, is not the existence of the order, but whether moral choice was in fact possible.*”

Prosecutor v. Drazen Erdemović (Separate and Dissenting Opinion of Judge Cassese) IT-96-22 (7 October 1997)

Attorney-General of Israel v Eichmann 36 ILR 277

Chief Military Prosecutor v Melinki and others 13 Pesakim Mehoziim

9.3. Україна

(a) Підстави

(i) Дієдатність

Кримінальний кодекс, стаття 19. Осудність

1. Осудною визнається особа, яка під час вчинення кримінального правопорушення могла усвідомлювати свої дії (бездіяльність) і керувати ними.

2. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка під час вчинення суспільно небезпечного діяння, передбаченого цим Кодексом, 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. До такої особи за рішенням суду можуть бути застосовані примусові заходи медичного характеру.

3. Не підлягає покаранню особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у стані осудності, але до постановлення вироку захворіла на психічну хворобу, що позбавляє її можливості усвідомлювати свої дії (бездіяльність) або керувати ними. До такої особи за рішенням суду можуть застосовуватися примусові заходи медичного характеру, а після одужання така особа може підлягати покаранню.

(ii) Інтоксикація

У Кримінальному кодексі України стан алкогольного, наркотичного чи іншого сп'яніння вважається обставиною, що обтяжує покарання, але тільки в тому випадку, якщо воно було вчинено добровільно.

В Кримінальному кодексі України відсутнє поняття стану сп'яніння, якому особа була піддана недобровільно, як це сформульовано в Римському статуті.

Коментарі: втім є положення про осудність, яке говорить, що особа повинна усвідомлювати свої дії і керувати ними, щоб підлягати кримінальній відповідальності, тому я вважаю, що перебування у стані недобровільного сп'яніння відноситься до цієї категорії.

(iii) Самозахист

Кримінальний кодекс, 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.

(iv) Примус

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.

(h) Помилки щодо права та фактів та накази керівництва

Кримінальний кодекс, стаття 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 і за змістом не суперечать чинному законодавству та не пов'язані з порушенням конституційних прав та свобод людини і громадянина.

3. Не підлягає кримінальній відповідальності особа, яка відмовилася виконувати явно кримінально протиправний наказ або розпорядження.

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.

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.

РОЗДІЛ 3: МЕТОДИКА ВИКЛАДАННЯ КУРСУ

10. ВИКЛАДАННЯ КУРСУ ЩОДО ТЯЖКИХ МІЖАНРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ

Курс розроблений у формі тренінгу із застосуванням інтерактивних методів навчання дорослої високопрофесійної аудиторії та з урахуванням кращого світового досвіду навчання суддів, що відображено у Концепції національних стандартів суддівської освіти, схваленої Науково-методичною радою НШСУ (протокол від 23.12.2014 р. № 5).

Під час тренінгу викладачам – тренерам та фасилітаторам – дуже важливо усвідомлювати структуру та логіку цього курсу, внутрішні взаємозв'язки між усіма його складовими, дотримуватися розробленої програми, передбачати можливі труднощі та виявляти найкращі викладацькі якості задля досягнення учасниками очікуваних результатів.

Унікальність запропонованого курсу визначається низкою його особливостей. Розглянемо їх докладніше.

Насамперед зазначимо, що цей курс створений для суддів, які розглядатимуть кримінальні провадження за обвинуваченням осіб у порушенні законів та звичаїв війни, передбачених ст. 438 КК України, і є одним з базових з вивчення основ міжнародного гуманітарного права (МГП) та міжнародного кримінального права (МКП).

Завдання тренінгу – ознайомити учасників та учасниць з основними концепціями міжнародного кримінального права (МКП) та міжнародного гуманітарного права (МГП), показати та пояснити взаємозв'язки між положеннями міжнародного гуманітарного права та міжнародного кримінального права, розкрити основні види найбільш тяжких злочинів, які грубо порушують міжнародний правопорядок (злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії), зосередити увагу на процесуальних аспектах розгляду справ про воєнні злочини (зокрема стандартах належного кримінального процесу, належності та допустимості доказів, поводженні із вразливими свідками та постраждалими від сексуально орієнтованих насильницьких воєнних злочинів) та типах і моделях кримінальної відповідальності за вчинення воєнних злочинів і, як загальний результат – підготувати суддів до написання якісних, добре мотивованих з позицій національного закону, з урахуванням положень міжнародних договорів, судових рішень у справах про воєнні злочини.

10.1 ВАЖЛИВІСТЬ КОМПЕТЕНТНОГО РОЗГЛЯДУ КРИМІНАЛЬНИХ ПРОВАДЖЕНЬ ЗА ОБВИНУВАЧЕННЯМИ У СКОЄННІ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ.

