

ПОСІБНИК ДЛЯ АДВОКАТІВ:

ЗАХИСТ У СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ



АСОЦІАЦІЯ
ПРАВНИКІВ
УКРАЇНИ
UKRAINIAN BAR
ASSOCIATION

ЗМІСТ

СПІВАВТОРИ	9
ПЕРЕДМОВА	10
ВСТУП.....	12
ЯК КОРИСТУВАТИСЯ	16
I. ПРАВО.....	17
1. ПЕРЕДУМОВИ ТА ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА	18
1.1. ПЕРЕДУМОВИ	18
1.2. ДЖЕРЕЛА ЗАСТОСОВНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА.....	18
2. МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ	21
2.1. АГРЕСІЯ	21
2.2. ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ.....	27
2.2.1 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – КАТУВАННЯ ТА НЕЛЮДСЬКЕ ПОВОДЖЕННЯ	34
2.2.2 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – ВИГНАННЯ ЦИВІЛЬНОГО НАСЕЛЕННЯ ДЛЯ ПРИМУСОВИХ РОБІТ (ДЕПОРТАЦІЯ НА ПРИМУСОВІ РОБОТИ).....	35
2.2.3 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – РОЗГРАБУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ЦІННОСТЕЙ НА ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ.....	37
2.2.4 СТ. 438 КК УКРАЇНИ – ЗАСТОСУВАННЯ МЕТОДІВ ВЕДЕННЯ ВІЙНИ, ЗАБОРОНЕНИХ МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ	37
2.2.5 СТ. 438 КК УКРАЇНИ – ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ, ЩО ПЕРЕДБАЧЕНІ МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ	37
2.2.6 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – ВІДДАННЯ НАКАЗУ	37
2.2.7 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – УМИСНЕ ВБИВСТВО	38
2.3. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ.....	39

2.4. ГЕНОЦИД.....	44
3. ІНШІ ЗАСТОСОВНІ ПРАВОВІ КОНЦЕПЦІЇ	49
3.1. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КОМАНДИРІВ.....	49
3.2. ЗАОЧНЕ ПРОВАДЖЕННЯ	62
3.3. ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ АБО ПОМ'ЯКШУЮТЬ ПОКАРАННЯ ЗА МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ	69
3.4. ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЗАХИСТ	74
3.4.1 ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ	74
3.4.2 ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД	74
II. ПРАКТИКА.....	76
4. СТРАТЕГІЯ ЗАХИСТУ	77
4.1. СТРАТЕГІЯ ЗАХИСТУ В СУДІ.....	78
4.1.1 АНАЛІЗ ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТА.....	79
4.1.2 ЗУСТРІЧ З ОБВИНУВАЧЕНИМ	82
4.1.3 ВИКОНАННЯ ВИМОГИ СТОРОНОЮ ОБВИНУВАЧЕННЯ ЩОДО ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ.....	83
4.2. УНІКАЛЬНІ ВИКЛИКИ, ЯКІ ПОСТАЮТЬ ПЕРЕД ЗАХИСНИКОМ У ЗАОЧНОМУ СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ	85
4.3. КОРОТКИЙ КОМЕНТАР ЩОДО ДЕЯКИХ ЕТИЧНИХ МІРКУВАНЬ ПІД ЧАС ЗАОЧНОГО ПРОВАДЖЕННЯ	87
5. РОЗСЛІДУВАННЯ ЗАХИСТУ	90
5.1. ВИЗНАЧТЕ ЦІЛІ РОЗСЛІДУВАННЯ.....	91
5.2. СТВОРІТЬ ПЛАН РОЗСЛІДУВАННЯ.....	91
5.3. МІРКУВАННЯ ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ РЕСУРСІВ.....	93
5.4. ОПИТУВАННЯ СВІДКІВ ТА ОТРИМАННЯ ПОКАЗАНЬ	95
5.5. ПРОЦЕС РОЗСЛІДУВАННЯ	97

6. СТРУКТУРУВАННЯ ЮРИДИЧНОГО АРГУМЕНТУ	98
6.1. ПОБУДОВА ЕФЕКТИВНОГО ЮРИДИЧНОГО АРГУМЕНТУ.....	98
6.2. ПИСЬМОВІ ЮРИДИЧНІ АРГУМЕНТИ	99
6.2.1 ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ.....	99
6.2.2 ВИЗНАЧЕННЯ ОСНОВНИХ ПРАВОВИХ НОРМ.....	100
6.2.3 ЕФЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ ПРАВА ТА ФАКТІВ.....	101
6.2.4 ВИСНОВОК	103
6.3. УСНІ АРГУМЕНТИ	103
6.4. ВИСНОВОК	104
7. ДОПИТ СВІДКІВ У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ.....	106
7.1. ПРЯМИЙ ДОПИТ	107
7.1.1 МІРКУВАННЯ ЩОДО КОЖНОГО СВІДКА ПІД ЧАС ПРЯМОГО ДОПИТУ	107
7.1.2 НАВІДНІ ЗАПИТАННЯ НЕ ДОПУСКАЮТЬСЯ	108
7.2. ПЕРЕХРЕСНИЙ ДОПИТ	110
7.2.1 МІРКУВАННЯ ЩОДО СТРУКТУРИ ТА ХАРАКТЕРУ ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ	110
7.3. ПОВТОРНИЙ ПРЯМИЙ ДОПИТ	113
7.4. ДОПИТ СВІДКА У РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ.....	113
7.5. ВИКОРИСТАННЯ ДОКАЗІВ ПІД ЧАС ДОПИТУ СВІДКІВ	115
III. «М'ЯКІ» НАВИЧКИ (SOFT SKILLS)	117
8. РИЗИКИ, ПОВ'ЯЗАНІ З РОБОТОЮ ЗАХИСНИКА.....	118
8.1. ЩО ПОТРІБНО ВРАХУВАТИ, ПЕРШ НІЖ ПОГОДИТИСЯ НАДАВАТИ ЗАХИСТ У СПРАВІ ПРО ВОЄННИЙ ЗЛОЧИН	119
8.2. ПОТЕНЦІЙНІ ПІДХОДИ ДО ПОДОЛАННЯ ВИКЛИКІВ, З ЯКИМИ СТИКАЄТЬСЯ ЗАХИСНИК У СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ.....	121
8.2.1 ПРОГРАМИ ПІДГОТОВКИ ЗАХИСНИКІВ	122
8.2.2 ОРГАНІЗУЙТЕ У РОБОЧУ ГРУПУ ДЛЯ ОТРИМАННЯ НЕОБХІДНОЇ ПІДТРИМКИ ТИХ АДВОКАТІВ, ЯКІ ЗАРАЗ ЗДІЙСНЮЮТЬ ЗАХИСТ У СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ, АБО ТИХ, ЯКІ ПЛАНУЮТЬ	

У МАЙБУТНЬОМУ БУТИ ДОЛУЧЕНИМИ ДО ТАКИХ СПРАВ	123
8.2.3 НАЛАГОДЖЕННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ СПІВПРАЦІ УКРАЇНСЬКИХ АДВОКАТІВ ІЗ МІЖНАРОДНИМИ КОЛЕГАМИ.....	124
8.2.4 ІНФОРМУЙТЕ СУД ТА ОРГАНИ ПРАВОПОРЯДКУ В РАЗІ ОТРИМАННЯ ПОГРОЗ ЗАСТОСУВАННЯ ФІЗИЧНОГО ТА ІНШОГО НАСИЛЬСТВА.....	124
8.2.5 ІНФОРМАЦІЙНІ ПРОГРАМИ В МЕДІА , СПРЯМОВАНІ НА РОЗ'ЯСНЕННЯ ПЕРЕСІЧНОМУ ГРОМАДЯНИНУ МЕТИ ПРОВАДЖЕННЯ В СУДАХ ЩОДО ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ, РОЛІ АДВОКАТА В ЦЬОМУ ПРОЦЕСІ ТА НЕОБХІДНОСТІ ЗАХИСТУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В УКРАЇНІ.....	125
9. ПУБЛІЧНА КОМУНІКАЦІЯ ТА ДОПУСТИМА АДВОКАТСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ	126
9.1. НАЦІОНАЛЬНІ СТАНДАРТИ	126
9.2. МІЖНАРОДНІ ПРАВИЛА ЩОДО ПУБЛІЧНОГО ОБГОВОРЕННЯ СУДІВ ТА СПРАВ, ЩО ПЕРЕБУВАЮТЬ НА РОЗГЛЯДІ.....	130
9.3. ПРИНЦИПИ ПОВЕДІНКИ АДВОКАТІВ У СОЦІАЛЬНИХ МЕРЕЖАХ...	132
IV. ДОДАТКОВІ РЕСУРСИ.....	134
ГЛОСАРІЙ ТЕРМІНІВ	135
КОРИСНІ ДЖЕРЕЛА	146
БАЗИ ДАНИХ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНИХ СУДІВ.....	146
V. ДОДАТКИ	147
ДОДАТОК 1. ТЕСТ НА ОЗНАКИ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ (НАПАДИ НА ЦИВІЛЬНІ ОБ'ЄКТИ)	148
ДОДАТОК 2. СТАТТЯ 8 РИМСЬКОГО СТАТУТУ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ.....	149

ДОДАТОК 3. РЕЗОЛЮЦІЯ РАДИ ЄВРОПИ (75) 11 ПРО КРИТЕРІЇ, ЯКІ РЕГЛАМЕНТУЮТЬ РОЗГЛЯД, ЩО ПРОВОДИТЬСЯ ЗА ВІДСУТНОСТІ ОБВИНУВАЧЕНОГО	156
ДОДАТОК 4. СТАНДАРТ ЯКОСТІ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ВТОРИННОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ В ЧАСТИНІ ЗАОЧНОГО ПРОВАДЖЕННЯ (ВИТЯГ)	159
ДОДАТОК 5. КОДЕКС ПРОФЕСІЙНОЇ ПОВЕДІНКИ ДЛЯ АДВОКАТІВ ЗАХИСТУ ТА ЗАКОННИХ ПРЕДСТАВНИКІВ ПОТЕРПІЛИХ, ЯКІ ПОСТАЮТЬ ПЕРЕД СПЕЦІАЛЬНИМ ТРИБУНАЛОМ ДЛЯ ЛІВАНУ (ВИТЯГ)	161
ДОДАТОК 6. СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – РОЗГРАБУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ЦІННОСТЕЙ НА ОКУПОВАНІЙ ТЕРИТОРІЇ	163
ДОДАТОК 7. СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСОБІВ ВЕДЕННЯ ВІЙНИ, ЗАБОРОНЕНИХ МІЖНАРОДНИМ ПРАВОМ	166
ДОДАТОК 8. СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ, ЩО ПЕРЕДБАЧЕНІ МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ	176

ШАНОВНІ АДВОКАТИ!

Для мене велика честь представити цей безцінний ресурс від імені Міжнародної асоціації юристів (IBA). Від початку повномасштабного вторгнення Росії у 2022 році Україна опинилася на передовій розвитку міжнародного гуманітарного права. І так само, як її військові демонструють надзвичайну стійкість на полі бою, українська правнича спільнота відповідає на цей виклик з вражаючою мужністю, професіоналізмом і відданістю. Підтримка української юридичної спільноти була і залишається великою честю для IBA, зокрема через наші зусилля зі зміцнення спроможності захисників, які працюють у справах про воєнні злочини в національній юрисдикції. Ми сподіваємося, що цей посібник стане орієнтиром для всіх, хто залучений до цієї важливої роботи.

Щиро дякую нашим партнерам з Асоціації правників України та Координаційного центру з надання правничої допомоги за незмінну підтримку як у підготовці цього видання, так і в рамках ширшої співпраці. Також хочу відзначити неоціненний внесок Програми USAID «Справедливість для всіх» у створення цього посібника. Попри певні перешкоди в їхній роботі, їхня головна місія залишається незмінною — так само, як і місія IBA — до того моменту, поки справедливість не буде повністю відновлена для народу України.

З повагою

Марк Еліс, виконавчий директор
Міжнародної асоціації юристів (IBA)



the global voice of
the legal profession*

СПІВАВТОРИ

Цей «Посібник для адвокатів: захист у справах про воєнні злочини» підготувала група авторів: *Марі О'Лірі*, виконувачка обов'язків Головної адвокатки Офісу адвокатів захисту Міжнародного кримінального суду*, колишня Президентка Асоціації адвокатів захисту, які практикують у міжнародних судах і трибуналах (ADC-ICT); *Коллін Рохан*, юристка з міжнародного кримінального права (здійснювала захист підсудних у Міжнародному кримінальному трибуналі для колишньої Югославії, Міжнародному залишковому механізмі для кримінальних трибуналів, Міжнародному кримінальному суді, судах EULEX у Косово), колишня Президентка ADC-ICT, та *Андрій Яковлев*, адвокат, експерт і тренер з міжнародного гуманітарного права, міжнародного кримінального права та міжнародного права прав людини ГО «Медійна ініціатива за права людини» та ГО «Регіональний центр прав людини».

Методологію та зміст цього посібника було розроблено під загальним керівництвом та за підтримки Програми USAID «Справедливість для всіх» у партнерстві з Координаційним центром з надання безоплатної правничої допомоги, Асоціацією правників України та експертами Міжнародної асоціації юристів, зокрема за участі судді *Альфонса Орі*, *Майкла Келлі*, *Майкла Шарфа*, *Ельзи Віллі*, *Наталі фон Вістінгхаузен*, *Сари Ділл*, *Мілен Дімітрі* та *Сільвії де Бертодано*.

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

* Погляди, висловлені тут, належать лише автору і не відображають погляди Міжнародного кримінального суду та інших організацій, з якими пов'язані автори.

© Програма USAID «Справедливість для всіх»

ПЕРЕДМОВА

ШАНОВНІ АДВОКАТИ!

З моменту повномасштабного вторгнення Російської Федерації в Україну в лютому 2022 року наша держава вирішує безпрецедентну проблему — потребу в забезпеченні справедливого правосуддя в понад 130 тисячах справ про війнні злочини. Це покладає на нас не лише професійний, але й моральний обов'язок — гарантувати захист прав кожної особи, яка постає перед судом, незалежно від обставин.

Адвокати, які беруть на себе відповідальність захищати обвинувачених у війнних злочинах, стикаються з особливими викликами. Це не лише складність справ з юридичної та фактичної точки зору, але й суспільний тиск, емоційна напруга та ризики, пов'язані з виконанням професійних обов'язків у війнний час. Проте саме зараз як ніколи важливо демонструвати відданість принципам верховенства права та справедливості.

Зміст цього посібника було сформовано з урахуванням висновків та рекомендацій, отриманих за результатами проведеного Програмою USAID «Справедливість для всіх» у 2023 році оцінювання потреб адвокатів у підвищенні кваліфікації для здійснення ефективного захисту у справах про війнні злочини. Цей посібник створено з метою надати практичну допомогу адвокатам, які здійснюють захист у справах про війнні злочини. У ньому зібрано актуальну інформацію про національне та міжнародне законодавство, практичні поради щодо стратегії захисту, особливостей розслідування, роботи зі свідками та підготовки юридичних аргументів. Автори прагнули зробити його максимально корисним та доступним для кожного адвоката. Висловлюю щире подяку всім, хто долучився до створення цього посібника — авторам, експертам, редакторам та представникам Програми USAID «Справедливість для всіх». Ваша праця є неоціненним внеском у розвиток правової системи України та утвердження демократичних цінностей у суспільстві.

Звертаюся до вас, шановні адвокати, з побажанням наснаги, мужності та професійного зростання. Нехай цей посібник стане надійним помічником у вашій діяльності та сприятиме утвердженню справедливості та верховенства права в нашій державі.

З повагою

Олександр Баранов, директор Координаційного центру з надання безоплатної правничої допомоги

ШАНОВНІ ЗАХИСНИКИ!

Цей посібник ґрунтується на результатах оцінювання потреб адвокатів, проведеного в рамках Програми USAID «Справедливість для всіх», однією з рекомендацій якої було підготувати інструмент щодо розвитку знань і навичок адвокатів для зміцнення їхньої спроможності ефективно захищати обвинувачених у справах про війнні злочини заради забезпечення принципу рівних процесуальних можливостей та права на справедливий судовий розгляд. Загалом він призначений для того, щоб надати вам матеріали та рекомендації для підготовки та проведення судових процесів у справах про війнні злочини. Це справді унікальне видання розроблене досвідченими українськими та міжнародними адвокатами у тісній співпраці з Координаційним центром з надання безоплатної правничої допомоги для підтримки вас та ваших зусиль під час здійснення захисту у справах про війнні злочини.

Оскільки міжнародне право передбачає, що більшість справ про війнні злочини має розглядатися на національному рівні відповідно до критеріїв, установлених міжнародним гуманітарним правом, міжнародним кримінальним правом і міжнародним правом людських прав, то вкрай важливо підтримувати адвокатів на національному рівні, надаючи їм можливості для зміцнення своїх знань, умінь і навичок у веденні справ про війнні злочини. Отже, цей посібник є частиною цілісного підходу до дотримання міжнародних та європейських стандартів, одночасно сприяючи забезпеченню ефективного захисту у справах про війнні злочини.

Розгляд справ про війнні злочини також потребує спеціальних навичок, тож цей посібник сприятиме надбанню необхідного досвіду для ефективного захисту клієнтів, утворюючи частину орієнтованих на потреби адвокатів та адаптованих навчальних матеріалів. Крім того, він слугує джерелом знань щодо застосування норм матеріального міжнародного права в українському контексті, що зрештою сприятиме дотриманню права на справедливий судовий розгляд шляхом кращого захисту обвинувачених у справах про війнні злочини. У зв'язку з цим я хотів би висловити глибоку вдячність авторам за їхній внесок у підготовку цієї дуже своєчасної та важливої публікації.

З повагою

Девід Вон, керівник Програми USAID «Справедливість для всіх»

ВСТУП

З початку російського вторгнення в Україну в лютому 2022 року для розслідування було зареєстровано понад 130 000 справ про воєнні злочини для можливого судового розгляду в українських кримінальних судах. Війна триває, і ця цифра тільки зростатиме. Це накладає новий тягар на українську систему кримінальної юстиції в контексті часових та інших ресурсів, які знадобляться суддям і прокурорам, покликаним вести справи, які зрештою будуть передані до суду. Це також є серйозним викликом для спільноти адвокатів в Україні не лише щодо браку доступних ресурсів для належного захисту обвинувачених у таких справах, але й щодо готовності адвокатів братися за такі справи взагалі, враховуючи поточні обставини. До таких обставин насамперед належить потреба здійснювати захист осіб, які вважаються ворогами держави та ворогами громадян України, і це відбувається в той час, коли війна триває за дверима судової зали.

Справи про воєнні злочини також, за рідкісним винятком, є складними юридично та фактично. Адвокати, які беруться захищати обвинувачених у таких справах, повинні бути обізнаними не лише з чинним національним правом і процесом, але й з міжнародними договорами та конвенціями, які лежать в основі міжнародного кримінального права і процесу, а також із тим, якою мірою ці правові норми вже застосовуються, будуть застосовуватися або повинні застосовуватися в національних судах, що розглядають справи про воєнні злочини.

Адвокатам вже доступні ресурси для підготовки до ведення таких справ. Основним із них є «Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини»¹, яку було підготовлено Національною школою суддів України, Верховним Судом, суддями апеляційних судів та судів першої інстанції та міжнародними експертами з UpRights, Global Rights Compliance (GRC) за підтримки Програми USAID «Справедливість для всіх». У Настільній книзі зібрано та проаналізовано матеріали, призначені для допомоги суддям у справах, пов'язаних із воєнними злочинами, геноцидом

¹ [Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини](#), Київ, 2023.

і злочином агресії». У Настільній книзі детально подано положення національного законодавства України про міжнародні злочини.

Настільна книга «призначена допомогти суддям справедливо та ефективно розглядати справи щодо міжнародних злочинів за законодавством України відповідно до міжнародних норм». Водночас вона є доступною для всієї української правничої спільноти і є важливим джерелом інформації з цих питань для всіх юристів, які беруть участь у судових процесах щодо воєнних злочинів, у тому числі для адвокатів захисту.

Захисники також мають доступ до баз даних, що містять статuti, правила щодо процесу та оцінювання доказів, а також рішень Міжнародного військового трибуналу (МВТ), Міжнародного кримінального суду (МКС)², Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (МТКЮ)³, Міжнародного кримінального трибуналу для Руанди (МТР)⁴, Міжнародного залишкового механізму для кримінальних трибуналів (МЗМТ), який є міжнародним кримінальним судом, створеним у 2010 році для виконання функцій, що залишилися від Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (МТКЮ) та Міжнародного кримінального трибуналу для Руанди (МТР)⁵, Спеціального трибуналу для Лівану (СТЛ)⁶, Спеціального суду щодо Сьєрра-Леоне (СССЛ)⁷, та Надзвичайних палат у судах Камбоджі (НПСК)⁸.

Ці ресурси покликані стати для адвокатів міцною основою для опанування тонкощами права та процесу міжнародних судів, які розглядали справи про воєнні злочини, тією мірою, якою це право та процес будуть застосовними в українських судах⁹. Окремим питанням є те, як захисник може здобути практичні навички, що необ-

² <https://www.legal-tools.org/cld>.

³ <https://www.icty.org/en/about>.

⁴ <https://unictr.irmct.org/>.

⁵ <https://www.irmct.org/en>.

⁶ Спеціальний трибунал для Лівану було закрито у 2023 році, однак інформацію про його структуру та функції, а також рішення у справі «Прокурор проти Аїяша та ін.» (STL-11-01) можна знайти в інтернеті.

⁷ <https://rscsl.org>.

⁸ <https://www.eccc.gov.kh/en>.

⁹ Значною мірою невідомо, наскільки захисник може отримати реальний доступ без коштів на переклад, оскільки багато цих баз даних і публікацій доступні лише англійською та французькою мовами.

хідні для проведення власного розслідування та здійснення захисту у справах про воєнні злочини.

Асоціація адвокатів, які практикують в міжнародних судах і трибуналах (ADC-ICT, раніше ADC-ICTY), розглядала це питання в рамках свого внеску в практику захисту в МТКЮ. Асоціація розробила практичний посібник для адвокатів, які походять із різних країн, мають різну юридичну освіту й багато з яких не пройшли навчання щодо практичного застосування принципу змагальності сторін, який використовують у міжнародних кримінальних судах, з наданням конкретних порад і вказівок щодо розвитку та застосування таких навичок у повсякденній практиці захисту в судах ¹⁰.

Цей посібник написали адвокати з досвідом практики в МТКЮ, однак він буде корисним також для адвокатів, які захищатимуть обвинувачених у воєнних злочинах в українських судах. Посібник містить стислий, легкий для засвоєння аналіз матеріального права щодо воєнних злочинів, зокрема про види відповідальності, наявні юридичні та фактичні підстави для захисту, з посиланнями на відповідну судову практику та інші джерела. Він містить розділи, в яких ідеться про практичні навички, необхідні для захисту у справах про воєнні злочини, зокрема практичні поради щодо розслідування, роботи зі свідками, створення та представлення ефективних письмових та усних аргументів, а також прямого та перехресного допиту свідків у судовому засіданні.

Відомо, що адвокати в Україні також представлятимуть обвинувачених у *заочних* судових процесах, що є складним завданням, яке не виникало у *спеціальних* судах (окрім СТЛ) або в МКС, де такі процеси не були передбачені Статутом або чинними правилами процесу та доказування.

Надзвичайно важливо, щоб національні суди, які розглядають та розглядатимуть у майбутньому справи про воєнні злочини, дотримувалися принципу верховенства права, належно застосовували принцип щодо тягаря доказування та захищали права обвинувачених

¹⁰ Посібник із міжнародного кримінального захисту: Практика, розроблена Асоціацією адвокатів, які практикують у міжнародних судах і трибуналах (ADC-ICT) — Manual on International Criminal Defense: ADC-ICT Developed Practices (2nd Edition, 2020), доступ. на сайті ADC-ICT за посиланням: <https://www.adc-ict.org/> «Документи». Посібник доступний англійською та боснійською/сербською/хорватською мовами. Його можна завантажити безоплатно.

у справах про воєнні злочини. Серед іншого, такі судові процеси є прикладом відданості України принципу верховенства права, навіть коли йдеться про переслідування таких «непопулярних» обвинувачених. Як відомо, «правосуддя повинно не тільки здійснюватися, але й має бути очевидно, що воно здійснюється»¹¹.

Захисник робить свій внесок у цей процес, розвиваючи навички, необхідні для ефективного виконання судами цього завдання. Він може зробити це, досконало знаючи чинне законодавство і процес та творчо підходячи до обстоювання застосування тих аспектів законодавства, які не лише сприятливі для обвинувачених, але й відповідають принципам відкритого, чесного і справедливого судочинства у справах про воєнні злочини. Він може зробити це, безстрашно оскаржуючи потенційно несправедливі судові процедури; за можливості проводячи незалежні розслідування, щоб дізнатися, чи існують виправдувальні докази, які були проігноровані; ставлячи під сумнів достовірність та/або надійність доказів обвинувачення, коли це доречно; і сумлінно захищаючи права обвинувачених, особливо тих обвинувачених, які вже були засуджені суспільною думкою ще до того, як судовий розгляд розпочався.

Посібник був підготовлений до ухвалення Верховною Радою імплементаційного Закону «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього». З набранням чинності зазначеним Законом вступить у силу Закон про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та його поправок, що означає остаточну ратифікацію Римського статуту МКС.

Важко переоцінити значення впровадження норм Римського статуту МКС в українське кримінальне законодавство.

Цей Посібник містить посилання на законодавчі норми, які застосовуватимуться в численних справах, що були розпочаті до імплементаційного закону, а отже, як практичний ресурс він буде актуальним для українських адвокатів ще довгий час.

¹¹ Вислів належить лорду Хьюарту, Головному судді Англії, у справі «Рекс проти суддів Сассекса» 1924 р.: 1 KB 256. «Це не просто важливо, а фундаментально важливо, щоб правосуддя не тільки здійснювалося, але й було очевидно й безсумнівно, що воно здійснюється».

ЯК КОРИСТУВАТИСЯ

РОЗДІЛ ПЕРШИЙ містить короткий огляд правової бази та інформацію про те, де знайти справи міжнародних судів / нормативно-правові акти, які є обов'язковими до виконання або можуть слугувати вказівками / натхненням у вашому судовому процесі. У цьому розділі ви можете побачити виділений рамкою текст, що вказує на положення чинного Кримінального кодексу України, а також інші відповідні положення статутів міжнародних судів і трибуналів та міжнародних юридичних документів. Зірочкою (*) позначено ті договори та документи, які Україна підписала (і за потреби ратифікувала), тобто вони є обов'язковими для застосування українськими судами.

РОЗДІЛ ДРУГИЙ висвітлює практику захисту, базуючись на міжнародному кримінальному праві та деякі найкращі практики, які були застосовані адвокатами у міжнародних кримінальних судах. Хоча юристи-практики добре знаються на цих питаннях, однак метою цього розділу є показати, як деякі навички захисту можуть бути адаптовані до конкретних викликів, пов'язаних із справами про воєнні злочини.

РОЗДІЛ ТРЕТІЙ сфокусований на «м'яких» навичках (англ. мовою soft skills), необхідних юристу для роботи зі справами про воєнні злочини в цій унікальній галузі права. Цей розділ є дійсно «першою зупинкою» в роботі з такими справами. Розгляд справ такої серйозності з їхнім супутнім соціальним і політичним впливом може безпосередньо вплинути на будь-якого адвоката, зокрема на адвокатів, які живуть і практикують у зоні активних бойових дій. Цей розділ є спробою визнати стійкість, яка вимагається від адвоката, а також окреслити деякі питання для роздумів адвокатів.

РОЗДІЛ ЧЕТВЕРТИЙ містить додаткові ресурси. Тут ви знайдете не лише витяги з відповідних кодексів, але й посилання на те, де найкраще знайти відповідні ресурси, а також глосарій термінів. У цьому розділі також наведені два приклади з міжнародних справ, для роздумів адвокатів щодо застосування відповідних норм права і навичок, про які йдеться в Посібнику.

I

ПРАВО

1. ПЕРЕДУМОВИ ТА ДЖЕРЕЛА МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО ПРАВА

1.1. ПЕРЕДУМОВИ

Практика міжнародного кримінального права суттєво розвинулася з часів Нюрнберзького та Токійського трибуналів. Основою для цієї динамічної галузі права є низка міжнародних договорів, які впливають як на міжнародні, так і на внутрішні ситуації, а також «міжнародне звичаєве право», яке належить до стандартних практик, прийнятих у національних юрисдикціях протягом тривалого часу. Вона також впливає із судової практики щодо застосування матеріального і процесуального права, виробленої різними міжнародними спеціальними судами та трибуналами з часу їх створення на початку 1990-х років. Правові норми, розроблені цими міжнародними судами, спираються не лише на уроки Нюрнберга й Токіо, але й на відповідні принципи національного права, гуманітарного права та права прав людини.

1.2. ДЖЕРЕЛА ЗАСТОСОВНОГО МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

Згідно з міжнародним правом, агресивна війна, розпочата вторгненням Росії в Україну, є міжнародним збройним конфліктом. Такі конфлікти регулюються міжнародним правом, насамперед чотирма Женевськими конвенціями 1949 року та першим додатковим протоколом 1977 року до них, а також Гаазькими конвенціями 1899 року та 1907 року¹². Україна також підписала та ратифікувала низку інших міжнародних договорів, зокрема Європейську конвенцію з прав людини (ЄКПЛ), Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, Конвенцію проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, Міжнародну конвенцію про захист усіх осіб від насильницьких зникнень тощо; договори, покликані визначити й гарантувати основні права людини¹³. Ці договори визначають захист, який має

¹² ЖК I, ЖК II, ЖК III, ЖК IV, ДП I, ДП II.

¹³ Україна підписала Римський статут МКС у 2000 році та ратифікувала його 21 серпня 2024 року. Він був підписаний Президентом Зеленським 24 серпня 2024 року. Специфіка того, як і якою мірою застосування норм Статуту відбуватиметься в українських судах з розгляду воєнних злочинів, на момент підготовки цього посібника ще не була

бути гарантований як комбатантам, так і цивільному населенню під час війни. Вони також гарантують основні права людини обвинуваченим у воєнних злочинах, зокрема право на захист, належний процес та справедливий судовий розгляд¹⁴.

Найбільш серйозні порушення прав людини були кодифіковані в різних статутах і договорах, якими були створені міжнародні кримінальні суди, включаючи Римський статут МКС, який описує юрисдикцію Суду щодо геноциду, воєнних злочинів, злочинів проти людяності та, із 2010 року, злочину агресії¹⁵. Елементи злочинів, прийняті МКС, визначають фізичні (*actus reus*, «об'єктивна сторона злочину»), психічні (*mens rea*, «суб'єктивна сторона злочину») та контекстуальні (*contextual elements*) елементи цих злочинів, які повинні бути доведені, перш ніж особа може бути притягнута до відповідальності за такі злочини¹⁶. Аналогічно статті 2–5 Статуту МТКЮ визначають грубі порушення Женевських конвенцій, воєнні злочини, злочини проти людяності та геноцид¹⁷, так само, як і статті 1–4 Статуту МТР¹⁸. У Статутах МТКЮ та МТР перераховані основні діяння, які повинні бути встановлені для того, щоб довести вчинення цих злочинів¹⁹. У них також перераховано способи, за допомогою яких особа може бути визнана особисто відповідальною за такі злочини, включно з концепцією відповідальності вищого керівництва або командира²⁰.

Конкретні елементи цих злочинів і питання щодо відповідальності розвивалися з часом у рішеннях МКС, МТКЮ та МТР. Це багате джерело детальної інформації про еволюцію права у спеціальних трибуналах, деякі з яких вплинули на тлумачення та застосування права у справах, що надалі розглядалися в МКС.

вирішена.

¹⁴ Адвокатам у справах про воєнні злочини настійно рекомендовано ознайомитися з усіма відповідними договорами, підписаними Україною та Росією, які можуть вплинути на провадження в українських судах, що розглядають справи про воєнні злочини.

¹⁵ Доступно англійською мовою за посиланням: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/2024-05/Rome-Statute-eng.pdf>.

¹⁶ Доступно англійською мовою за посиланням: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf>.

¹⁷ Доступно англійською мовою за посиланням: https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf. МТКЮ не визначав і не переслідував злочин агресії.

¹⁸ Доступно англійською та французькою мовами за посиланням: https://unictr.irmct.org/sites/unictr.org/files/legal-library/100131_Statute_en_fr_0.pdf.

¹⁹ Статут МТКЮ, статті 2–5; Статут МТР, статті 2–4.

²⁰ Статут МТКЮ, стаття 7, Статут МТР, стаття 6.

МКС також розробив «Елементи злочинів», прийняті консенсусом Підготовчої комісії Міжнародного кримінального суду. Цей документ визначає елементи злочинів, перелічені в Статуті, які мають бути доведені, перш ніж особу можна буде визнати винною²¹. Цей документ і рішення МКС та вищезгаданих трибуналів зібрано в базах даних, доступ до яких можна отримати через їхні вебсайти та дайджести з незалежних джерел²².

²¹ Доступно англійською мовою за посиланням: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/ElementsOfCrimesEng.pdf>. Рекомендуємо адвокатам ознайомитися з цією публікацією.

²² Перелік таких ресурсів, як-от база даних рішень МКС, юридичні інструменти та ін., ви можете знайти у розділі «Додаткові ресурси».

2. МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ

2.1. АГРЕСІЯ²³

Стаття 437 КК України містить положення про два різних злочини:

- 1) планування, підготовка або розв'язування агресивної війни; та
- 2) ведення агресивної війни.

Кримінальний кодекс не визначає точних елементів жодного з цих злочинів, і практика в Україні, що стосується цього злочину, була неоднорідною і часто суперечливою²⁴.

Стаття 437

Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни

Планування, підготовка або розв'язування агресивної війни чи воєнного конфлікту, а також участь у змові, що спрямована на вчинення таких дій, караються позбавленням волі на строк від семи до дванадцяти років. Ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років.

Відповідні міжнародні положення:

- Римський статут, стаття 8bis
- Статут ООН, стаття 2(4) [*1945]
- Статут МВТ-N, стаття 6(a)
- Статут МВТ-T, стаття 5(a)
- Нюрнберзький принцип VI(a)
- Резолюція ГА ООН 3314, стаття 5(2)

У переліку міжнародних злочинів цього розділу злочин агресії є «новим». Його не було визнано в статутах МТКЮ та МТР і він

²³ З набуттям чинності Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» від 09 жовтня 2024 року № 4012-IX назву статті 437 КК України буде викладено в такій редакції: «Стаття 437. Злочин агресії» та збільшено тяжкість покарання, зокрема в абзаці другому частини першої “від семи до дванадцяти” замінено на “від десяти до п'ятнадцяти”, також в абзаці другому частини другої “від десяти до п'ятнадцяти років” буде замінено на “від дванадцяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі”.

²⁴ [Настільна книга судді](#), с. 408–439.

не був оперативним злочином в рамках юрисдикції МКС до внесення поправки на конференції з перегляду у 2010 році. Навіть зараз застосування Римського статуту поширюється лише на території тих Держав, які прямо ратифікували цю поправку. Тобто визначити юрисдикцію МКС за злочином агресії на підставі поданої за статтею 12 Римського статуту заяви, як це зробила Україна, — неможливо. Найкраща практика для українських адвокатів, які ведуть справи щодо злочину агресії, полягає у зверненні до статті 8*bis* Римського статуту МКС, яка визначає злочини агресії і може бути орієнтиром для досягнення більшої послідовності у питанні застосування.

