

Поширені запитання суддів щодо розгляду справ про воєнні злочини

В межах реалізації Консультативною радою завдання щодо надання методологічної та наукової допомоги українським суддям було підготовлено перелік відповідей на поширені запитання про воєнні злочини. Ця рубрика загалом відображає структуру [Настільної книги судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини](#), розробленої у співпраці українських суддів з міжнародними й українськими експертами. Нижче наведено лаконічні відповіді на поставлені запитання з посиланнями на відповідні розділи Настільної книги для подальшого ознайомлення.

1. Чи можуть українські суди у провадженнях щодо воєнних злочинів покликатися на Римський статут, практику Міжнародного кримінального суду, інших міжнародних судів?

Так, українські суди можуть покликатися на статuti та практику міжнародних кримінальних судів як авторитетне джерело тлумачення інших міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України («ВРУ»). Цим буде забезпечуватися дотримання принципу законності, що передбачений статтею 7 Європейської конвенції з прав людини. Відповідно до [практики](#) Європейського суду з прав людини («ЄСПЛ»), кримінальні норми з бланкетною диспозицією мають надавати обвинуваченому можливість передбачати, які діяння можуть мати наслідком кримінальну відповідальність.

Стаття 438 Кримінального кодексу України має бланкетну диспозицію з посиланням на обов'язкові для України міжнародні договори, які передбачають порушення законів та звичаїв війни. Положення таких договорів, наприклад Женевських Конвенцій 1949 року, визначають заборонені міжнародним гуманітарним правом («МГП») діяння загалом, проте вони не містять елементів складу злочину необхідних для притягнення особи до індивідуальної кримінальної відповідальності.

Відповідно до принципу дружнього ставлення до міжнародного права, сформульованого [Конституційним Судом України](#), для деталізації міжнародних договорів слід враховувати практику їх тлумачення та застосування міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна. Юрисдикція Міжнародного кримінального суду була визнана двома заявами ВРУ ([1](#) та [2](#)), а низка інших міжнародних кримінальних

трибуналів були створені обов'язковими для України резолюціями Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй.

Хоча практика вказаних органів не буде слугувати безпосереднім джерелом права, вона може враховуватися як найавторитетніше джерело тлумачення складів міжнародних злочинів. Це підтверджується її широким застосуванням як національними так і міжнародними судовими органами, наприклад, ЄСПЛ.

З рештою, підставою для проголошення вироку щодо міжнародних злочинів буде стаття 438 Кримінального кодексу України разом із положенням обов'язкового для України міжнародного договору, наприклад, Женевських конвенцій 1949 року. Статuti та практика міжнародних кримінальних трибуналів в такому разі будуть слугувати як додаткове джерело тлумачення елементів складу міжнародних злочинів. У світлі практики ЄСПЛ, цим буде забезпечено передбачуваність кримінальної відповідальності.

Детальніше про цей та інші аргументи використання статутів та практики міжнародних кримінальних судів дивіться у розділі [«Зв'язок статті 438 КК України з міжнародними актами про воєнні злочини» Настільної книги судді](#) (параграфи 166-182).

2. Чи застосовується під час збройного конфлікту міжнародне право з прав людини, зокрема Європейська конвенція з прав людини? Якщо так, то як вирішуються можливі конфлікти між положеннями щодо прав людини та положеннями міжнародного гуманітарного права?

Так, міжнародне право з прав людини («МППЛ») є застосовним під час збройного конфлікту на всій території України, зокрема тих її частинах, що окуповані Російською Федерацією. Проте, Україна використала своє право «відступу» від дотримання певних прав людини на частині своєї території, наприклад, право на повагу до приватного і сімейного життя, право на свободу зібрань та об'єднань, право на мирне володіння майно тощо. Класична правова позиція щодо взаємодії МППЛ та міжнародного гуманітарного права («МГП») була сформульована Міжнародним судом ООН у [консультативному висновку «Щодо законності погроз ядерною зброєю або її використання»](#) (п. 25):