Відповідно до шостого показника Бангалорських принципів поведінки суддів, схвалених Резолюцією Економічної і Соціальної Ради ООН від 27.07.2006 р. № 2006/23, «компетентність та старанність є необхідними умовами для виконання суддею своїх обов'язків». З цим важко не погодитися. Компетентність є однією з основ суддівської незалежності: лише справжній професіонал може бути дійсно незалежним. Належна професійна підготовка судді є неодмінною умовою здійснення компетентного судочинства. Така підготовка є також гарантією незалежності та безсторонності суддів, важливою умовою шанобливого ставлення суспільства до судової влади.

Безперечно, більшість чинних суддів вивчали в університетах основи МГП лише оглядово. До російського вторгнення більшість статей Кримінального кодексу України (КК України), які стосувалися кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного

правопорядку (Розділ XX КК України), не застосовувалися на практиці і вважалися «чисто теоретичними», однак збройна агресія проти України, особливо її повномасштабна фаза, яка почалася 24 лютого 2022 р. актуалізувала проблематику притягнення до відповідальності винних у скоєнні воєнних злочинів та інших міжнародних злочинів.

Мета курсу – допомогти суддям оволодіти знаннями (поглибити їх), виробити та удосконалити необхідні суддівські вміння та навички, важливі для розгляду в суді кримінальних проваджень за обвинуваченнями, насамперед однак не виключно, у порушенні законів та звичаїв війни та інших злочинів, пов'язаних із збройною агресією проти України (з акцентом на воєнні злочини, злочини проти людяності, злочин геноциду та злочин агресії).

Запропонований навчальний курс має **чітко сформульовані очікувані результати**, на досягнення яких він спрямований, що охоплюють три виміри навчального процесу – знання, уміння (навички) та цінності (ставлення). Це робить курс цілісним та практично орієнтованим, коли судді-учасники розуміють зв'язок навчального матеріалу зі суддівською діяльністю.

Цей курс планується включити до стандартизованої програми підготовки суддів загальних місцевих судів та суддів кримінальних палат апеляційних судів. Це означає, що він викладатиметься **стандартно, за єдиною програмою**, з використанням тих самих роздавальних та аудіовізуальних матеріалів; усі учасники виконують ті самі завдання, обговорюють ті самі ситуації під керівництвом тренерів та фасилітаторів, які пройшли відповідну підготовку (тренінг для тренерів (ToT) цього курсу відбувався 18-21 січня 2023 р. у м. Варшава, Польща); усі викладачі розуміють навчальні цілі та логіку побудови цього курсу, поділяють його цінності та прагнуть, щоб учасники досягнули під час тренінгу очікуваних результатів.

Це також передбачає наявність єдиних стандартів підготовки викладачів – тренерів та фасилітаторів. Відповідно до національних стандартів суддівської освіти очікується, що викладачі (тренери) НШСУ мають:

- володіти сучасними інтерактивними методами викладання;
- вміти застосовувати сучасні інформаційні технології навчання;
- розуміти суть і володіти методикою дистанційного (в т.ч. он-лайн) навчання та прагнути оволодіти необхідними знаннями та навичками;
- вміти працювати у команді, формуючи партнерські відносини і забезпечуючи взаємну підтримку;
- докладати належних зусиль до свого розвитку і підвищення викладацької майстерності;
- постійно прагнути здобуття нового досвіду та навичок;
- розуміти засадничі принципи ефективної роботи малих груп;
- вірити в можливість змін;
- конструктивно сприймати критичні висловлювання інших про свої підходи до роботи, спокійно ставитися до констатації власних помилок;
- успішно долати труднощі, властиві викладацькій (тренерській) діяльності;

- експериментувати з новими ідеями та методиками;
- мати систематизований та системний підхід до вирішення проблем.

Варто також наголосити, що кожен навчальний курс, що викладається у НШСУ, та програма підготовки суддів загалом має сприяти утвердженню конституційних цінностей поваги до прав людини та громадянина, верховенства права та непорушності принципів суддівської етики.

Тренерам важливо усвідомлювати, що іноді участь судді у навчальному заході зумовлена іншими обставинами (наприклад, бажанням отримати певну інформацію зі специфічного питання або консультацію чи пораду щодо конкретної справи, зустрітися з кимось із колег, які також є учасниками певного тренінгу, побувати у місці проведення тренінгу задля вирішення приватних справ тощо), тому тренерам і фасилітаторам необхідно завжди пам'ятати про навчальні цілі й очікувані результати тренінгу, а не «йти на поводу» бажань окремих учасників.