Стаття 8*bis* Статуту МКС визначає злочини агресії. Ця стаття передбачає, що кожна з перелічених в ній дій кваліфікується як акт агресії. Ці дії включають в себе:

1. Планування, підготовка, ініціювання або вчинення акту агресії особою.
2. Особа була спроможною ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями Держави, яка вчинила акт агресії.
3. Акт агресії було вчинено через 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.
4. Особа знала про фактичні обставини, які свідчать про те, що таке застосування збройної сили суперечить Статуту Організації Об'єднаних Націй.
5. Акт агресії, за своїм характером, тяжкістю і масштабами, є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй.
6. Особа знала про фактичні обставини, які встановлюють таке грубе порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй.

В юрисдикції МКС немає вимоги доводити, що особа зробила правову оцінку того, чи було застосування збройної сили несумісним зі Статутом ООН, або правову оцінку грубого порушення Статуту ООН.

Важливо зазначити, що існує два види захисту. Поведінка, яка в іншому випадку становила б злочин агресії, може бути виправдана або самообороною, або дозволом Ради Безпеки ООН.

Велика Палата Верховного Суду в пункті 18 своєї постанови від 28 лютого 2024 року у справі № 415/2182/20 спирається на визначення, яке міститься в Додатку до Резолюції ГА ООН 3314 (XXIX, 1974): *«Агресія — це застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави чи будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об'єднаних Націй, як це визначено в цій ухвалі»*. Як бачимо, визначення значною мірою нагадує п. 4 ст. 2 Статуту ООН, за винятком кількох суттєвих відмінностей.

Згідно зі статтею 3 Резолюції, агресія визначається як:

- а) вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави, або будь-яка військова окупація, хоч би якою тимчасовою вона не була, внаслідок такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія із застосуванням сили території іншої держави або її частини;
- б) бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;
- в) блокада портів або узбережжя держави збройними силами іншої держави;
- г) напад збройних сил держави на сухопутні, морські чи повітряні сили або морський і повітряний флот іншої держави;
- д) використання збройних сил однієї держави, які перебувають на території іншої держави за згодою держави, що приймає, всупереч умовам, передбаченим угодою, або будь-яке продовження їхньої присутності на такій території після припинення дії угоди;
- е) дії держави, що дозволяють використовувати свою територію, яку вона передала в розпорядження іншої держави, цією іншою державою для вчинення акту агресії проти третьої держави;
- ж) надсилання державою або від її імені збройних банд, груп, нерегулярних формувань або найманців, які здійснюють дії збройної сили проти іншої держави такої тяжкості, що можна порівняти з діями, переліченими вище, або її суттєву участь у них.

Хоча загальновизнано, що агресія заборонена міжнародним звичаєвим правом, її контури є невизначеними та розвиватимуться лише через подальші зміни в законодавстві чи шляхом судової практики.

Деякі міркування щодо підготовки до судового розгляду:

- *Обвинувачений є лідером?*
 - ▶ Хоча сама стаття 437 не накладає жодної категорії обмеження кола осіб, які можуть бути притягнуті до відповідальності за цей злочин, у міжнародному кримінальному праві вимога щодо лідерства визначена. Лідерство — це діяльність, яка вимагає спроможності здійснення ефективного контролю над політичними або військовими діями держави, яка, як стверджується, вчинила злочин. Ця вимога була визнана рішенням Великої Палати Верховного Суду Верховного Суду України від 28 лютого 2024 року, яким визначено категорії осіб, що підпадають під дію Статті 437, як, наприклад, глави держав та урядів; члени парламенту; лідери політичних партій; дипломати; керівники спецслужб; де-юре та де-факто військові командири; інші державні службовці; а також ті, хто здатен впливати на військово-політичні процеси²⁵.
- *Чи був обвинувачений спроможний здійснювати ефективний контроль?*
 - ▶ Верховний Суд постановив, що суб'єктом злочину за статтею 437 можуть бути особи, які в силу службових повноважень або фактичного державного статусу спроможні здійснювати ефективний контроль за політичними чи воєнними діями або керувати ними та/або істотно впливати на політичні, військові, економічні, фінансові, інформаційні та інші процеси у власній державі чи за її межами, та/або керувати конкретними напрямками політичних або воєнних дій²⁶. Велика Палата Верховного Суду визначила коло таких осіб із відповідними повноваженнями / можливостями:
 - ▷ глави держав та урядів;
 - ▷ члени парламенту;
 - ▷ лідери політичних партій;
 - ▷ дипломати;
 - ▷ керівники спецслужб;

²⁵ Рішення Великої Палати Верховного Суду від 28 лютого 2024 року у справі № [415/2182/20](#), п. 140.

²⁶ Рішення Великої Палати, п. 140.

- ▷ командири збройних сил, підпорядкованих державі, а також незаконних воєнізованих чи збройних формувань;
 - ▷ інші особи, які фактично діють як військові командири;
 - ▷ керівники органів виконавчої влади, які здійснюють функції з вироблення та реалізації державної політики і нормативно-правового регулювання у сфері діяльності збройних формувань і обігу зброї;
 - ▷ керівники, правовий статус яких не охоплюється поняттям військового командира і які здійснюють владу або контроль щодо осіб, які беруть участь в агресивній війні чи агресивних воєнних діях;
 - ▷ інші особи, які хоча й не займають формальних посад, проте здатні реально впливати на військово-політичні процеси, пов'язані з плануванням, підготовкою, розв'язуванням агресивної війни чи воєнного конфлікту та веденням агресивної війни або агресивних воєнних дій.
- Чи має/мав обвинувачений повноваження впливати?
 - ▶ Стаття 437 КК України вимагає, щоб суб'єкти мали відповідні повноваження, ресурси у сфері міжнародних відносин, внутрішньої політики, оборони, промисловості, економіки, фінансів або такий соціальний статус, який дозволяє їм впливати на прийняття рішень уповноваженими особами;
 - ▶ У рішенні Великої Палати Верховного Суду наведені приклади того, що може свідчити про наявність відповідних повноважень²⁷.
 - Як визначають напади?
 - ▶ «Напади» були додатково визначені Міжнародним судом ООН у Справі про нафтові платформи²⁸, де йдеться про виняток для самооборони, якщо це має важливе значення для національної безпеки, а дії були необхідними та пропорційними.
 - Чи допомагає практика міжнародного кримінального права?
 - ▶ МКС є єдиним судом міжнародного кримінального права, який має юрисдикцію щодо агресії, однак стаття 8bis Римського статуту ще не застосовувалася. Багато наукових дискусій

²⁷ Рішення Великої Палати, п. 141

²⁸ Міжнародний Суд ООН, справа про нафтові платформи «Іран проти США», рішення ICJ GL № 90, [2003] ICJ Rep 161, ICGJ 74 (ICJ 2003), 6 листопада 2003.

точиться навколо обмежень та сфер захисту, особливо з огляду на велику кількість «сірих зон» у визначенні цього злочину. Крім того, стаття 8bis Статуту МКС обмежена, оскільки застосовується лише за наявності конкретної ратифікації предметної юрисдикції.

- Чи має обвинувачений імунітет?

У справі про ордер на арешт у Бельгії Міжнародний суд ООН постановив, що президенти, прем'єр-міністри та міністри закордонних справ мають абсолютний імунітет у національних судах щодо обвинувачення у скоєнні міжнародних злочинів, поки вони перебувають на посаді²⁹. Це означає, що українські суди не можуть ухвалювати обвинувальні вироки проти таких осіб або судити їх заочно, поки вони перебувають на відповідній посаді.

ОСНОВНІ СПРАВИ	
Національна судова практика	Міжнародна судова практика
Велика Палата Верховного Суду, справа № 415/2182/20 (28 лютого 2024 року)	МВТ-N (1 жовтня 1946) Див. Настільну книгу судді для ознайомлення з рішеннями у справах про міжнародні злочини

²⁹ Міжнародний Суд ООН, «Ордер на арешт від 11 квітня 2000», справа «Демократична Республіка Конго проти Бельгії», рішення, попередні заперечення, ICJ GL № 121, [2002] ICJ Rep 3, [2002] ICJ Rep 75, ICGJ 22 (ICJ 2002), 14 лютого 2002.

2.2. ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ³⁰

Стаття 438

Порушення законів та звичаїв війни

1. Жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.
2. Ті самі діяння, якщо вони поєднані з умисним вбивством, караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Відповідні міжнародні положення:

- Женевські конвенції I–IV [*1954]
- Додатковий протокол I [*1990]
- Додатковий протокол II [*1990]
- Гаазький регламент [*2015]
- Конвенція про захист культурних цінностей під час збройного конфлікту [*]
- Конвенція про заборону біологічної зброї [*]
- Конвенція про заборону конкретних видів звичайної зброї [*]
- Конвенція про заборону хімічної зброї [*]
- Конвенція про протипіхотні наземні міни [*]
- Римський статут, стаття 8
- Статут МТКЮ, статті 2–3
- Статут МТР, стаття 4
- Статут НПСК, статті 7–8
- Статут СССЛ, статті 3–4

³⁰ З набуттям чинності Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» від 09 жовтня 2024 року № 4012-IX стаття 438 КК України буде мати назву «Воєнні злочини», а її частина друга буде викладена в такій редакції: «2. Ті самі діяння, якщо вони спричинили загибель людини, — караються позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі».

- Статут МВТ-N, стаття 6(b)
- Статут МВТ-T, стаття 5(a)
- Нюрнберзький принцип VI(b)

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

Багато положень Женевського та Гаазького права мають технічний характер, і їх порушення не є воєнними злочинами. Натомість воєнні злочини є результатом порушень МГП, які є достатньо серйозними, щоб мати наслідком кримінальну відповідальність»³¹. Зокрема, за нормою частини 5 статті 85 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій грубі порушення³² Женевських конвенцій (I – IV) та цього протоколу розглядають як воєнні злочини.

Хоча стаття 438 КК України визначає обмежену кількість воєнних злочинів для застосування в українській правовій системі, завдяки інструментам МГП та практиці міжнародного кримінального права, понад 100 конкретних воєнних злочинів були визначені як потенційно переслідувані під час конфлікту.

МТКЮ розділив воєнні злочини на два окремі розділи свого Статуту — статті 2 та 3. **Стаття 2** стосується серйозних порушень Женевських конвенцій 1949 року, які є воєнними злочинами, коли вони спрямовані проти осіб або майна, захищених положеннями

³¹ Настільна книга судді, с. 57, 59.

³² Під час кваліфікації порушень законів і звичаїв війни як воєнних злочинів важливо звернути увагу на те, що в п. 5 ст. 85 Додаткового протоколу I вживається термін «грубі порушення», тоді як в українському перекладі – «серйозні порушення». Важливо врахувати, що стаття 50 Женевської конвенції I, стаття 51 Женевської конвенції II, стаття 130 Женевської конвенції III, стаття 147 Женевської конвенції IV та частини 4 статті 11, статті 85 Додаткового протоколу I також використовують термін «грубі порушення».

відповідної Женевської конвенції, таких як а) умисне вбивство; б) катування або нелюдське поводження, зокрема біологічні експерименти; с) умисне заподіяння сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю; d) широкомасштабне знищення та привласнення майна, не виправдане військовою необхідністю і здійснюване незаконно та безглуздо; е) примушування військовополоненого або цивільної особи служити у військах ворожої держави; f) умисне позбавлення військовополоненого або цивільної особи права на справедливий і законний судовий розгляд; g) незаконна депортація або переміщення чи незаконне позбавлення волі цивільної особи; h) захоплення цивільних осіб як заручників.

Стаття 3 стосувалася порушень законів і звичаїв війни, зокрема а) застосування отруйних речовин або іншої зброї, розрахованої на заподіяння надмірних страждань; б) безглузде руйнування міст, селищ чи сіл або спустошення, не виправдане військовою необхідністю; с) напад або бомбардування будь-якими засобами незахищених міст, селищ, жителів або будівель; d) захоплення, руйнування або умисне пошкодження будівель, присвячених для релігійних, благодійних, освітніх цілей, мистецтву і науці, історичних пам'яток, творів мистецтва і науки; е) розграбування громадської або приватної власності.

На рівні Римського статуту всі воєнні злочини визначені в одному положенні Статуту МКС — статті 8. Статут МКС передбачає, що серйозні порушення Женевських конвенцій 1949 року є воєнними злочинами і що МКС має юрисдикцію щодо таких злочинів, зокрема, коли вони вчинені в рамках плану або політики або в рамках широкомасштабного вчинення таких злочинів³³. Злочини, визначені як серйозні порушення Женевської конвенції 1949 року, включають усі воєнні злочини, зазначені в Статутах МТКЮ і МТР³⁴.

Однак решта положень статті 8 розширюють це визначення. Стаття 8(2)(b) Статуту відносить до воєнних злочинів інші серйозні порушення законів і звичаїв війни, що застосовуються під час міжнародних збройних конфліктів, у встановлених рамках міжнародного права. У статті перераховано 26 злочинів, проте деякі з них не зазначені в Статутах МТКЮ і МТР, а деякі є більш детальним описом

³³ Римський статут МКС, стаття 8(1) та (2).

³⁴ Римський статут МКС, стаття 8(2)(a)(i-viii).

забороненої діяльності, що є спільним для цих статутів. Такі дії включають, наприклад:

- умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях, умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями³⁵;
- умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, доки вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи або цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів³⁶;
- вбивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався³⁷;
- неналежне використання прапора парламентаря, прапора чи військових знаків розрізнення та форми ворога або Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями, наслідком чого є смерть або заподіяння особі серйозних ушкоджень³⁸;
- застосування зброї, боєприпасів і матеріалів, а також методів ведення війни такого характеру, які спричиняють надмірні ушкодження чи непотрібні страждання або які за своєю суттю є не-вибірковими в порушення норм міжнародного права збройних конфліктів, за умови, що така зброя, такі боєприпаси і матеріали та методи ведення війни є предметом всеохоплюючої заборони і включені до додатка до цього Статуту шляхом внесення поправки згідно з відповідними положеннями, викладеними у статтях 121 і 123³⁹;
- використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від військових операцій⁴⁰;

³⁵ Статут МКС, стаття 8(2)(b)(i) та (ii).

³⁶ Статут МКС, стаття 8(2)(b)(iii).

³⁷ Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vi).

³⁸ Статут МКС, стаття 8(2)(b)(vii).

³⁹ Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xx).

⁴⁰ Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxiii).

- умисне використання голодування цивільного населення як методу ведення війни шляхом позбавлення його предметів, необхідних для виживання, у тому числі умисне створення перешкод для надання допомоги, як це передбачено відповідно до Женевських конвенцій⁴¹;
- набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях⁴².

Стаття 8(2)(с) передбачає, що серйозні порушення Женевської конвенції 1949 року, які відбуваються під час збройного конфлікту, який не є міжнародним за характером, є воєнними злочинами, якщо вони вчиняються проти осіб, які не беруть активної участі у воєнних діях, у тому числі членів збройних сил, які склали зброю, і тих, хто більше не бере участі в бою через хворобу, поранення, затримання або з інших причин. Злочини, про які йдеться, включають:

- i) посягання на життя й фізичну недоторканність, зокрема вбивство в будь-якій формі, каліцтво, жорстоке поводження та катування;
- ii) посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження;
- iii) захоплення заручників;
- iv) ухвалення вироків і приведення їх до виконання без попереднього рішення, ухваленого створеним у встановленому порядку судом, який забезпечує дотримання всіх судових гарантій, які загально визнані обов'язковими⁴³.

Нарешті, статті 8(2)(е) та 8(2)(f) визначають як воєнні злочини серйозні порушення законів і звичаїв, які застосовують у збройних конфліктах неміжнародного характеру, які відбуваються на території держави, коли існує тривалий збройний конфлікт між державними органами влади та організованими збройними групами або між такими групами. Заборонені діяння включають (без обмежень):

⁴¹ Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxv).

⁴² Статут МКС, стаття 8(2)(b)(xxvi).

⁴³ Статут МКС, стаття 8(2)(c)(i–iv). У Статуті чітко зазначено, що ці положення не застосовують до випадків порушення внутрішнього порядку та виникнення напруженості, як-от заворушення, окремі й спорадичні акти насильства та інші акти подібного характеру. Статут МКС, стаття 8(2)(d).

- i) умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях;
- iii) умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, доки вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи або цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів;
- v) розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом;
- vi) зґвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, як вона визначена в підпункті f) пункту 2 статті 7, примусова стерилізація та будь-яка інша форма сексуального насильства, яка також становить грубе порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій;
- vii) набір або вербування дітей віком до п'ятнадцятих років до складу збройних сил чи груп або використання їх для активної участі в бойових діях;
- viii) віддання розпоряджень про переміщення цивільного населення з причин, пов'язаних з конфліктом, якщо тільки цього не вимагають міркування безпеки відповідного цивільного населення або настійна необхідність військового характеру;
- xi) заподіяння особам, які перебувають під владою іншої сторони конфлікту, фізичного каліцтва або здійснення над ними медичних чи наукових експериментів будь-якого характеру, що не обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або лікарняного лікування відповідної особи і здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб⁴⁴.

Проте до ратифікації Римського статуту МКС та впровадження в Кримінальний кодекс України його положень щодо кваліфікацій воєнних злочинів українському правнику потрібно знати й застосовувати норми Гаазьких і відповідних Женевських конвенцій та протоколів до них, адже за діючою конструкцією ст. 438 КК України — застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним

⁴⁴ Це неповний перелік дій, заборонених статтею 8(e)(i–xii).

правом, та визначення порушення законів і звичаїв війни — вказані конвенції є тими міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

При цьому норми вказаних конвенцій не містять складів злочинів, а лише передбачають низку заборон в МГП, тому під час застосування законів і звичаїв війни, кваліфікацій порушень МГП, що становлять воєнні злочини, потрібно у відповідному конвенційному тексті знайти перелік грубих порушень та перевірити певну заборонену поведінку на предмет того чи відноситься вона до грубих порушень у встановлених рамках міжнародного права. Лише після підтвердження грубого порушення можна його кваліфікувати як склад злочину.

Утім перелік грубих порушень наведено в Женевських конвенціях та протоколах до них, Гаазькі конвенції не містять такого переліку, що створює певні труднощі під час визначення того, які заборони на ведення війни є воєнними злочинами. Варто зазначити, що оскільки стаття 438 Кримінального кодексу України криміналізує всі порушення міжнародного гуманітарного права, і відмінність між грубими та серйозними порушеннями, як зазначено в Римському статуті, має умовне значення.

2.2.1 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – КАТУВАННЯ ТА НЕЛЮДСЬКЕ ПОВОДЖЕННЯ

Катування та нелюдське поводження є поширеним обвинуваченням у міжнародних судах і трибуналах та вимагає розуміння основоположних документів — як Женевських конвенцій, так і пізнішої Конвенції проти катувань.

Кримінальний кодекс України в розділі військових злочинів містить статтю 434, яка визначає погане поводження з військовополоненими, пов'язане з особливою жорстокістю або спрямоване проти хворих і поранених, а також недбале виконання обов'язків по відношенню до хворих і поранених особами, відповідальними за їх лікування і догляд, за відсутності ознак більш тяжкого злочину. У статті зазначено, що вона не поширюється на тяжкі злочини, але у диспозиції норми йдеться про жорстоке поводження з особливою жорстокістю.

Що стосується призначення покарання, важливо також, що за жорстоке поводження з військовополоненими, яке є воєнним злочином, мінімальне покарання за ч. 2 ст. 438 Кримінального кодексу України (КК) становить 8 років, тоді як за ст. 434 КК (неналежне поводження з військовополоненими, що є кримінальним правопорушенням проти встановленого порядку несення військової служби військовослужбовцями України) передбачено максимальне покарання у вигляді позбавлення волі строком до 3 років. На практиці застосування статті 434 КК може призвести до дискримінаційного ставлення. Крім того, у випадках, аналогічних статті 434 КК, захист обвинувачених російських військовослужбовців може посилаватися на статтю 434 КК як на підставу, визначену статтею 82 Третьої Женевської конвенції, для обмеження покарання за статтею ст. 438 КК.

КАТУВАННЯ ТА НЕЛЮДСЬКЕ ПОВОДЖЕННЯ		
Кримінальний кодекс України	Римський статут МКС	Джерела МГП
Стаття 438	Римський статут, стаття 8 (2) (с) (і)	Спільна стаття 3 (1) (а) ЖК I-IV
Порушення законів та звичаїв війни	Посягання на життя й фізичну недоторканість, зокрема вбивство в будь-якій формі, каліцтво, жорстоке поведіння та катування.	Вказані нижче дії є та залишатимуться забороненими [...]: Посягання на життя й фізичну недоторканість, зокрема вбивство в будь-якій формі, каліцтво, жорстоке поведіння та катування.
Жорстоке поведіння з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт.		

2.2.2 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – ВИГНАННЯ ЦИВІЛЬНОГО НАСЕЛЕННЯ ДЛЯ ПРИМУСОВИХ РОБІТ (ДЕПОРТАЦІЯ НА ПРИМУСОВІ РОБОТИ)

Положення про вигнання цивільного населення на примусові роботи слід відрізнити від депортації, оскільки депортація не передбачає вигнання з метою примусової праці. У сучасних умовах не зафіксовано жодного випадку депортації цивільного населення з метою примусової праці. Однак це не означає, що депортація не є кримінально караним діянням за статтею 438 Кримінального кодексу України, оскільки заборона депортації закріплена в законах і звичаях війни (міжнародне гуманітарне право).

Насильство, протиправне знищення майна, а також протиправне заволодіння майном під приводом воєнної необхідності, вчинені щодо населення в умовах воєнних дій, є порушенням законів та звичаїв війни (стаття 433 Кримінального кодексу). Тому їх застосування замість статті 438 Кримінального кодексу порушуватиме питання дискримінаційного ставлення.

Дискримінація буде очевидною в разі притягнення до відповідальності за аналогічні злочини, де максимальне покарання за статтею 433 Кримінального кодексу України обмежується 8 роками

позбавлення волі, тоді як покарання за частиною першою статті 438 КК буде більш суворим і сягатиме до 12 років позбавлення волі.

<i>Кримінальний кодекс України</i>	<i>Римський статут МКС</i>	<i>Джерела МГП</i>
Стаття 438(1) Жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій — караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.	Римський статут, стаття 8(2)(a)(vii) Незаконна депортація або переміщення чи незаконне позбавлення волі. Римський статут, стаття 8(2)(b)(viii) Переміщення, прямо чи опосередковано, окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію чи депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території.	Женевська конвенція IV, ст. 147 Незаконна депортація або переміщення чи незаконне позбавлення волі. Ст. 85 (4) (а) ДП I [Коли вчиняється умисно та на порушення конвенцій або протоколу.] Переміщення окупаційною державою частини свого цивільного населення на окуповану нею територію або депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території в порушення статті 49 Женевської конвенції IV.

2.2.3 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – РОЗГРАБУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ЦІННОСТЕЙ НА ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЯХ

Відповідні норми МГП дивись у Додатку № 6.

2.2.4 СТ. 438 КК УКРАЇНИ – ЗАСТОСУВАННЯ МЕТОДІВ ВЕДЕННЯ ВІЙНИ, ЗАБОРОНЕНИХ МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ

Перелік методів ведення війни, заборонених МГП, дивись у Додатку № 7.

2.2.5 СТ. 438 КК УКРАЇНИ – ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ, ЩО ПЕРЕДБАЧЕНІ МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ

Перелік порушень правил та звичаїв війни дивись у Додатку № 8.

2.2.6 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – ВІДДАННЯ НАКАЗУ

Особа, яка віддає наказ на вчинення воєнного злочину підлягає притягненню до кримінальної відповідальності, що відображено як в статті 25(3)(б) Римського статуту, де зазначено, що особа підлягає кримінальній відповідальності й покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, якщо ця особа наказує, підбурює або спонукає до вчинення такого злочину, якщо він фактично вчиняється або здійснюється замах на його вчинення.

Згідно зі статтею 33 Римського статуту, той факт, що злочин було вчинено особою за наказом уряду або начальника, військового чи цивільного, не звільняє цю особу від кримінальної відповідальності, за винятком випадків, коли:

- а) особа була зобов'язана за законом підкорятися наказам уряду або відповідного начальника;
- б) особа не знала, що наказ був незаконним;
- с) наказ не був явно незаконним.

Частина 2 цієї статті уточнює, що для цілей цієї статті явно незаконними є накази про вчинення геноциду або злочинів проти людяності.

Як зазначено в коментарі, віддання наказу може бути формою підбурювання⁴⁵. Наказ передбачає наявність відносин, як правило, військового характеру, підпорядкування між особою, яка віддає наказ, і особою, яка його отримує. Виконавець використовує свої юридичні або фактичні повноваження, щоб змусити іншу особу вчинити злочин.

«Психічний елемент вимагає, щоб особа, яка віддає наказ, мала намір вчинити злочин на виконання цього наказу або принаймні усвідомлювала значну ймовірність того, що злочин буде вчинено»⁴⁶. Як і у випадку з підбурюванням, згідно з Римським статутом, немає необхідності в тому, щоб особа, яка віддає наказ, сама мала конкретний умисел. «Достатньо, щоб він знав про конкретний намір виконавця, але особа, яка віддає наказ, не обов'язково повинна його поділяти. Ця точка зору адекватно відображає позицію виддання наказу в ієрархії диференційованих рівнів співучасті»⁴⁷.

2.2.7 СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – УМИСНЕ ВБИВСТВО

Вбивство охоплює випадки заподіяння смерті в ситуаціях, коли смерть стала наслідком порушення обмежень на застосування засобів і методів ведення війни, нападу на осіб, які перебувають під захистом міжнародного гуманітарного права (МГП), а також інші випадки порушення норм МГП.

Детальніше про військовий злочин умисного вбивства дивись у Настільній книзі судді (стор. 85–92)

⁴⁵ Gerhard Werle, «Principles of International Criminal Law», Oxford University Press 2011, p. 486.

⁴⁶ Gerhard Werle, «Principles of International Criminal Law», Oxford University Press 2011, p. 487.

⁴⁷ Gerhard Werle, «Principles of International Criminal Law», Oxford University Press 2011, para. 488.

ОСНОВНІ СПРАВИ	
Національна судова практика	Міжнародна судова практика
Рішення Верховного Суду, 28 лютого 2024, справа № 753/14148/21. Рішення Верховного Суду, 28 лютого 2024, справа № 415/2182/20.	ICTY — <i>Tadic</i> ICTY — <i>Kunarac</i> ICTY — <i>Blaskic</i> (рішення щодо апеляції) ICTY — <i>Boskoski & Tarculovski</i> (рішення щодо апеляції) ICTR — <i>Renzaho</i> (рішення щодо апеляції) ICTR <i>Nahimana et al.</i> (рішення щодо апеляції) ICTR — <i>'Military I'</i> (рішення щодо апеляції) ICC — <i>Ntaganda</i> (рішення щодо апеляції) Див. Настільну книгу судді для ознайомлення з рішеннями у справах про міжнародні злочини.

2.3. ЗЛОЧИНИ ПРОТИ ЛЮДЯНОСТІ

З набуттям чинності імплементаційним законом⁴⁸, ухваленим Верховною Радою України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього, Кримінальний кодекс України буде доповнено статтею 442¹ такого змісту:

«Стаття 442¹. Злочини проти людяності

1. Умисне вчинення в межах широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення:

1) переслідування будь-якої групи або спільноти, яка може бути ідентифікована, тобто обмеження прав людини за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, статевими або іншими підставами (ознаками) дискримінації, визначеними міжнародним правом як неприпустимі;

⁴⁸ Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» від 09 жовтня 2024 року № 4012-IX.

2) депортації населення, тобто примусового і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) відповідної групи осіб з території, на якій вони законно перебували, на територію іншої держави;

3) насильницького переміщення населення, тобто примусового і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) відповідної групи осіб з території, на якій вони законно перебували, до іншої місцевості у межах однієї держави;

4) зґвалтування, сексуальної експлуатації, примушування до зайняття проституцією, примусової вагітності, примусової стерилізації або будь-яких інших форм сексуального насильства;

5) оборнення в рабство або торгівлі людьми;

6) насильницького зникнення;

7) незаконного позбавлення волі;

8) катування;

9) інших умисних нелюдських діянь подібного характеру, які супроводжуються заподіянням сильних страждань, середньої тяжкості або тяжких тілесних ушкоджень чи серйозної шкоди психічному або фізичному здоров'ю, —

карається позбавленням волі на строк від семи до п'ятнадцяти років.

2. Умисне вчинення в межах широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення злочину апартеїду, винищення, вбивств —

карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

Примітка. 1. Для цілей цієї статті під нападом на цивільне населення слід розуміти багаторазове (два і більше разів) вчинення будь-якого з діянь, зазначених у цій статті, проти цивільного населення на виконання або на підтримку політики держави чи організації, що спрямована на вчинення такого нападу.

2. Для цілей цієї статті під насильницьким зникненням слід розуміти арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або з приховуванням да-

них про долю такої людини чи місце її перебування, а так само відмову від визнання факту арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі чи приховування даних про долю такої людини чи місце її перебування.

3. Термін «злочин апартеїду» в цьому Кодексі вживається у значенні, наведеному в Міжнародній конвенції про припинення злочину апартеїду та покарання за нього від 30 листопада 1973 року.

4. Для цілей цієї статті під винищенням слід розуміти позбавлення життя однієї чи більше осіб шляхом умисного створення життєвих умов, спрямованих на знищення частини населення, у тому числі шляхом позбавлення доступу до води, продуктів харчування або лікарських засобів.

5. Для цілей цієї статті під катуванням слід розуміти умисне заподіяння особі сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання».

На міжнародному рівні злочини проти людяності, що можуть вчинятися під час збройного конфлікту, регульовані лише Римським статутом, оскільки конвенції про злочини проти людяності поки що немає.

Водночас Україна ратифікувала Міжнародну конвенцію про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, стаття 5 якої визначає насильницьке зникнення як злочин проти людяності. Стаття 2 Кримінального кодексу України не дозволяє криміналізувати злочини проти людяності, передбачені статтею 5 Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, без її впровадження до Кримінального кодексу.

Зараз триває робота щодо оприлюднення саме такого тексту для підписантів і можливості в будь-який час для введення цих злочинів в українське законодавство. Що ще більш важливо, практика в цій сфері добре розвинена в міжнародних судах і трибуналах, і вони часто розглядають ці звинувачення разом зі звинуваченнями у воєнних злочинах за ті самі дії та поведінку обвинуваченого в тому самому злочині.

Стаття 5 Статуту МТКЮ передбачає, що зазначені нижче дії можуть становити злочини проти людяності, «якщо вони вчиняються під час збройного конфлікту міжнародного чи внутрішнього характеру та спрямовані проти цивільного населення: а) умисне вбивство;

б) винищення; с) оборнення в рабство; d) депортація; е) позбавлення волі; f) катування; g) зґвалтування; h) переслідування за політичними, расовими та релігійними мотивами; i) інші нелюдські дії⁴⁹.

Стаття 3 Статуту МТР перелічує ті самі злочинні дії. Однак у ній не вказано, що дії мають бути вчинені під час збройного конфлікту, натомість зазначено, що дії мають бути вчинені як «частина широкомасштабного чи систематичного нападу на будь-яке цивільне населення за національними, політичними, етнічними, расовими чи релігійними мотивами»⁵⁰.

Конкретизація МКС злочинів проти людяності також вимагає, щоб дії були вчинені як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; ця вимога тепер визнана усталена правова норма. Немає вимог, щоб такі дії відбувалися під час національного чи міжнародного збройного конфлікту. Напад не обов'язково є військовим нападом, хоча «розуміється», що будь-яка «політика вчинення такого нападу» вимагає від держави чи іншої організації активно сприяти або заохочувати такий напад проти цивільного населення⁵¹.

Стаття 7 Статуту МКС додає вимогу про те, що виконавець «знав, що дія була частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення, або мав намір зробити її частиною широкого чи систематичного нападу на цивільне населення»⁵². Для цього не потрібні докази того, що виконавець знав усі характеристики нападу чи деталі плану чи політики держави чи організації. Психічний елемент вважається задоволеним, якщо злочинець мав намір сприяти нападу⁵³.

Дії, які можуть становити злочини проти людяності відповідно до Статуту МКС, включають усі дії, перелічені в статутах МТКЮ та МТР. Проте Статут МКС перераховує додаткові злочини, зокрема: g) сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша подібна за тяжкістю форма сексуального насильства; h) переслідування, у тому числі, на додаток до підстав, перелічених у статутах МТКЮ та МТР; з на-

⁴⁹ Статут МТКЮ, стаття 5.

⁵⁰ Статут МТР, стаття 3.

⁵¹ Елементи злочинів МКС, стаття 7, вступ (3).

⁵² Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(а).

⁵³ Елементи злочинів МКС, стаття 7, вступ (2).

ціональних, етнічних, культурних, релігійних, гендерних чи інших загальновизнаних неприпустимих ознак⁵⁴; і) насильницьке знищення осіб; j) злочин апартеїду; k) інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють⁵⁵ сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю⁵⁶.

Стаття 7 додатку до Статуту МКС «Елементи злочину» також дає конкретне визначення для кожного злочину:

- «винищення» вимагає доказу вбивства однієї чи кількох осіб, у тому числі шляхом створення умов життя, розрахованих на знищення населення. Це включає дії, які становили або були частиною масового вбивства членів цивільного населення⁵⁷;
- «обернення в рабство» 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;
- «депортація» означає насильницьке переселення відповідних осіб шляхом виселення або інших примусових дій з території, на якій вони законно перебувають, за відсутності підстав, що допускаються міжнародним правом. На відміну від депортації, яка означає перевезення за межі окупованої території в країну, що здійснює окупацію, або в третю країну. Натомість «переміщення» означає переміщення в межах окупованих територій;
- «катування» означає умисне заподіяння сильного болю або страждань, фізичних чи психічних, особі, яка перебуває під вартою або під контролем обвинуваченого; однак катування не включає болю або страждань, що виникають лише в результаті законних санкцій, невід'ємних від цих санкцій або заподіяних ними випадково;
- «примусова вагітність» означає незаконне позбавлення волі будь-якої жінки, яка стала вагітною в примусовому порядку, з метою

⁵⁴ Статут МКС, стаття 7(3) пояснює, що: «Для цілей цього Статуту розуміється, що термін «гендерний» у контексті суспільства стосується двох статей — чоловічої та жіночої. Термін «гендерний» не має жодного іншого значення, відмінного від згаданого вище».

⁵⁵ Наприклад, злочин «примусовий шлюб» було визнано таким, що становить «інші нелюдські діяння» відповідно до висновків судового рішення у Справі *Ongwen*. ICC, «Прокурор проти Онгвена», судові рішення, ICC-02/04-01/15-1762-Red, 4 лютого 2021 р., пункти 2741–2753.

⁵⁶ Статут МКС, стаття 7(a – k).

⁵⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(b).

зміни етнічного складу будь-якого населення або вчинення інших грубих порушень міжнародного права. Це визначення в жодному разі не повинно тлумачитися як таке, що впливає на національне законодавство щодо вагітності;

- «переслідування» означає умисне і грубе позбавлення основоположних прав у супереч міжнародному праву за ознакою належності до тієї чи іншої групи або спільноти;
- «злочин апартеїду» означає нелюдські діяння, подібні за своїм характером до тих, що зазначені в пункті 1 статті 7, які вчиняються в контексті інституціоналізованого режиму систематичного гноблення та домінування однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою або групами та які вчиняються з метою збереження такого режиму;
- «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.