Суд зауважує, що захист Міжнародного пакту про громадянські та політичні права не скасовується під час війни, за винятком відступу від деяких положень під час надзвичайного стану в країні відповідно до статті 4 Пакту. Проте, повага до права на життя не є таким положенням. Як правило, право не бути свавільно позбавленим життя застосовується також під час бойових дій. Проте, критерії свавільного позбавлення життя, тоді визначаються застосовними спеціальними нормами (*lex specialis*), а саме, правом, застосовним у збройному конфлікті та призначеним для регулювання ведення бойових дій. Відповідно, чи вважати конкретне позбавлення життя внаслідок використання певної зброї під час війни свавільним, що суперечить статті 6 Пакту, вирішується лише шляхом посилення на право, застосовне під час збройного конфлікту, а не виведеного з умов самого Пакту.

Тож, в умовах збройного конфлікту МППЛ застосовується як загальна норма, а МГП в певних контекстах буде спеціальною нормою (*lex specialis*). Це створює можливість взаємодії між цими режимами, тому обидва повинні тлумачитися гармонійно і з урахуванням одне одного, щоб забезпечити правову визначеність і заповнити будь-які прогалини в правовому захисті осіб. У разі виникнення суперечностей між цими режимами, зазвичай буде застосовуватися спеціальне правило (тобто МГП) замість загального, але лише в тій частині, де це необхідно для усунення будь-якої невідповідності між МГП та МППЛ.

Детальніше про МГП та МППЛ, їх взаємодію, і розмежування дивіться у розділі [«Джерела права: міжнародне гуманітарне право, міжнародне право прав людини та міжнародне кримінальне право» Настільної книги судді](#) (параграфи 19-84).

3. Наскільки детально суд має досліджувати обставини існування міжнародного збройного конфлікту між Україною та Російською Федерацією? Які докази є належними для встановлення цієї обставини?

Вчинення злочинів в умовах збройного конфлікту є важливим контекстуальним елементом, що вирізняє воєнні злочини серед усіх інших правопорушень. Деталізація обставин збройного конфлікту може різнитися в кожній конкретній справі, проте встановлені факти мають давати уявлення про діяльність сторін конфлікту, зокрема бойові дії в районі вчинення злочину. Це забезпечить належну аргументацію того, що особа не тільки діяла в контексті збройного конфлікту, а й усвідомлювала відповідні обставини.

Процес встановлення контекстуальних елементів нічим не відрізняється від доведення інших елементів складу злочину. Зазвичай використовується сукупність фактичних даних отриманих з різних джерел доказів, наприклад: показання свідків, речових доказів, документів, зокрема електронних. Оцінка таких доказів здійснюється у відповідності до загальних правил закріплених у статті 94 Кримінального процесуального кодексу України.

Детальніше про контекстуальні елементи міжнародних злочинів дивіться розділ [«Контекстуальні елементи воєнних злочинів» Настільної книги судді](#) (параграфи 186-199).

4. За яких умов особа набуває статус комбатанта? Чи вважається комбатантом цивільна особа, яка взяла зброю в руки?

Термін «комбатант» застосовується в контексті класичного міжнародного збройного конфлікту. Комбатантами вважаються члени збройних сил держав, які воюють, або особи, які перебувають у формуваннях самооборони проти загарбників. Цією категорією також охоплюються члени ополчень або добровольчих корпусів, що входять до складу збройних сил держави. Комбатантами також є особи, які працюють на збройні сили, навіть якщо їх завдання безпосередньо не пов'язані з бойовими діями, наприклад, особи задіяні на виробництві і постачанні зброї, будівництві інфраструктури тощо.

Усі інші особи є цивільними. Цивільна особа, яка безпосередньо бере участь у бойових діях, тимчасово втрачає свій захист за міжнародним гуманітарним правом, і стає правомірною ціллю для нападу. Участь у бойових діях охоплює акти війни, які за своєю природою чи метою можуть спричинити безпосередню шкоду особовому складу або обладнанню супротивника. У разі захоплення противником такі особи отримують статус військовополонених.