Очікується, що після закінчення курсу учасники **знатимуть**:

- понятійний апарат (*ius in bello*, та відмінність від *ius ad bellum*, «звичаєве міжнародне право», *jus cogens*, «грубі порушення Женевських конвенцій» (ст. 8 (2) (a) PC), «збройний конфлікт», «інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах» (ст. 8 (b) Римського Статуту МКС (PC), «подвійний намір», «намір знищити», *dolus specialis*, «напад, спрямований проти будь-якого цивільного населення» (ст. 7(2)(a) PC); «спільний злочинний план», «начальник» та ін.)
- особливості /ознаки міжнародних злочинів;
- 4 види міжнародних злочинів, які підпадають під юрисдикцію міжнародних судів та криміналів, на відміну від злочинів, які криміналізовані міжнародними договорами;
- назвати джерела МГП та МКП;
- відмінності між різними джерелами МГП, наприклад, *jus cogens* та загальними принципами права;
- співвідношення МГП та МКП і міжнародного права прав людини (МППЛ);
- розуміти перетин МКП та МГП,
- ознаки міжнародних трибуналів першого і другого покоління та відмінності між ними;
- основи діяльності МКС (історію створення, юрисдикцію, ініціювання провадження);
- статус Римського Статуту МКС для України;
- окремі рішення міжнародних трибуналів, де розкриті окремі поняття (5 рішень – *Blaškić* – цивільні особи («воєнні злочини»), *Ntaganda* #1962, пар. 68 – вимога «зв'язку», Акаєсу та Камбанда (перші обвинувачення за вчинення геноциду у ICTR), справи *Karadzic and Mladic* («найтяжчий злочин»), Крістіч (однозначно встановлений намір); *Lubanga ma Katanga* (спільна участь), *Прокурор проти Alfred Yekatom & Patrice-Edouard Ngaïssona* (відповідальність), *Semanza* (допомога), *Mbarushimana* та ін.

- ознаки воєнних злочинів та їх основні типи;
- назвати «грубі порушення Женевських конвенцій» (ст. 8 (2) (a) PC);
- назвати ознаки міжнародного збройного конфлікту (МЗК) та його відмінність від неміжнародного збройного конфлікту (НМЗК)
- назвати «інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах» (ст. 8 (2) (b) PC);
- розуміти «подвійний намір» (*dolus specialis* та намір вчинити заборонене діяння) злочину геноциду та його дискримінаційний характер;
- розуміти зміст поняття «намір знищити» групу повністю або частково та розрізняти форми вчинення геноциду;
- охарактеризувати 4 захищені групи, проти яких направлений злочин геноциду;
- назвати ознаки «широкомасштабного» та «систематичного» нападу; розрізняти «систематичність» в PC та національному законодавстві;
- охарактеризувати «напад, спрямований проти будь-якого цивільного населення» відповідно до ст. 7(2)(a) Римського статуту;
- охарактеризувати елементи заборонених діянь (об'єктивні – *actus reus* та суб'єктивні – *mens rea*);
- суб'єктивний елемент діянь відповідно до ст. 30 PC;
- *actus reus* діянь, які становлять злочини проти людяності;
- особливості злочину агресії за ст. 8bis (1) PC;
- підстави індивідуальної кримінальної відповідальності за ст. 25 PC;
- підстави притягнення до відповідальності та особливості відповідальності командирів та інших начальників за ст. 28 PC;
- підстави для звільнення від кримінальної відповідальності за ст. 31 PC;
- основні положення щодо доказів (ст. 69 PC);
- положення статті 8 bis та 15 bis PC щодо злочину агресії та юрисдикції щодо нього;
- чому положення міжнародного права важливо враховувати під час розгляду судових кримінальних проваджень щодо воєнних злочинів;
- види та умови застосування імунітетів у справах про воєнні злочини.

Учасники та учасниці курсу **вмітуть**:

- визначати тип збройного конфлікту (міжнародний чи неміжнародний) та описати його ознаки;
- визначати «захищених осіб» відповідно до Женевських конвенцій (ЖК);
- встановити та описати у рішенні вимогу «зв'язку» – що поведінка «мала місце в контексті та була пов'язана зі збройним конфліктом» міжнародного чи неміжнародного характеру;
- визначати, чи була особа членом «захищеної» групи за злочином геноциду;
- визначати дії, які становлять акт агресії;
- описати, що конкретне діяння було вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення;
- визначати суб'єктів вчинення злочину агресії за МКП;
- розрізняти режими відповідальності та типи правопорушень за ст. 25 РС;
- визначати підстави притягнення до відповідальності командирів (визначати, що командир не вжив «необхідних і розумних» заходів для «недопущення злочинів», «припинення їх учинення» чи «покарання винних»);
- визначати психічний (ментальний) елемент стосовно військових та невійськових начальників;
- організовувати кримінальний процес з урахуванням кращих стандартів та вимог МКП, зокрема щодо належності кримінального процесу, кращому поводженню із вразливими свідками та належних стандартів розгляду справ щодо сексуально орієнтованих насильницьких воєнних злочинів;
- формулювати в рішенні факти, які встановлені судом, та давати оцінку доказам, які наводяться для підтвердження чи спростування фактичних обставин провадження;
- мотивувати судові рішення з урахуванням як національного законодавства, так і положень міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України;
- розуміти та застосувати положення Римського Статуту МКС (до це доречно).