ОСНОВНІ СПРАВИ	
Національна судова практика	Міжнародна судова практика
До ратифікації Україною Римського статуту норми Кримінального кодексу України не передбачали кримінальної відповідальності за злочини проти людяності.	МКТЮ, Апеляційне рішення у справі Тадіча, п. 288; МКТР, Апеляційне рішення у справі Акаєсу, п. 464. Більше судових рішень у справах про міжнародні злочини див. у На-стільній книзі судді .

2.4. ГЕНОЦИД⁵⁸

«Конвенцію про геноцид було ратифіковано Україною 15 листопада 1954 року, що означає, що Україна погодилася дотримуватися її поло-

⁵⁸ З набуттям чинності Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» від 09 жовтня 2024 року № 4012-IX стаття 442 КК України буде викладена в такій редакції:

жень. [...] МТР/Статут МТР та Статут МКС відтворюють визначення, що міститься в Конвенції про геноцид, і їхня практика додатково уточнює сферу його застосування [...] і за українським законодавством можна покладатися на правові рамки МКС та МТКЮ/МТР та практику тлумачення статті 442»⁵⁹.

Стаття 442

Геноцид

1. Геноцид, тобто діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницької передачі дітей з однієї групи в іншу, — карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.
2. Публічні заклики до геноциду, а також виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів

1. Геноцид, тобто діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи як такої шляхом:

- 1) позбавлення життя членів цієї групи;
- 2) заподіяння членам групи серйозної шкоди;
- 3) створення для групи життєвих умов, спрямованих на повне чи часткове її фізичне знищення;
- 4) впровадження заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню в такій групі;
- 5) насильницька передача дітей з однієї групи в іншу, — карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним позбавленням волі.

2. Прямі та публічні заклики до вчинення діянь, передбачених частиною першою цієї статті, проголошені з метою повного або часткового знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи як такої, а також виготовлення матеріалів із закликами до вчинення таких діянь з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів — караються позбавленням волі на строк від трьох до семи років.

Примітка. Для цілей цієї статті під серйозною шкодою слід розуміти заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або тілесних ушкоджень середньої тяжкості, вчинення зґвалтування або інших форм сексуального насильства, заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання.

⁵⁹ Настільна книга судді, с. 440–471.

карається арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до п'яти років.

Відповідні міжнародні положення:

- Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 року [*1954]
- Римський статут, стаття 6
- Статут МТКЮ, стаття 4
- Статут МТР, стаття 2
- Статут НПСК, стаття 4

Геноцид визначається як будь-яка з наведених нижче дій, вчинених з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу:

- а) вбивство членів такої групи;
- б) заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічного розладу членам такої групи;
- с) умисне створення для такої групи умов життя, розрахованих на доведення її до повного або часткового фізичного знищення;
- д) впровадження заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню всередині такої групи;
- е) насильницька передача дітей цієї групи до іншої групи.

Міжнародне кримінальне право, збагачене рішеннями судів і трибуналів, встановило, що змова, підбурювання, замах та співучасть у злочині також є кримінальними правопорушеннями.

Деякі міркування щодо судового розгляду:

Чи наявні необхідні елементи для встановлення злочину?

- «Геноцид» — це термін, який широко використовується у значенні, відмінному від вимог юридичного встановлення факту геноциду. Для засудження особи необхідно довести кожен елемент.

*Чи має обвинувачений необхідний особливий умисел (*dolus specialis*)?*

- Геноцид не так часто висувують як обвинувачення, оскільки доведення спеціального наміру або *dolus specialis* є складним завданням. Може бути багато доказів потенційно геноцидальних дій, але саме спеціальний намір відрізняє цей злочин від злочинів проти людяності. Обвинувачення повинно довести належними доказа-

ми, що обвинувачений мав особливий намір знищити захищену групу (повністю або частково) і що ця група підпадає під категорії, визначені в злочині (національна, етнічна, расова або релігійна). Якщо це не доведено, геноцид не може бути підтверджений.

Особливий умисел (*dolus specialis*) становить визначальну характеристику злочину геноциду. Намір *dolus specialis* свідчить, що метою нападу було знищення спеціальної групи або її частини. Іншими словами, на відміну від убивства окремих осіб, спеціальний намір свідчить, що ціллю вбивств була саме певна група (її частина). Такі вбивства відбуваються за загальним планом, з усвідомленням виконавцем, що він виконує особливий намір.

Для кваліфікації геноциду важливо, щоб злочинець сприймав жертву як належну до певної захищеної групи, а саме національної, етнічної, расової чи релігійної групи.

Які типи груп є «захищеними групами»?

- Як зазначено в тексті Конвенції про геноцид, що прямо перенесено в рамки національної та міжнародної правової практики, захищена група має бути національною, етнічною, расовою чи релігійною. Цей перелік закритий, він не містить політичних або інших груп, що заважає кваліфікації геноциду. Щоправда, оскільки диспозиція злочину геноциду охоплює як повне, так і часткове знищення групи, то теоретично захист може розповсюджуватися на підгрупи, що існують в межах певної захищеної групи. Під час розгляду справ зі звинуваченнями в геноциді спеціальні трибунали *ad hoc* обговорювали, як буде визначено захищену групу, встановивши, що це робитиметься в кожному конкретному випадку з урахуванням — об'єктивно та суб'єктивно — наявних обставин.

Який розмір цільової групи?

- Треба зазначити, що розмір групи не повинен бути великим, як показує практика спеціальних трибуналів, для наявності складу злочину достатньо кількох осіб, проти яких він спрямований. У контексті геноциду спеціальний намір знищити захищену групу (повністю або частково) означає, що злочин може бути спрямований на певну частину цієї групи, а не обов'язково на всю групу в цілому. Це не означає, що захищена група може складатися лише з кількох осіб, а скоріше, що навіть якщо дії спрямовані

лише на частину членів цієї групи, вони все одно можуть бути кваліфіковані як геноцид за наявності спеціального наміру знищити цю групу або її частину.

Що таке акти геноциду?

- Хоча ці злочини, як правило, передбачають вбивство або винищення як основні дії, інших дій, спрямованих на загрозу для життя, як-от відмова в базових життєвих потребах або запобігання народженню дітей, також може бути достатньо.

ОСНОВНІ СПРАВИ	
Національна судова практика	Міжнародна судова практика
Станом на жовтень 2024 року в Єдиному державному реєстрі судових рішень відсутні вирoki Верховного Суду щодо злочину геноциду. Водночас суди першої інстанції України ухвалили вирoki щодо геноциду (ч. 2 ст. 442 КК України). Ці вирoki не були оскаржені.	ICTY — <i>Karadzic</i> ICTY — <i>Mladic</i> ICTY — <i>Popovicetal</i> ICTY — <i>Tolimir</i> ICTY — <i>Krstic</i> ICTY — <i>Stakic</i> ICTY — <i>Jelesic</i> ICTR — <i>Nahimana et al</i> ICTR — <i>Rutaganda</i> ICTR — <i>Seromba</i> ICTR — <i>Simba</i> ICTR — <i>Semanza</i> ICTR — <i>Munyakazi</i> ICTR — <i>Muhimana</i> ICTR — <i>Kajelijeli</i> ICTR — <i>Niyitegeka</i> ICTR — <i>Akayesu</i> ICTR — <i>Kalimanzira</i> ICTR — <i>Butare</i> ICTR — <i>Ngirabatware</i> ICTR — <i>Ntagerura</i> ICC — <i>AlBashir</i> (ордер на арешт) ICJ — <i>Bosnia&Herzegovina v. Serbia&Montenegro</i>

3. ІНШІ ЗАСТОСОВНІ ПРАВОВІ КОНЦЕПЦІЇ

3.1. ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КОМАНДИРІВ

Тривалий час лише стаття 426 КК України передбачала кримінальну відповідальність української військової влади за бездіяльність — тобто «умисне неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим, або ненаправлення військовою службовою особою до органу досудового розслідування повідомлення про підлеглого, який вчинив кримінальне правопорушення» — цей злочин є військовим злочином (злочином проти встановленого порядку несення військової служби), а отже, лише українські командири могли бути притягнуті до відповідальності за цим положенням.

Однак із набуттям чинності імплементаційним Законом «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього» розділ VI буде доповнено статтею 31¹ такого змісту:

Стаття 31¹. Кримінальна відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників

1. Військовий командир або інша особа, яка фактично діє як військовий командир, підлягає кримінальній відповідальності за будь-який із злочинів, передбачених статтями 437–439, 442 та 442¹ цього Кодексу, що вчинений підлеглою особою, яка перебувала на момент вчинення злочину під його фактичним командуванням і контролем або, залежно від обставин, під його фактичною владою і контролем, внаслідок нездійснення ним належного контролю над такою особою, якщо при цьому військовий командир або інша особа, яка фактично діє як військовий командир, знав або, зважаючи на обставини, що склалися на той час, повинен був і міг знати, що зазначена підлегла особа вчинила або мала намір вчинити такий злочин, проте не вжив дій, які повинен був і міг вжити у межах своїх повноважень для запобігання чи припинення вчинення злочину або для повідомлення про такий злочин компетентного органу.

2. Начальник, правовий статус якого не визначений частиною першою цієї статті, підлягає кримінальній відповідальності за будь-який із злочинів, передбачених статтями 437–439, 442, 442¹ цього Кодексу, якщо такий злочин стосувався діяльності, що підпадала під його фактичну відповідальність і контроль, та був вчинений підлеглою особою, яка на момент вчинення злочину перебувала під його фактичною владою і контролем, внаслідок нездійснення таким начальником належного контролю над такою підлеглою особою, якщо при цьому він знав або повинен був знати, або свідомо проігнорував інформацію, що явно вказувала на те, що підлегла особа вчиняла або мала намір вчинити такий злочин, але не вжив заходів, яких повинен був і міг вжити у межах своїх повноважень для запобігання чи припинення вчинення злочину або для повідомлення про такий злочин компетентного органу.
3. Військовий командир або інша особа, яка фактично діє як військовий командир, інший начальник у випадках, передбачених частинами першою і другою цієї статті, підлягає кримінальній відповідальності згідно з відповідною частиною цієї статті та статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, що передбачає кримінальну відповідальність за злочин, вчинений підлеглою особою.

Примітка. 1. Для цілей цієї статті під військовим командиром слід розуміти особу, яка на законних підставах уповноважена здійснювати командування та контроль над однією чи більше підлеглими особами, які беруть участь у бойових діях та належать до збройних сил держави.

2. Для цілей цієї статті під іншою особою, яка фактично діє як військовий командир, слід розуміти особу, під владою та контролем якої у зв'язку з веденням бойових дій перебувають одна чи більше підлеглих осіб, які беруть участь у бойових діях та не належать до збройних сил держави.

3. Для цілей цієї статті під начальником слід розуміти особу, не зазначену у пунктах 1 і 2 примітки до цієї статті, яка обіймає посаду чи перебуває у становищі, що надає владні повноваження (владу) та контроль над однією чи більше підлеглими особами.

До внесення вищенаведених змін кодекс прямо не містив статей про відповідальність військових командирів і цивільних керівників, щоб притягнути командирів до відповідальності за їхню бездіяльність в Україні щодо запобігання, припинення або покарання за порушення МГП.

Однак стаття 438 КК України передбачала можливість включення окремого злочину бездіяльності до КК України на підставі статей 86 і 87 Додаткового протоколу I, оскільки бездіяльність військових командирів сама собою є «порушенням правил і звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Таке тлумачення дозволило б подолати нинішню нерівність, коли українські командири могли бути притягнуті до відповідальності за свою бездіяльність, а російські командири — ні.

Концепція відповідальності командирів є «оригінальним творінням міжнародного кримінального права», яке не має парадигми в національних правових системах. Відповідно до цієї концепції, військові командири або цивільні лідери можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за міжнародні злочини, скоєні їхніми підлеглими.

Під час збройного конфлікту діє особливий принцип кримінальної відповідальності, нехарактерний для загального кримінального права. Необхідність такої відповідальності зумовлена особливою роллю, яку відіграють військові командири та/або цивільні керівники у забезпеченні дотримання їхніми підлеглими норм міжнародного гуманітарного права (МГП).

Командири та їхні підлеглі, маючи привілеї учасників бойових дій, повинні також дотримуватися законів і звичаїв війни. Оскільки кожному обов'язку відповідає відповідальність за його невиконання, відповідальність командирів може мотивувати їх не лише контролювати своїх підлеглих, але й остерігатися кримінальної відповідальності.

«Необхідність розширення обсягу кримінальної відповідальності начальників впливає з ієрархічної організаційної структури, яка зазвичай характеризує середовище, в якому вчиняються злочини за міжнародним правом. По-перше, саме це середовище значно ускладнює доведення безпосередньої участі у вчиненні злочину, хоча ступінь відповідальності

часто зростає з фізичним віддаленням особи від фактичного вчинення злочину. У таких ситуаціях, коли прямі докази на користь притягнення начальника до кримінальної відповідальності відсутні, концепція відповідальності командира слугує додатковим засобом. По-друге, поведінка, яка не досягає рівня безпосередньої участі у вчиненні злочину, також становить серйозну потенційну небезпеку, особливо коли начальники, наділені повноваженнями віддавати накази, “закривають очі” або “дивляться крізь пальці” на поведінку своїх підлеглих. У цьому контексті поняття відповідальності командира охоплює поведінку, яка за його відсутності залишилася б безкарною. Це особливо актуально, коли начальник не вживає заходів для притягнення підлеглих до відповідальності за вчинення злочинів за міжнародним правом або не передає ситуацію до компетентних органів»⁶⁰.

Однак відповідальність командирів не є абсолютною.

Правило 153 звичаєвого міжнародного гуманітарного права передбачає, що командири та інші начальники несуть кримінальну відповідальність за вчинені їхніми підлеглими воєнні злочини, якщо вони знали або мали підстави знати, що підлеглі збираються вчинити або вчиняють такі злочини, і не вжили всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для запобігання їхньому вчиненню, або, якщо такі злочини були вчинені, для покарання осіб, відповідальних за них.

Відповідно до положень статті 86 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, який захищає жертв міжнародних збройних конфліктів (ДП I до ЖК), впливає, що сторони, залучені до конфлікту, повинні припинити серйозні (грубі) порушення Женевських конвенцій або цього Протоколу, які є результатом неприйняття заходів, що мають бути прийняті. Той факт, що порушення Конвенцій і цього Протоколу було вчинено підлеглим, не звільняє його начальників від кримінальної відповідальності, якщо вони:

- отримали інформацію, яка мала б дозволити їм зробити висновок, враховуючи обставини на той час, що такий підлеглий здійснював або мав намір вчинити таке порушення;

⁶⁰ Gerhard Werle “Principles of International Criminal Law”, Oxford University Press, 2011, para. 499.

- і якщо не вжили всіх можливих заходів у межах своїх повноважень для запобігання або припинення цього порушення.

Стаття 87 ДП І встановлює принцип, згідно з яким військовий командир зобов'язаний запобігати порушенням Конвенцій та Протоколу підлеглими та в разі необхідності припиняти такі порушення й повідомляти про них компетентним органам.

Вищезазначені норми міжнародного гуманітарного права визначають перелік обов'язків командирів / інших начальників щодо контролю за своїми підлеглими. Порушення ними цих обов'язків (через дії чи бездіяльність) тягне за собою кримінальну відповідальність за нормами міжнародного права.

Концепція відповідальності командирів та інших начальників еволюціонувала у праві трибуналів, в тому числі МТКЮ, а в сучасному міжнародному кримінальному праві вона представлена статтею 28 Римського статуту МКС, яка передбачає, що на додаток до інших підстав кримінальної відповідальності згідно з цим Статутом за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду:

а) військовий командир або особа, яка фактично діє як військовий командир, підлягає кримінальній відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені силами, які перебувають під його чи її фактичним командуванням і контролем або, залежно від обставин, під його чи її фактичною владою і контролем, у результаті нездійснення ним або нею належного контролю над такими силами у випадках, коли:

і) такий військовий командир чи така особа або знала, або за існуючих обставин на той момент повинна була знати, що ці сили вчиняли чи мали намір вчинити такі злочини;

ii) такий військовий командир або така особа не вжила всіх необхідних і розумних заходів у межах його або її повноважень для недопущення чи припинення їх учинення або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування.

Стосовно відносин начальника й підлеглого, не описаних у пункті (а). Начальник підлягає кримінальній відповідальності за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені підлеглими, які перебувають під його чи її фактичною владою і контролем, у результаті нездійс-

нення ним чи нею належного контролю над такими підлеглими у випадках, коли:

i) начальник або знав, або свідомо проігнорував інформацію, яка явно вказувала на те, що підлеглі вчиняли чи мали намір вчинити такі злочини;

ii) злочини стосувалися діяльності, що підпадає під фактичну відповідальність і контроль начальника; та iii) начальник не вжив усіх необхідних і розумних заходів у межах його чи її повноважень для недопущення чи припинення їх учинення або для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування.

Положення статті 426 Кримінального кодексу України слід розуміти як такі, що застосовуються до порушень порядку несення військової служби українськими військовослужбовцями. Однак після набуття чинності змін до КК України відповідальність військових командирів має визначатися за стандартами відповідальності командирів, передбаченими ст. 28 Римського статуту та/або положеннями ст. 31¹ КК України. В іншому випадку буде допущено дискримінаційне ставлення до військових командирів протилежної сторони.

Дискримінація матиме місце в тих ситуаціях, коли принципи відповідальності командира покладатимуть на військового командира більшу відповідальність за нездійснення належного контролю за підлеглими, що призвело до вчинення підлеглим тяжкого військового злочину, ніж відповідальність, передбачена статтею 426 Кримінального кодексу України.

Норми статті 426 Кримінального кодексу України обмежують відповідальність до 10 років позбавлення волі, однак вчинення воєнних злочинів може передбачати значно вищу відповідальність, у тому числі довічне ув'язнення.

Крім того, статтею 426 Кримінального кодексу України встановлено відповідальність військового керівника виключно за умисне невиконання необхідних дій.

Застосування інституту відповідальності командирів та інших керівників у національному кримінальному законодавстві держав-членів Ради Європи було предметом розгляду Європейського суду з прав людини у справі «Міланкович проти Хорватії» (*Milanković*

v. Croatia)⁶¹. Заявник скаржився на те, що його засудження за воєнні злочини на підставі відповідальності командування не мало правового підґрунтя в національному або міжнародному праві на момент їх вчинення. Європейський суд дійшов висновку, що держава не порушила Європейську конвенцію, оскільки принцип вищої відповідальності за воєнні злочини є визнаною звичаєвою нормою міжнародного права. У пункті 57 свого рішення Європейський суд з прав людини підкреслив, що поняття «відповідальність командування» охоплює також політичних лідерів та інших представників цивільної влади.

Для України це рішення є важливим джерелом права. Воно означає, що принцип *nullum crimen sine lege*, закріплений у статті 7 Конвенції, а також стандарт якості права (зокрема, передбачуваність, доступність та недопущення свавільного застосування) не будуть порушені державою, якщо в її національному законодавстві не буде чітко прописана командна відповідальність.

Коли йдеться про відповідальність командира або іншого начальника, важливо передусім встановити та довести склад кримінального правопорушення, вчиненого підлеглим. Це означає визначення того, чи вчинила конкретна особа, підпорядкована командирі або іншому начальнику, воєнний злочин. У зв'язку з цим не має значення, чи був присутній командир при діях підлеглого. Також не вимагається, щоб цей підлеглий (як безпосередній виконавець) був притягнутий до відповідальності. У національній кримінально-правовій практиці можуть виникати ситуації, коли, наприклад, засуджується організатор або інший співучасник злочину, а виконавець продовжує переховуватися від правосуддя, або особа виконавця не встановлена.

Об'єктивна сторона поведінки командира буде складатися з поведінки, пов'язаної зі злочинним результатом дій підлеглого. Додаткові матеріали, пов'язані з об'єктивною стороною, які необхідно встановити, включають, зокрема, ієрархічні відносини між командиром і виконавцем злочину (підлеглим).

Суб'єктом злочину є особа, яка фактично командує, що означає наявність у неї влади для запобігання чи припинення злочину або для притягнення до відповідальності виконавця.

⁶¹ Справа № 33351/20, 20 січня 2020 (див. пункти 55–57, 61).

«Як правило, контроль начальника за поведінкою підлеглих ґрунтується на його юридично обґрунтованих повноваженнях, однак достатньо, щоб начальник здійснював фактичний контроль. Таким чином, військові звання або інші форми влади слугують лише індикаторами ефективного контролю; вирішальним фактором є фактичні обставини. Отже, обсяг юридичних (de jure) повноважень начальника може бути як розширений, так і звужений межами фактичного контролю. Делегування повноважень щодо здійснення контролю та нагляду за поведінкою підлеглих може звужити межі відповідальності начальника лише в тій мірі, в якій це впливає на його фактичну можливість здійснювати контроль»⁶².

Суб'єктивна сторона поведінки командира може бути встановлена як через позитивний умисел, так і через відповідальність за недбалість / невиконання обов'язків.

Юридична конструкція відповідальності командирів не виключає вини через недбалість. Прикладами позитивного умислу або необережності є ситуації, коли особа:

- передбачає можливість настання небезпечних наслідків своєї дії або бездіяльності, але легковажно розраховує на їх відвернення, або
- не передбачає можливості настання небезпечних наслідків своєї дії або бездіяльності, хоча повинна була і могла їх передбачити.

Оцінити злочинну недбалість начальників і командирів у національних судах може допомогти погляд на практику, викладену в рішеннях міжнародних судів. Увагу судів було звернуто на визначення умов, за яких начальство повинно було знати про неминучість вчинення злочину. Відповідно до рішення Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії, сучасне міжнародне звичаєве право допускає презумпцію створення так званої поінформованої недбалості керівників, якщо начальник володіє інформацією, яка могла б привернути його увагу до вчинення правопорушень підлеглим.

Концепція притягнення до кримінальної відповідальності цивільних начальників є більш складною, ніж військових командирів, насамперед через різні системи підпорядкування у військовому

⁶² Gerhard Werle "Principles of International Criminal Law", Oxford University Press, 2011, para. 507.

та цивільному управлінні, і потребує окремого опрацювання, що наразі виходить за рамки цього Посібника.

У статті 7 Статуту МТКЮ та статті 6 Статуту МТР перераховані види індивідуальної кримінальної відповідальності за злочини, передбачені статутами: 1. Особа, яка планувала, підбурювала, наказувала, вчиняла або іншим чином сприяла плануванню, підготовці або виконанню злочину. 2. Службове становище будь-якої обвинуваченої особи, чи то глави держави або уряду, чи то відповідального державного службовця, не звільняє таку особу від кримінальної відповідальності й не пом'якшує покарання. 3. Той факт, що будь-яке з діянь, зазначених у Статуті, було вчинено підлеглим, не звільняє від кримінальної відповідальності його начальника, якщо він знав або мав підстави знати, що підлеглий збирався вчинити таке діяння або вчинив його, а начальник не вжив необхідних і розумних заходів для запобігання таким діянням або для покарання винних у їх вчиненні. 4. Той факт, що обвинувачений діяв за наказом уряду або начальника, не звільняє його від кримінальної відповідальності, але може бути врахований при пом'якшенні покарання, якщо Міжнародний трибунал визнає, що цього вимагає правосуддя.

Крім того, обидва спеціальні трибунали визнали теорію відповідальності, яка не була зазначена в статутах. Теорія злочинного співництва та її визначення були вперше встановлені у вирок у справі Тадіча в Міжнародному трибуналі для колишньої Югославії (МТКЮ)⁶³. Вона передбачала, в загальних рисах, що кожен член групи може бути притягнутий до відповідальності за злочинні дії інших членів цієї групи, вчинені відповідно до спільного плану або мети (відомо як JSE I). Згодом концепція була розширена в пізніших справах, щоб включати злочини, які не були здійснені для реалізації спільного плану або мети групи, але які були природним або передбачуваним наслідком здійснення цього спільного плану або мети (відомо як JSE III)⁶⁴. Ці концепції теоретично пов'язані із загальноправовими формами кримінальної відповідальності, що ґрунтуються на змові.

⁶³ Див. справу «Прокурор проти Душко Тадіча», МКТЮ, справа № IT-94-1, рішення від 7 травня 1997 року.

⁶⁴ Див. справу «Прокурор проти Поповіча та інших», МКТЮ, справа №. IT-05-88-A; «Прокурор проти Мілана Мартіча», ICTY-IT-95-11A.

Стаття 25 визначає форми індивідуальної кримінальної відповідальності, визнані в МКС⁶⁵. Вона передбачає, що особа, яка вчиняє злочин у межах юрисдикції Суду, несе індивідуальну відповідальність і підлягає покаранню відповідно до Статуту.

Форми відповідальності включають і розширюють ті, що були прийняті в спеціальних статутах. Вони включають:

- а) вчинення злочину, як індивідуально, так і спільно з іншою особою або через іншу особу, незалежно від того, чи несе ця інша особа кримінальну відповідальність;*
- б) наказ, підбурювання або спонукання до вчинення злочину, який фактично відбувається або намагається бути вчиненим;*
- с) з метою сприяння вчиненню такого злочину, допомога, підбурювання або інше сприяння у його вчиненні чи спробі вчинення, включаючи надання засобів для його вчинення;*
- д) будь-який інший спосіб здійснення внеску у вчинення або спробу вчинення злочину групою осіб, які діють зі спільною метою. Такий внесок має бути навмисним і повинен:*
 - і) здійснюватися з метою сприяння злочинній діяльності або злочинній меті групи, якщо така діяльність або мета передбачає вчинення злочину в межах юрисдикції Суду; або*
 - ii) здійснюватися з усвідомленням наміру групи вчинити злочин;*
- е) щодо злочину геноциду — пряме й публічне підбурювання інших до вчинення геноциду;*
- ф) спроби вчинити такий злочин шляхом здійснення дій, які розпочинають його виконання за допомогою суттєвого кроку, але злочин не відбувається через обставини, незалежні від намірів особи.*

Особа, яка відмовляється від спроби вчинити злочин або іншим чином запобігає його завершенню, не підлягає покаранню відповідно до цього Статуту за спробу вчинення цього злочину, якщо ця особа повністю і добровільно відмовилася від злочинної мети.

Стаття 28 кодифікує кримінальну відповідальність командирів або начальників. Це відрізняється від спеціальних *ad hoc* трибуналів, у текстах рішень яких не відрізнялися елементи «відповідальності командирів» або «цивільних начальників». МКС також окремо ви-

⁶⁵ Ст. 26 Римського статуту МКС передбачає, що суд не має юрисдикції щодо будь-якої особи, яка не досягла 18-річного віку на момент імовірного вчинення злочину.

кладає *mens rea* у статті 30, визначаючи психічний елемент, який необхідно виявити, перш ніж особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності. Він вимагає, щоб особа притягалася до кримінальної відповідальності лише за умови вчинення істотних ознак злочину з умислом або усвідомлено⁶⁶. Особа може бути визнана такою, що має умисел, якщо: а) ця особа має намір брати участь у вчиненні дій; б) ця особа має намір спричинити наслідки таких дій або усвідомлює, що такі наслідки виникнуть за звичайного перебігу подій⁶⁷. «Усвідомлення» означає розуміння того, що обставина існує або наслідки виникнуть у звичайному перебігу подій⁶⁸.

Деякі міркування щодо судового розгляду:

- Який закон використовувати?
 - ▶ В українському Кодексі донедавна не було чітких положень щодо відповідальності командирів і цивільних начальників. Однак це може впливати з міжнародних норм, які, згідно з Конституцією України, підлягають прямому застосуванню без необхідності їхньої імплементації.
 - ▶ Відповідно до частини першої статті 15 Закону України «Про міжнародні договори України» Україна підтвердила проголошене у статті 18 Конституції України зобов'язання неухильно дотримуватися загальновизнаних принципів і норм міжнародного права. На це звернув увагу Вищий спеціалізований суд України з розгляду цивільних і кримінальних справ, пояснивши, що під загальновизнаною нормою міжнародного права суди повинні розуміти правило поведінки, прийняте та визнане міжнародним співтовариством держав у цілому як юридично обов'язковий.
 - ▶ ЄСПЛ (Міланкович) постановив, що держава не порушувала Європейську конвенцію, оскільки принципи відповідальності командування за воєнні злочини є визнаною звичаєвою нормою міжнародного права. У абз. 75 рішення Європейський суд з прав людини підкреслив, що поняття «відповідальність командирів» також охоплює політичних лідерів та інших цивільних керівників. Тобто *nullum crimen sine lege* не буде

⁶⁶ Римський статут, стаття 30(1).

⁶⁷ Римський статут, стаття 30(2) (a–b).

⁶⁸ Римський статут, стаття 30(3).

порушено державою, якщо відповідальність командування прямо не вказана в її національному законодавстві.

- Чи були відносини начальник — підлеглий?
 - ▶ Суб'єкт злочину — особа, яка фактично керує, володіючи необхідними командними (владними) повноваженнями для запобігання чи припинення злочину чи притягнення безпосереднього виконавця до відповідальності.
- Які були вказані дії підлеглих?
 - ▶ Командир або начальник несе відповідальність за дії своїх підлеглих, аналогічну відповідальності організатора чи іншого співучасника злочину, виконавець якого продовжує ухилятися від правосуддя, або коли особа виконавця невідома.
 - ▶ У вітчизняній кримінально-правовій практиці близьким до відповідальності начальників поняттям є воєнний злочин, передбачений статтею 426 Кримінального кодексу України, яка окремо встановлює відповідальність військового начальника за кримінальне правопорушення, вчинене підлеглим.
 - ▶ Об'єктивна сторона діяння командира складатиметься з поведінки, описаної у вищезазначених релевантних нормах українського кримінального закону або міжнародного кримінального права, пов'язаної зі злочинним результатом дії підлеглого. Додатковими обставинами об'єктивної сторони, які підлягають встановленню, є, зокрема, взаємовідносини між начальником і виконавцем злочину (підлеглим).
- Чи мав обвинувачений необхідну *mens rea* — знав або повинен був знати?
 - ▶ Порушення норм Міжнародного гуманітарного права, вчинене підлеглим, не звільняє його начальника від кримінальної відповідальності, якщо він знав або мав інформацію, яка повинна була дозволити йому зробити висновок за обставинами на той час, коли підлегла особа вчинила або збиралася вчинити таке порушення, і якщо він не вжив усіх можливих заходів у межах своїх повноважень для запобігання або припинення порушення.
- Ці обвинувачення є умислом чи недбалістю?
 - ▶ Дія або бездіяльність з метою досягнення злочинного результату може підпадати під відповідальність за співучасть за статтею

438 КК України з посиланням на статтю 27. Це могло мати місце навіть у тому випадку, якщо командир / начальник не мав наміру сприяти злочинцю в його протиправній поведінці, але не виконав своїх обов'язків контролю через незаконну самовпевненість або недбалість.

- ▶ У справах МТКЮ може існувати презумпція так званої «свідомої недбалості» начальників, якщо можна довести наявність інформації, яка могла привернути їхню увагу до вчинення злочинів їхніми підлеглими.
- ▶ Недбалість може мати місце, коли обвинувачений:
 - ▷ передбачає можливість небезпечних наслідків своїх дій чи бездіяльності, але необачно покладається на запобігання їм, або
 - ▷ не передбачає можливості настання небезпечних наслідків своїх дій чи бездіяльності, хоча повинен і міг би їх передбачити.
- ▶ Знання про вчинені правопорушення повинно бути доведено в кожному конкретному випадку з урахуванням таких критеріїв, як кількість, вид і масштаб правопорушень, кількість учасників, місце і час вчинення правопорушень тощо. Можливе використання непрямих доказів.
- Чи міг обвинувачений запобігти злочину?
 - ▶ Стаття 87 ЖК ДП І зобов'язує військове командування запобігати порушенням ЖК і, якщо є необхідність, припиняти їх та повідомляти компетентним органам.

ОСНОВНІ СПРАВИ	
Національна судова практика	Міжнародна судова практика
Національна судова практика щодо застосування відповідальності командирів тільки формується.	ICTY — <i>Karadzic</i> ICTY — <i>Mladic</i> ICTY — <i>Popovic et al</i> ICTY — <i>Tolimir</i> ICTY — <i>Krstic</i> ICTY — <i>Stakic</i> ICTY — <i>Jelesic</i> ICTY — <i>Oric</i> ICTY — <i>Hadzihasanovic & Kubura</i> ICTR — <i>Nahimana et al</i> ICTR — <i>Rutaganda</i> ICTR — <i>Seromba</i> ICTR — <i>Simba</i> ICTR — <i>Semanza</i> ICTR — <i>Munyakazi</i> ICTR — <i>Muhimana</i> ICTR — <i>Kajelijeli</i> ICTR — <i>Niyitegeka</i> ICTR — <i>Akayesu</i> ICC — <i>Bemba</i> <i>Milanković v. Croatia</i> No.33351/20 dated 20.01.2020 (пункти 55–57, 61).

3.2. ЗАОЧНЕ ПРОВАДЖЕННЯ

«Спеціальне досудове розслідування може бути розпочате не у всіх кримінальних провадженнях, а лише щодо злочинів, визначених в ч. 2 ст. 297-1 КПК, якщо підозрюваний, крім неповнолітнього, переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук. Окрім цього, спеціальне досудове розслідування може бути розпочате також у кримінальному провадженні щодо злочину, вчиненого підозрюваним, стосовно якого

уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся»⁶⁹.

Законодавство України передбачає розслідування та притягнення до відповідальності за воєнні злочини в рамках спеціального кримінального провадження за відсутності підозрюваного чи обвинуваченого (*in absentia*). Ця процедура реалізується як:

- 1) спеціальне досудове розслідування, яке здійснюється за згодою суду (див. ст. 297-1 КПК);
- 2) судовий розгляд за відсутності обвинуваченого (*in absentia*) (див. ч. 3 ст. 323 КПК).

Спеціальне досудове розслідування здійснюється щодо окремих злочинів на підставі ухвали слідчого судді у кримінальних провадженнях щодо конкретних злочинів⁷⁰. Спеціальне досудове розслідування інших злочинів не допускається, крім випадків, коли злочини вчинені особами, які:

- переходять від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території Російської Федерації з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошені в міжнародний розшук;
- фігурують в одному кримінальному провадженні зі злочинами, зазначеними в цій частині, і виділення матеріалів щодо них може негативно вплинути на повноту досудового розслідування та судового розгляду.

Для початку застосування спеціального розслідування підозрюваний має:

- 1) переходитися від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території Російської Федерації, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або
- 2) перебувати в міжнародному розшуку.

⁶⁹ Настільна книга судді, с. 679–695

⁷⁰ Ст. 109, 110, 110-2, 111, 111-1, 111-2, 112, 113, 114, 114-1, 114-2, 115, 116, 118, ч. 2 ст. 121, ч. 2 ст. 127, ч. 2.2 та 3 ст. 146, ст. 146-1, 147, ч. 2–5 ст. 191 (у разі зловживання службовою особою службовим становищем), ст. 209, 255–258-6, 348, 364, 364-1, 365, 3652, 368, 3682, 3683, 3684, 369, 3692, 370, 379, 400, 408, 436, 4361, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447 КК України.