Детальніше про комбатантів та цивільних осіб дивіться у розділі [«Комбатанти та цивільні; Військові цілі та цивільні об'єкти» Настільної книги судді](#) (параграфи 37-45).

5. Які критерії розмежування цивільних та військових об'єктів? У яких випадках є виправданими атаки на об'єкти подвійного призначення?

До військових цілей належать лише ті об'єкти, які за своєю природою, місцем розташування, призначенням або використанням роблять ефективний внесок у бойові дії, і чиє повне або часткове знищення, захоплення або нейтралізація, за наявних на певний час обставин, дають конкретну військову перевагу.

Цивільний об'єкт – це об'єкт, який не є військовим об'єктом. Положення МГП забороняють напади на цивільні об'єкти (стаття 48 Першого додаткового протоколу до Женевських конвенцій). Цивільні об'єкти тимчасово втрачають свій захист у разі набуття ознак військової цілі. Важливо брати до уваги ознаки об'єкта саме в точний час нападу. Набуття цивільним об'єктом ознак військової цілі не може бути гіпотетичним, вимагається обґрунтоване переконання у намірах противника використати певний об'єкт на шкоду супротивнику. У разі сумнівів щодо характеру об'єкта, презюмується його цивільний статус.

Об'єкти, що за своєю природою можуть мати одночасно цивільне та військове призначення, наприклад транспортні системи, кваліфікуються за загальним правилом відповідно до конкретних обставин. До нападів на такі об'єкти застосовуються загальні принципи МГП: пропорційності, розрізнення та запобіжних заходів.

Детальніше про принцип розрізнення та інші основоположні принципи МГП дивіться розділ [«Основоположні принципи МГП» Настільної книги судді](#) (параграфи 37-50).

6. Чи допускається під час атаки на військові цілі супутня шкода цивільним особам та цивільним об'єктам? За якими критеріями визначається правомірність такої шкоди?

Супутня шкода цивільним особам та об'єктам може бути виправданою за умови дотримання принципу пропорційності. Цей основоположний принцип МГП забороняє починати напад на належну військову ціль, який може випадково завдати шкоди цивільним особам та/або об'єктам, що було б надмірними щодо конкретної і прямої військової переваги, яка очікується від нападу. Оцінка пропорційності проводиться в кожній конкретній справі окремо.

Іншим основоположним принципом є принцип запобіжних заходів: сторони конфлікту повинні вживати всі можливі запобіжні заходи для захисту цивільного населення, цивільних осіб і цивільних об'єктів (стаття 51(1) Першого додаткового протоколу до Женевських конвенцій). Цим охоплюється обов'язок уникати або зводити до мінімуму випадкові жертви серед цивільного населення та пошкодження цивільних об'єктів. Зазначений аналіз також має проводитися в кожному випадку окремо.

Детальніше про принцип пропорційності дивіться розділ [«Основоположні принципи МГП» Настільної книги судді](#) (параграф 47).

7. Чи охоплюються статтею 438 Кримінального Кодексу України будь-які порушення міжнародного гуманітарного права?

Ні, статтею 438 КК України передбачено відповідальність тільки за серйозні (*serious*) порушення міжнародного гуманітарного права («МГП»), які є воєнними злочинами за міжнародним правом. Відправною точкою є перелік серйозних порушень (*grave breaches*) Женевських Конвенцій та Додаткових протоколів до них, що загально визнані воєнними злочинами. Інші порушення МГП кваліфікуються як воєнні злочини тільки у разі їх серйозності (*serious*), тобто, такі порушення мають зазіхати на важливі цінності та мати значні наслідки для потерпілих. Натомість, багато норм МГП мають суто технічний характер, наприклад, обов'язок держав надавати військовополоненим тютюн, а їх порушення не підлягає кримінальному переслідуванню на міжнародному рівні.

Широке тлумачення статті 438 прирівняло б несуттєві порушення до серйозних воєнних злочинів на кшталт катування, вбивства, зґвалтування тощо. До того ж, тільки серйозні правопорушення МГП достатньо деталізовані в статутах та практиці міжнародних кримінальних трибуналів. Кримінальне переслідування за порушення технічних норм може суперечити вимогам доступності та передбачуваності кримінально-правової норми, що закріплені у статті 7 Європейської конвенції з прав людини.