Учасники та учасниці поділятимуть **цінності**:

- необхідності притягнення до відповідальності осіб, винних у вчиненні найбільш тяжких міжнародних злочинів, які грубо порушують міжнародний правопорядок (злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії);
- розгляду кримінальних проваджень з дотриманням загальновизнаних міжнародних стандартів справедливого судового розгляду, зокрема щодо належності кримінального процесу, кращому поводженню із вразливими свідками та належних стандартів розгляду справ щодо сексуально орієнтованих насильницьких воєнних злочинів.

10.2 СТРУКТУРА КУРСУ

Курс складається з двох модулів: 1) матеріальне право щодо найбільш тяжких злочинів, які грубо порушують міжнародний правопорядок (злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії), а також моделі кримінальної відповідальності за найбільш тяжкі злочини; 2) процесуальне право, зокрема стандарти належного кримінального процесу, вимоги до належності та допустимості доказів, джерела доказів, вимоги до стандартів доказування, питання юрисдикції та здійснення провадження за відсутності обвинуваченого тощо.

На завершення тренінгу учасникам пропонується виконати практичне завдання з написання судового рішення, яке передбачає відпрацювання навичок розгляду кримінального провадження щодо вчинення воєнного злочину та ухвалення вироку у справі.

Кожен модуль передбачає кілька мінілекцій та виконання практичних (у малих групах) завдань, розроблених з метою оволодіння відповідними суддівськими вміннями/навичками.

Програма курсу розрахована на 3 дні.

Програма курсу розроблена у двох варіантах – для учасників та для викладачів. Остання версія – розширена; вона містить тренерські нотатки – як змістові, так і організаційні. Для тренерів та фасилітаторів дуже важливо працювати саме з розширеною версією програми.

10.3 ІНТЕРАКТИВНА МЕТОДИКА ВИКЛАДАННЯ КУРСУ

Інтерактивна методика передбачає постійний обмін досвідом (коли досвід кожного учасника є джерелом спільного досвіду усіх) та взаємне збагачення учасників і викладачів. Тому важливим є не лише подання теоретичного матеріалу у ході мінілекцій (з презентаціями у формі слайдів), а й активне обговорення у малих групах чи у пленарному режимі, моделювання ситуацій, проведення сесій запитань-відповідей тощо.

Тренерам, однак, слід усвідомлювати, що інтерактивна методика містить у собі певні ризики, адже, по-перше, неможливо знати наперед, як саме реагуватиме група (чи окремі учасники й учасниці), і по-друге, є спокуса захопитися формою на шкоду змісту, відволіктися від тематики та навчальних цілей, відповідаючи на запитання, які не стосуються тематики тренінгу. Відтак інтерактивні методики насправді більш складні у їх застосуванні, більш непередбачувані, їх неможливо повністю регламентувати, а тому вони також потребують додаткової підготовки і та більших зусиль (часових та емоційних) з боку тренерів.

Методика викладання цього курсу передбачає:

- міні-лекції з використанням презентацій PowerPoint;
- виконання практичних завдань у малих групах, зокрема на відпрацювання алгоритмів: 1) ухвалення вироку за напад на цивільних осіб та за умисне вбивство як воєнні злочини; 2) ухвалення вироку за вбивство як злочину проти людяності.
- модеровану дискусію стосовно застосування Римського Статуту МКС /звичаєвого права національними судами;
- перегляд відеофрагменту з наступним обговоренням (виконанням практичного завдання);

- виконання у малих групах практичного завдання з написання судового рішення у справі про вчинення воєнного злочину.

Враховуючи різноманітність методів, що використовуються під час цього тренінгу, доречно наголосити на особливостях кожного з них.

Міні-лекції корисні для передачі інформації та закріплення нових знань. Як правило, вони супроводжуються презентацією у форматі PPT або з використанням аудіовізуальних засобів (наприклад, коротким відеофрагментом), що робить їх більш цікавими. З огляду те, що мінілекція не фокусується на учасниках, вона має супроводжуватися запитаннями до учасників та учасниць; для цього їх варто заздалегідь продумати, а для тренерів-початківців – рекомендується підготувати інтерактивні слайди (із запитаннями).

Крім того, підвищенню ефективності сприятиме одночасна робота учасників з роздавальним матеріалом.

Наприклад, мінілекція **«Загальний огляд міжнародного кримінального права»** надасть учасникам та учасницям знання та розуміння щодо особливостей/ознак МКП; відмінностей між 4 видами міжнародних злочинів, які підпадають під юрисдикцію міжнародних судів та криміналів, від злочинів, які криміналізовані міжнародними договорами; застосування звичаєвого міжнародного права, зокрема, *jus cogens*; джерел МГП та його принципів, співвідношення МГП та МКП, а також МГП та МППЛ, відмінностей права на застосування сили (*ius ad bellum*) від законів і звичаїв ведення війни (*ius in bello* /МГП), особливостей міжнародних трибуналів першого та другого покоління, а також основ діяльності МКС (історію створення, юрисдикцію, ініціювання провадження та ін.).