Повістки про виклик підозрюваного надсилаються за останнім відомим місцем його проживання чи перебування та мають бути опубліковані в медіа загальнодержавного розповсюдження та на офіційному вебсайті Генеральної прокуратури. З моменту оприлюднення повістки в національних медіа та на офіційному вебсайті Офісу Генерального прокурора підозрюваний вважається належним чином ознайомленим з її змістом.

Судове засідання в кримінальних провадженнях щодо злочинів, передбачених частиною другою Статті 297-1 цього Кодексу (див. примітку 70), може бути проведено заочно, без обвинуваченого, за винятком неповнолітнього, який переховується від слідства і органів суду з метою уникнення кримінальної відповідальності (спеціального судового провадження) у разі оголошення обвинуваченого в міждержавний або міжнародний розшук (ч. 3 ст. 323 КПК).

До суду надходить обвинувальний акт, складений за результатами досудового розслідування, проведеного в особливому порядку. Як правило, звинувачення стосується російського військовослужбовця або іншої особи, яка перебуває на підконтрольній Російській Федерації території. У такій ситуації суд не має можливості здійснити поштовий чи інший виклик обвинуваченого, оскільки відсутні канали поштового зв'язку з Російською Федерацією. Тому в українському законодавстві прийнято підхід до встановлення презумпції повідомлення шляхом розміщення повідомлення про підозру та повістки про виклик в електронному вигляді на сайті Офісу Генерального прокурора та публікації в офіційних медіа.

Порядок публікації повісток про виклик, повідомлень про підозру та відомостей щодо підозрюваних, стосовно яких надано дозвіл на здійснення спеціального досудового розслідування, затверджено Наказом Генерального прокурора від 30.05.2023 № 141⁷¹.

На сайті Офісу Генерального прокурора зараз відсутня система пошуку повісток, однак за допомогою інструментів пошуку можна знайти повідомлення. Для цього у браузері потрібно написати: site:gr.

⁷¹ [Наказ](#) Офісу Генерального прокурора від 30.05.2023 № 141 «Про затвердження Порядку організації публікації в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному вебсайті Офісу Генерального прокурора повісток про виклик, повідомлень про підозру та відомостей щодо підозрюваних, стосовно яких надано дозвіл на здійснення спеціального досудового розслідування».

gov.ua (пробіл) _пошукове прізвище___. На сайті видання «Урядовий кур'єр» повістки розміщено в розділі оголошення «Архів оголошень».

Як уже зазначалося, у більшості ситуацій проблема справжнього виклику підозрюваного під час досудового розслідування та обвинуваченого під час судового провадження пов'язана з об'єктивними причинами, які не можуть самотійно подолати ні слідчі з прокурорами, ні суд.

Проте практичні проблеми повідомлення обвинуваченого не можуть бути підставою для відмови у вжитті заходів щодо ретельного розшуку обвинуваченого, зокрема з використанням соціальних мереж, Telegram-каналів та інших засобів передачі й отримання інформації. Розгляньмо приклади.

Вирок Дарницького районного суду м. Києва від 27 червня 2024 року у [справі № 753/13163/17](#). У цьому випадку суддя, окрім дотриманням формальних вимог, використав альтернативні способи повідомити обвинуваченого. Зокрема, зазначено, що «...судом направлялись повістки у PDF-форматі на акаунт у соціальній мережі ОСОБА_12, яка є донькою ОСОБА_5, й відповідно до наявного звіту, вказаний документ був доставлений 28.08.2023, та ОСОБА_13, який є зятем ОСОБА_5, й відповідно до наявного звіту, вказаний документ був отриманий та прочитаний одержувачем 29.08.2023».

Ухвала Дарницького районного суду м. Києва від 16 листопада 2023 року у [справі № 753/8141/18](#). У цій справі суд повідомив про вжиті заходи, зокрема суд зазначив: «...про дату та час підготовчого судового засідання обвинувачений ОСОБА_5 повідомлявся й через його особисту електронну пошту «ІНФОРМАЦІЯ_2».

Крім того, суд також установив, що ОСОБА_5 продовжує здійснювати політичну діяльність на тимчасово окупованій території АР Крим, що підтверджується даними з відкритих джерел, зокрема інформацією на офіційному сайті партії «Справедливая Россия». Через те судом направлялись повістки про виклик у PDF-форматі на електронні адреси зазначеної політичної сили. Також під час проведення підготовчих дій сторона обвинувачення додала до матеріалів справи інформацію про поточний номер телефону, яким наразі користується ОСОБА_5. У свою чергу суд через застосунки Viber та Telegram дублював повістки обвинуваченому про виклик до суду. Згідно з наявним повідомленням, іконка, яка з'явилася в додатку

Viber, являє собою знак — дві галочки, який вказує на повідомлення, яке вже надіслано та доставлено в додаток одержувача.

Дотримання лише формальних процедур повідомлення, передбачених КПК, призводить до порушення стандартів процесуальної справедливості. Це спричиняє проблеми повторного оскарження та нового розгляду.

У міжнародних судах і трибуналах не проводилися судові процеси за відсутності обвинувачених, за винятком одного помітного випадку. Спеціальний трибунал для Лівану дозволив заочний суд над обвинуваченими в єдиній справі («Айяш та інші»), під час якого детально оцінювали всі аспекти таких новаторських проваджень. Їхня юриспруденція охопила не лише правові питання, але й деонтологію, демонструючи, як один інститут впорався з численними міжнародними принципами поваги до прав людини та правом на справедливий судовий процес, які були залучені та витлумачені для застосування в таких провадженнях⁷².

МКС, МТКЮ та МТР — усі використовували *заочне* провадження для конкретних досудових процесів; однак жоден із них не дозволив проведення судових розглядів *заочно*. МКС лише нещодавно вирішив дозволити *заочний процес* підтвердження обвинувачення, коли обвинувачений «втік або не може бути знайдений» (або іншим чином відмовився від свого права бути присутнім на судовому засіданні). Однак будь-які підтверджені звинувачення не могли бути передані до суду без обвинуваченого через чітку вимогу особистої присутності обвинуваченого на суді відповідно до статті 63(1)⁷³.

МТКЮ та МТР у кількох виняткових обставинах дозволили подання доказів за відсутності обвинуваченого під час окремого досудового провадження. Це провадження не призвело і не мало на меті призвести до будь-яких фактичних висновків, які згодом могли б бути висунуті проти обвинуваченого. Після затримання обвинувачених були забезпечені повноцінні судові процеси. Наприклад, у справі

⁷² Після закриття Спеціального трибуналу для Лівану архіви зберігаються в межах проекту Стенфордського університету, див.: <https://exhibits.stanford.edu/virtual-tribunals/feature/special-tribunal-for-lebanon>. Іншими джерелами для самих документів є CILRAP або RefWorld, див. в розділі «Додаткові матеріали».

⁷³ Див. «Прокурор проти Коні», ICC-02/04-01/05-481, Друге рішення щодо клопотання прокурора про проведення підтвердження звинувачень у справі Коні за відсутності підозрюваного, 4 березня 2024 р.

«Караджич і Младич», МТКЮ використовував правило 61 своїх Правил процесу і доказування як захід для встановлення фактів, коли їх не вдалося знайти і вони залишалися втікачами. Провадження не було «судовим розглядом». Обидва обвинувачені взяли участь у повноцінних судових процесах, які проводились за їх присутності через багато років після того, як їх затримали. У справі Кабуга МТР використав правило 71bis з метою збереження доказів за «відсутності» обвинуваченого; після його прибуття до суду та встановлення факту його психічної неспроможності постати перед судом. Проте апеляційна палата скасувала це рішення, встановивши, що відсутність у обвинуваченого психічної готовності постати перед судом не дозволила провести *заочний судовий розгляд*.

Деякі міркування щодо судового розгляду:

- Чи достатньо повідомлення про підозру?
 - ▶ ЄСПЛ вимагає вжити певних заходів для інформування обвинувачених, щоб відповідати вимогам належного повідомлення.
- Чи відповідає загальна процедура Кодексу?
 - ▶ Якщо підозрюваного, щодо якого слідчим суддею винесено ухвалу про проведення спеціального досудового розслідування, затримано або він добровільно з'явився до органу досудового розслідування, подальше досудове розслідування щодо нього здійснюється за загальними правилами, передбаченими цим Кодексом.
- Що робити, якщо обвинувачений помер або є обґрунтовані підозри, що він помер?
 - ▶ Було встановлено, що один обвинувачений помер, і після судового розгляду на підтвердження його смерті провадження проти нього було припинено.
- Чи є право на повторний розгляд справи?
 - ▶ Можливість обвинуваченого вимагати повторного розгляду розглядалася як фундаментальний компонент справедливого судового розгляду для проведення заочного провадження⁷⁴.
 - ▶ Спеціальний трибунал для Лівану провів повну процедуру судового розгляду та апеляції заочно; засуджені зберігають

⁷⁴ Див. ЄСПЛ, «Шала проти Італії», заява № 71304/16, 31 серпня 2023 року.

за текстами цього Статуту право на повторний розгляд справи, якщо вони з'являться пізніше⁷⁵.

- Чи існують етичні обмеження для представництва інтересів обвинуваченого *in absentia*?

- ▶ Спеціальний трибунал для Лівану є єдиною установою міжнародного кримінального права, яка надає етичні рекомендації у своєму кодексі професійної поведінки саме для заочного провадження. Правила адвокатської етики, якими керуються українські адвокати, наразі не містять конкретних вказівок, але обговорення застосовних міркувань міститься нижче. Крім наказу Міністерства юстиції України від 25 лютого 2014 р. № 386/5⁷⁶, яким затверджено Стандарт якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному процесі щодо заочного провадження. Цим положенням визначено, що в Особливих нормах надання безоплатної вторинної правової допомоги під час спеціального досудового розслідування (заочного):

- ▷ захисник самостійно визначає позицію захисту,
- ▷ адвокат зобов'язаний у розумних межах відслідковувати повідомлення (виклики) клієнту за останнім відомим місцем проживання чи перебування та їх публікації в медіа загальнодержавного розповсюдження та на офіційному вебсайті Генеральної прокуратури.

- Як щодо застосування в Україні заочних рішень іноземних судів?

- ▶ Заочне (*in absentia*) судочинство в Україні може ускладнюватися тим, що, згідно з українським законодавством, рішення іноземних судів, ухвалені в порядку заочного провадження, не підлягають виконанню в Україні. Тобто без участі особи під час кримінального провадження, крім випадків, коли засудженому вручено копію вироку та надано можливість його оскаржити⁷⁷.

⁷⁵ Див. «Прокурор проти Аїяша» та ін.

⁷⁶ Див. розділ «Додаткові матеріали» до цього Посібника.

⁷⁷ Розділ IX Інструкції № 2599/5 та ст. 602: Не підлягають виконанню в Україні вироки судів іноземних держав, ухвалені заочно (*in absentia*), тобто без участі особи під час кримінального провадження, крім випадків, коли засудженій особі було вручено копію вироку й надано можливість його оскаржити. У задоволенні запиту про визнання та виконання вироку суду іноземної держави може бути відмовлено, якщо таке виконання суперечить зобов'язанням України за міжнародними договорами України.

ОСНОВНІ СПРАВИ	
Національна судова практика	Міжнародна судова практика
Рішення Верховного Суду, 28 лютого 2024 року, справа № 753/14148/21 Рішення Верховного Суду, 19 липня 2022 року, справа № 727/13085/18 Рішення Верховного Суду, 04 листопада 2021 року, справа № 326/1385/18 Рішення Верховного Суду, 01 квітня 2021 року, справа № 759/2992/17 Рішення Верховного Суду, 04 березня 2020 року, справа № 4910/16/19-к	STL — <i>Ayaash et al.</i> ICC — <i>Kony</i> (щодо обвинувального акта) ICC — <i>Banda</i> (клопотання сторін) Див. також ICTY — <i>Karadzic & Mladic</i> (слухання щодо правила 61) ICTR — <i>Kabuga</i> (правило 71bis)

3.3. ОБСТАВИНИ, ЩО ВИКЛЮЧАЮТЬ ПРОТИПРАВНІСТЬ ДІЯННЯ АБО ПОМ'ЯКШУЮТЬ ПОКАРАННЯ ЗА МІЖНАРОДНІ ЗЛОЧИНИ

«Згідно з українським законодавством, ці обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання, викладено в першу чергу, але не виключно, в статтях 36–43-1 Кримінального кодексу України (ККУ), тоді як обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання за МКП, викладено в статутах і судовій практиці міжнародних судів та трибуналів [...]. Деякі передбачені МКП обставини, що виключають протиправність діяння або пом'якшують покарання, збігаються з тими, які передбачено ККУ, тоді як інші застосовуються лише в міжнародному праві і залежать від обставин міжнародних злочинів»⁷⁸.

Існує низка обставин, які вимагають висновку про те, що обвинувачений не несе кримінальної відповідальності за інкриміновані йому чи їй злочини.

Стаття 31 Статуту МКС передбачає, що особа не несе кримінальної відповідальності за інкриміновану поведінку, якщо на момент вчинення діяння особа а) страждала від обмеженої дієздатності; тобто від психічного захворювання або дефекту, який знищив її здатність

⁷⁸ Настільна книга судді, с. 633–677.

оцінювати протиправність чи характер поведінки або її здатність контролювати свою поведінку відповідно до закону⁷⁹.

Стаття 31(1)(b) визнає захист мимовільного сп'яніння; визначається як інтоксикація, що позбавляє особу можливості усвідомлювати протиправність чи характер вчинюваного нею діяння або узгоджувати свої дії з вимогами закону. Захист недоступний особі, якщо тільки ця особа 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 злочин⁸⁰.

Особи також мають право на самозахист, коли вони діють розумно, щоб захистити себе чи інших осіб або, у випадку воєнних злочинів, від неминучого та протиправного застосування сили. Реакція на таку силу має бути пропорційною ступеню небезпеки для особи чи майна. Той факт, що особа брала участь в захисній операції, яку проводили військові сили, сам по собі не дає їй права претендувати на самооборону. Такі вимоги залежатимуть від конкретних фактичних обставин⁸¹.

Стаття 31(1)(d) передбачає захист шляхом примусу. Якщо злочинна поведінка була спричинена примусом у результаті загрози неминучої смерті або тривалого чи неминучого тяжкого тілесного ушкодження особи чи третьої сторони, і особа діє розумно, щоб уникнути такої загрози, захист може бути доступним. Особа не повинна, реагуючи на примус, мати намір завдати більшої шкоди, ніж вона хотіла уникнути.

Під час судового розгляду суд також може розглядати підстави для звільнення від кримінальної відповідальності, крім тих, що вказані в статті 31(1), якщо захист впливає з чинного законодавства, як зазначено в статті 21 Статуту МКС.

Доводи захисту щодо помилки у факті або помилки у праві також визнається МКС відповідно до статті 32 Статуту МКС. Помилка у факті є обставиною, що виключає кримінальну відповідальність, лише якщо вона виключає необхідну суб'єктивну сторону цього злочину⁸².

⁷⁹ Статут МКС, стаття 31(1)(a).

⁸⁰ Статут МКС, стаття 31(1)(b).

⁸¹ Статут МКС, стаття 31(1)(c).

⁸² Римський статут, стаття 32(1).

Помилка у праві стосовно того, чи є певний тип діяння злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду, не є обставиною, що виключає кримінальну відповідальність. Однак помилка в праві може бути обставиною, що виключає кримінальну відповідальність, якщо вона виключає необхідну суб'єктивну сторону цього злочину⁸³.

Той факт, що особа вчинила злочин, який їй інкримінується, згідно з наказом, уряду або начальника, військового чи цивільного, не виключає засудження за цей злочин. Винятками із цього загального правила є випадки, коли особа була юридично зобов'язана виконувати накази уряду чи відповідного начальника, і вона не знала, що наказ був незаконним, та наказ не був явно незаконним⁸⁴. Накази вчиняти геноцид або вчиняти злочини проти людяності, згідно зі Статутом МКС, є явно незаконними⁸⁵.

Деякі міркування щодо судового розгляду:

- Як трактується положення України про «бойовий імунітет»?
 - Міжнародне гуманітарне право, зокрема стаття 43(2) Додаткового протоколу I, надає комбатантам право брати участь у бойових діях, що називається привілеєм комбатанта. Якщо комбатант дотримується законів і звичаїв війни, він захищений від кримінального переслідування за участь у бойових діях. На основі цього положення термін «імунітет комбатанта» став широко вживаним.

Таким чином, імунітет комбатанта становить правовий інститут, який захищає від кримінального переслідування за правомірну участь у бойових діях, включаючи захист від порушення права на життя комбатантів протилежної сторони під час бою або внаслідок військового протистояння, що проводиться відповідно до законів і звичаїв війни. У цьому аспекті імунітет комбатанта є одним із проявів того, як норми міжнародного права прав людини (МППЛ), включаючи статтю 2 Європейської конвенції, підпорядковуються нормам міжнародного гуманітарного права (МГП).

Привілей комбатанта надає визначені Третьою Женевською конвенцією про поводження з військовополоненими 1949 року

⁸³ Римський статут, стаття 32(2).

⁸⁴ Римський статут, стаття 33(1).

⁸⁵ Римський статут, стаття 33(2).

(ЖК III) та Додатковим протоколом I права у разі захоплення в полон. Зокрема, стаття 44 ДП I передбачає, що комбатант, який потрапляє в руки супротивної сторони, має право на статус військовополоненого.

Стаття 87 ЖК III забороняє переслідувати військовополонених за участь у бойових діях, а стаття 99 ЖК III забороняє засуджувати військовополоненого за дії, не заборонені національним законодавством держави, що утримує в полоні, або міжнародним правом, чинним на момент їх вчинення. Отже, до основних аспектів цього статусу можна віднести:

- ▷ *Право на безпосередню участь у бойових діях без притягнення до кримінальної відповідальності за сам факт участі у війні.*
- ▷ *Право на статус військовополоненого у разі потрапляння під владу супротивника.*
- ▷ *Захист від судового переслідування за законні військові дії, вчинені під час збройного конфлікту.*

Українське законодавство, зокрема ст. 1 [Закону України «Про оборону України» від 6 грудня 1991 року](#) містить визначення «бойовий імунітет», яким є звільнення військового командування, військовослужбовців, поліцейських поліції особливого призначення Національної поліції України, добровольців Сил територіальної оборони Збройних Сил України, працівників правоохоронних органів, які відповідно до своїх повноважень беруть участь в обороні України, осіб, визначених Законом України «Про забезпечення участі цивільних осіб у захисті України», від відповідальності, у тому числі кримінальної, за втрати особового складу, бойової техніки чи іншого військового майна, наслідки застосування збройної та іншої сили під час відсічі збройної агресії проти України або ліквідації (нейтралізації) збройного конфлікту, виконання інших завдань з оборони України із застосуванням будь-яких видів зброї (озброєння), настання яких з урахуванням розумної обачності неможливо було передбачити під час планування та виконання таких дій (завдань) або які охоплюються виправданим ризиком, крім випадків порушення законів та звичаїв війни або застосування збройної сили, визначених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Таке визначення співпадає з вищенаведеним визначенням привілея комбатанта, адже національний закон надає привілеї комбатанту, що застосовує зброю (озброєння), з урахуванням розумної обачності, крім випадків порушення законів та звичаїв війни або застосування збройної сили, визначених міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

- *Які інші засоби захисту можуть застосовуватися в українських судах?*
 - ▶ Існують інші спеціальні положення, які підлягають прямому застосуванню, наприклад «Виконання обов'язку щодо захисту Батьківщини, незалежності та територіальної цілісності України». Крім того, певні позитивні засоби захисту, які використовуються в міжнародному кримінальному праві, хоча вони конкретно не перераховані, можуть застосовуватися на практиці для розгляду судом, як частина права на представлення справи.
- *Де можуть бути аргументи про примус у цих справах?*
 - ▶ Право на захист від відповідальності за скоєння злочину через примус є особливо актуальним щодо призовників, і в Україні це може бути особливо застосовним для аргументів російських призовників, які не воюють добровільно та/або були ув'язнені в РФ на момент їх призову.

ОСНОВНІ СПРАВИ	
Національна судова практика	Міжнародна судова практика
Національна практика з цих питань у справах про воєнні злочини лише формується.	ICTY — <i>Erdemovic</i> (примус) ICTY — <i>Stakic</i> (самооборона) ICTY — <i>Mladic</i> (алібі) ICTY — <i>Lukic&Lukic</i> (алібі) ICTR — <i>Ntagerura</i> ICC — <i>Ongwen</i> (примус, часткова дієздатність, алібі) ICC — <i>Al Hassan</i> (примус, помилка в праві /факті, накази вищого керівництва / припис закону) ECCC — Case 001 “ <i>Duch</i> ” (примус) SCSL — <i>Fofana</i> (необхідність)

3.4. ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ ЗАХИСТ

3.4.1 ПРЕЗУМПЦІЯ НЕВИНУВАТОСТІ

«Презумпція невинуватості — принцип МКП, згідно з яким особа, обвинувачена у вчиненні злочину, вважається невинуватою доти, доки її вину не буде доведено»⁸⁶.

В основі права на справедливий судовий розгляд лежить презумпція невинуватості. Її повинен дотримуватися не лише суд, але вона може бути порушена й у висловлюваннях інших учасників судового процесу. Для цих категорій злочинів презумпція невинуватості може бути складним поняттям для суспільства, але все ж обов'язок адвоката — захищати її. Де це доречно, питання щодо презумпції невинуватості слід подавати як доводи на користь обвинуваченого в судовому процесі. Це особливо важливо в контексті потенційного перегляду вищими судами, включаючи Європейський суд з прав людини.

Для обговорення труднощів, які виникають у таких справах поза межами суду, див. главу щодо ризиків бути захисником у цих справах.

3.4.2 ПРАВО НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД

«Якщо норми цього Кодексу суперечать міжнародному договору, згода на обов'язковість якого надана Верховною Радою України, застосовуються положення відповідного міжнародного договору України. [...] Кримінальне процесуальне законодавство України застосовується з урахуванням практики Європейського суду з прав людини»⁸⁷.

Право на справедливий судовий розгляд, зокрема концепція рівності процесуальних можливостей сторін, є обов'язковими не лише в рамках українського права, але є ключовими і для системи міжнародного правосуддя. Тягар забезпечення справедливого судового розгляду посилюється в українських справах через пряму перевірку, доступну через Європейський суд з прав людини, який ухвалив рішення щодо низки положень справедливого судового розгляду відповідно до статей 6(1) і 6(3) ЄКПЛ.

⁸⁶ Настільна книга судді, Глосарій, с. 712.

⁸⁷ Частина 4 ст. 9 КПК України.

Так само Женевські конвенції вимагають справедливих судів у конфліктах. Стаття 84 ЖК III, а також звичаєве міжнародне гуманітарне право⁸⁸ диктують, що військовополоненим має бути гарантовано право на справедливий судовий розгляд. Незабезпечення таких прав саме собою може бути воєнним злочином, якщо воно достатньо пов'язане зі збройним конфліктом.

Що означає «справедливий судовий розгляд»? Саме тут все стає менш зрозумілим, і дрібніші параметри кожного права конкретизуються під час судових розглядів у судах з прав людини, а також перед міжнародними та національними комісіями. Незалежно від обставин, будь-яке порушення права на справедливий судовий розгляд може становити виклик процесуальній справедливості та має бути розглянуте і, в разі обґрунтованості, підняте адвокатом. Ті ж самі процесуальні порушення та виклики, з якими стикаються адвокати у звичайних судових справах, можуть виникнути й у справах про воєнні злочини.

Враховуючи новизну та додаткові виклики справ про воєнні злочини, ці потенційні порушення становлять ще вищий ризик. Не має значення ступінь тяжкості злочину, якщо порушується право; його слід розглядати, щоб забезпечити справедливість і, зрештою, здійснити правосуддя.

⁸⁸ Правило 100.

II

ПРАКТИКА

4. СТРАТЕГІЯ ЗАХИСТУ

Адвокат зобов'язаний старанно представляти обвинуваченого та робити це у спосіб, який узгоджується з правовими та етичними зобов'язаннями адвоката перед судом першої інстанції та клієнтом. Це вимагає від захисника глибокого розуміння, як фактичного, так і юридичного характеру звинувачень, що містяться в обвинувальному акті. Це вимагає від захисника вжиття всіх необхідних і розумних заходів для розслідування справи та з'ясування того, які докази, якщо такі є, спростовують твердження в обвинувальному акті як фактичні обставини справи. Під час процесу захисник визначить, які юридичні та/або фактичні аргументи доступні для спростування звинувачень та/або для встановлення позитивного захисту в суді, що ляже в основу «теорії» захисту щодо того, як представити свою справу в суді.

У таких випадках захисник завжди повинен пам'ятати, що в кримінальних справах на стороні обвинувачення лежить обов'язок довести вину обвинуваченого поза розумним сумнівом⁸⁹. Доведення поза розумним сумнівом не вимагає абсолютної певності чи доказу поза тінню сумніву, але це дуже високий стандарт. Він визнається як «доказ, який залишає [особу, що встановлює факти] твердо переконаним у винуватості обвинуваченого»⁹⁰, і «той стан справи, який, після повного порівняння та розгляду всіх доказів, залишає свідомість [особу, що встановлює факти] у такому стані, що вони не можуть сказати, що відчують непохитне переконання, до моральної впевненості, у достатності звинувачення»^{91, 92}.

Вимога доведення поза розумним сумнівом застосовується до кожного елементу кожного з інкримінованих злочинів і до кожного еле-

⁸⁹ Ст. 7 КПК (презумпція невинуватості); ст. 17 КПК : 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.

⁹⁰ «Регіна проти Брайдона», 95 С.С.С. 3d 509, 514 (1995) (Канада) [виявлення використання виразів «впевнений», «справжні сумніви», «суттєві сумніви», «моральна впевненість» і «серйозні сумніви» в інструкціях для присяжних недостатньо передає рівень впевненості, необхідної для засудження, та може зменшити тягар доведення прокурора].

⁹¹ «Віктор проти Небраски», 511 США 1, 7–8; 114 S. Ct. 1239, 1244; 127 L.Ed 2d 583, 591–593 (1994) (Верховний суд Сполучених Штатів); і загалом див. «Томас проти Мулріна», «Розумні сумніви: що це означає?» 12 *Журнал міжнародного права та політики* 195 (1997) [обговорення визначення стандарту розумного сумніву в системах змагальності, як-от Канада, Сполучені Штати, Англія та Австралія].

⁹² Ст. 17 КПК; також див. «Прокурор проти Лімая», ІТ-03-66-Т, рішення першої інстанції, 30 листопада 2005 року («Вирок першої інстанції у справі Лімая»), пункт 10.

менту форм відповідальності, зазначених в обвинувальному акті⁹³. Вона також застосовується до всіх фактів, які є «необхідними для ухвалення обвинувального вироку»⁹⁴, до яких належать предикатні факти, з яких випливають презумпції або висновки⁹⁵. Наприклад, це стосується всіх доказів щодо візуальної ідентифікації обвинуваченого. Як і всі елементи злочину, ідентифікація обвинуваченого має бути доведена стороною обвинувачення поза розумним сумнівом⁹⁶. Для захисника надзвичайно важливо завжди пам'ятати, що обвинувачений не зобов'язаний ствердно «спростовувати» версію обвинувачення. Тягар доведення *ніколи* не перекладається на обвинуваченого⁹⁷.

4.1. СТРАТЕГІЯ ЗАХИСТУ В СУДІ

Мета добре підготовленої, добре представленої аргументації захисту полягає в тому, щоб викликати розумні сумніви щодо достатності доказів, щоб задовольнити тягар доведення, покладений на обвинувачення. Потенційних стратегій щодо того, як це зробити під час судового розгляду, безліч, і вони залежать від окремих фактів і обставин кожної справи. Може виявитися, що свідки обвинувачення не заслуговують на довіру або не є надійними, або що ланцюги командування чи військові структури, про які йдеться у звинуваченнях обвинувачення, є помилковими, або що обвинувачений має алібі. Якою б не була теорія, захисник може потім продовжувати її шляхом цілеспрямованого перехресного допиту свідків обвинувачення, представлення свідків захисту для свідчень щодо аспектів цієї теорії захисту та оскарження інших доказів обвинувачення, як-от звіти експертів.

⁹³ «Прокурор проти Лімая», IT-03-66-T, рішення першої інстанції, 30 листопада 2005 року («Вирок першої інстанції у справі Лімая»), пункт 10.

⁹⁴ «Прокурор проти Нтагерури», ICTR-99-46-A, апеляційне рішення, 7 липня 2006 р. («Апеляційне рішення у справі Нтагерури»), пункт 174.

⁹⁵ «Прокурор проти Халіловича», IT-01-48-A, Рішення апеляційної інстанції, 16 жовтня 2007 р. («Рішення апеляційної інстанції у справі Халіловича»), пункти 111–112.

⁹⁶ «Прокурор проти Лімая», IT-03-66-T, рішення першої інстанції, 30 листопада 2005 року («Вирок першої інстанції у справі Лімая»), пункт 24.

⁹⁷ Ст. 17 КПК; «Прокурор проти Лімая», IT-03-66-T, рішення першої інстанції, 30 листопада 2005 року («Вирок першої інстанції у справі Лімая»), пункт 10.

Створення добре продуманої стратегії захисту в суді має важливе значення, щоб переконати суд першої інстанції розглядати справу так, як це робить адвокат, і визнати, що обвинувачення не витримало свого тягара доведення.

Проведіть стандартну підготовку до судового процесу:

1. Прочитайте та вивчіть всі звинувачення в обвинувальному акті.
2. Зустріньтеся з клієнтом, щоб обговорити це; отримайте необхідну інформацію від обвинуваченого.
3. Отримайте всі можливі докази обвинувачення, зокрема свідчення свідків, звіти експертів, цифрові та відеодокази. Проаналізуйте все.
4. Проведіть незалежне фактичне та юридичне дослідження звинувачень, доказів обвинувачення та інформації, отриманої від вашого клієнта.
5. Визначте слабкі сторони обвинувачення та способи виявлення таких слабких сторін у судовому засіданні.
6. Визначте будь-які позитивні засоби захисту, як-от алібі, примус, обмежена дієздатність.
7. Дослідіть та зберіть усі докази на підтримку цих аргументів.

4.1.1 АНАЛІЗ ОБВИНУВАЛЬНОГО АКТА

Теорія обвинувачення зазвичай впливає з формулювання обвинувального акта. В обвинувальному акті буде викладено характер інкримінованого злочину та всі елементи, які необхідно довести для встановлення факту вчинення цього злочину. Загалом це включатиме, окрім юридичних елементів складу злочину, факти, які становлять скоєння злочину, роль обвинуваченого в ньому, імена та ролі будь-яких співобвинувачених, а також вид(и) відповідальності, пред'явлені обвинуваченому⁹⁸.

Хорошою практикою для адвокатів захисту є можливість оцінити обґрунтованість обвинувального висновку, спочатку прочитавши його в світлі, найбільш сприятливому для обвинувачення. Тоді адво-

⁹⁸ Див., наприклад, Кримінально-процесуальний кодекс, ст. 291(5), ст. 337 (ч.1, 3), ст. 368 (ч. 3).

кат може розпочати процес визначення тих звинувачень, які потребують відповіді захисту, якщо це необхідно. Адвокат ніколи не повинен просто припускати, що обвинувальний акт правильний, фактично чи юридично. Обов'язком адвоката є заперечення звинувачень, які завдають шкоди обвинуваченому або версії обвинуваченого щодо справи. Адвокат також повинен визначити, які звинувачення, якщо такі є, не обов'язково завдають шкоди справі обвинуваченого та/або є вірогідними. Залежно від справи може бути доцільним визнати такі звинувачення та натомість зосередитися на інших питаннях, доки визнання звинувачень не завдасть шкоди або упередженості обвинуваченому чи захисту в цілому.

Якщо обвинуваченого, наприклад, звинувачують згідно з теорією командної відповідальності за злочинну поведінку інших осіб, однією з потенційних теорій захисту може бути те, що він не оскаржує докази злочинної поведінки, що лежить в основі (її часто називають «базою злочину»), і натомість зосередиться на обставинах, які свідчать про те, що, незважаючи на таку поведінку, обвинувачений не займав командної посади під час скоєння правопорушень і тому не несе відповідальності за них.

Аналіз обвинувачення:

- Чи дійсно відбулася подія, що інкримінується? Чи має суд юрисдикцію над цим? Чи є обвинувачення в чомусь слабким?
- Якщо це дійсно сталося, чи є це визнаним кримінальним правопорушенням, відповідно до міжнародного або національного права?
- Якщо це злочин і подія відбулася, чи є підстави для відповідальності обвинуваченого в рамках кримінального провадження?
- Які, якщо такі є, засоби захисту від обвинувачень (фактичні та/або юридичні) пропонуються фактами (як тими, що інкримінуються в обвинуваченні, так і тими, що відомі захиснику через розслідування захисту)? Чи доступні відповідні засоби захисту відповідно до міжнародного та/або національного права?

- Які способи відповідальності інкримінуються обвинуваченому? Чи є фактичні або юридичні засоби захисту проти цих звинувачень?
- Які звинувачення, якщо такі є, не впливають на справу обвинуваченого або можуть навіть бути визнані, щоб зосередитися на тих питаннях, які є релевантними для справи обвинуваченого (що допомагає встановити достовірність захисту)?

У міжнародних кримінальних судах існують процедури, які дозволяють захисту оскаржувати обвинувальний акт до початку судового розгляду. Якщо заперечення проти обвинувального акта буде подано, воно повинно бути подано одразу після відкриття справи, інакше може вважатися, що від нього відмовилися⁹⁹. Такі оскарження *не* є письмовою відповіддю на обвинувачення по суті. За наявності інформації вони обмежуються тим, що стверджують, що суд не має юрисдикції над обвинуваченим. Вони також можуть вказати на недоліки у *формі* обвинувального акта, як-от відсутність належного визначення відповідного закону з огляду на зазначені факти або інші суто юридичні чи процесуальні питання. У відповідних випадках вони також містять аргументи щодо неналежного об'єднання пунктів обвинувального акта або неналежного об'єднання окремих обвинувачених в одному провадженні, коли захист їхніх прав вимагає окремого судового розгляду.

Якщо захист має вагомі підстави стверджувати про відсутність юрисдикції над обвинуваченим, цей аргумент має бути висунутий безпосередньо перед подальшим розглядом справи. Те саме стосується питань щодо неналежного об'єднання пунктів обвинувачення та/або обвинувачених в одному судовому процесі. У деяких випадках підстави для ствердження про неналежне об'єднання обвинувачених в одному судовому процесі або неналежне об'єднання пунктів обвинувачення можуть з'ясуватися лише на пізніших стадіях провадження, можливо, в результаті отримання викриття обвинувачення або інших доказів.

⁹⁹ Див., наприклад, Правила процесу і доказування МТКЮ, правило 72, попередні клопотання. Такі клопотання включають оскарження юрисдикції, твердження про недоліки у формі обвинувального акта та домагання відокремлення пунктів обвинувачення та/або обвинувачених у тій самій справі.