Детальніше про тлумачення статті 438 КК України та її взаємозв'язок з міжнародним правом дивіться розділ [«Зв'язок статті 438 КК України з міжнародними актами про воєнні злочини» Настільної книги судді](#) (параграфи 152-165).

8. Які особливості притягнення до кримінальної відповідальності командирів за воєнні злочини вчинені їх підлеглими?

Кримінальна відповідальність командирів буде різнитися залежно від того, чи віддавали вони наказ на вчинення воєнного злочину. Відання такого наказу саме по собі безпосередньо охоплюється складом порушення законів і звичаїв війни за статтею 438 Кримінального кодексу України, а командир є виконавцем зазначеного діяння. Цікаво, що у практиці міжнародних кримінальних судів віддання наказу є окремим видом співучасті у кримінальному правопорушенні, що характеризується 1) владними повноваженнями командира, 2) відданням вказівки вчинити злочин, 3) причинно-наслідковим зв'язком між вказівкою та вчиненням злочину.

Командири також можуть нести кримінальну відповідальність за злочини скоєні їхніми підлеглими в результаті здійснення неналежного контролю над ними (злочинна бездіяльність). Відповідальність військових командирів і цивільних начальників за нездатність запобігти злочинам, скоєним їхніми підлеглими, і покарати за них, кодифікована в статтях 86 і 87 Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій. Відповідно, вказані діяння є «іншими порушеннями законів і звичаїв війни», які охоплюються бланкетною диспозицією статті 438 КК України.

Детальніше про відповідальність командирів дивіться розділ [«Види співучасті» Настільної книги судді](#) (параграфи 1496-1520).

9. Чи є допустимими докази зібрані з відкритих джерел (OSINT)? Чи існують міжнародні стандарти оцінювання таких доказів?

Українське законодавство не передбачає спеціальних положень про докази, отримані з відкритих джерел (OSINT). Відповідні дані зазвичай містяться в електронних документах, допустимість яких залежить від способу отримання, документації та зберігання. Відповідну оцінку слід проводити з урахуванням загальних положень Кримінального процесуального кодексу України про докази та доказування, а також провідних міжнародних стандартів, наприклад, [Протоколу Берклі](#) або [Керівництва щодо електронних доказів](#).

Детальніше про докази отримані з відкритих джерел дивіться розділ [«Оцінювання цифрових доказів» Настільної книги судді](#) (параграфи 1811-1828). Щодо електронних доказів додатково дивіться посібник [Застосування електронних доказів під час розгляду справ, пов'язаних з корупцією](#). Також, цінним джерелом є [том 19 Журналу міжнародного кримінального правосуддя \(2021\)](#), присвячений окремій темі «Нові технології та розслідування міжнародних злочинів» (англійською мовою).

10. Чи обов'язково зазначати конкретні положення міжнародного гуманітарного права у вироків щодо воєнних злочинів?

У випадку обвинувачення за бланкетними приписами статті 438 Кримінального кодексу України, які відсилають до положень міжнародного права, зазначення конкретних положень міжнародного права та відповідних документів є обов'язковим. Дотримання цієї вимоги є суттєвим у контексті принципів доступності та передбачуваності кримінально-правових норм, закріплених у статті 7 Європейської конвенції з прав людини («ЄКПЛ»). Далєбі, обвинувальний вирок має містити достатньо деталізований опис інкримінованих діянь для дотримання права на справедливий суд, передбаченого статтею 6 (3) ЄКПЛ.

Детальніші рекомендації по написанню вироків щодо міжнародних злочинів дивіться у розділі [«Зміст письмових вироків у справах про міжнародні злочини, розглянутих судами України» Настільної книги судді](#) (параграфи 1933-1979). За аналогією, дивіться [позицію Пленуму Верховного суду України](#) щодо бланкетних норм у справах про деякі злочини проти безпеки дорожнього руху та експлуатації транспорту (пункт 3).