Окремі мінілекції будуть присвячені чотирьом видам міжнародних злочинів, щодо яких МКС має юрисдикцію.

Під час мінілекції **«Воєнні злочини згідно зі Статутом МКС»** особливо доречно працювати з витягом (або електронною версією) Римського Статуту⁴⁰⁶, звертаючи увагу учасників та учасниць на формулювання в офіційному перекладі РС українською мовою: «грубі порушення Женевських конвенцій» (ст. 8 (2) (a) РС) та «інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах» (ст. 8 (2) (b) РС) та розуміти відмінності між ними. Ключовим умінням після цієї мінілекції має стати не лише здатність ідентифікувати збройний конфлікт (міжнародний чи неміжнародний) та описати його ознаки, але й встановити (щоб згодом описати у рішенні національного суду) вимогу зв'язку, яка суттєво відрізняє воєнні злочини від загальнокримінальних і має бути встановлена у кожному конкретному випадку – що поведінка «мала місце в контексті та була пов'язана зі збройним конфліктом» міжнародного чи неміжнародного характеру. Іншим навиком, започаткованим цією мінілекцією, що потім удосконалюватиметься під час виконання практичних завдань, є уміння визначати «захищених осіб» відповідно до Женевських конвенцій (ЖК). У мінілекції окреслюються конкретні воєнні злочини, для розуміння яких важливим є опрацювання «елементів злочину» (ст. 9 РС). Варто звернути увагу, що якщо «вбивство» чи «катування» знайомі суддям, то поняття, до прикладу, «нападу на цивільне населення» (ст. 8(2)(b)(i)) є концептуально новим, а тому потребує більшої

⁴⁰⁶ https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text

уваги. Іншими видами воєнних злочинів, розуміння яких можна висувати з практики міжнародних трибуналів та які потребують певного рівня гендерної компетентності, є сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом (СНПК) – зауважимо, що СНПК може становити також і злочини проти людяності та/або геноцид, про що йтиметься в наступних мінілекціях. Загалом мінілекція дає огляд основних видів воєнних злочинів, у т.ч. проти населення та проти власності. Розгляд справ щодо застосування заборонених видів зброї потребуватиме звернення до міжнародних конвенцій про таку заборону – принагідно зауважимо, що перелік окремих з них є в Додатку 1 до Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України⁴⁰⁷.

У мінілекціях **«Геноцид»** та **«Злочини проти людяності»** не лише перелічуються форми вчинення цих злочинів, але й розкриваються їх особливості, необхідні при їх кваліфікації, якими є, зокрема, ментальний елемент («подвійний намір» (*dolus specialis* та намір вчинити заборонене діяння) злочину геноциду та його дискримінаційний характер, спрямований на «намір знищити» одну із чотирьох захищених груп повністю або частково, або ж широкомасштабний та систематичний характер нападу на цивільне населення, характерний для злочинів проти людяності. Важливо наголосити на визначенні поняття «напад, спрямований проти будь-якого цивільного населення» відповідно до ст. 7(2)(а) Римського статуту та *actus reus* конкретних діянь, які становлять злочини проти людяності; також варто привернути увагу, що перелік груп або спільнот є ширшим у ст. 7 (1) (h), аніж у ст. 6 РС, і є невичерпним, однак охоплює групи або спільноти, які можна ідентифікувати за політичними, культурними, гендерними, як це визначено в п. 3 ст. 7 РС, або іншими ознаками.

З огляду на особливості формулювання ст. 437 КК України, у мінілекції **«Злочин агресії»** учасникам та учасницям пропонується проаналізувати цей злочин відповідно до звичаєвого міжнародного права та ст. 8bis РС, а також поміркувати, як кваліфікувати вторгнення рф в Україну та яким чином можна переслідувати вище військово-політичне керівництво рф за злочин агресії. У цій мінілекції вперше озвучуються питання імунітету, що будуть детальніше розглянуті згодом.