Проте оскарження недоліків у формі обвинувального акта не є автоматично ефективною стратегією захисту. Як і все інше, це залежить від конкретної справи. Захисник повинен дуже ретельно розглянути, наприклад, чи може недолік в обвинувальному акті в кінцевому підсумку виявитися корисним для захисту в суді. Якщо так, то захисник не зобов'язаний вказувати на помилки, допущені обвинуваченням у формулюванні та визначенні своєї аргументації, як викладено в обвинувальному висновку. Якщо недолік є фундаментальним, наприклад, неправильне формулювання або неправильне застосування основних правових принципів, і якщо такі помилки можуть завдати шкоди обвинуваченому під час судового розгляду або призвести до непотрібної плутанини чи втрати часу, тоді, можливо, захисник може забажати врегулювати цю проблему. За винятком питань юрисдикції та залучення як сторони в справі, як правило, найкращою практикою є надання стороні обвинувачення можливості визнати та виправити власні помилки. Як і в будь-якій справі, захисник ніколи не повинен забувати про те, що обвинувачення несе тягар доведення під час судового розгляду.

4.1.2 ЗУСТРІЧ З ОБВИНУВАЧЕНИМ

Адвокат зобов'язаний зустрітися з обвинуваченим, щоб дізнатися будь-яку інформацію, якою він володіє, включно з його обізнаністю щодо фактів справи, потенційних свідків, можливого захисту та будь-якої іншої інформації, яка може бути корисною для захисту¹⁰⁰. Крім того, адвокат має етичний обов'язок інформувати обвинуваченого про те, що відбувається у справі, і консультуватися з обвинуваченим щодо можливих теорій справи¹⁰¹. Для адвоката також важливо розвивати стосунки з обвинуваченим на основі взаємної довіри та чесності, коли це взагалі можливо, щоб обвинувачений мав впевненість у стратегії та рішеннях адвоката та залишався готовим відкрито говорити з адвокатом. Серед іншого обвинувачений часто є найкращим джерелом інформації для проведення незалежного розслідування фактів.

¹⁰⁰ Ст.18 Правил адвокатської етики «Інформування адвокатом клієнта щодо ведення дорученої йому справи»; ст. 26 «Інформування клієнта про хід та результати виконання доручення».

¹⁰¹ Ст. 26 Правил адвокатської етики.

Зустріньтеся з обвинуваченим та опитайте його якнайшвидше.

- Надайте обвинуваченому всю інформацію, що стосується справи, зокрема копії обвинувального акта та іншу відповідну інформацію; надайте обвинуваченому час для ознайомлення з цією інформацією; надайте обвинуваченому будь-які пояснення, необхідні для того, щоб переконатися, що він чи вона розуміє інформацію.
- Дайте відповіді на будь-які запитання обвинуваченого щодо закону, фактів, стратегії захисту, майбутніх дій у справі та інших питань.
- Намагайтеся із самого початку розвивати відносини з обвинуваченим, побудовані на взаємній повазі, чесності та довірі.
- Отримайте від обвинуваченого всю можливу інформацію щодо справи, зокрема про те, чи знає він або вона про факти, обвинувачення, осіб, названих в обвинувальному акті, про будь-яких потенційних свідків на боці обвинуваченого або проти нього, а також про будь-які інші важливі питання; якщо справа включає аудіовізуальні матеріали, пости в соціальних мережах, інформацію та контакти з телефонів, перегляньте ці матеріали разом з обвинуваченим.
- Дізнайтеся якомога більше про історію обвинуваченого та його або її роль у справі, якщо така є, зокрема імена та способи зв'язку з будь-якими потенційно значущими свідками чи джерелами необхідної інформації.
- Заохочуйте обвинуваченого до розмови з вами та поясніть, що його або її заяви є конфіденційними; якщо обвинуваченому комфортно говорити, дозвольте йому або їй говорити без зайвих обмежень; вони зазвичай є цінним джерелом інформації.

4.1.3 ВИКОНАННЯ ВИМОГИ СТОРОНОЮ ОБВИНУВАННЯ ЩОДО ВІДКРИТТЯ МАТЕРІАЛІВ

Захисник також отримає інформацію від обвинувачення щодо суті своєї справи, яка зазвичай включатиме заяви свідків, опитаних обвинуваченням під час підготовки до суду, імена свідків, які будуть

представлені на суді, звіти експертів, звіти про судово-медичні докази, як-от експертиза ДНК та ідентифікаційні дані, пресрелізи, відеоматеріали та все частіше докази, отримані з акаунтів у соціальних мережах. Захисник зобов'язаний переконатися, що всі відповідні докази, які є в розпорядженні обвинувачення, належним чином надані захисту та вжити необхідних заходів, якщо захисник дізнається, що докази приховуються з будь-якої причини¹⁰².

На основі аналізу обвинувального акта, інформації, отриманої від обвинуваченого, інформації, отриманої від обвинувачення, і будь-якого розслідування захисту, захисник повинен бути в змозі розробити теорію справи, яка керуватиме діями під час судового процесу, та забезпечити ефективну й переконливу підставу для встановлення обґрунтованого сумніву щодо винуватості обвинуваченого.

- Ознайомтесь із нормами щодо обов'язку прокуратури розкривати докази, як обвинувальні, так і виправдувальні, і вживати всіх доступних заходів для забезпечення дотримання цих норм;
- Розвивайте, коли це можливо, конструктивні робочі відносини з прокурором, щоб сприяти розкриттю інформації, а також працювати над іншими аспектами справи;
- Якнайшвидше перегляньте докази сторони обвинувачення, щоб можна було подати своєчасні клопотання про додаткове розкриття або відсутність певної інформації, щоб уникнути затримки в розслідуванні захисту та/або судового розгляду;
- Досліджуйте інформацію, отриману внаслідок розкриття доказів стороною обвинувачення, коли це можливо; ніколи не припускайте, що вона є достовірною та/або надійною.

¹⁰² ст. 24 КПК «Кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом». Також див. ст. 46 КПК, яка передбачає, що органи державної влади та органи місцевого самоврядування, а також їхні посадові особи зобов'язані виконувати законні вимоги захисника; ст. 290 КПК «Відкриття матеріалів іншій стороні».

4.2. УНІКАЛЬНІ ВИКЛИКИ, ЯКІ ПОСТАЮТЬ ПЕРЕД ЗАХИСНИКОМ У ЗАОЧНОМУ СУДОВОМУ ПРОЦЕСІ

У главі 3 цього посібника викладено загальні положення щодо *заочного* розгляду справ за певних обставин¹⁰³. Переважна більшість справ про воєнні злочини, які розглядаються в українських судах у справах про воєнні злочини, розглядаються *заочно*. Адвокати призначаються для представництва обвинувачених, і їм не надається практично ніяких ресурсів для захисту.

За дуже рідкісним винятком у таких випадках захисник не в змозі провести повноцінне розслідування. Адвокат покладатиметься на досудове розслідування справи, яке контролює слідчий суддя. Адвокат матиме мало контактів з обвинуваченим, а можливо, взагалі не матиме жодних контактів з ним і, ймовірно, не отримає жодної інформації, не кажучи вже про вказівки щодо справи від цього потенційного ресурсу. Адвокат не матиме підстав для прийняття рішення про стратегію ведення справи на основі звичайних підготовчих заходів.

Це не означає, що не може бути жодної стратегії ведення справи.

Законні повноваження для продовження заочного розгляду в цій справі вимагають дотримання певних умов щодо обвинуваченого, включно з підставою вважати, що обвинувачений ухиляється від арешту, переховуючись від відповідних органів, або перебуває в міжнародному розшуку. Повістки про явку обвинуваченого для участі у кримінальному провадженні, яке планується, мають бути належним чином надіслані за останнім відомим місцезнаходженням обвинуваченого та/або опубліковані в медіа. Першою стратегією адвоката в таких випадках, коли це доцільно з огляду на доступну йому/їй інформацію, може бути оскарження належності *заочного* провадження взагалі, оскільки деякі або всі ці вимоги щодо попереднього повідомлення не були виконані. Якщо цього не зроблено, адвокат зобов'язаний негайно порушити це питання та вимагати скасування ухвали слідчого судді.

Навіть якщо здається, що повідомлення та інші вимоги були виконані, адвокат все одно може побажати припинити справу, щоб зберегти це питання для апеляції, з огляду на той факт, що після

¹⁰³ Див. також Настільну книгу судді, глава 2, частина 1; Заочний розгляд справ в Україні.

завершення *заочного* судового розгляду може з'явитися нова інформація. Адвокат також може офіційно вимагати повторного розгляду справи після завершення справи. Річ не в тому, щоб порушувати необґрунтовані питання, а в тому, щоб максимально захистити права обвинуваченого, з огляду на дуже обмежені можливості зробити це за відсутності обвинуваченого під час *заочного* провадження¹⁰⁴.

Захисник також повинен порушувати будь-які юридичні та/або фактичні оскарження клопотань, доказів чи інших питань, представлених під час судового розгляду стороною обвинувачення¹⁰⁵. У деяких випадках аргументи, наведені стороною обвинувачення, можуть бути підозрілими на юридичних або фактичних підставах. Той факт, що адвокат не зустрічався з обвинуваченим, не перешкоджає адвокату заперечувати проти таких питань і ствердно аргументувати їх у письмових чи усних поясненнях. Як і в усіх інших випадках, обов'язком адвоката є залишатися лояльним до свого клієнта та робити все можливе для захисту прав обвинуваченого. Під час *заочного* судового розгляду адвокат має робити це за кожної розумної нагоди.

Надзвичайно мало ймовірно, що адвокат під час *заочного* судового розгляду матиме будь-які підтверджувальні докази для представлення під час судового розгляду, однак це не виключено. Це може бути, наприклад, надання сумнівних експертних висновків. У такому разі адвокат має право оскаржити такі докази, і повинен оскаржити їх, можливо, викликаючи експертів у рамках захисту.

Головне завдання захисника завжди пам'ятати про те, що тягар доказування в суді лежить на стороні обвинувачення. Навіть за відсутності обвинуваченого та/або відсутності будь-яких попередніх контактів з обвинуваченим, будь-які розумні, етичні, добре обґрунтовані аргументи, які можуть підірвати висновок про виконання цього тягаря, можуть і повинні бути висунуті

¹⁰⁴ Див., наприклад, постанову Верховного Суду від 13.06.2019 року, справа № 607/9498/16-к, яку переглянули заочно, встановивши, що право обвинуваченого на захист було порушено через неналежну роботу захисника, який, серед інших недоліків, не заперечував проти проведення особливого провадження, попри неналежне повідомлення обвинуваченого про дату та час судових засідань.

¹⁰⁵ Див. вище (справа № 607/9498/16-к), де захисник також був визнаний неналежним через те, що не відповідав на клопотання та аргументи обвинувачення й фактично визнав провину обвинуваченого.

4.3. КОРОТКИЙ КОМЕНТАР ЩОДО ДЕЯКИХ ЕТИЧНИХ МІРКУВАНЬ ПІД ЧАС ЗАОЧНОГО ПРОВАДЖЕННЯ

Необхідно зробити останній коментар щодо унікальних етичних проблем, з якими може зіткнутися адвокат під час *заочного* провадження. Деякі з цих дилем ще мають бути вирішені в українських судах у справах про воєнні злочини, оскільки законодавство у цій сфері все ще розвивається. Спеціальний трибунал для Лівану (СТЛ), єдиний міжнародний суд, який допускає повний *заочний* судовий розгляд, установив деякі етичні правила. Ці правила коротко описані тут. Вони не є обов'язковими в Україні, але можуть бути корисними для захисників, щоб уникнути деяких потенційних етичних пасток.

Стаття 8 Кодексу поведінки адвоката СТЛ про роль адвоката в *заочному* провадженні, здається, відповідає українським стандартам. Вона передбачає, що адвокат встановлює сферу свого представництва відсутнього обвинуваченого, і в цій ролі повинен провести все необхідне розслідування для підготовки захисту, вносити подання з питань права в найкращих інтересах обвинуваченого, розглядати вплив будь-якої дії, вчиненої адвокатом, на позицію обвинуваченого в поточному або можливому майбутньому провадженні, а також вчиняти будь-які інші дії в найкращих інтересах обвинуваченого, зокрема привертати увагу суду до будь-якого захисту, який може бути наданий на підставі доказів з погляду права, звертатися до суду з проханням надати такі розпорядження адвоката, які необхідні для проведення розслідувань, виклику свідків обвинувачення та допиту свідків, представлених стороною обвинувачення¹⁰⁶.

Стаття 8 прямо забороняє адвокату виступати з будь-якими заявами від імені обвинуваченого¹⁰⁷. Стаття 9 передбачає, що адвокат «повинен забезпечувати» ефективне представництво інтересів свого клієнта і воно буде визнане неефективним «у випадку однієї чи кількох дій або бездіяльності адвоката». істотно скомпрометувати або може непоправно скомпрометувати фундаментальні інтереси чи права клієнта»¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Спеціальний трибунал для Лівану, Кодекс поведінки адвоката, стаття 8, Сфера представництва; та див. ухвалу Верховного Суду України від 13 червня 2019 року, справа № 607/9498/16-к.

¹⁰⁷ СТЛ Кодекс поведінки адвоката, стаття 8(С)(і).

¹⁰⁸ СТЛ, Кодекс поведінки адвоката, стаття 9(А).

Однак може виникнути складна дилема, якщо адвокат помилково, навмисно чи іншим чином вступає в контакт з обвинуваченим, якого було оголошено відсутнім відповідно до контрольних стандартів для заочного провадження.

Правила СТЛ були чіткими щодо цього. Захисник, призначений *відсутньому* обвинуваченому, «не має права контактувати з обвинуваченим»¹⁰⁹. Якщо з адвокатом прямо чи опосередковано зв'язується *відсутній* обвинувачений, адвокат «повинен» «через ризик, який такий контакт може становити для права обвинуваченого на повторний судовий розгляд, і без цього акта, який є прийняттям захисника відсутнім обвинуваченим», відмовитися обговорювати будь-який елемент справи з обвинуваченим і «направити обвинуваченого до офісу захисту СТЛ для отримання «незалежної юридичної консультації»¹¹⁰.

Ці застереження, звісно, припускають наявність «незалежного оборонного відомства» та інші речі, які не стосуються нинішніх реалій в Україні. Однак деякими рекомендаціями можна скористатися. Найбільш очевидним є те, що захисник не може мати постійний контакт із *відсутнім* обвинуваченим із погляду права чи етики. Серед іншого, це явно свідчить про свідоме введення суду в оману.

Однак складніші етичні дилеми можуть виникнути, якщо *відсутній обвинувачений* прямо чи опосередковано контактує з адвокатом з якихось абсолютно непередбачуваних причин або на прохання адвоката. Це породжує цілу низку питань, як етичних, так і правових. Серед них: чи повинен адвокат негайно повідомляти суд або прокурора про такий контакт? Чи буде це порушення конфіденційності між адвокатом і клієнтом? А якщо це сталося лише один раз? Чи повинен адвокат відмовитися від обговорення справи? Якщо адвокат і клієнт зустрілися на досудовому провадженні, а потім клієнт втік, чи є такий контакт більш імовірним і, якщо так, то чи повинен був адвокат передбачити його? Чи вимагається від адвоката розкриття змісту будь-яких дискусій?

Жодне з цих питань ще не було чітко врегульовано. У наступному розділі цього Посібника пропонується, щоб захисники у спра-

¹⁰⁹ СТЛ, Кодекс поведінки адвоката, стаття 8(Е).

¹¹⁰ «Непрямий» контакт з обвинуваченим може відбуватися різними способами, наприклад, через сім'ю або друзів обвинуваченого. Як зазначалося, непрямий контакт розглядається так само, як і прямий контакт з обвинуваченим.

вах про воєнні злочини отримали користь від створення форумів для обговорення таких питань, аби адвокати, які вже зіткнулися з проблемами захисту непопулярних клієнтів у складних *заочних* провадженнях, могли отримати чіткі вказівки з цих питань, щоб вони могли виконувати свої професійні та етичні обов'язки, не порушуючи зобов'язань перед своїми клієнтами.

5. РОЗСЛІДУВАННЯ ЗАХИСТУ

Захисникам у справах про воєнні злочини, які розглядаються в українських судах, буде надана інформація, отримана стороною обвинувачення на підтримку своєї позиції. Як і у випадку з обвинувальним актом, захисник повинен ретельно ознайомитися з цією інформацією та дослідити її, щоб оцінити силу позиції обвинувачення. Захисник не повинен просто вважати, що ця інформація повна, достовірна та/або надійна. Технологічний прогрес, особливо поширення сучасних інструментів для маніпулювання даними та зображеннями, а також продукція, створена за допомогою штучного інтелекту, посилює потребу в такій ретельній перевірці. Обов'язок захисту поставити її під сумнів і самостійно дослідити, наскільки це можливо.

Справи в міжнародних кримінальних судах рясніють випадками, коли судово-медичні експертизи та/або інші процедури були проведені неналежним чином, і тому їхні результати були недостовірними¹¹¹; коли свідки відмовилися від своїх досудових показань обвинуваченню й дали інші показання в суді; свідчення свідків були перекладені неналежним чином або вводили в оману; виправдувальні докази, відомі обвинуваченню, не були надані під час судового розгляду, — ці та багато інших питань лише підкреслюють важливість проведення захистом власного незалежного дослідження доказів обвинувачення¹¹².

Хоча дослідження доказів обвинувачення буде основою для більшості розслідувань захисту, адвокат також міг отримати важливу інформацію від обвинуваченого або свідків чи інших осіб. Ця інформація також має бути досліджена, щоб адвокат міг дізнатися про

¹¹¹ «Прокурор проти Купрешкича та інших», IT-95-16, апеляційне рішення, 23 жовтня 2001 р. («Купрешкич та інші. Апеляційне рішення») (внутрішні посилання пропущено), пункти 34–36 (щодо неправильних процедур ідентифікації, які використовувалися щодо обвинувачених); «Прокурор проти Мілошевича», IT-02-54-AR73.2, рішення щодо прийнятності свідчень слідчого обвинувачення, 30 вересня 2002 р. («Рішення у справі Мілошевича щодо прийнятності свідчень слідчого»), п. 22.

¹¹² «Прокурор проти Орича», IT-03-68-T, рішення про поточні скарги щодо недотримання прокуратурою правила 68 Регламенту, 13 грудня 2005 р. («Рішення у справі Орича про поточні скарги щодо невиконання прокуратурою»), пункти 34; 76–77; «Прокурор проти Каремери», ICTR-98-44-T, рішення щодо шостого, сьомого та восьмого повідомлень Джозефа Нзірорери про порушення розголошення та клопотань про вжиття заходів виправлення, покарання та інших заходів, 29 листопада 2007 р. («Рішення у справі Каремери щодо порушень розголошення»), пункт 8.

потенційних свідків захисту та отримати від них заяви або визначити, чи є підстави отримати консультацію експерта як додатковий спосіб оскаржити докази обвинувачення в суді.

5.1. ВИЗНАЧТЕ ЦІЛІ РОЗСЛІДУВАННЯ

Першим кроком у проведенні розслідування є знання того, чого має досягти розслідування. Чи буде воно зосереджене на спробах підірвати довіру до свідків обвинувачення та інших доказів? Чи це спроба виявити та опитати потенційних свідків захисту, відомих чи невідомих стороні обвинувачення? Чи є потреба в отриманні документів або інших доказів від державних чи іноземних органів влади, і якщо так, то які докази і який буде процес їхнього отримання для забезпечення ланцюга зберігання та допустимості в судовому процесі? Чи потрібно консультиватися з експертами для повторної перевірки доказів обвинувачення або переоцінки значущості таких доказів? Чи робилися спроби вплинути на свідків або погрожувати їм, і якщо так, то ким і з якою метою? Чи мають свідки приховані мотиви або упередженість, що лежать в основі їхніх свідчень? Чи є свідки обвинувачення в судовому засіданні, які можуть володіти інформацією, що виправдовує обвинуваченого, яка не була розголошена іншим чином? Чи є докази обвинувачення, які не потрібно оскаржувати, фактично чи юридично, оскільки вони не є критичними для результату справи? Чи охоплюватиме розслідування, як це іноді буває, усі ці лінії розслідування?

5.2. СТВОРІТЬ ПЛАН РОЗСЛІДУВАННЯ

Визначивши різні сфери для дослідження, адвокат складає дієвий план. За винятком приватних справ, ресурси захисника, як правило, дуже обмежені, тому важливо визначити пріоритетні напрямки розслідуванні та визначити, які цілі він переслідує. Якщо обставини справи та відома адвокату інформація вказують на те, що для захисту прав обвинуваченого на справедливий судовий розгляд та/або представлення захисту необхідно провести розслідування, адвокат повинен звернутися до суду з клопотанням про виділення коштів. Наявність організованого плану розслідування має підвищити здатність адвоката продемонструвати обґрунтованість такого клопотання

та отримати сприятливий результат¹¹³. Якщо таке клопотання буде відхилено, це може стати підставою для майбутньої апеляції, особливо якщо відсутність необхідного розслідування негативно вплинула на здатність адвоката надавати обвинуваченому ефективну правову допомогу в судовому процесі.

Кожному, хто бере участь у розслідуванні, із самого початку має бути зрозуміла його мета. Вони повинні знати характер звинувачень, зокрема фактичні та юридичні твердження в обвинувальному висновку, а також, на необхідності, потенційні фактичні або юридичні засоби захисту. Це життєво важливо, оскільки це єдиний спосіб для слідчого або іншого члена команди визнати важливість інформації, виявленої під час розслідування, включно з тим, чи варто її розглядати або ігнорувати, і як зберегти її для використання в майбутньому на суді, якщо буде потрібно. Спілкування між захисником і слідчим є конфіденційним, так само як і та інформація, яку слідчий надає адвокату в ході розслідування. Тим не менш, належною практикою є нагадування слідчим про їхній обов'язок зберігати цю конфіденційність. Адвокат також повинен вирішити, якою інформацією слід поділитися зі слідчим, щоб той міг ефективно виконати своє завдання.

Слідчі, якщо це можливо, повинні бути поінформовані про те, до яких свідків потрібно звернутись і опитати, а також про те, яку інформацію треба отримати від цих свідків. Необхідно скласти погоджений протокол для фіксації опитування свідків. Слідчим також потрібно надати перелік документів, які необхідно отримати, і де їх можна отримати, а також імена всіх контактів у регіоні, де проводиться розслідування, які можуть бути корисними. Цей протокол повинен гарантувати, що будь-які отримані докази або заяви будуть прийнятні в суді відповідно до правил доказування, що діють у відповідній юрисдикції.

Адвокат повинен підготувати дієвий графік розслідування з відповідними кінцевими термінами для отримання інформації, отриманої в процесі розслідування, і для отримання звітів від слідчих, якщо вони необхідні.

Якщо це можливо, захисник повинен відвідати місце, де, як стверджується, відбулися події, покладені в основу обвинувального акта.

¹¹³ Такі запити мають бути конфіденційними.

Відвідування місця, де стався імовірний злочин, може мати неоціненне значення для розуміння захисником фактів справи, версії обвинувачення щодо цих фактів, а іноді може повністю підірвати версію обвинувачення або поставити її під серйозний сумнів. Під час відвідування місця події іноді виявляється, що свідки не могли бачити того, про що вони стверджують, тому що їм заважали будівлі або інші перешкоди, або відстань між свідком і тим, що він бачив, була надто великою. Виїзд на місце може виявити, що показання свідка, ймовірно, є неправдивими повністю або частково, оскільки він упускає важливу інформацію про план вулиці або іншої місцевості. Такий виїзд дасть захиснику як мінімум реалістичне уявлення про місце, що може бути дуже корисним для оскарження показань свідка на перехресному допиті. У зонах конфлікту не завжди вдається виїхати на місце. Але якщо це можливо, захисник завжди повинен скористатися такою нагодою.

5.3. МІРКУВАННЯ ЩОДО ВИКОРИСТАННЯ РЕСУРСІВ

Обсяг розслідування, проведеного в кожній конкретній справі, залежатиме від ресурсів, доступних адвокату з погляду часу та вартості. Якщо в адвоката є ресурси, можна найняти розвідувача для проведення розслідування під наглядом адвоката¹¹⁴. У деяких юрисдикціях слідчі повинні мати ліцензію. В інших — ні. Адвокат зобов'язаний знати ці вимоги та дотримуватися їх. Адвокат повинен намагатися найняти найбільш кваліфікованих розслідувачів, доступних для адвоката, і отримувати від них поточні регулярні звіти, щоб напрям або обсяг розслідування за потреби могли бути змінені на основі інформації, отриманої в результаті розслідування. Цей останній пункт є вкрай важливим.

Адвокат може почати розслідування з будь-якої кількості припущень, які ґрунтуються на інформації, доступній адвокату на той момент. Якщо розслідування, що триває, спростовує ці припущення або призводить до відкриття абсолютно непередбачуваного шляху розслідування, кваліфікований адвокат буде відкритий до цих по-

¹¹⁴ Адвокат несе відповідальність за дії осіб, які працюють у команді захисту, зокрема розслідувачів. Отже, адвокат повинен знати все про діяльність розслідувачів, аби переконатися, що вони дотримуються всіх відповідних правових та етичних стандартів.

дій і змінить розслідування захисту або, можливо, теорію захисту у своїй справі, виходячи з цих подій.

У міжнародних судах, де ресурси адвокатів часто були вкрай обмеженими, для допомоги в розслідуванні іноді використовувалися особи, які вже перебували в регіоні, де відбулися інкриміновані події. Для цього були практичні причини. Люди в регіоні були знайомі з місцевою культурою, мовою та громадою. Вони могли б порадити адвокату, як підійти до потенційних свідків, щоб свідки відчували, що розмовляти з адвокатом безпечно та що їхні права будуть захищені. Іноді вони також можуть бути джерелом для встановлення осіб додаткових свідків, розташування корисних документів чи інших доказів або перебування потенційних експертів.

Реальність в українських судах, принаймні на час підготовки цього Посібника, така, що більшість справ про воєнні злочини, які потрапляють до суду, розглядаються *заочно*. Адвокатів призначають представляти обвинувачених у цих справах і не мають ресурсів для найму команди захисту чи навіть другого адвоката. Коли ресурси обмежені, адвокату доводиться самостійно здійснювати певні аспекти розслідування. У таких випадках адвокат, як і будь-який слідчий, має бути добре підготовленим до будь-яких допитів свідків завчасно, оскільки часто буває так, що шанс опитати свідка буває лише один раз. Також важливо, щоб адвокат ніколи не опитував свідка сам. Завжди запрошуйте сторонню особу. Якщо адвокату пощастить мати команду захисту, цю проблему легко вирішити. Якщо ні, то адвокату, можливо, доведеться звернутися за допомогою до надійного колеги або знайти інше творче рішення. Також може статися так, що адвокат може попросити суд надати обмежені ресурси для проведення таких опитувань.

На це є дві причини. По-перше, адвокат ніколи не повинен ставити себе в становище свідка судового процесу¹¹⁵. Таке могло трапитися і вже траплялося, коли свідок дає свідчення в суді всупереч заявам, наданим ним на досудовому розгляді. Якщо під час надання свідчень була присутня стороння особа, вона може бути викликана для нейтралізації показань свідка. В іншому випадку адвокат не має можливості відводити свідка, що, ймовірно, є серйозним порушенням права обвинуваченого на справедливий судовий розгляд. По-друге,

¹¹⁵ Ст. 9 Правил адвокатської етики «Неприпустимість конфлікту інтересів».

присутність сторонньої особи зазвичай знімає побоювання, що свідок згодом заявить, що адвокат погрожував або залякував свідка чи вдавався до інших неналежних дій — ситуація, яка також часто трапляється в міжнародних судах. Отримання записів показань свідків або письмових заяв може допомогти уникнути цієї проблеми, хоча не всі свідки дають згоду на запис. Навіть якщо вони є, свідки, як відомо, стверджують, що письмові чи записані заяви були взяті під примусом або через якусь незафіксовану погрозу. Присутність сторонньої особи зазвичай захищає адвоката від подібних проблем у майбутньому.

5.4. ОПИТУВАННЯ СВИДКІВ ТА ОТРИМАННЯ ПОКАЗАНЬ

Як підійти до опитування свідка в кримінальній справі — це дуже широка тема. Для цього існує багато різних способів, і різні люди використовують різні техніки. Проте можна зробити деякі загальні зауваження щодо того, як це робити у справах, пов'язаних із воєнними злочинами та злочинами проти людяності.

Існує багато різних методів проведення інтерв'ю, які можна використовувати. Вони різняться залежно від людини, і різні техніки можуть бути застосовані залежно від свідка. Наприклад, до свідка, який став жертвою злочину, зазвичай застосовують інший підхід, зважаючи на делікатність його ситуації, ніж до незацікавленого очевидця.

Існує кілька загальних спостережень щодо методів проведення інтерв'ю:

1. Особа, яка проводить інтерв'ю, завжди повинна представитися свідку та повідомити, кого вона представляє та чому прагне спілкуватися: це стосується захисників, слідчих або будь-яких інших осіб, які проводять інтерв'ю з потенційним свідком.
2. Інтерв'юер не повинен робити або говорити нічого такого, що могло б вплинути на свідчення; запитання мають бути ненав'язливими та відкритими.
3. Дозвольте свідку говорити, не перебиваючи його, наскільки це можливо, при цьому за потреби спрямовуйте інтерв'ю на відповідні теми; якщо свідок добровільно повідомляє

невідому раніше інформацію, дайте йому можливість висловитися.

4. Завжди ставтеся до свідків з повагою.
5. Звертайте увагу на невербальні підказки та мову тіла під час інтерв'ю та запам'ятовуйте всі відповідні спостереження.
6. Якщо ви маєте зробити аудіо- чи відеозапис, то попросіть дозволу на це до початку інтерв'ю та дотримуйтесь прохань свідка.
7. Якщо результатом інтерв'ю має стати письмова заява, переконайтеся, що заява написана мовою, яку свідок розуміє; завжди зачитуйте письмову заяву свідку, коли вона буде завершена, або попросіть свідка прочитати її; завжди просіть свідка поставити ініціали на кожній сторінці, а також поставити свій підпис наприкінці заяви. Якщо ви робите стенограму відео- або аудіозапису свідчень, надайте свідку можливість ознайомитися з нею.
8. Якщо свідок перебуває під захистом та/або є свідком обвинувачення, попросіть дозвіл на проведення інтерв'ю у відповідного органу; ніколи не звертайтеся до нього без попереднього дозволу; вам також може знадобитися додатковий дозвіл або персонал, якщо ви маєте справу з уразливими свідками або якщо існують мовні проблеми.
9. Дізнайтеся якомога більше про свідка до того, як звернутися до нього, і чітко сформулюйте прохання щодо інформації, яку ви хочете від нього отримати.
10. Розробіть шаблон письмової заяви та/або структуру і способи збереження записаної заяви та дотримуйтесь цього протоколу для всіх свідків; однак, будьте гнучкими, коли ситуація вимагає гнучкості.
11. З'ясуйте, чи давав свідок попередні свідчення, і, якщо можливо, отримайте ці свідчення; ретельно перегляньте їх перед інтерв'ю.
12. Визначте місце проведення інтерв'ю та врахуйте це місце у своєму підході до свідка (наприклад, хто ще буде присутній, чи доцільно проводити інтерв'ю в публічному місці, де за ним можуть спостерігати інші, чи не зашкодить сам факт зустрічі безпеці свідка, чи стосується інтерв'ю делі-

катних тем, які краще обговорювати наодинці (наприклад, справи про сексуальне насильство тощо).

13. Заздалегідь, якщо це можливо, визначте, чи буде свідок налаштований доброзичливо, вороже чи ні.
14. Заздалегідь визначте, що ви хочете почути від свідка, і складіть список запитань, щоб переконатися, що ці теми охоплені; також визначте й підготуйте будь-які документи або інші докази (фотографії тощо), які можна буде показати свідку.

5.5. ПРОЦЕС РОЗСЛІДУВАННЯ

Як правило, розслідування справи стороною захисту розпочинається одразу після відкриття провадження у справі, відкриття матеріалів справи, отримання адвокатом обвинувального акта. Розслідування триватиме протягом усього досудового та судового провадження в міру виникнення фактичних та/або юридичних питань, а також під час винесення вироку. У деяких випадках розслідування може стати необхідним як частина процесу оскарження. Мета адвоката захисту полягає в тому, щоб мати цілеспрямований план розслідування, який може призвести до виявлення свідків, які заслуговують на довіру, надійних заперечень проти доказів обвинувачення, або правової теорії, відповідних документів або інших питань, які підтвердять теорію захисту в справі.

6. СТРУКТУРУВАННЯ ЮРИДИЧНОГО АРГУМЕНТУ

Більшість національних і міжнародних кримінальних судів вимагають, щоб адвокат час від часу подавав юридичні аргументи з різних питань у письмовій формі. Адвокат також може бути запрошений виступити перед судом з усними аргументами під час судового розгляду, під час закінчення судового розгляду та в будь-якій подальшій апеляції. Вкрай важливо, щоб адвокат навчався та розвивав навички, необхідні для створення чітких, лаконічних, переконливих аргументів у письмовій та усній формі, щоб якісно представляти інтереси обвинуваченого, включаючи чітке збереження питань у протоколі для апеляційного оскарження.

Існує багато різних способів структурування та представлення правових аргументів, і окремі адвокати матимуть різні уявлення про те, як це зробити, відповідно до їхнього особливого стилю адвокатської діяльності. Однак існують певні основні принципи, які застосовують до подання будь-якого юридичного аргументу, які будуть викладені тут разом із запропонованою структурою. Попри наведені аргументи, головна мета полягає в тому, щоб переконати суд прийняти позицію адвоката щодо фактів і закону, а отже, ухвалити рішення на користь підзахисного.

6.1. ПОБУДОВА ЕФЕКТИВНОГО ЮРИДИЧНОГО АРГУМЕНТУ

Існують певні основні принципи, які застосовуються до всіх юридичних аргументів, незалежно від конкретної структури, яку адвокат може використовувати для їхнього представлення.

1. Проведіть ретельне юридичне дослідження порушених питань.
2. Досконало вивчіть фактичні дані, пов'язані із цими питаннями.
3. Уважно ознайомтесь із протоколом судового засідання, як з фактичної, так і з процесуальної точки зору, щоб продемонструвати, чому аргументи захисту мають переважати.
4. Дізнайтеся, хто є суддями у справі.
5. Ідентифікуйте найважливіші проблеми і почніть спочатку з найважливіших проблем.

Як і в усьому, що пов'язано з представництвом обвинуваченого в кримінальному процесі, першим кроком у підготовці усної або письмової юридичної аргументації є ретельне дослідження застосовного законодавства та досконале знання основних фактів конкретної справи. Після цього адвокат може прийняти обґрунтоване рішення щодо того, які юридичні та/або фактичні аргументи доступні в конкретній справі та як подати ці аргументи найбільш переконливим способом. Також можна прийняти рішення щодо того, які аргументи є найвагомішими та/або які аргументи, швидше за все, переважають з огляду на конкретні обставини справи. Щодо цього останнього пункту, адвокат повинен з'ясувати, хто є суддями і чи якийсь конкретний суддя або судді вже дотримуються твердої думки щодо питань, пов'язаних зі справою адвоката, включаючи попередні рішення з тих самих питань. Тоді адвокат може взяти до уваги цю думку, визначаючи, які питання порушувати та як їх порушувати.

6.2. ПИСЬМОВІ ЮРИДИЧНІ АРГУМЕНТИ

Одна з поширених і дуже рекомендованих структур для юридичних аргументів відома як ПНАВ (англ. IRAC), що розшифровується як питання, норма, аналіз, висновок. Звичайно, існує багато способів представити юридичні аргументи, але цей дуже ефективний, і для тих, хто тільки починає складання юридичних документів, це хороший початок.