Інший блок мінілекцій присвячений кримінальній відповідальності. Тренерам варто звернути увагу, що мінілекція **«Кримінальна відповідальність за статутом МКС: режими відповідальності»** одразу починається з питання «Що треба довести?» (слайд 2 відповідної презентації), та показує це на конкретному прикладі. Розкриваючи режими відповідальності за міжнародним правом, тренер постійно використовує порівняння з національним законодавством, наголошуючи на спільних і відмінних рисах. Низка прикладів з практики міжнародних трибуналів у мінілекції **«Режими відповідальності: тлумачення та застосування трибуналами щодо Югославії та Руанди»** сприяє кращому розумінню, яким чином право застосовувалося міжнародними трибуналами щодо Югославії та Руанди, що вищі керівники понесли відповідальність за злочини? Як і в попередній мінілекції, нові поняття викладаються крізь призму доведеності – що має довести сторона обвинувачення: по-перше, елементи об'єктивної сторони (якими є *actus reus*, наслідки, причинно-наслідковий зв'язок та контекстуальні елементи відповідного міжнародного злочину), по-друге, елементи суб'єктивної сторони (намір чи знання/усвідомлення, що супроводжує поведінку та/або наслідки), та по-третє, встановити, чи не підлягає особа звільненню від кримінальної відповідальності з підстав, передбачених Статутом відповідного трибуналу). Окрема мінілекція стосується **відповідальності командирів та інших**

⁴⁰⁷ Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України : Наказ Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164

начальників, зокрема, відносин начальника і підлеглої особи, підстав для притягнення до відповідальності, фізичного та психічного елементів як стосовно військових командирів, так і стосовно цивільних начальників.

Кілька мінілекцій присвячено окремим процесуальним аспектам, зокрема, як «вічно актуальним» питанням **допустимості доказів**, та новим викликам, що актуалізувалися порівняно недавно, таким як **поводження з вразливими свідками**.

Аналіз конкретної ситуації (кейсу) найчастіше пропонується для роботи у малих групах. Це один з найефективніших навчальних методів, що дозволяє учасникам та учасницям розглянути питання колективно і скористатися перевагами знань та навичок колег – коли досвід кожного стає джерелом досвіду інших. Робота в малих групах дуже ефективна для засвоєння тих очікуваних результатів навчання, що потребують розуміння, зміни ставлення або цінностей, пошуку рішень для загальних проблем чи пошуку консенсусу. Крім того, вони забезпечують отримання тривалого і міцного результату.

Варто пам'ятати, що ситуації (кейси) бувають кількох видів, найчастіше використовуються **проблемні** – коли немає єдиного «правильного» рішення, а мета завдання – обговорити проблему та шляхи її вирішення, або **оціночні** – коли проблеми немає, рішення очевидне, але труднощі полягають у мотивуванні, оцінці.

Групи отримують завдання із зазначенням часу на їх виконання. З кожною групою працює фасилітатор. Одним із фасилітаторів може бути тренер, однак при цьому важливо розуміти, що роль фасилітатора – принципово інша. Фасилітатори повинні забезпечити стандартні умови роботи, зокрема, слідкувати за тим, щоб групи правильно зрозуміли й не перекручували завдання, не додумували умови фабули.

Групи презентують свої напрацювання, як правило, у пленарному режимі. Можна змінювати черговість презентацій (якщо це доречно) для досягнення справедливості (для того, щоб презентацію не починала та сама група). Тому якщо перше завдання групи презентують у порядку 1–2–3, то для наступного слід обрати інший порядок, наприклад 2–3–1. Однак при цьому треба переконатися, що група № 2 має відповідати на перші (по порядку) питання відповідного завдання, інакше не буде логічної послідовності.

В ході цього курсу як наскрізне використовується практичне завдання про вчинення воєнного злочину. За обставинами справи колона російських солдатів рухалася в населеному пункті на Сході України. Поряд із одним із будинків на вулиці вони виявили саморобний пристрій із дроту, який перешкоджав проїзду. Солдати спішилися, деякі із них почали опорожнюватися на клумбу біля паркану будинку. Господиня будинку, обурена такою поведінкою, вибігла на подвір'я та почала робити російським солдатам зауваження. Командир російського військового підрозділу (лейтенант) пройшов на подвір'я і вдарив господиню, яка впала на землю. Для зупинення насилля нам матір'ю, з будинку вибіг її 17-річний син, який замахнувся на лейтенанта палицею, проте був убитий пострілом одного із російських військових.

Для оцінки учасників надаються фактичні обставини вчинення злочинів нападу на цивільну особу та умисного вбивства, докази, покази обвинуваченого та свідків, висновки експертизи, деякі висновки суду.

Виконання учасниками завдання здійснюється у кілька етапів та передбачає оцінку всіх елементів умисного вбивства як воєнного злочину та нападу на цивільну особу як воєнного злочину, оцінка

доказів, ухвалення та мотивування вироку у справі. Напрацьовані групами результати презентуються у пленарному режимі з подальшим обговоренням та коментарями тренерів.

Для роботи тренерів надаються: 1) практичні поради з написання судового рішення, які підготовлені суддею Сером Говардом Моррісоном; 2) зразок елементів вироку, які підготовлені суддею Бенджаміном Гампертом.

Групове обговорення – це обговорення результатів роботи в малих групах у пленарному режимі. З одного боку, це є заключною частиною аналізу кейсу і роботи в малих групах, що передбачає презентацію результатів роботи кожної з груп усім учасникам, загальну дискусію та підбиття підсумків тренером. З іншого боку, це модерована тренером дискусія, що передбачає попереднє правильне структурування питань, черговості відповідей на них та обов'язково висновки тренера.

Демонстрування використовується для візуалізації практичного завдання, а також як один зі способів презентації завдання (замість викладення завдання у письмовому вигляді), наприклад, відеоролик для представлення завдання як альтернатива письмової фабули справи).

10.4 ЗАГАЛЬНІ ПОРАДИ ТРЕНЕРАМ

Демонструйте приязність і випромінюйте впевненість та компетентність.

Дотримуйтеся програми тренінгу.

Не відволікайтеся і не дозволяйте іншим відволікатися від теми тренінгу.

Раціонально використовуйте час. Пам'ятайте, що не завжди є прямий зв'язок між кількістю витраченого часу і досягнутими результатами. Не можна економити час на важливих речах.

Здатність людини працювати і сприймати інформацію обмежена, тому шляхом прискорення темпу, зменшення перерви тощо можна досягти гірших результатів, оскільки учасники просто швидше втомлюватимуться.

Найефективніший спосіб домогтися більшого – урізноманітнювати види діяльності.

Використовуйте інформацію, отриману від учасників як під час тренінгу, так і під час перерв (наприклад, «коли учасники озвучували свої очікування від тренінгу/під час перерви...», або «коли ми обговорювали питання..., один з учасників підняв цікаву тему...»). Покажіть учасникам, що їхні коментарі не залишаються без уваги, й заохочуйте їх звертатися до тренера і повідомляти про свою думку.

Не метушіться і поспішайте повільно.

Ефективно використовуйте перерви – як для підготовки до наступних видів діяльності, так і для спілкування з учасниками.

Продумайте, як ви побудуєте переходи від однієї теми до іншої, від одного виду діяльності до іншого. Намагайтеся показати взаємозв'язки між міні-лекціями та роботою в малих групах, між презентаціями учасників та підбиттям підсумків, між однією темою та іншою.

Підтримуйте інших тренерів під час тренінгу та допомагайте їм (записуйте коментарі учасників, допомагайте відповісти на несподіване запитання, знайти необхідну інформацію тощо).

Якщо ви розгубилися, існують кілька шляхів виходу із цієї ситуації: а) зробіть паузу, щоб випити води; б) попросіть учасників поставити запитання, немов це частина програми; в) повторіть останній момент іншими словами, щоб освіжити пам'ять; г) загляньте в конспект.

Іноді, якщо щось пішло не так, варто лише вибачитися, однак не намагайтеся виправдовуватися та шукати пояснення.

Будьте обізнані з типовими труднощами, що виникають під час проведення тренінгів:

- деякі учасники можуть надто багато говорити й домінувати, при цьому інші мовчать;
- деякі можуть відступати від запропонованої теми, ставити недоречні запитання і переслідувати свої власні інтереси, далекі від навчальних цілей курсу;
- можуть виникати суперечки між учасниками або групами;
- учасники можуть неправильно зрозуміти умови завдання;
- іноді важко дотримуватися часових меж – часу може не вистачати або бути забагато для певного виду діяльності, передбаченого програмою;
- учасники могли бути обізнаними з тематикою або проходити цей/аналогічний тренінг у минулому.

Продумайте стратегії вирішення таких проблемних ситуацій, адже це дозволить зберігати впевненість під час тренінгу.

Пам'ятайте, що тренер повинен бути «багатофункціональним» й одночасно опікуватися низкою аспектів: підготовкою, організаційними моментами, відкриттям, знайомством, створенням позитивної атмосфери, логічними переходами від теми до теми, ефективним використанням роздавальних матеріалів, дотриманням основних правил, управлінням інформацією, взаємодією зі співтренерами, дотриманням часових меж, досягненням навчальних цілей та очікуваних результатів, завершенням тренінгу з метою забезпечення подальшої зацікавленості учасників, а також тим, щоб підсумувати досягнення і результати, оцінити семінар і враження від навчання тощо. Тому слід навчитися насолоджуватися процесом як навчання, так і викладання!

10.5 Поради ТРЕНЕРАМ ДО ПОЧАТКУ ТРЕНІНГУ

Продивіться один примірник роздавальних матеріалів: чи усі необхідні матеріали включені та чи розміщені вони у вірній послідовності.

З'ясуйте, чи відеоматеріали відкриваються на тому комп'ютері, який буде використовуватися під час тренінгу, чи є належним звук.