1. Сформулюйте юридичне та/або фактологічне питання (П).
2. Визначте правові норми, які регулюють питання (Н).
3. Проаналізуйте питання у світлі фактів справи, застосовуючи закон до цих фактів у чіткій та стислій формі (А).
4. Надайте правовий та/або фактологічний висновок, який є результатом аналізу (В).

6.2.1 ПОСТАНОВКА ПИТАННЯ

Мета всіх аргументів полягає в тому, щоб переконати суд прийняти рішення на користь обвинуваченого з будь-яких питань. Тому належною практикою для захисника є чітке визначення питання, яке він порушує, *на початку* будь-якого письмового аргументу, щоб

Суд точно знав, у чому полягає питання і яким чином захисник просить Суд вирішити або ухвалити рішення щодо цього питання.

Поширеним, але неефективним прикладом є те, що адвокат починає аргумент зі слів: «Обвинувачений не винен у замовленні інкримінованих йому вбивств». Це твердження визначає питання, але лише в загальному вигляді. Суддя, який читає цю заяву, не має уявлення про те, якою буде юридична чи фактична основа клопотання, і, швидше за все, йому доведеться прочитати значну частину письмової аргументації, перш ніж це стане зрозумілим.

Ефективніше твердження, яке не лише визначає правові питання, але й спрямовує увагу Суду із самого початку на підставу для подальших аргументів, полягає в тому, щоб сформулювати саме питання аргументовано, остаточно: «Суд повинен визнати обвинуваченого невинуватим у виданні наказу про вчинення інкримінованих йому вбивств, навіть якщо він був командувачем військами на той час, оскільки він не мав контакту з військами та не мав можливості іншим чином передавати наказ». Ця заява із самого початку зосереджує увагу Суду на конкретних правових та/або фактичних питаннях, які розглядаються, і на причинах, чому суд повинен прийняти рішення на користь обвинуваченого.

Основна ідея структурування ефективного юридичного аргументу полягає в тому, щоб привернути увагу Суду із самого початку та крок за кроком провести його через подальші аргументи так, щоб коли Суд дійде висновку, він погодився з тим, що це єдиний розумний висновок, який ґрунтується на фактах і законі.

6.2.2 ВИЗНАЧЕННЯ ОСНОВНИХ ПРАВОВИХ НОРМ

Письмові юридичні аргументи завжди повинні містити чітку заяву щодо закону, який застосовний до викладеного питання. Загалом доцільно обговорити такі правила на початку аргументації, щоб Суд уже мав їх на увазі, коли він дійде до конкретних фактів та обставин, які висунуто в аргументі.

Якщо закон можна процитувати *стисло*, рекомендується використовувати точне формулювання правової норми, про яку йдеться, цитуючи відповідний закон або судовий прецедент, а не перефразувати прецедентні рішення. Це дозволить уникнути суперечок щодо того, чи було належним чином представлено прецедентне

право. Пряма цитата дозволяє уникнути подібних відступів. Звичайно, це залежить від особливостей відповідного закону. Ефективна юридична документація буде обмежена точним законом, про який йдеться. Довгі цитати з розлогих законодавчих актів зазвичай не потрібні та не є ефективним письмовим документом. Якщо правові принципи не є новими або спірними в конкретній справі, перефразування цих стандартів може бути цікавішим, менш трудомістким, а отже, більш ефективним.

Не завжди існує чіткий застосовний закон, що, безумовно, може статися, коли міжнародні правові норми та/або судова практика щодо воєнних злочинів і злочинів проти людяності мають застосовуватися в національних судах. У такому разі захисник повинен визначити закон, який він вважає застосовним, і вказати, чому він має застосовуватися. Захисник може також обговорити потенційні закони або правила, які обвинувачення може використати в якості контраргументів, і пояснити, чому вони не мають відношення до конкретної справи, що розглядається судом, або не можуть бути застосовані до неї. Захисник може також обговорити потенційні закони або правила, які обвинувачення може використати в якості контраргументів, і пояснити, чому вони не мають відношення або не можуть бути застосовані в конкретній справі, що розглядається Судом.

Також доцільно, маючи справу з нюансами закону, почати з будь-яких загальних правових стандартів, а потім, якщо це можливо, вдатися до деталей, описавши «особливості закону на основі підпунктів відповідного закону або судових нюансів»¹¹⁶.

6.2.3 ЕФЕКТИВНИЙ АНАЛІЗ ПРАВА ТА ФАКТІВ

Після викладення питання та опису застосовного права, аргументація буде зосереджена на застосуванні цих правових стандартів до фактів справи обвинуваченого та розглядуваних питань. Це саме той момент, коли адвокатські навички захисника потенційно є найбільш важливими. Ефективний фактичний і правовий аналіз, проведений належним чином, підтвердить висновок, до якого адвокат хоче, щоб дійшов суд, ухваливши рішення на користь обвинуваченого.

¹¹⁶ Посібник із міжнародного кримінального захисту ADC-ICTY (2011), с. 67.

Якщо ваша аргументація вимагає узагальнення фактів справи як підґрунтя для юридичних питань, зазвичай найкраще викладати факти в хронологічному порядку. Це полегшує для суду розуміння та запам'ятовування відповідних фактів під час оцінювання подальших юридичних аргументів. Під час узагальнення фактів адвокат має право використовувати структуру та мову так, щоб підкреслити ті факти, які підтверджують доводи обвинуваченого та підривають версію обвинувачення. Іншими словами, стислий виклад фактів сам собою може бути формою аргументації та надає адвокату можливість переконати Суд подивитися на справу з погляду обвинуваченого. Проте факти, що стосуються справи, але є несприятливими для обвинуваченого, не можна просто так замовчувати. Адвокат має етичне зобов'язання не вводити суд в оману¹¹⁷. Крім того, недогляд відповідних несприятливих фактів може призвести до негативних наслідків, оскільки це буде розтлумачено як неспроможність їх пояснити, а отже, як поступку, що якимось чином неспростовно шкодить аргументації захисту. Найбільш переконливі аргументи визнають наявність несприятливих доказів, але зменшують їхню важливість для результату справи.

Існує кілька способів представлення юридичних аргументів. Одним із потенційно переконливих підходів є аналіз, порівняння та протиставлення подібних справ, якщо це можливо, як ілюстрації належного результату в справі обвинуваченого. Адвокат також має право аргументувати положення відповідних договорів, прецедентного права міжнародних судів і міжнародного звичаєвого права, якщо ці джерела є застосовними та підтверджують позицію адвоката. Якщо такі джерела не можуть бути застосовані безпосередньо, адвокат може аргументувати їх за аналогією.

Як би адвокат не підходив до аналізу, він має етичний обов'язок не перебільшувати або переоцінювати закон або вводити суд в оману щодо закону або способу, в який закон може бути застосований до справи обвинуваченого. Також доцільно не ігнорувати будь-які несприятливі правові висновки або конфліктів між міжнародними трибуналами або юрисдикціями, а пояснювати будь-які розбіжності зі справою обвинуваченого та/або вказувати на причини, чому

¹¹⁷ Ст. 44 Правил адвокатської етики «Дотримання принципів чесності та добропорядної репутації під час здійснення професійної діяльності в суді».

такі висновки не повинні бути вирішальними або застосовними до справи обвинуваченого.

Якщо результат аргументу залежить не лише від того, чи була допущена юридична або фактична помилка, але й від того, як ця помилка негативно вплинула (завдала шкоди) на справу обвинуваченого; обов'язково додайте до нього такий аналіз та аргументацію. Додайте аналогічні справи, у яких було виявлено негативний вплив, або поясніть, чому ця справа відрізняється від справ, у яких попередні суди не виявили негативного впливу. Ніколи не припускайте, що суд або інший орган, який займається встановленням фактів, автоматично прийде до такого висновку.

6.2.4 ВИСНОВОК

Висновок — це чіткий, стислий виклад юридичних та/або фактичних висновків, яких обвинувачений просить діяти суд, а також виклад з описом конкретного виду правового захисту, про який просить обвинувачений.

6.3. УСНІ АРГУМЕНТИ

Усні аргументи, представлені під час судового розгляду та апеляції, також можуть виграти від застосування організаційної структури ПНАВ (англ. IRAC). Як і у випадку з письмовими заявами, ретельна підготовка та знання законодавства є дуже важливими. Якщо для подання усних аргументів важливі документи або посилання на протокол судового засідання, адвокат повинен мати їх під рукою під час подання аргументів. Захиснику слід практикувати усні аргументи із запитаннями від колег, якщо це можливо, щоб підготуватися до виступу в суді.

Порада спочатку представити найсильніші аргументи особливо важлива для усних доповідей. Усні аргументи регулярно перериваються через запитання суддів. Допит часто може стосуватися питань, які адвокат не порушує або не має наміру розглянути; зокрема питання, які прямо суперечать тому, що мав намір аргументувати адвокат.

У такому разі адвокат повинен відповідати на такі запитання під час їхньої постановки, навіть якщо це порушить план представлення аргументів, який він розробив. Ніколи не відмовляйтеся відповіда-

ти на запитання Суду в той час, коли його поставили. Запитання зазвичай відображають проблеми, які турбують Суд, тому адвокату доцільно відповісти на них негайно. Якщо відповідь відкласти, її можна не помітити або загубити в аргументах до моменту їхнього завершення; це серйозна помилка з боку адвоката, коли питання, про яке йшлося, було важливим для розгляду справи судом.

Те ж саме може статися з аргументами, які має надати адвокат. Вони також іноді можуть загубитися в новому напрямі, якого може набути аргументація після втручання Суду. Порухення першим найвагомішого питання для обвинуваченого зазвичай гарантує, що принаймні це питання, можливо, найбільш вагоме у справі, буде розглянуто.

Адвокат *ніколи* не повинен просто зачитувати аргументи. Важливо, щоб адвокат якомога частіше підтримував зоровий контакт із Судом під час аргументації як для підвищення переконливості адвоката, так і для того, щоб адвокат мав відчуття того, як Суд реагує на виступ адвоката. Цього не станеться, якщо адвокат безперервно дивитиметься на аркуш паперу або екран комп'ютера. Якщо адвокат вважає, що потрібно читати, то потренуйтеся, щоб підтримувати постійний контакт із Судом, не перериваючи хід аргументації. Кращою практикою є написання плану аргументації із зазначенням необхідних прикладів із практики або інших потенційних посилань. Так адвокат може підтримувати зоровий контакт із судом під час виступу і за потреби зазирати до конспекту, щоб переконатися, що він не забув або не упустив важливі моменти.

Нарешті, якщо адвокат відволікається на запитання Суду або йому потрібно знайти документ чи довідку, завжди можна просто попросити Суд на хвилинку перелаштуватися. За умови, що це можна зробити швидко та не надто затягувати розгляд, більшість судів будуть готові задовольнити таке прохання.

6.4. ВИСНОВОК

Переконливі письмові та усні юридичні аргументи із самого початку викликають інтерес у Суду і крок за кроком підводять Суд до фактичного та/або юридичного висновку, якого обвинувачений просить дійти Суд. Представляючи такі аргументи, адвокат повинен бути гнучким; він має бути готовим відповідати на запитання

Суду, коли вони виникають, і бути здатним змінювати фокус аргументації, коли Суд вказує на питання, які його цікавлять. Ретельно підготовлена, добре організована аргументація також відображатиме власну віру адвоката в достовірність справи обвинуваченого, що саме по собі є вагомим показником переконливості виступу адвоката¹¹⁸.

¹¹⁸ У цьому розділі, у якому розглянуто пропозиції щодо структури та представлення письмових і усних аргументів загалом, конкретно не обговорюється час або зміст вступних промов і підсумкових аргументів обвинувачення та захисту в судовому засіданні; усі ці питання детально висвітлені у ст. 364 КПК.

7. ДОПИТ СВІДКІВ У СУДОВОМУ ЗАСІДАННІ

Суди, які розглядають кримінальні справи в Україні, як і кримінальні суди міжнародного кримінального права, здійснюють судові процеси на основі змагальної системи подання доказів¹¹⁹, Про що зазначено в Кримінальному процесуальному кодексі:

«Кримінальне провадження здійснюється на основі змагальності, що передбачає самостійне обстоювання стороною обвинувачення і стороною захисту їхніх правових позицій, прав, свобод і законних інтересів засобами, передбаченими цим Кодексом»¹²⁰.

Кодекс також окремо передбачає, що захисник обвинуваченого має право допитувати свідків обвинувачення в судовому засіданні:

«Сторона обвинувачення зобов'язана забезпечити присутність під час судового розгляду свідків обвинувачення з метою реалізації права сторони захисту на допит перед незалежним та неупередженим судом»¹²¹.

Відповідно до права обвинуваченого на справедливий суд, обвинувачений також має право представити свідків із боку захисту:

«... брати участь під час судового розгляду у допиті свідків обвинувачення або вимагати їхнього допиту, а також вимагати виклику і допиту свідків захисту на тих самих умовах, що й свідків обвинувачення»¹²².

Обвинувачення несе тягар доведення під час судового розгляду та представляє свою справу першим. Після цього сторона захисту має право викликати власних свідків, якщо вона забажає це зробити. Незалежно від того, викликає захист свідків чи ні, тягар доведення завжди залишається за обвинуваченням, яке має довести справу поза розумним сумнівом.

Коли сторона викликає свідка як частину своєї справи, вона проводить основний допит або прямий допит цього свідка. Успішний прямий допит призведе до того, що сторона, яка викликала свідка,

¹¹⁹ Ст. 22 КПК «Змагальність сторін та свобода в поданні ними суду своїх доказів і у доведенні перед судом їх переконливості».

¹²⁰ Частина 1 ст. 22 КПК.

¹²¹ Ст. 23 КПК «Безпосередність дослідження показань, речей і документів».

¹²² Пункт 1 ч. 4 ст. 42 КПК.

отримає всю необхідну інформацію на підтримку позиції сторони, яку цей свідок може надати.

Після цього протилежна сторона може провести перехресний допит цього свідка. Ефективний перехресний допит буде суперечити або підривати свідчення, надані свідком поставити під сумнів їхню пам'ять, правдивість, упередженість або достовірність безпосередньо, або може передбачати отримання додаткової інформації, сприятливої для сторони, яка проводить перехресний допит. Після завершення перехресного допиту сторона, яка викликала свідка, може з дозволу Суду провести повторний допит, якщо вважає це за необхідне¹²³. Будь-який повторний допит зазвичай обмежується виправленням питань, порушених під час перехресного допиту, або розглядом нових доказів, порушених під час перехресного допиту. Свідок також може бути викликаний з дозволу суду в тому ж або наступному судовому засіданні для надання додаткових доказів щодо обставин, щодо яких він не був допитаний¹²⁴.

7.1. ПРЯМИЙ ДОПИТ

Завжди є причина для виклику конкретної особи для надання свідчень у суді: наприклад, вона є свідком, потерпілим, експертом у спірному питанні тощо. Якою б не була причина, адвокат повинен визначити щодо кожного свідка, яку інформацію цей свідок може надати на підтримку своєї позиції, і розробити план отримання такої інформації.

7.1.1 МІРКУВАННЯ ЩОДО КОЖНОГО СВІДКА ПІД ЧАС ПРЯМОГО ДОПИТУ

1. Чому цього свідка викликають для надання свідчень? Яку інформацію він може надати на підтримку версії обвинуваченого у справі?
2. Як буде відбуватися спілкування зі свідком? Майте план і структуру проведення прямого допиту.
3. Які конкретні твердження може зробити свідок? Побудуйте допит так, щоб з'ясувати їх усі.

¹²³ Див. ч. 14 ст. 352 КПК.

¹²⁴ Там само.

4. Чи будуть використовуватися будь-які речові або інші докази, що підтверджують слова свідка?
5. Чи є у свідка конкретні проблеми або упередження, які можуть вплинути на достовірність або надійність його свідчень? Як вони будуть розв'язуватися?
6. Чи може адвокат передбачити заперечення з боку адвоката протилежної сторони (прокурора)? Якщо так, то якими будуть відповіді?

7.1.2 НАВІДНІ ЗАПИТАННЯ НЕ ДОПУСКАЮТЬСЯ

Існує багато різних способів організувати прямий допит, але одне правило є обов'язковим. Під час прямого допиту допитувач не може ставити навідні запитання. Навідне запитання — це запитання, яке передбачає відповідь свідка та/або припускає, як частину запитання, існування факту, який ще не доведений або є предметом суперечки, часто це питання, які вимагають простої відповіді «так» або «ні». Наприклад, якщо допитувач хоче надати докази опису злочинця, неприпустимо запитувати свідка під час прямого допиту: «Ви свідчили, що до магазину зайшов чоловік зі зброєю. Він був одягнений у темний костюм і сонцезахисні окуляри?» Це запитання передбачає відповідь, яку шукає допитувач. Натомість допитувач повинен сформулювати запитання так, щоб не вплинути на відповідь: «Ви свідчили, що до магазину зайшов чоловік зі зброєю. Чи можете ви сказати нам, у що він був одягнений?»

Причина цього правила полягає в тому, що свідчення, отримані за допомогою навідних запитань, зазвичай вважаються такими, що не мають доказової сили, оскільки свідку, по суті, було сказано, що говорити¹²⁵.

Одним винятком із цього правила є те, що навідні запитання можуть бути дозволені щодо питань, які не є спірними¹²⁶. Насправді дозвіл на навідні запитання щодо неспірних питань може заощадити час і дати допитувачу змогу зосередитися на важливих питаннях. Наприклад, коли роль свідка в конкретній події не викликає сум-

¹²⁵ Див., напр., «Прокурор проти Прлича та інших», справа МТКЮ ІТ-04-74-Т, рішення щодо клопотання обвинувачення про використання навідних питань (4 липня 2008 року), п.п. 17–19; «Прокурор проти Багосори», справа МТР ІСТР-98-41-Т, рішення про умови допиту свідків захисту (16 квітня 2005 р.), п. 5.

¹²⁶ «Прокурор проти Готовини та інших», справа МТКЮ ІТ-06-90-Т (16 квітня 2008 р.)

нівів, допитувач може ставити навідні запитання, щоб ефективно представити основні, неспростовні докази.

З. Я хотів би звернути вашу увагу на 4 липня цього року. У той час ви працювали в ювелірній крамниці Best Diamonds, чи не так?

В. Так.

З. І близько 12:00 того дня чоловік зі зброєю увійшов до магазину?

В. Так.

З. І двоє чи троє клієнтів відреагували на нього, вибігши через вхідні двері магазину, чи не так?

В. Так.

Ступінь постановки навідних запитань з неспірних питань, які можуть виникнути під час конкретного допиту, залежить від конкретної справи. Належною практикою є те, що адвокат планує допит у такий спосіб, попереджає про це адвоката протилежної сторони та суд, щоб усі сторони знали про те, що відбуватиметься, і мали можливість заперечити проти цього, якщо вони вважатимуть це за доцільне.

Важливо підготуватися до будь-якого допиту свідка завчасно, зустрівшись зі свідком, коли це можливо, та/або ознайомитися з будь-якими досудовими заявами свідка. Свідок має бути підданий як прямому, так і перехресному допиту та обізнаний щодо правил доказування, можливих заперечень проти показань, а також щодо процедур у залі суду. Кожне питання має бути обґрунтованим, і добре підготовлений адвокат повинен заздалегідь знати, яку відповідь буде надано. Звичайно, іноді свідок робить неочікувані заяви в суді, незважаючи на розслідування та підготовку адвоката. У таких випадках, як правило, помилково ставити відкриті запитання, як це відбувається під час прямого допиту, коли адвокат не має чіткого уявлення про те, якою буде відповідь, є помилкою. Це може призвести до отримання непередбачуваних свідчень, які можуть зашкодити справі самого допитувача.

Найкраще, що може зробити захисник, зіткнувшись з такою ситуацією в суді, — це прийняти обґрунтоване рішення щодо того, чи буде корисним для справи продовження обговорення цього питання, і діяти, виходячи з цього.

Щодо кожного свідка адвокат повинен визначити, чи «краще дозволити свідку розповісти свою історію по-своєму, мінімально керуючись підказками адвоката, або ж адвокату провести його розповідь за допомогою набору структурованих запитань». Часто мінімальне втручання адвоката є найефективнішим. В інших ситуаціях свідку може знадобитися допомога адвоката у вигляді лаконічних запитань, щоб забезпечити доречність та повноту наданих свідчень¹²⁷.

Незалежно від обраного підходу, під час якісного прямого допиту допитувач контролюватиме процес і зосереджуватиметься на питаннях, що стосуються розгляду його справи.

7.2. ПЕРЕХРЕСНИЙ ДОПИТ

Перехресний допит має на меті перевірити достовірність чи надійність свідчень, отриманих під час прямого допиту, або служить для того, щоб іншим чином підірвати аргументи протилежної сторони. Перехресний допит зазвичай обмежується предметом прямого допиту та питаннями, що впливають на правдивість чи надійність свідка. Перехресний допит іноді також може використовуватися для отримання доказів, не наданих на прямому допиті, які стосуються справи допитувача під час перехресного допиту¹²⁸.

Адвокат, який проводить перехресний допит свідка, допитує того, хто щойно дав свідчення проти обвинуваченого. Адвокату дуже важливо пам'ятати про цей факт, оскільки він безпосередньо впливає на характер будь-якого перехресного допиту та спосіб, у який адвокат звертається до свідка.

7.2.1 МІРКУВАННЯ ЩОДО СТРУКТУРИ ТА ХАРАКТЕРУ ПЕРЕХРЕСНОГО ДОПИТУ

1. Витрачайте лише стільки часу, скільки потрібно для отримання необхідної інформації («приходьте пізно, йдіть рано»).

¹²⁷ Посібник із міжнародного кримінального захисту ADC-ICTY, розділ VIII: Прямий, перехресний і повторний допит (2011)

¹²⁸ У таких випадках загальне правило полягає в тому, що допит, спрямований на отримання конкретних доказів, не можна проводити з використанням навідних запитань.

2. Наскільки це можливо, використовуйте *лише* навідні запитання, які передбачають відповіді «так» або «ні».
3. Зберігайте контроль над свідком; ніколи не дозволяйте свідку пояснювати, уточнювати чи розширювати свідчення, якщо ви не попросите про це.
4. Ніколи не ставте запитання, якщо ви не знаєте на нього відповіді; якщо ви повинні поставити таке запитання, подумайте, чи воно виправдовує ризик.
5. Слухайте відповіді свідка під час прямого та перехресного допиту, звертаючи увагу на розбіжності з попередніми заявами, звітами або свідченнями; при необхідності слідкуйте за ними, навіть якщо це вимагатиме гнучкості у вашому запланованому допиті.
6. Не сперечайтесь зі свідком; не відповідайте на словесні випадки з боку свідка.
7. Використовуйте допит лише для отримання інформації, корисної для захисту; зберігайте фактичні висновки та юридичні моменти для аргументації перед Судом¹²⁹.
8. Якщо свідок відмовляється відповідати на запитання або пропонує небажані заяви, попросіть суд наказати свідку відповідати лише на поставлене запитання; попросіть Суд викреслити будь-які небажані відповіді або необґрунтовані заяви свідка.
9. Завжди оцінюйте необхідність перехресного допиту свідка взагалі; не кожен свідок потребує перехресного допиту.

Під час перехресного допиту дозволені навідні запитання. Насправді найкращий перехресний допит складається лише з навідних запитань, на які можна відповісти «так» або «ні». Свідка, який підлягає перехресному допиту, викликає протилежна сторона, і хоча бувають винятки, цей свідок, як правило, вороже налаштований щодо такого допитувача. Важливо контролювати, якою мірою такий свідок може надати небажану або неочікувану інформацію. Використання навідних запитань із відносно закритою відповіддю, якої вимагають такі запитання, є найефективнішим способом зробити це.

¹²⁹ Див. «Мистецтво перехресного допиту» Ірвінга Янгера. Серія монографій Судової секції, № 1, опублікована Судовою секцією Американської асоціації юристів.

Виняток становлять випадки, коли сторона, яка проводить перехресний допит, хоче отримати від свідка нові докази, які не були надані під час прямого допиту і які підтримують позицію сторони, що проводить перехресний допит. Що стосується таких запитань, то перехресний допитувач не може використовувати навідні запитання, які підказують відповідь або впливають на відповідь свідка, як і під час прямого допиту. У деяких судах це можна зробити під час перехресного допиту. В інших судах стороні, яка проводить допит, буде доручено викликати свідка як свого власного свідка на пізнішому етапі судового розгляду.

Щодо кожного свідка, адвокат повинен зважити, чи є взагалі потреба в перехресному допиті свідка. У справах про воєнні злочини та у справах про злочини проти людяності часто буває так, що факт скоєння злочинів насправді не викликає сумнівів. Питання в тому, чи несе обвинувачений відповідальність за ці злочини. Хоча є винятки, часто немає потреби проводити перехресний допит жертви злочину чи очевидця злочину, коли факт злочину не заперечується. Це особливо актуально, коли свідок є надійним, таким, що заслуговує на довіру. Краща стратегія полягає в тому, щоб не ставити запитань і відпустити свідка, щоб уникнути можливості того, що під час перехресного допиту будуть отримані більш шкідливі докази.

Перехресний допит справді ворожого свідка, який часто є проблемою в напружених, емоційно насичених справах про воєнні злочини, ніколи не повинен перетворюватися на битву між допитувачем і свідком. Аналогічно, навіть більш нейтральні, на перший погляд, свідки можуть погано реагувати, коли під час активного перехресного допиту ставлять під сумнів їхню правдивість та/або надійність. Як правило, допит таких свідків має бути коротким і обмеженим за обсягом. Як тільки ви отримаєте необхідну або найкращу інформацію, яку ви можете отримати від такого свідка, припиніть допит. Звідси походить прислів'я: «Приходьте пізно, а йдіть рано».

Обов'язок адвоката — поводитися з усіма свідками з гідністю та повагою, незалежно від поведінки свідка. З цього правила немає винятків. Адвокату ніхто не заважає демонструвати свої власні, чесні емоції під час судового розгляду, і часом для адвоката дуже ефективно виражати такі розчарування. Утім, адвокат ніколи не повинен робити це у спосіб, який є неповагою до Суду або свідка.

7.3. ПОВТОРНИЙ ПРЯМИЙ ДОПИТ

У деяких судах першої інстанції можливість сторони проводити повторний прямий допит після завершення перехресного допиту не завжди є автоматичною. Належна практика полягає в тому, щоб адвокат запитав, чи буде дозволено повторний прямий допит, або попередив суд про те, що повторний прямий допит є необхідним. Прохання зробити це зазвичай задовольняють. Повторний прямий допит обмежується реабілітацією свідка, чия правдивість була поставлена під сумнів під час перехресного допиту, розв'язанням питань, порушених під час перехресного допиту, з метою виправлення таких питань, якщо це необхідно, та реагуванням на нові докази, отримані під час перехресного допиту. Як і під час прямого допиту, навідні запитання не допускаються.

7.4. ДОПИТ СВІДКА У РЕЖИМІ ВІДЕОКОНФЕРЕНЦІЇ

У судах міжнародного кримінального права, а також в українських судах допускається, за певних обставин, коли свідок не з'являється особисто на судовому засіданні, а натомість дає свідчення з віддаленого місця за допомогою відеозв'язку.

Статтею 336 Кримінально-процесуального кодексу України встановлено, що:

«Судове провадження може здійснюватися у режимі відеоконференції під час трансляції з іншого приміщення, у тому числі яке знаходиться поза межами приміщення суду (дистанційне судове провадження), у разі:

- 1) неможливості безпосередньої участі учасника кримінального провадження в судовому провадженні за станом здоров'я або з інших поважних причин;
- 2) необхідності забезпечення безпеки осіб;
- 3) проведення допиту малолітнього або неповнолітнього свідка, потерпілого;
- 4) необхідності вжиття таких заходів для забезпечення оперативності судового провадження;
- 4¹) введення воєнного стану або під час карантину, встановленого Кабінетом Міністрів України;

5) наявності інших підстав, визначених судом достатніми»¹³⁰.

Залежно від конкретних обставин, допит свідка за допомогою віддаленого відеозв'язку може впливати або не впливати на права обвинуваченого. Це залежатиме від конкретної справи. Завдання адвоката полягає в тому, щоб бути обізнаним з обставинами справи підзахисного і за необхідності подавати заперечення проти них.

Загалом допит, що проводиться за допомогою дистанційного відеозв'язку, відбувається за тими ж правилами, що й у відкритому судовому засіданні. Різниця, звичайно, в тому, що свідок фізично відсутній. Це потенційно може вплинути на отримання свідчень. Більшість віддалених відеозаписів показують лише верхню частину тіла свідка, іноді — лише обличчя. У випадку зі свідками, які перебувають під захистом, голос свідка може бути замінений чийось іншим голосом. Це також може статися, якщо для свідка здійснюється синхронний переклад. У деяких випадках обличчя свідка може бути закрите. Мова тіла, міміка та інтонація голосу відіграють значну роль у визначенні правдивості свідка. Ці тонкощі, знову ж таки залежно від конкретних обставин, можуть бути повністю втрачені в разі надання свідчень через відеозв'язок. Адвокат повинен взяти все це до уваги, збираючи разом те, що, як ми сподіваємося, буде успішним допитом, навіть з огляду на ці обмеження.

Адвокат повинен також поцікавитися місцем, де будуть отримані такі свідчення. Важливо знати, хто перебуватиме в кімнаті зі свідком під час надання свідчень і, можливо, хто супроводжував свідка до віддаленого місця. Суди вимагають, щоб свідки були ізольовані від будь-якої форми потенційного впливу під час надання свідчень. Залежно від ситуації, адвокат може захотіти з'ясувати, чи існують такі засоби захисту.

Здебільшого відеозв'язок та дистанційні свідчення відбуватимуться за прийнятних обставин, і більшість судів забезпечуватимуть належний захист. Утім, обов'язком адвоката є запитувати, якщо це необхідно, про ці моменти й заперечувати проти них, якщо це необхідно для захисту прав обвинуваченого на справедливий судовий розгляд і можливість проведення очної ставки та перекресного допиту свідків проти обвинуваченого.

¹³⁰ Ст. 336 КПК України.

7.5. ВИКОРИСТАННЯ ДОКАЗІВ ПІД ЧАС ДОПИТУ СВІДКІВ

Використання доказів, таких як показання свідків, висновки експертів та інші матеріали, для допиту свідка під час прямого або перехресного допиту регулюється конкретними правилами доказування, що застосовуються у відповідній юрисдикції.

Захисник може представити докази на користь своєї справи під час прямого допиту, якщо свідок може ідентифікувати доказ, про який йде мова, та пояснити його важливість, наприклад, шляхом перевірки експертного висновку та способу, в який він був зроблений.

Аналогічно, захисник може використовувати докази для того, щоб поставити під сумнів свідка під час перехресного допиту, наприклад, заперечуючи попередні суперечливі свідчення свідка.

Існує багато різних способів використання доказів під час допиту свідка.

Обов'язком захисника є ретельне ознайомлення з відповідними правилами доказування, щоб він міг ефективно використовувати докази, які сприяють справі адвоката, в рамках допиту свідків у судовому засіданні та домогтися їх визнання.

Крім того, джерела і характер потенційних доказів з роками змінювалися. У кримінальних справах по всьому світу книги, звіти, перехоплення телефонних розмов і відеодокази, наприклад, якщо вони належним чином ідентифіковані, визнаються допустимими доказами. Зараз існує постійно зростаючий спектр сучасних технічних доказів, які можуть бути використані у справах і які іноді вимагають спеціальних знань для отримання та інтерпретації; наприклад, записи даних про дзвінки, соціальні медіа-платформи та матеріали з темних сайтів. Правила доказування щодо того, як такі джерела інформації можуть бути надійно перевірені, а отже, визнані судом прийнятними, також постійно зростають і розвиваються. Як і в усьому, обов'язком захисника є ознайомлення з цими мінливими джерелами доказів і стандартами, якщо такі докази потенційно можуть мати відношення до справи адвоката.

Докази з відкритих джерел та інтернет в цілому також призвели до появи нових методів і можливостей розслідування. Використовуючи наявні ресурси, юрист може знайти ефективні інструмен-

ти для ведення справи та проведення поглиблених розслідувань, не виходячи з офісу.

Настільна книга судді містить докладні рекомендації щодо міжнародних стандартів цифрових доказів та матеріалів з відкритих джерел¹³¹, а також інші ресурси, які можна знайти в цьому Посібнику в «Додаткових матеріалах».

¹³¹ Настільна книга судді, с. 705–727.

III

«М'ЯКІ»

НАВИЧКИ

(SOFT SKILLS)

8. РИЗИКИ, ПОВ'ЯЗАНІ З РОБОТОЮ ЗАХИСНИКА

Важливо, щоб усі, хто бере участь у системі кримінального правосуддя, усвідомлювали та визнавали проблеми та ризики, які можуть існувати для адвокатів, які погоджуються представляти інтереси осіб, звинувачених у воєнних злочинах, злочинах проти людяності та геноциді. Ці злочинні дії під час війни повсюдно розглядаються як найсерйозніші форми насильства проти невинних цивільних осіб. Обвинувачених у таких злочинах часто виявляють і ганьблять у популярній пресі задовго до їхнього арешту або суду; їхня провина просто припускається. Необхідність забезпечити кожному, зокрема обвинуваченому у воєнних злочинах, справедливий судовий розгляд губиться у зрозумілій відповіді, що обвинувачені ніколи не переймалися справедливістю до своїх жертв.

Адвокати, яким призначено захищати обвинувачених у судах у справах про воєнні злочини в Україні, на відміну від адвокатів у спеціальних трибуналах, МКС та інших міжнародних судах, також працюють у зоні бойових дій. Конфлікт в Україні триває. Захиснику доводиться працювати в нестабільній, емоційно насиченій і постійно мінливій ситуації жорстокого насильства і соціальних потрясінь. Їхні клієнти — це особи, яких звинувачують у створенні цих соціальних потрясінь через напади на українські міста та громадян. Вони у всіх сенсах терміну є «ворогами народу». Ці обставини обов'язково створюють значний психологічний та емоційний тиск на захисника, якого попросили представляти обвинувачених у судах у справах про воєнні злочини, на додаток до потворності та жахів, які супроводжують факти всіх справ про воєнні злочини.

Захисникам неодмінно буде корисно дізнатися, як поводитися з цими реаліями відповідно до їхніх правових та етичних зобов'язань перед клієнтами.

Простих відповідей немає, але є низка факторів, які адвокат може взяти до уваги, перш ніж погодитися представляти особу, обвинувачену у воєнних злочинах, щоб визначити, чи здатен і чи готовий він впоратися з цими незвичними викликами. Якщо адвокат погодився взятися за таку справу, постійне оцінювання впливу цих факторів, якщо такі є, може також допомогти адвокату зберігати концентрацію і стійкість у виконанні складного, а часом і мужнього завдання захисту обвинувачених під час війни в судах, що розглядають справи про воєнні злочини.

8.1. ЩО ПОТРІБНО ВРАХУВАТИ, ПЕРШ НІЖ ПОГОДИТИСЯ НАДАВАТИ ЗАХИСТ У СПРАВІ ПРО ВОЄННИЙ ЗЛОЧИН

Одним з очевидних факторів, які адвокат повинен враховувати, перш ніж погодитися виступати захисником у справі про воєнний злочин, є власне уявлення адвоката про своїх потенційних клієнтів.

Питання 1. Обвинувачений — це особа, яка здійснила напад на країну адвоката в рамках зусиль іноземної держави, спрямованих на захоплення контролю над країною адвоката. Чи здатний адвокат визнати та адаптуватися до цієї реальності відповідно до обов'язку адвоката бути «незалежним від свого клієнта» та «діяти на основі пріоритету інтересів свого клієнта»¹³². Чи може адвокат «послідовно дотримуватися принципу домінування інтересів клієнта над усіма іншими інтересами та міркуваннями, пов'язаними з відносинами адвоката із судом»¹³³.

В українському суспільстві спостерігається негативна реакція на сам факт захисту обвинувачених у воєнних злочинах. Дехто вважає, що згода окремого адвоката представляти такого обвинуваченого свідчить про відсутність у нього елементарної моралі, етики і, можливо, лояльності до країни, в якій він працює. Це звичайне явище в суспільстві у справах про тероризм, воєнні злочини та злочини проти людяності.

Питання 2. Чи може адвокат виконувати функції захисника обвинуваченого з «максимальною незалежністю» у виконанні обов'язків адвоката перед клієнтом, вільним від «будь-якого зовнішнього впливу, тиску або втручання в його діяльність, пов'язану з наданням» правової допомоги ... зокрема, з боку органів державної влади, політичних партій, інших адвокатів тощо, а також впливу його власних інтересів»¹³⁴.

Деякі адвокати особисто знають або якимось іншим чином пов'язані з постраждалими від війни. Напевно, всі адвокати співчують жертвам війни, незалежно від будь-яких особистих зв'язків. Чи вплине цей факт на поведінку адвоката у справі про воєнні злочини та/або на здатність адвоката завзято представляти інтереси свого клієнта?

¹³² Ст. 8 Правил адвокатської етики зі змінами, затвердженими з'їздом адвокатів України 15 лютого 2019 року (далі — Правила).

¹³³ Ст. 43 Правил.

¹³⁴ Ст. 6 Правил.

Питання 3. Чи впливає цей факт на «об'єктивність або неупередженість адвоката під час виконання... своїх професійних обов'язків та вчинення або невчинення... дій під час виконання» адвокатських обов'язків¹³⁵. Це може включати розслідування та/або перехресний допит потерпілих у суді.

Може статися так, що прокурори та судді в судах із розгляду воєнних злочинів упереджено ставляться до захисту, особливо у справах, де фігурують відомі обвинувачені або резонансні злочини. З огляду на цю обставину:

Питання 4. Чи може адвокат, дотримуючись принципу законності, «бути наполегливим і принциповим в обстоюванні інтересів клієнта в суді; ніколи не поступатися своєю незалежністю в захисті та представництві прав та інтересів клієнта, щоб не погіршувати стосунки з суддями; (та) в разі тиску суду на адвоката, ... не допускати компромісів, які суперечать охоронюваним законом інтересам клієнта»¹³⁶.

В українських судах дозволено *заочне* провадження у справах про воєнні злочини. Це розходиться з практикою міжнародних судів, які не допускали подібних судових процесів. Навпаки, Римський статут МКС чітко визначає, що всі обвинувачені мають право бути фізично присутніми на суді¹³⁷.

Єдиний виняток — Спеціальний трибунал щодо Лівану — провів усі свої судові провадження в одній справі, що розглядалася в цьому трибуналі, *заочно*¹³⁸.

Питання 5. Чи готовий адвокат представляти обвинуваченого *заочно*, зважаючи на обмеження, що накладаються на захисника в таких провадженнях, і чи готовий і чи має він достатню

¹³⁵ Ст. 9 Правил.

¹³⁶ Ст. 43 Правил.

¹³⁷ Ст. 63 Римського статуту. МКС нещодавно вперше дозволив *заочне* слухання з підтвердження обвинувачення у справі *Коні*, де обвинувачений не був затриманий понад 20 років. «Прокурор проти Джозефа Коні», ICC-02/04-01/05, Рішення щодо клопотання прокуратури про проведення слухання щодо підтвердження звинувачень у справі Коні за відсутності підозрюваного, 23 листопада 2023 р.; і див. «Друге рішення щодо клопотання прокуратури про проведення слухання щодо підтвердження звинувачень у справі Коні за відсутності підозрюваного», 4 березня 2024 року. Рішення спираються на статтю 61 Римського статуту, яка дозволяє проводити такі слухання, якщо підозрюваний відмовився від явки, втік або не може бути знайдений.

¹³⁸ Див. «Прокурор проти Саліма Джаміля Аїяші» та ін., STL-11-01/T/TC.

кваліфікацію для проведення всіх необхідних розслідувань для підготовки захисту обвинуваченого¹³⁹ за таких обставин?

Справи про воєнні злочини, що розглядаються в українських судах, за визначенням вимагатимуть від адвоката досконалого знання не лише українського законодавства, яке застосовується в таких справах, але й застосовних принципів міжнародного права. Адвокат повинен бути обізнаним у міжнародному гуманітарному праві, міжнародному праві людських прав, міжнародному кримінальному праві, міжнародному публічному праві та праві збройних конфліктів. *Заочне* провадження також створює власні виклики для здатності адвоката ефективно представляти обвинуваченого, оскільки адвокат, за визначенням, не може консультуватися або отримувати вказівки від свого клієнта і, ймовірно, не може проводити будь-яке незалежне розслідування від імені захисту.

Питання 6. Чи здатен і чи бажає адвокат пройти необхідну підготовку, щоб стати фахівцем у галузях права, які можуть вплинути на справу про воєнні злочини? Чи може адвокат працювати в межах тих ресурсів, які надаються йому судом?

8.2. ПОТЕНЦІЙНІ ПІДХОДИ ДО ПОДОЛАННЯ ВИКЛИКІВ, З ЯКИМИ СТИКАЄТЬСЯ ЗАХИСНИК У СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ

Є кілька способів, як захисник може отримати необхідну підтримку, як практичну, так і особисту, щоб мати змогу впоратися зі складними завданнями, пов'язаними із захистом осіб, обвинувачених у воєнних злочинах. Як згадувалося раніше, ці виклики стають ще складнішими, коли судові процеси відбуваються в розпал конфлікту, що триває, як це відбувається в Україні.

Зрозуміло, що жодна з цих пропозицій не може бути реалізована без фінансової та іншої підтримки з боку відповідних органів влади та/або організацій, зокрема правничих та суддівських асоціацій в Україні, а також місцевої та, можливо, національної політичної допомоги. Це також вимагає мотивації та відданості кожного захисника, який працює в судах з розгляду воєнних злочинів.

¹³⁹ Див. Кодекс поведінки адвоката Спеціального трибуналу для Лівану.

8.2.1 ПРОГРАМИ ПІДГОТОВКИ ЗАХИСНИКІВ

Першою і найпростішою рекомендацією, яка зараз застосовується в усіх сучасних міжнародних кримінальних судах, є забезпечення комплексних навчальних програм для адвокатів як з матеріального, так і з процесуального права, що застосовується в таких справах. Це матиме особливе значення в Україні, де законодавство змінюється і змінюватиметься, включно з особливостями імплементації міжнародно-правових принципів у національних судах.

Навчання повинно також передбачати розвиток необхідних практичних навичок роботи в суді та надання рекомендацій щодо проведення розслідувань. Очевидно, що ці програми можуть і повинні бути організовані відповідними юридичними групами; особами, які вже обізнані з українським законодавством і практикою. Міжнародне кримінально-правове співтовариство також має велику колекцію навчальних матеріалів, які протягом останніх десятиліть використовувалися для підготовки адвокатів до практики в судах міжнародного кримінального права.

ADC-ICT з 2012 року проводить інсценування судових процесів (для навчання адвокатів практичним навичкам роботи в залі суду), всі вони були зняті на відео і доступні на вебсайті ADC-ICT. Протягом останніх кількох років Асоціація також щорічно проводить особисті та онлайн-лекції як із матеріального, так і з процесуального права. Усі ці лекції доступні безплатно на вебсайті ADC-ICT¹⁴⁰ і повинні бути скарбницею легкодоступної інформації на окремі теми, які виникають у справах про воєнні злочини.

Асоціація юристів МКС також проводить тренінги, часто у вигляді вебінарів, щоб забезпечити доступ з усіх куточків світу. Ці ресурси вже доступні як відправна точка для допомоги та розширення будь-якого навчання, яке зараз можна організувати в Україні для місцевих адвокатів захисту.

Варто підкреслити, що незалежно від того, наскільки досвідченим є захисник, справи про воєнні злочини пов'язані з унікальними галузями права та фактами. У цьому контексті навчання буде корисним для всіх.

¹⁴⁰ Див. adc-ict.org. Як і більшість вебсайтів міжнародних судів, ці тренінги доступні англійською та французькою мовами.

8.2.2 ОРГАНІЗУЙТЕ У РОБОЧУ ГРУПУ ДЛЯ ОТРИМАННЯ НЕОБХІДНОЇ ПІДТРИМКИ ТИХ АДВОКАТІВ, ЯКІ ЗАРАЗ ЗДІЙСНЮЮТЬ ЗАХИСТ У СПРАВАХ ПРО ВОЄННІ ЗЛОЧИНИ, АБО ТИХ, ЯКІ ПЛАНУЮТЬ У МАЙБУТНЬОМУ БУТИ ДОЛУЧЕНИМИ ДО ТАКИХ СПРАВ

Основним уроком, отриманим після створення ADC-ICT у 2002 році в МТКЮ, стала очевидна потреба в організації адвокатів, замість того, щоб кожна окрема команда захисту працювала ізольовано, не користуючись знаннями та досвідом тих, хто працює поруч з ними. На відміну від прокурорів, які працювали разом в організованих офісах із персоналом та іншою матеріально-технічною підтримкою, адвокати працювали в індивідуальних офісах, які не мали таких ресурсів. За винятком рідкісних приватних адвокатів, захисники також працювали з обмеженим, а іноді й недостатнім фінансуванням.

Організація адвокатів, які працюють у справах про воєнні злочини в рамках адвокатури, може подолати ці недоліки різними способами, які можуть мати фундаментальне значення. Насамперед адвокати можуть ділитися знаннями та досвідом зі своїх справ з іншими на користь спільноти адвокатів захисту у справах воєнних злочинів. Це може включати обмін інформацією про справи, суддів, прокурорів, юридичні документи, дослідження та інші ресурси, які, можливо, допоможуть захисту в будь-якій кількості справ. Результатом може стати групова розробка ефективних правових стратегій та креативного мислення у цій, за визначенням, складній галузі права. Це також може слугувати засобом для адвокатів, коли їм не вистачає ресурсів, звернутися до відповідних органів влади як група; це набагато сильніша позиція, ніж індивідуальні спроби адвоката отримати необхідні ресурси, не знаючи, до якої міри інші адвокати можуть робити те ж саме.

З огляду на той факт, що справи про воєнні злочини розглядаються в Україні в розпал конфлікту, що триває, адвокати також можуть отримати допомогу такої групи для пошуку особистої, психологічної та іншої підтримки від колег, оскільки справи обговорюються, і люди діляться своїми проблемами та досвідом. Це не обов'язково потребує будь-якої формалістичної структури. Проста зустріч адвокатів у середовищі, де адвокати можуть відверто поговорити один з одним, є цінним ресурсом. Наприклад, ADC-ICT та ICCBA проводять щорічні конференції, на яких адвокати можуть зустріти-

ся для обговорення таких питань. Саме існування цих груп також заохочувало адвокатів зустрічатися частіше, у менш формальний спосіб, коли виникали проблеми, і створювало спільноту розумної довіри та спільного розуміння, чого б не сталося, якби ці організації ніколи не були створені.

Такий підхід також може стати підґрунтям для розробки формальних і неформальних програм наставництва в адвокатурі.

8.2.3 НАЛАГОДЖЕННЯ ПРОФЕСІЙНОЇ СПІВПРАЦІ УКРАЇНСЬКИХ АДВОКАТІВ ІЗ МІЖНАРОДНИМИ КОЛЕГАМИ

Друга більш амбітна пропозиція полягає в організації в українській адвокатурі мережі адвокатів, які практикують у цих справах. Ці адвокати можуть розвивати професійні відносини зі своїми колегами-адвокатами, які практикують у міжнародних судах і трибуналах. Взаємовідносини між адвокатами також можна розвивати за допомогою ширшої мережі практичних груп IBA, ADC-ICT та ICCBA. Це стане додатковим ресурсом для місцевих адвокатів, які можуть потребувати або бажати отримати конкретні поради щодо питань, що виникають у їхніх справах, від осіб, які стикалися з подібними проблемами у своїй практиці міжнародного кримінального права.

8.2.4 ІНФОРМУЙТЕ СУД ТА ОРГАНИ ПРАВОПОРЯДКУ В РАЗІ ОТРИМАННЯ ПОГРОЗ ЗАСТОСУВАННЯ ФІЗИЧНОГО ТА ІНШОГО НАСИЛЬСТВА

Реальні загрози особам, які захищають обвинувачених у судах у справах про воєнні злочини, існували, існують і, на жаль, існуватимуть і в майбутньому. Жоден захисник не повинен залишатися наодинці з такими погрозами та намагатися впоратися з ними самостійно. Захисники є частиною системи правосуддя, так само як і прокурори, судді та працівники суду. Їхня присутність є фундаментальною для забезпечення справедливого судового розгляду та належної правової процедури, незалежно від того, хто є обвинуваченим. У разі потреби фізичний захист адвоката є обов'язковим, так само як і кіберзахист або електронний захист доказів адвоката, робочих матеріалів та конфіденційних комунікацій.

Зважаючи на ці побоювання, захисник повинен звертатися до судів або інших відповідних органів і працювати з ними над створенням

певної системи оцінювання таких загроз і наданням обґрунтованої реакції на них. Знову ж таки, звернення до суду як організованої групи з чіткими та обґрунтованими запитамі, пристосованими до реалій повсякденної судової практики під час конфлікту, що триває, має більше шансів на позитивний результат, ніж звернення до суду окремого адвоката на індивідуальній основі.

8.2.5 ІНФОРМАЦІЙНІ ПРОГРАМИ В МЕДІА, СПРЯМОВАНІ НА РОЗ'ЯСНЕННЯ ПЕРЕСІЧНОМУ ГРОМАДЯНИНУ МЕТИ ПРОВАДЖЕННЯ В СУДАХ ЩОДО ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ, РОЛІ АДВОКАТА В ЦЬОМУ ПРОЦЕСІ ТА НЕОБХІДНОСТІ ЗАХИСТУ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА В УКРАЇНІ

Остання і також амбітна рекомендація полягає в тому, щоб відповідні українські асоціації адвокатів, у тому числі суддів і прокурорів, використовували своє становище і вплив, щоб переконати пресу висвітлювати, коли це доречно, діяльність судів з розгляду воєнних злочинів як засіб надання громадськості базової інформації про те, чому суди працюють саме так, а не інакше, про необхідність і роль захисника, а також про важливість цих процесів для забезпечення верховенства права в Україні зараз, а за можливості — і в майбутньому. Будь-яке медіа-висвітлення повинно дбати про те, щоб не зашкодити обвинуваченню чи обвинуваченому, не втручатися в судовий процес чи свідків¹⁴¹.

¹⁴¹ Одним із джерел для ознайомлення щодо етичних і правових питань є [Стандарти Американської асоціації адвокатів щодо справедливого судового розгляду та публічного дискурсу](#).

9. ПУБЛІЧНА КОМУНІКАЦІЯ ТА ДОПУСТИМА АДВОКАТСЬКА ДІЯЛЬНІСТЬ

В Україні існує низка етичних та професійних стандартів, які регулюють і спрямовують адвокатську діяльність і мають значення для захисту в судах, що розглядають справи про воєнні злочини. Звичайно, передбачається, що адвокати знають і добре розуміють зміст і застосування цих стандартів у власній практиці¹⁴². Справи про воєнні злочини привертають увагу громадськості та набувають розголосу, що призводить до того, що до адвокатів та/або свідків звертаються за коментарями щодо справи. Нижче наведені деякі рекомендації щодо того, як адвокат може брати участь у таких дискусіях, водночас не порушуючи жодних професійних правил, зберігаючи право адвоката коментувати питання, що становлять суспільний інтерес.

9.1. НАЦІОНАЛЬНІ СТАНДАРТИ

Українське законодавство про адвокатуру та адвокатську діяльність регулює специфіку адвокатської діяльності, в тому числі захисту від кримінального обвинувачення, на рівні принципів та професійних стандартів. Зокрема, правила професійної етики детально регламентують поведінку адвоката в публічній сфері, як під час надання правової допомоги, так і поза межами адвокатської діяльності.

У багатьох випадках публічна сфера стає невід'ємною частиною адвокатської практики, причому не тільки тоді, коли захиснику необхідно спілкуватися зі ЗМІ або надавати коментарі журналістам, а й під час здійснення діяльності, яка раніше була суворо обмежена сферою судового процесу.

Розвиток інформаційних технологій та необхідність проведення судових засідань у режимі відеоконференції супроводжується записом судових засідань та їхньою онлайн-трансляцією в мережі «Інтернет», що призводить до більшої публічності діяльності захисника. У таких судових засіданнях адвокат, з одного боку, бере участь у судовому засіданні, звертаючись до суду, прокурора, інших учасників процесу, а з іншого боку, завдяки публічній онлайн-тран-

¹⁴² Відповідні кодекси та правила професійної поведінки є доступними для адвокатів і можуть бути використані під час розгляду справ та виникнення потенційних проблем.

сляції не може не усвідомлювати, що його адвокатська діяльність одночасно є набагато доступнішою для громадськості, ніж судові процеси, що відбуваються без такого висвітлення.

Ці обставини можуть сприяти, а можуть і не сприяти захисту. Однак у всіх випадках адвокат зобов'язаний діяти в найкращих інтересах свого клієнта.

Для визначення меж та умов використання захисником адвокатських можливостей у публічній комунікації важливими є наступні розділи Правил професійної етики:

1. Пріоритет інтересів клієнта (стаття 8 Правил адвокатської етики).
2. Дотримання законності (стаття 7 Правил адвокатської етики).
3. Конфіденційність (стаття 10 Правил адвокатської етики).
4. Чесність та добропорядна репутація (стаття 12-1 Правил адвокатської етики).
5. Дотримання адвокатом принципу законності у відносинах із судом та іншими учасниками судового процесу (стаття 42 Правил адвокатської етики).
6. Дотримання принципу незалежності адвоката та пріоритетності інтересів клієнта у відносинах адвоката із судом (стаття 43 Правил адвокатської етики).
7. Етичні аспекти взаємовідносин адвоката з іншими особами (стаття 49 Правил адвокатської етики).
8. Співвідношення між професійними обов'язками адвоката і його громадськими, науковими та іншими інтересами (стаття 54 Правил адвокатської етики).
9. Принципи поведінки адвоката в соціальних мережах (стаття 57 Правил адвокатської етики).
10. Дотримання принципів незалежності, професійності та відповідальності при користуванні адвокатом соціальними мережами, інтернет-форумами та іншими формами спілкування в мережі «Інтернет» (стаття 58 Правил адвокатської етики).
11. Дотримання принципів чесності, стриманості, коректності та гідності при користуванні адвокатом соціальними мережами, ін-

тернет-форумами та іншими формами спілкування в мережі «Інтернет» (стаття 59 Правил адвокатської етики).

12. Дотримання принципів толерантності та терпимості, корпоративності, збереження довіри суспільства, конфіденційності та недопущення будь-яких проявів дискримінації (стаття 60 Правил адвокатської етики).

Ці етичні стандарти окреслюють принципи юридичної практики в цілому. Додаткові правила стосуються контактів та комунікацій адвоката із засобами масової інформації.

Етичні рекомендації для адвокатів у сфері медіа та публічних комунікацій під час здійснення адвокатської діяльності передбачають, що захисник повинен:

- Дотримуватися етичних принципів щодо стратегічного використання медіа та публічних комунікацій в адвокації інтересів клієнтів.
- Обирати належні параметри взаємодії адвокатів із засобами масової інформації, а також соціальними мережами при обговоренні поточних справ.
- Дотримуватися балансу між адвокатською діяльністю та збереженням довіри суспільства до правничої спільноти та судової системи в цілому.
- Отримувати письмову згоду клієнта на будь-які публічні заяви, пов'язані з його справою.
- Уникати потенційних конфліктів між обов'язком адвоката зберігати конфіденційність та стратегічним використанням публічності у представництві клієнта.
- Утримуватися від публічних коментарів, які можуть перешкоджати здійсненню правосуддя або скомпрометувати справедливий судовий розгляд.
- Розрізняти допустиму публічну адвокацію та неприпустимі спроби вплинути на потенційних свідків або інших учасників судового процесу.
- Виважено, відповідно до етичних стандартів, реагувати на негативну публічну інформацію або виправляти дезінформацію в публічному просторі щодо справ своїх клієнтів.

- Розглянути можливість застосування етичних стандартів під час участі в документальних фільмах, інтерв'ю або інших медіа-продуктах, пов'язаних з поточними або завершеними справами.
- Розмежовувати професійні обов'язки при використанні соціальних медіа-платформ для комунікації, пов'язаної зі справою або захистом клієнта.

Хоча дотримання етичних вимог має вирішальне значення, наріжним каменем для визначення меж допустимої публічної комунікації адвоката є отримання письмової згоди клієнта. Ця згода охоплює два важливі аспекти:

- по-перше, схвалення будь-яких публічних заходів;
- по-друге, отримання інформованої згоди, що дозволяє адвокату розголошувати персональні дані клієнта та інформацію, яка іншим чином захищена адвокатською таємницею. Цей принцип закріплений у статті 10 Правил адвокатської етики.

Закон України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність» визначає принципи та основи здійснення адвокатської діяльності. У статті 2 цього закону зазначено, що адвокатська діяльність здійснюється на засадах верховенства права, законності, незалежності, конфіденційності та уникнення конфлікту інтересів. Це основні етичні та правові принципи, якими керується практика кримінального захисту в Україні¹⁴³.

Під час будь-яких контактів із пресою або під час виступів на академічних чи інших форумах, адвокат повинен пам'ятати про ці принципи в разі обговорення незавершених справ або поточних клієнтів. Просте емпіричне правило полягає в тому, що інтереси клієнта та, звичайно, будь-які відповідні судові ухвали є першорядними. Усі інші міркування впливають із цього: *переконайтеся, що підзахисний і будь-які свідки або зацікавлені сторони (наприклад, сім'я або друзі обвинуваченого) усвідомлюють ризики, які можуть виникнути в ре-*

¹⁴³ Див., наприклад, [Правила адвокатської етики](#), ст. 7 «Дотримання законності», ст. 10 «Конфіденційність»; ст. 12-1 «Чесність та добропорядна репутація»; ст. 42 «Дотримання адвокатом принципу законності у відносинах з судом та іншими учасниками судового провадження»; ст. 43 «Дотримання принципів незалежності адвоката та пріоритетності інтересів клієнта у відносинах адвоката з судом»; ст. 54 «Співвідношення між професійними обов'язками адвоката і його громадськими, науковими та іншими інтересами»

зультаті спілкування зі ЗМІ, розміщення постів у соціальних мережах або іншого обговорення справи на публічних форумах.

9.2. МІЖНАРОДНІ ПРАВИЛА ЩОДО ПУБЛІЧНОГО ОБГОВОРЕННЯ СУДІВ ТА СПРАВ, ЩО ПЕРЕБУВАЮТЬ НА РОЗГЛЯДІ

У Міжнародному кримінальному суді з учасниками минулих і поточних справ регулярно контактують зі ЗМІ та інші засоби масової інформації, які прагнуть отримати інформацію про справи, як з благородною, так і іноді з ворожою метою. Отже, першочерговий обов'язок адвоката — це знати, з ким ви розмовляєте і чому вони хочуть поговорити з вами. Як ми всі знаємо, особливо в сучасному світі соціальних мереж, не всі засоби масової інформації та інші суб'єкти заслуговують на довіру. Деякі ні. Адвокату доцільно, якщо це можливо, провести хоча б мінімальне розслідування щодо того, хто саме шукає інформацію та з якою метою звертається до нього, що може включати читання стрічок соціальних мереж або попередніх акаунтів у ЗМІ, інтерв'ю чи статей, щоб дізнатися про будь-які упредження чи мотиви працівників ЗМІ або видання.

Адвокати також повинні бути добре поінформовані про будь-які етичні правила, які можуть обмежувати або не обмежувати їхню здатність обговорювати справи, що перебувають на розгляді. Це питання неодноразово порушувалося в міжнародних кримінальних судах, але, за єдиним винятком, не призвело до жодних санкцій.

У справі «Харадінай та інші» в МТКЮ тодішній прокурор Карла дель Понте дала інтерв'ю журналу *Der Spiegel*, у якому вона прокоментувала суть і силу обвинувачення у справі проти Харадінай та двох його співучасників, що перебувала на розгляді в МТКЮ. Захист подав клопотання про неналежну поведінку на тій підставі, що її коментарі, які отримали широкий розголос, могли вплинути на суд першої інстанції, який ще не заслухав жодних доказів. Клопотання було відхилено насамперед на тій підставі, що її коментарі не вплинуть на професійних суддів, які розглядають справу, хоча вона була головним прокурором. Отже, не було жодного упредженого впливу на незавершений судовий розгляд.

Однак основне занепокоєння заслуговує на увагу. Хоча загальні коментарі щодо незавершених справ можуть бути доцільними, наприклад, адвокат заявив, що вважає свого клієнта невинуватим і його буде виправдано, конкретні коментарі щодо деталей майбутніх доказів, свідків або посилань на питання, які можуть ніколи не бути розкриті на судовий розгляд може межувати з потенційними етичними порушеннями, у тому числі питання конфіденційності, аргументи, що коментарі мають на меті неналежним чином вплинути на суд, та інші питання. Особливо це стосується адвокатів захисту, які нечасто мають статус або пошану, що надається провідним прокурорам. Цілком дозволено виступати в пресі, читати лекції, писати статті та брати участь у конференціях, на яких справи обговорюються публічно. Суть полягає в тому, щоб повністю усвідомлювати, як правильно коментувати, говорячи про поточні справи, що перебувають на розгляді.

Подібне питання виникло в МТКЮ у справі *Караджича*, коли обвинувачений звинуватив пані Дель Понте в неповазі до суду за те, що вона передала список свідків захисту особам із посольства США¹⁴⁴. Зрештою справу було вирішено на підставі того, що не було спеціального судового наказу, який забороняв би пані Дель Понте діяти так, як вона діяла. Однак для адвоката урок зрозумілий. Розголошення імен свідків або іншої потенційно конфіденційної інформації ніколи не повинно відбуватися за відсутності чіткого розуміння того, що таке розкриття є правильним.

Адвокат також повинен бути обережним у своїх коментарях для громадськості та преси щодо самих судів та судових процесів, які в них відбуваються, загалом. В одній справі в МТКЮ адвоката було притягнуто до дисциплінарної відповідальності Дисциплінарною радою МТКЮ за заяви, які він зробив на радіо та телебаченні Республіки Сербської та в газеті «Вести». Стверджувалося, що ці заяви порушили статтю 35(i) Кодексу поведінки адвоката МТКЮ, коли він висловив думку щодо поведінки МТКЮ загалом, що «*основна мета була досягнута; (Сербія) була демонізована*»¹⁴⁵.

¹⁴⁴ «Прокурор проти Караджича проти Мілошевича», справа МТКЮ №13-55-R90.1; 13-58-R90.1, Рішення щодо прохання Караджича призначити *amicus curiae* прокурора для розслідування звинувачень у неповазі проти колишнього прокурора МТКЮ Карли дель Понте, 27 листопада 2003 р.

¹⁴⁵ У справі пана Тома Філа, публічне рішення щодо апеляції до дисциплінарної ради, IT-13-93-Misc-1, 8 липня 2013 р.

Більшість членів Дисциплінарної комісії визнала, що ця заява порушує статтю 3(v) Кодексу поведінки, а отже, є порушенням згідно зі статтею 35(i) Кодексу. Стаття 3(v) передбачає, що адвокат «повинен вжити всіх необхідних заходів для забезпечення того, щоб його дії не дискредитували розгляд справи в суді». Більшість членів Дисциплінарної палати тлумачили цю статтю як таку, що покладає на адвоката позитивний обов'язок захищати репутацію суду, і що цей обов'язок поширюється на поведінку адвоката за межами суду. Насправді, коли було зроблено заяву, адвокат більше не представляв інтереси в трибуналі, не мав там клієнтів і нерозглянутих справ.

Аргумент про те, що адвокат мав право на свободу слова згідно зі статтею 19 МПГПП і статтею 10 ЄСПЛ, висловлювати таку думку, був відхилений більшістю голосів. Більшість також відхилила твердження про те, що ця заява була чесно висловленою особистою думкою, яка також має право на захист¹⁴⁶.

Адвокат має право на свободу слова відповідно до багатьох міжнародних конвенцій. Але адвокат повинен знати про конкретні правила, що регулюють публічне обговорення справ в Україні, зокрема справ, які зараз розглядаються в судах. Міжнародне право не є послідовним щодо того, чи є таке обговорення захищеним правом на свободу слова, і якщо так, то якою мірою.

9.3. ПРИНЦИПИ ПОВЕДІНКИ АДВОКАТІВ У СОЦІАЛЬНИХ МЕРЕЖАХ

Використання адвокатом соціальних мереж, наприклад, Facebook, Twitter, LinkedIn, MySpace та численних інших онлайн-форумів, а також інших форм спілкування в інтернеті є цілком допустимим і визнане таким Верховним Судом¹⁴⁷. Однак адвокат повинен бути обережним, як і з іншими формами мовлення, щоб дотримуватися

¹⁴⁶ Див. У справі *пана Бориса Алексича*, справа № DP-2-11, рішення щодо апеляції Секретаря до Дисциплінарної ради, 16 грудня 2011 р., оприлюднене 17 лютого 2012 р., пункт 44: Обвинувачений має право висловити свою думку з цього питання і не повинен піддаватися осуду з боку Трибуналу за свою власну думку».

¹⁴⁷ Див. Рішення Верховного Суду в складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду, справа № 815/1830/18, 24 червня 2020 р., ст. 57, Правила адвокатської етики; проте адвокат може розмішувати, коментувати лише ту інформацію, використання якої не завдає шкоди авторитету адвокатів та адвокатури в цілому.

всіх відповідних професійних обов'язків, як уже згадано¹⁴⁸. Спілкуючись на таких форумах, адвокат повинен завжди враховувати наслідки такого спілкування для адвоката, клієнтів адвоката та судів зараз і в майбутньому. Комунікація в соціальних мережах є такою ж важливою, як і будь-яка інша форма комунікації, можливо, ще більше, враховуючи широкий доступ до таких комунікацій.

Адвокат також може серйозно розглянути питання про те, чи комунікація в соціальних мережах щодо справ адвоката, думок щодо справ чи клієнтів або інших тем, пов'язаних з роботою, є взагалі доречною, з огляду на те, чого адвокат намагається досягти, використовуючи такі мережі. Завжди враховуйте зміст повідомлення, ймовірну аудиторію і, без винятку, точність того, що ви говорите¹⁴⁹. Крім того, майте на увазі, що судді також матимуть доступ до будь-яких повідомлень, які ви комунікуєте щодо справи¹⁵⁰.

Хоча адвокати, звичайно, вільні старанно обстоювати законні інтереси своїх клієнтів без надмірних стримувань з боку будь-якого джерела, хоч то влада чи громадськість загалом. У часто нестабільній, емоційно насиченій атмосфері, яка може супроводжувати переслідування воєнних злочинців, особливо важливо ретельно обмірковувати те, що говориться, причину, з якої це говориться, і зберігати повагу до верховенства права і судів, які покликані забезпечувати його дотримання.

Нарешті, настійно рекомендується, щоб адвокат не брав участі в публічному обговоренні справи клієнта без попередньої згоди клієнта, коли це взагалі можливо. Хоча це не завжди є необхідним або практичним, це питання можна озвучити клієнту в рамках поточного обговорення справи, а також коли і якщо воно виникає, щоб адвокат знав про вподобання клієнта і міг їх дотримуватися¹⁵¹.

¹⁴⁸ Див. Правила адвокатської етики, стаття 57: незалежність, професійність, відповідальність, чесність, стриманість і коректність, гідність, недопущення будь-яких проявів дискримінації, толерантність і терпимість, конфіденційність.

¹⁴⁹ Див. загалом Правила адвокатської етики, ст. 59 щодо поваги адвоката, уникнення образливої лексики, необхідності бути відповідальним, надійним і не вводити в оману.

¹⁵⁰ Див. справу «Prosecutor v. Al Hassan».

¹⁵¹ Див. загалом Правила адвокатської етики, ст. 60. Також див. статтю 8 «Пріоритет інтересів клієнта» та статтю 7 «Дотримання законності»

IV

ДОДАТКОВІ РЕСУРСИ

ГЛОСАРІЙ ТЕРМІНІВ

1. **Женевські конвенції 1949 року** — чотири Женевські конвенції (ЖК) були прийняті 1949 року. Конвенції I-III переважно стосуються поводження з військовослужбовцями збройних сил у різних ситуаціях: поранені і хворі в польових умовах (ЖК I), поранені, хворі та особи, які зазнали корабельної аварії на морі (ЖК II), а також військовополонені (ЖК III). ЖК IV стосується захисту цивільного населення під час збройних конфліктів. Усі чотири Женевські конвенції ратифіковані багатьма державами і не оспорується.
2. **Додаткові протоколи 1977 року** — Женевські конвенції доповнені двома Додатковими протоколами, що стосуються захисту потерпілих від міжнародних збройних конфліктів (ДП I, 1977 року) і неміжнародних збройних конфліктів (ДП II, 1977 року). У 2005 році було укладено ще один Додатковий протокол (ДП III, 2005 року), який затвердив додаткову емблему МКЧХ з Червоним Кристалом, позбавлену будь-яких релігійних і культурних конотацій у порівнянні з Червоним Хрестом і Червоним Півмісяцем.
3. **Відповідальність виконавця** — форма кримінальної відповідальності, яку може понести обвинувачений за безпосереднє вчинення злочину.
4. **Відповідальність** — стосується процесів, норм і структур, відповідно до яких злочинці зазнають відповідальності за свої діяння та порушення права.
5. **Злочинець** — особа, яка скоїла злочин або принаймні вчинила злочинне діяння. Див. також “Обвинувачений” нижче.
6. **Допустимість доказів** — у судовому процесі будь-які дані мають бути визнані «допустимими» для використання в якості доказів у суді. Такі докази мають бути належними і достовірними, а їх доказова сила має перевищувати будь-яку шкоду від допущення їх у справу.
7. **Збройний конфлікт** — це застосування збройної сили між державами або зтяжне збройне насильство між урядовими силами та організованими збройними групами, або між такими групами в межах держави.

А. Міжнародний збройний конфлікт (МЗК) (також відомий як збройний конфлікт міжнародного характеру) — це будь-яке застосування збройної сили між державами незалежно від оголошення війни чи визнання стану війни, а також часткова або повна окупація частини території держави, навіть якщо ця окупація не зустріла жодного збройного спротиву. Основними джерелами договірного міжнародного гуманітарного права, що застосовуються до міжнародних збройних конфліктів, є чотири Женевських конвенції про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року та Додатковий протокол I, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів, від 8 червня 1977 року.