Проведіть нараду з усіма тренерами і фасилітаторами. Узгодьте, хто виконуватиме які функції під час тренінгу, зокрема:

- проводитиме сесію знайомства;

- записуватиме на фліп-чарті під час «мозкового штурму»;
- робитиме презентації (міні-лекції);
- модеруватиме панельну дискусію щодо обміну досвідом;
- коментуватиме відповіді під час модерованої дискусії (переконайтеся, що серед тренерів є одностайність щодо відповідей);
- робитиме висновки після презентації результатів роботи в малих групах;
- а також хто виконуватиме функції фасилітатора у конкретній групі.

Переконайтеся, що фасилітатори розуміють своє завдання та знають свою роботу.

Слід вирішити, як формувати малі групи. Кожна група має бути якомога більш репрезентативною (в розрізі учасників). Переконайтеся, що групи сформовані, а фасилітатори мають списки груп.

Намагайтеся передбачити відповіді груп, запитання учасників і визначити проблемні питання, що можуть виникнути під час тренінгу. Обговоріть такі ситуації з іншими тренерами/фасилітаторами та оберіть оптимальний варіант поведінки. Краще бути готовим до різних несподіванок.

Узгодьте позиції з тих питань, щодо яких немає одностайності.

Переконайтеся, що приміщення готове до проведення тренінгу (столи, матеріали тощо).

Продумайте, як виконувати презентації: де ви стоятимете, чи буде вам зручно, де будуть матеріали, як падатиме світло, чи зручно розташований екран/проектор/фліп-чарт.

Спробуйте створити комфортне середовище.

Морально налаштуйтеся на проведення тренінгу.

10.6 Поради ТРЕНЕРАМ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ТРЕНІНГУ

Треба зробити усе можливе, щоб тренінг почався вчасно і відбувався «за планом».

Починайте і закінчуйте тренінг т.зв. «структурними вправами» (принципи, очікування, висновки) та повертайтеся до них у разі потреби протягом усього заходу.

Не можна нехтувати очікуваннями учасників під час вступної частини тренінгу. Часто є спокуса зекономити час, однак це – хибний підхід.

Мотивуйте аудиторію – наголошуйте на тому, для чого знадобляться здобуті знання та навички.

Постійно працюйте з роздавальними матеріалами під час тренінгу. При цьому стануть у нагоді низка методів:

- під час відкриття – зробіть загальний огляд матеріалів;

- регулярно показуйте й використовуйте матеріали під час міні-лекцій;
- читайте короткі цитати з матеріалів або просіть учасників це робити;
- просіть учасників коментувати матеріали;
- просіть учасників робити нотатки в матеріалах тощо.

Використовуйте фліп-чарт і заохочуйте учасників це робити. Однак пам'ятайте: говорити треба з учасниками, а не з фліп-чартом!

Якщо учасник зробив щось правильно, його слід похвалити – ввічливо, стримано, щиро. Якщо учасник помиляється, не слід виказувати мовою тіла негативної реакції (не хмуритися, супитися), спрямуйте розмову в інше русло або поставте уточнюючі запитання, щоб він виправився.

Якщо ніхто не хоче відповідати на питання, слід витримати паузу настільки, наскільки це буде доречним, або зробити вигляд, що питання – риторичне, й відповісти самому.

Коли виникає неоднозначне, гостро дискусійне питання – спитайте групу.

Частіше робіть висновки, підсумовуйте основне.

Стежте за темпом. Робіть паузи. За потреби вдавайтеся до фізичних вправ.

Ведіть нотатки під час тренінгу. Фіксуйте:

- очікування учасників;
- цікаві запитання учасників;
- проблемні моменти, що виникають під час проведення тренінгу;
- час, фактично витрачений на проведення певних елементів програми;
- ідеї та асоціації, що виникають під час тренінгу.

Не забудьте провести анкетування учасників та врахувати їхні зауваження при підготовці до наступного тренінгу.

10.7 Поради ТРЕНЕРАМ ПІСЛЯ ПРОВЕДЕННЯ ТРЕНІНГУ

Проведіть нараду з усіма тренерами і фасилітаторами. Обговоріть, зокрема:

- Чи вдалося досягнути навчальних цілей і очікуваних результатів? Якою мірою? Якщо ні, то чому?
- Чи відбувався тренінг відповідно до програми і розкладу?
- Що найбільше вдалося?
- Які елементи тренінгу викликали труднощі? Чому?

- Наскільки очікування учасників співпадали з навчальними цілями курсу?
- Чи вдалим було формування груп? Чи всі учасники мали рівну можливість бути залученими у процес навчання?
- Як групи виконували завдання?
- Чи діяли фасилітатори злагоджено?
- Чи встигали за часом?
- Що можна поліпшити наступного разу?
- Чи необхідно вносити якісь зміни у перебіг проведення тренінгу? Які саме?

Обговоріть тренінг з організаторами.

Якщо не вдалося вести нотатки під час семінару, зробіть це, незважаючи на втому, після його завершення. Нотатки – цінне джерело тренерського досвіду.

Згадайте найяскравіший момент тренінгу.