В. Неміжнародний збройний конфлікт (НЗК) (також відомий як збройний конфлікт неміжнародного характеру; внутрішній збройний конфлікт) — тривале збройне насильство (застосування збройної сили) між урядовими силами та організованими збройними групами, або між такими групами в межах держави. Основними джерелами договірного міжнародного гуманітарного права, що застосовуються до неміжнародних збройних конфліктів, є стаття 3, спільна для чотирьох Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року та Додатковий протокол II, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру, від 8 червня 1977 року.

8. **Збройні сили** — організований особовий склад і підрозділи, що діють під командуванням держави, що воює (наприклад, армія, флот, військово-повітряні сили, національна гвардія тощо).
9. **Збройні формування (або недержавні збройні формування)** — організовані недержавні утворення, які є стороною збройного конфлікту. Цей термін стосується виключно збройного або військового секторів таких утворень, зокрема їхньої політичного сектору та інші сегментів цивільного населення, які підтримують такі утворення.
10. **Цивільні** — особи, які не входять до складу збройних сил. Цивільне населення складається з усіх осіб, які є цивільними.
11. **Примус** — діяння, спрямовані на те, щоб позбавити або обмежити здатність особи реалізувати свою свободу волі та автономію.
12. **Комбатанти** — особи, які мають право брати участь у бойових діях під час МЗК і можуть бути ціллю, як-от військовослужбовці

збройних сил (за винятком медичного та релігійного персоналу), та члени ополчення або добровольчих формувань, що входять до складу таких збройних сил, члени інших ополчень та добровольчих формувань (зокрема організованих рухів опору), що відповідають певним вимогам, а саме належать до сторони конфлікту, члени регулярних збройних сил, лояльні до уряду або влади, що не визнається іншою стороною конфлікту, а також мешканці неокупованої території, які при наближенні ворога стихійно беруться за зброю, щоб чинити опір силам окупанта.

13. **Відповідальність командування (або начальника)** — відповідальність військових командирів або цивільних начальників за злочини, скоєні силами або підлеглими, що діяли під їхнім командуванням, владою та контролем через те, що командири не здійснювали належного контролю над цими силами/підлеглими.
14. **Спільна стаття 3** — третя стаття, спільна для чотирьох Женевських конвенцій. Вона застосовується до НЗК і захищає осіб, які не беруть активної участі у бойових діях, від будь-якого насильства над життям або особистістю, захоплення заручників, посягань на гідність, свавільного винесення смертного вироку та відмови у наданні медичної допомоги.
15. **Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом (СНПК)** — акти зґвалтування, сексуального рабства, примусової проституції, примусової вагітності, примусових абортів, примусової стерилізації, примусових шлюбів та будь-які інші форми сексуального насильства, вчинені проти жінок, чоловіків, дівчат або хлопців, які прямо чи опосередковано пов'язані зі збройним конфліктом.
16. **Злочин агресії** — планування, підготовка, розв'язування та вчинення особою, яка має можливість фактично здійснювати контроль або керівництво політичними чи військовими діями держави, акту агресії, який за своїм характером, серйозністю та масштабами є явним порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй. Агресія є злочином керівництва, тобто для його вчинення необхідно, щоб виконавець обіймав керівну посаду в державі, яка вчинила акт агресії. Це закріплено в статті 8bis Статуту МКС.
17. **Злочини проти людяності** — конкретний перелік заборонених міжнародним кримінальним правом діянь, які вчиняються

в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення. Існування широкомасштабного або систематичного нападу та зв'язок між цим нападом і злочинним діянням відрізняє злочини проти людяності від загальнокримінальних або національних злочинів. Забороненими діяннями є:

- а) умисне вбивство;
- б) винищення;
- с) оборнення в рабство;
- д) депортація або насильницьке переміщення населення;
- е) ув'язнення або інше жорстоке позбавлення фізичної свободи в порушення основоположних норм міжнародного права;
- ф) катування;
- г) зґвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація чи будь-яка інша подібна за тяжкістю форма сексуального насильства;
- h) переслідування будь-якої групи або спільноти, яку можна ідентифікувати, за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними мотивами або на підставі інших мотивів, що загально визнані неприпустимими згідно з міжнародним правом, у зв'язку з будь-яким діянням, зазначеним в цьому пункті, чи будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду;
- і) насильницьке зникнення людей;
- j) злочин апартеїду;
- к) інші нелюдські діяння подібного характеру, що умисно заподіюють сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або серйозної шкоди психічному чи фізичному здоров'ю.

Закріплені у статті 7 Статуту МКС. Можуть бути вчинені як у мирний час, так і під час збройного конфлікту.

18. **Звичаєве міжнародне право** — сукупність норм, що походять з усталеної міжнародної практики, на відміну від міжнародних договорів. Воно виникло в результаті послідовної поведінки держав («практика держав»), які діють зі справжнього переконання, що право — на протипагу, наприклад, ввічливості або політичним перевагам — вимагає від них діяти саме так (*opinio juris*).

Норма, що має статус звичаєвого права, є обов'язковою для всіх держав, незалежно від того, чи мають вони відповідні договірні зобов'язання.

19. **Держава, що тримає в полоні** — держава, що утримує/затримує осіб, які перебувають під захистом Женевських конвенцій і належать до супротивної сторони.
20. **Цифрові докази** — дані, передані або збережені в цифровому форматі, які можуть бути використані стороною у кримінальному провадженні.
21. **Безпосередня участь у бойових діях** — означає будь-які діяння, спрямовані на підтримку однієї сторони конфлікту шляхом безпосереднього заподіяння шкоди іншій стороні, зокрема, безпосереднім заподіянням смерті, поранення чи руйнування, або безпосереднім нанесенням шкоди військовим операціям чи потенціалу противника. Вищенаведене слід відрізняти від опосередкованої участі шляхом загального сприяння воєнним заходам. Коли цивільна особа вчиняє діяння, що кваліфікуються як безпосередня участь у бойових діях, вона тимчасово втрачає свій захист від небезпек воєнних операцій. На час вчинення таких діянь цивільна особа може стати безпосередньо об'єктом нападу як комбатант.
22. **Елементи злочинів (склад злочину)** — сукупність об'єктивних, суб'єктивних і контекстуальних елементів, які, взяті в цілому, зумовлюють злочинні наслідки і повинні бути доведені в сукупності для встановлення вини. Див. також «Елементи злочинів МКС» нижче.
 - А. **Об'єктивні елементи** — діяння, наслідки та обставини, які матеріалізують злочин. Елементи об'єктивної сторони також відомі як «матеріальні елементи», «фізичні елементи» та *actus reus*.
 - В. **Суб'єктивна сторона** — стан свідомості, необхідний для встановлення злочину. Відповідно до права Міжнародного кримінального суду, якщо інше не передбачено Статутом МКС, кожен елемент об'єктивної сторони злочину повинен бути здійснений з умислом і знанням (усвідомленням).
 - С. **Контекстуальні елементи** — воєнні злочини, злочини проти людяності та геноцид вчиняють за певних умов. Необхідні контекстуальні елементи відрізняють міжнародні злочини від

загальнокримінальних злочинів зі схожим складом. Визначення контекстуальних елементів воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду дивіться у складах цих злочинів.

23. **Європейська конвенція з прав людини (ЄКПЛ)** — Конвенція, доступна до підписання 4 листопада 1950 року, спрямована на захист прав людини і політичних свобод в рамках Ради Європи. З моменту прийняття ЄКПЛ у 1950 році до неї неодноразово вносилися поправки.
24. **Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ)** — Суд, створений у 1959 році під егідою Ради Європи. Він приймає рішення за індивідуальними або державними заявами про порушення прав, закріплених у Європейській конвенції з прав людини.
25. **Обставини, що обтяжують або пом'якшують покарання:**
 - А. Обставини, що обтяжують покарання** — обставини, які можуть призвести до збільшення строку покарання та посилення вини обвинуваченого.
 - В. Обставини, що пом'якшують покарання** — обставини, які можуть призвести до пом'якшення покарання та послабити винуваченого.
26. **Геноцид** — конкретний перелік заборонених міжнародним кримінальним правом діянь, які вчиняються з умислом знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку. Наявність спеціального умислу у виконавця «знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу» відрізняє геноцид від загальнокримінальних або національних злочинів, а також від злочинів проти людяності та воєнних злочинів. Забороненими діями є:
 - а) вбивство членів такої групи;
 - б) заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічної травми членам такої групи;
 - с) умисне створення для групи умов життя, розрахованих на її повне або часткове фізичне знищення;
 - д) заходи, спрямовані на запобігання дітонародженню в такій групі;
 - е) насильницька передача дітей цієї групи до іншої групи.

- f) Закріплений, зокрема, у статті 6 Статуту МКС та статті II Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього 1948 року. Може бути вчинений як у мирний час, так і під час збройного конфлікту.
27. **Статут МКС** — Римський статут Міжнародного кримінального суду — це міжнародний договір, відповідно до якого було засновано МКС. Ухвалений 17 липня 1998 року, він визначає, серед іншого, злочини, які може розглядати Суд, і механізми співпраці держав.
28. **Елементи злочинів МКС** — інструмент, прийнятий Асамблеєю держав-учасниць, який допомагає Міжнародному кримінальному суду в інтерпретації злочинів, викладених у Статуті МКС.
29. **Внутрішні заворушення та безпорядки** — ситуації, що не є НЗК, адже не досягають необхідного ступеня інтенсивності бойових дій або організованості збройних угруповань. Внутрішні заворушення і безпорядки — випадки порушення внутрішнього порядку та виникнення обстановки внутрішньої напруженості, наприклад бунти, ізольовані та поодинокі акти насильства та інші акти подібного характеру. Див. також «Збройний конфлікт».
30. **Міжнародний злочин** — злочин, що підриває основи міжнародного правопорядку і викликає занепокоєність всього міжнародного співтовариства (наприклад, геноцид, злочини проти людяності, військові злочини та злочини агресії). Ключовою характерною ознакою міжнародного злочину є наявність відповідного контекстуального елементу або спеціального умислу. Особа може бути притягнута до кримінальної відповідальності за вчинення міжнародного злочину як у національному суді відповідно до національного кримінального законодавства, так і в міжнародних кримінальних судах і трибуналах відповідно до їхніх статутів.
31. **Міжнародний кримінальний суд (МКС)** — постійний орган міжнародного кримінального правосуддя. Діє на основі свого установчого міжнародного договору — Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Він міститься в Нідерландах і покликаний розслідувати, переслідувати і судити осіб, обвинувачених у скоєнні найтяжчих злочинів, що викликають стурбованість усієї міжнародної спільноти, а саме: злочинів проти людяності, військових злочинів, геноциду та агресії. Є комплементарним (додатковим) механізмом до національних судів.

32. **Міжнародне кримінальне право (МКП)** — спеціалізована галузь міжнародного права. Це сукупність принципів і норм міжнародного права, що встановлюють і регулюють індивідуальну кримінальну відповідальність за вчинення міжнародних злочинів (геноциду, злочинів проти людяності, воєнних злочинів, злочину агресії). З моменту своєї появи в Нюрнберзі після Другої світової війни МКП формується під впливом статутів та практики міжнародних судів і трибуналів, а також національної судової практики у справах про міжнародні злочини.
33. **Міжнародний кримінальний трибунал для Руанди (МКТР)** — спеціальний трибунал, створений Радою Безпеки ООН для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид і серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, скоєні в Руанді та сусідніх державах в період з 1 січня по 31 грудня 1994 року.
34. **Міжнародний трибунал для колишньої Югославії (МКТЮ)** — спеціальний трибунал, створений Радою Безпеки ООН для притягнення до відповідальності осіб, винних у серйозних порушеннях міжнародного гуманітарного права, скоєних на території колишньої Югославії з 1991 року.
35. **Міжнародне право прав людини (МППЛ)** — сукупність норм міжнародного права, що гарантує основні свободи людини (наприклад, право на життя, заборону катувань, право на свободу та особисту недоторканність тощо) і захищає осіб від влади держави.
36. **Міжнародне гуманітарне право (МГП)** (також відоме як право збройних конфліктів; закони і звичаї війни; *Jus in bello*; право війни) — галузь міжнародного права; сукупність принципів і норм міжнародного права, що встановлюють і регулюють захист жертв війни та застосування засобів і методів ведення війни. МГП складається з двох підгалузей: Право Женеви (захист жертв війни) та Право Гааги (застосування засобів і методів ведення війни). Основна мета МГП — запобігти людським стражданням під час збройних конфліктів. Чотири Женевські конвенції та додаткові протоколи до них є основними міжнародними договорами у сфері МГП.
37. **Військовий злочин** — злочин, закріплений у національному кримінальному законодавстві, який полягає у порушенні вій-

ськовослужбовцями встановленого порядку несення військової служби. Військові злочини закріплені у розділі XIX Кримінального кодексу України.

38. **Військова необхідність** — принцип МГП, згідно з яким певне діяння під час збройного конфлікту може бути виправдане, якщо воно необхідне для досягнення законної військової переваги, за умови, що таке діяння не заборонене МГП.
39. **Військові об'єкти** — об'єкти, які за своєю природою, розташуванням, призначенням або використанням роблять ефективний внесок у воєнні дії, а їх повне або часткове знищення, захоплення або нейтралізація за обставин, що існували на той час, надає стороні конфлікту конкретну військову перевагу.
40. **Види співучасті** — це способи, у які особа була залучена до вчинення злочину і, як наслідок, може понести кримінальну відповідальність. Вони є «з'єднувальними принципами», які використовують для того, щоб пов'язати злочинця з конкретним злочином з іншими злочинцями, а також з минулими рішеннями та наслідками. Приклади конкретних видів співучасті дивіться у розділах «Відповідальність за співучасть», «Відповідальність командира (або начальника)» та «Відповідальність виконавця».
41. **Nulla poena sine lege («немає покарання без закону»)** — фундаментальний принцип кримінального правосуддя та верховенства права, відповідно до якого обвинувачений не може бути покараний за діяння, яке не було заборонене законом на момент вчинення.
42. **Nullum crimen sine lege («немає злочину без закону»)** — фундаментальний принцип кримінального правосуддя та верховенства права, відповідно до якого обвинувачений не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за діяння, яке не було заборонене законом на момент вчинення.
43. **Окупація** — фактичне перебування території держави або її частини під владою збройних сил іншої держави. Окупація поширюється лише на ту територію, де така влада встановлена і здатна виконувати свої функції. За умови здійснення ефективного контролю, ситуація кваліфікується як окупація, навіть якщо вона не зустріла жодного збройного спротиву.

44. **Обвинувачений** — особа, яку звинувачують у вчиненні злочинів та/або в участі чи сприянні злочинному діянню. Див. також «Виконавець».
45. **Презумпція невинуватості** — принцип МГП, згідно з яким особа, обвинувачена у вчиненні злочину, вважається невинуватою доти, доки її вину не буде доведено.
46. **Відповідальність за співучасть** — форма кримінальної відповідальності, яку може понести обвинувачений за злочинні діяння іншої особи, якщо він має достатній зв'язок із злочином або брав участь у його вчиненні.
47. **Принцип рівного поводження** — принцип, відповідно до якого встановлено обов'язок поводитися з військовополоненими так само, як і з військовослужбовцями власної армії держави, що тримає в полоні.
48. **Принцип розрізнення** — принцип МГП, відповідно до якого цивільне населення та об'єкти слід відрізняти від комбатантів та військових об'єктів. Тільки останні можуть бути об'єктом нападу.
49. **Принцип законності** — принцип МГП, який захищає військовополонених від судового переслідування або засудження за діяння, які не заборонені законодавством держави, що тримає в полоні, або міжнародним правом, чинним на момент вчинення цих діянь.
50. **Принцип перестороги під час нападу** — принцип МГП, відповідно до якого учасники збройного конфлікту мають вживати всіх можливих запобіжних заходів для забезпечення цивільного населення та цивільних об'єктів під час військових операцій.
51. **Принцип пропорційності** — принцип МГП, яким заборонено напад на законну військову ціль, якщо цей напад, очікувано, завдасть шкоди, яка буде надмірною стосовно конкретної та прямої військової переваги.
52. **Військовополонені** — комбатанти, які потрапили до рук супротивника. Див. також «Комбатанти» нижче.
53. **Право на справедливий суд** — правовий принцип, відповідно до якого обвинуваченому у вчиненні будь-якого злочину гарантуються низка прав, а для суду передбачається низка обов'язки для забезпечення справедливого винесення остаточного судового рішення.

А. Право на апеляційне оскарження — правовий принцип, пов'язаний з правом на справедливий судовий розгляд. Обвинувачений може вимагати перегляду винесеного щодо нього судового рішення.

54. **Право на захист** — основоположний правовий принцип, згідно з яким обвинувачений не може бути засуджений, не маючи можливості представити свій захист.

55. **Санкції:**

А. Дисциплінарні санкції застосовуються там, де це доречно, замість карних санкцій. Застосовуються для припинення порушень законодавства або внутрішніх правил.

В. Карні (кримінальні) санкції застосовуються в разі порушень правил національного або міжнародного права. Вони мають різні форми, як-от компенсація або відшкодування. Карні санкції мають різні цілі, наприклад, одна з них — покарання винних.

56. **Заочне судове провадження** — кримінальне провадження, в якому обвинувачений фізично не присутній на судовому засіданні.

57. **Потерпіла особа** — особа, яка зазнала фізичної або емоційної шкоди, майнової шкоди або економічних збитків внаслідок вчинення злочину.

58. **Воєнні злочини (порушення законів і звичаїв війни)** — серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, які передбачають індивідуальну кримінальну відповідальність. Конкретний перелік заборонених діянь згідно з МГП, які вчиняються в контексті збройного конфлікту та пов'язані з ним. Відповідно до статті 8 Статуту МКС, існує чотири категорії воєнних злочинів:

А. Грубі порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року.

В. Інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються у міжнародних збройних конфліктах;

С. Серйозні порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, у випадку збройного конфлікту неміжнародного характеру;

Д. Інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються у збройних конфліктах неміжнародного характеру.

59. **Свідок** — особа, яка надає суду докази на підставі того, що вона знає, бачила або пережила.

КОРИСНІ ДЖЕРЕЛА

[Настільна книга судді: матеріали для розгляду справ про міжнародні злочини](#), Київ, 2023

[Посібник із міжнародного кримінального захисту](#): практика, розроблена Асоціацією адвокатів, які практикують у міжнародних судах і трибуналах, 2-ге видання, 2020, ADC-ICT.

[Посібник з питань розслідування захисту для адвокатів, які ведуть міжнародні кримінальні процеси](#), 2017, Офіс захисту Спеціального трибуналу для Лівану

[Посібник із судової практики щодо Європейської конвенції з прав людини](#), Канцелярія ЄСПЛ

[Елементи злочинів](#), Міжнародний кримінальний суд, 2013

БАЗИ ДАНИХ РІШЕНЬ МІЖНАРОДНИХ СУДІВ

[База судових рішень Міжнародного кримінального суду](#)

[База даних щодо справ МКС](#)

[База даних рішень апеляційних палат МТР, МТКЮ та Міжнародного залишкового механізму для кримінальних трибуналів](#)

[Єдина база даних щодо справ міжнародних кримінальних трибуналів для колишньої Югославії та Руанди](#)

[База даних адвоката Пітера Робінсона з висновками рішень міжнародних трибуналів](#)

V ДОДАТКИ

ДОДАТОК 1. ТЕСТ НА ОЗНАКИ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ (НАПАДИ НА ЦИВІЛЬНІ ОБ'ЄКТИ)

Тест на ознаки воєнних злочинів (напади на цивільні об'єкти)

Етап I. Перевіряємо дотримання таких принципів:

Розрізнення військових і цивільних об'єктів.

1. Атакувати можна лише військові цілі.
2. Цивільні об'єкти — це всі об'єкти, які не є військовими. Військові об'єкти — це комбатанти, а також об'єкти, які за своїм характером, розташуванням, призначенням або використанням можуть бути залучені до військових операцій і повне або часткове знищення, захоплення або нейтралізація яких за таких обставин забезпечує певну військову перевагу.
3. Військовий об'єкт залишається таким, навіть якщо присутні цивільні особи (наприклад, склади, де зберігається зброя).

Етап II. Військова необхідність нападу

Вона зобов'язує оцінювати кожен напад з погляду:

1. Послаблення військових можливостей противника в результаті нападу, а також
2. Впливу на цивільне населення, навколишнє середовище та інші об'єкти, що захищаються.

Етап III. Пропорційність нападу, послаблення військового потенціалу противника та шкоди, завданої об'єктам, що захищаються

1. Необхідно перевірити, чи:
 - 1.1. Досягається будь-яке послаблення військового потенціалу противника. Якщо так, то
 - 1.2. Перевірити можливість досягнення цілей менш інтрузивними заходами (наприклад, замість удару по населеному пункту «Градом» — високоточним ракетним ударом).
2. Військова перевага в результаті військового нападу повинна переважати шкоду, яка може бути завдана цивільним особам та об'єктам під час нападу.
 - 2.1. Необхідно вжити заходів, щоб уникнути / звести до мінімуму шкоду.
 - 2.2. Необхідно утримуватися від атак, які можуть завдати надмірної шкоди цивільному населенню.

ДОДАТОК 2. СТАТТЯ 8 РИМСЬКОГО СТАТУТУ МІЖНАРОДНОГО КРИМІНАЛЬНОГО СУДУ

Стаття 8^{152, 153}

Воєнні злочини

1. Суд має юрисдикцію стосовно воєнних злочинів, зокрема у випадках, коли їх вчинено в рамках плану чи політики або в рамках широкомасштабного вчинення таких злочинів.

2. Для цілей цього Статуту «воєнні злочини» означає:

а) грубі порушення Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, а саме будь-яке з таких діянь проти осіб або майна, що охороняються згідно з положеннями відповідної Женевської конвенції:

- i) умисне вбивство;
- ii) катування або нелюдське поводження, у тому числі біологічні експерименти;
- iii) умисне заподіяння сильних страждань або тяжких тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю;
- iv) широкомасштабне знищення і привласнення майна, що не викликане військовою необхідністю і вчинене незаконно та безглуздо;
- v) примушення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави;
- vi) умисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд;
- vii) незаконна депортація або переміщення чи незаконне позбавлення волі;

¹⁵² Пункти 2 (е) (xiii) до 2 (е) (xv) були додані [резолуцією](#) RC/Res.5 від 10 червня 2010 року. Див. повідомлення депозитарію CN533.2010.TREATIES-6 від 29 листопада 2010 року.

¹⁵³ Пункти 2 (b) (xxvii) до (xxix) та 2 (е) (xvi) до (xviii) були додані резолюцією ICC-ASP/16/Res.4 від 14 грудня 2017 року. Стосовно поправки щодо «зброї, яка використовує мікробіологічні чи інші біологічні агенти або токсини», див. повідомлення депозитарію CN116.2018.TREATIES-XVIII-10 від 8 березня 2018 року. Стосовно поправки щодо «зброї, основна дія якої полягає в заподіянні ушкоджень осколками, які не виявляються в тілі людини за допомогою рентгенівських променів», див. повідомлення депозитарію CN125.2018.TREATIES-XVIII-10 від 8 березня 2018 року. Стосовно поправки щодо «засліплюючої лазерної зброї» див. повідомлення депозитарію CN126.2018.TREATIES-XVIII-10 від 8 березня 2018 р.

- viii) взяття заручників;
- b) інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються в міжнародних збройних конфліктах у встановлених рамках міжнародного права, а саме будь-яке з таких діянь:
 - i) умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях;
 - ii) умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями;
 - iii) умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, доки вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи або цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів;
 - iv) 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;
 - v) напад на незахищені й такі, що не є військовими цілями, міста, села, помешкання або будівлі чи їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів;
 - vi) вбивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався;
 - vii) неналежне використання прапора парламентаря, прапора чи військових знаків розрізнення та форми ворога або Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями, наслідком чого є смерть або заподіяння особі серйозних ушкоджень;
 - viii) переміщення, прямо чи опосередковано, окупаційною державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію чи депортація або переміщення всього або частини населення окупованої території у межах чи за межі цієї території;
 - ix) умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей,

на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є військовими цілями;

х) заподіяння особам, які перебувають під владою ворожої сторони, фізичного каліцтва або здійснення над ними медичних чи наукових експериментів будь-якого характеру, які не обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або лікарняного лікування відповідної особи і здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб;

хі) віроломне вбивство або поранення осіб, що належать до ворожої нації чи армії;

хії) заява про те, що пощади не буде;

хііі) знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю;

хiv) оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони;

хv) примушення громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти їхньої власної країни, навіть якщо вони перебували на службі воюючої сторони до початку війни;

хvi) розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом;

хvii) застосування отрути або отруєної зброї;

хviii) застосування задушливих, отруйних або інших газів та всіх аналогічних рідин, матеріалів чи засобів;

хix) застосування куль, що легко розгортаються або сплющуються в тілі людини, таких, як кулі з твердою оболонкою, яка не повністю покриває осердя або має надрізи;

хх) застосування зброї, боєприпасів і матеріалів, а також методів ведення війни такого характеру, які спричиняють надмірні ушкодження чи непотрібні страждання або які за своєю суттю є невибірковими в порушення норм міжнародного права збройних конфліктів, за умови, що така зброя, такі боєприпаси і матеріали та методи ведення війни є предметом всеохоплюючої заборони і включені до додатка до цього Статуту шляхом внесення поправки згідно з відповідними положеннями, викладеними у статтях 121 і 123;

xxi) посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження;

xxii) зґвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, як вона визначена в підпункті (f) пункту 2 статті 7, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства, яка також становить грубе порушення Женевських конвенцій;

xxiii) використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від військових операцій;

xxiv) умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби, а також на персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями;

xxv) умисне використання голодування цивільного населення як методу ведення війни шляхом позбавлення його предметів, необхідних для виживання, у тому числі умисне створення перешкод для надання допомоги, як це передбачено відповідно до Женевських конвенцій;

xxvi) набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або використання їх для активної участі в бойових діях;

xxvii) застосування зброї, яка використовує мікробіологічні чи інші біологічні агенти або токсини, незалежно від їхнього походження чи способу виробництва;

xxviii) застосування зброї, основна дія якої полягає в заподіянні ушкоджень осколками, які не виявляються в тілі людини за допомогою рентгенівських променів;

xxix) застосування лазерної зброї, спеціально сконструйованої таким чином, що її основною бойовою функцією чи однією з бойових функцій є завдання постійної сліпоти органам зору людини, яка не використовує оптичних приладів, тобто незахищеним органам зору або органам зору, що мають засоби для корекції зору.

с) У разі збройного конфлікту неміжнародного характеру, грубі порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, а саме: будь-яке з таких діянь, вчинених стосовно осіб, які не беруть активної участі у бойових діях, у тому

числі військовослужбовців, що склали зброю, та осіб, виведених зі строю в результаті хвороби, поранень, тримання під вартою чи з будь-якої іншої причини:

i) посягання на життя й фізичну недоторканність, зокрема вбивство в будь-якій формі, каліцтво, жорстоке поводження та катування;

ii) посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження;

iii) захоплення заручників;

iv) ухвалення вироків і приведення їх до виконання без попереднього рішення, ухваленого створеним у встановленому порядку судом, який забезпечує дотримання всіх судових гарантій, які загально визнані обов'язковими.

d) Підпункт c) пункту 2 застосовується до збройних конфліктів міжнародного характеру, а отже, не застосовується до випадків порушення внутрішнього порядку та виникнення напруженості, таких, як заворушення, окремі й спорадичні акти насильства та інші акти подібного характеру.

e) Інші серйозні порушення законів і звичаїв, що застосовуються у збройних конфліктах міжнародного характеру в установлених рамках міжнародного права, а саме: будь-яке з таких діянь:

i) умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях;

ii) умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби, а також персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями;

iii) умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги чи в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, доки вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи або цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів;

iv) умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей,

на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є військовими цілями;

v) розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом;

vi) згвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, як вона визначена в підпункті (f) пункту 2 статті 7, примусова стерилізація та будь-яка інша форма сексуального насильства, яка також становить грубе порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій;

vii) набір або вербування дітей віком до п'ятнадцятих років до складу збройних сил чи груп або використання їх для активної участі в бойових діях;

viii) віддання розпоряджень про переміщення цивільного населення з причин, пов'язаних з конфліктом, якщо тільки цього не вимагають міркування безпеки відповідного цивільного населення або настійна необхідність військового характеру;

ix) віроломне вбивство або поранення комбатанта ворога;

x) заява про те, що пощади не буде;

xi) заподіяння особам, які перебувають під владою іншої сторони конфлікту, фізичного каліцтва або здійснення над ними медичних чи наукових експериментів будь-якого характеру, що не обґрунтовані необхідністю медичного, стоматологічного або лікарняного лікування відповідної особи і здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб;

(xii) знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються обставинами конфлікту;

(xiii) застосування отрути або отруєної зброї;

xiv) застосування задушливих, отруйних або інших газів та всіх аналогічних рідин, матеріалів чи засобів;

xv) застосування куль, що легко розгортаються або сплющуються в тілі людини, таких, як кулі з твердою оболонкою, яка не повністю покриває осердя або має надрізи;

xvi) застосування зброї, яка використовує мікробіологічні чи інші біологічні агенти або токсини, незалежно від їхнього походження чи способу виробництва;

xvii) застосування зброї, основна дія якої полягає в заподіянні ушкоджень осколками, які не виявляються в тілі людини за допомогою рентгенівських променів.

xviii) застосування лазерної зброї, спеціально сконструйованої таким чином, що її основною бойовою функцією чи однією з бойових функцій є завдання постійної сліпоти органам зору людини, яка не використовує оптичних приладів, тобто незахищеним органам зору або органам зору, що мають засоби для корекції зору.

f) Підпункт е) пункту 2 застосовується до збройних конфліктів міжнародного характеру, а отже, не застосовується до випадків порушення внутрішнього порядку та виникнення напруженості, таких, як заворушення, окремі й спорадичні акти насильства та інші акти подібного характеру. Він застосовується до збройних конфліктів, що мають місце на території держави, коли відбувається тривалий збройний конфлікт між урядовими органами влади та організованими збройними групами або між такими групами.

3. Ніщо в підпунктах с) та е) пункту 2 не впливає на відповідальність уряду за підтримання або відновлення закону та порядку в державі або за захист єдності й територіальної цілісності держави всіма законними засобами.

ДОДАТОК 3. РЕЗОЛЮЦІЯ РАДИ ЄВРОПИ (75) 11 ПРО КРИТЕРІЇ, ЯКІ РЕГЛАМЕНТУЮТЬ РОЗГЛЯД, ЩО ПРОВОДИТЬСЯ ЗА ВІДСУТНОСТІ ОБВИНУВАЧЕНОГО

Резолюція Комітету міністрів (75) 11

«Про критерії, які регламентують розгляд, що проводиться за відсутності обвинуваченого»

(Ухвалено Комітетом міністрів 21 травня 1975 року на 245-му засіданні заступників міністрів)

Комітет міністрів,

1. Нагадуючи, що однією з цілей Ради Європи є досягнення більшої єдності серед її членів;
2. Оскільки присутність обвинуваченого на судовому процесі має життєво важливе значення як з погляду його права бути почутим, так і з погляду необхідності встановлення фактів і, у разі потреби, винесення відповідного вироку; і враховуючи, що винятки повинні надаватися лише у виняткових випадках;
3. Оскільки треба знайти шляхи та засоби для забезпечення права обвинуваченого на слухання, як це викладено в Європейській конвенції про захист прав людини та основоположних свобод, підписаної в Римі 4 листопада 1950 року, а також його права бути присутнім на суді, як визнано у Міжнародному пакті про громадянські та політичні права, підписаному в Нью-Йорку 19 грудня 1966 р.;
4. Однак не варто виключати можливість спрощеного провадження без слухання для певних нетяжких правопорушень;
5. Оскільки системи, прийняті декількома державами-членами для уникнення вироків за відсутності обвинуваченого та їхніх наслідків, не завжди видаються ефективними, коли, наприклад, обвинувачений проживає за кордоном;
6. Оскільки під час підготовки Європейської конвенції про міжнародну дійсність судових рішень у кримінальних справах питання заочних рішень викликало труднощі, і виявилось необхідним

надати Договірним державам право формулювати застереження щодо виконання таких рішень;

7. Вважаючи, що таких застережень можна було б уникнути, якби процедури судового розгляду за відсутності обвинуваченого, які застосовують на цей момент, задовольняли вимоги належного відправлення правосуддя;
 8. Переконавшись, що зростання мобільності населення призводить до збільшення кількості вироків, винесених за відсутності обвинуваченого, у тих державах, де використовують цю процедуру,
- I. Рекомендує урядам держав-членів застосовувати такі мінімальні правила:
1. Ніхто не може бути притягнутий до суду без вручення попередньої повістки вчасно, щоб він міг з'явитися та підготувати свій захист, якщо тільки не буде встановлено, що він навмисно намагався ухилитися від правосуддя.
 2. У повістці повинні бути зазначені наслідки неявки обвинуваченого в судові засідання.
 3. Якщо суд встановлює, що обвинуваченому, який не з'явився на судові засідання, було вручено повістку, він повинен ухвалити рішення про відкладення, якщо він вважає за необхідне особисту явку обвинуваченого, або якщо є підстави вважати, що йому перешкоджали з'явитися.
 4. Обвинуваченого не можна судити за його відсутності, якщо є можливість і бажання перенести провадження в іншу державу або звернутися із запитом про екстрадицію.
 5. Якщо обвинуваченого судять за його відсутності, докази повинні бути зібрані у звичайний спосіб, а захист повинен мати право втручатися.
 6. Вирок, ухвалений за відсутності обвинуваченого, повинен бути повідомлений йому згідно з правилами, що регулюють вручення повістки про явку, строк на подання апеляції не повинен починати відраховуватися доти, доки засуджений фактично не дізнається про вирок, про який він був повідомлений, якщо тільки не буде встановлено, що він навмисно намагався ухилитися від правосуддя.

7. Будь-яка особа, яку судять за її відсутності, повинна мати можливість оскаржити вирок будь-яким способом, доступним для неї, якби вона була присутня.
 8. Особа, яку судять за її відсутності і якій не було вручено повістку про виклик до суду в належній формі, повинна мати засіб правового захисту, що дозволяє їй домогтися скасування судового рішення.
 9. Особа, яку судили за її відсутності, але якій було належним чином вручено повістку, має право на повторний судовий розгляд у звичайному порядку, якщо вона доведе, що її відсутність і те, що вона не змогла повідомити про це суддю, сталися з причин, які не залежали від її волі.
- II. Запрошує уряди держав-членів кожні п'ять років звітувати Генеральному секретарю Ради Європи про дії, вжиті ними на виконання рекомендацій, що містяться в цій резолюції.

ДОДАТОК 4. СТАНДАРТ ЯКОСТІ НАДАННЯ БЕЗОПЛАТНОЇ ВТОРИННОЇ ПРАВОВОЇ ДОПОМОГИ У КРИМІНАЛЬНОМУ ПРОЦЕСІ В ЧАСТИНІ ЗАОЧНОГО ПРОВАДЖЕННЯ (ВИТЯГ)

Стандарти якості надання безоплатної вторинної правової допомоги у кримінальному процесі, затверджені наказом Міністерства юстиції України 25.02.2014 р. № 386/5.

Документ прийнято з метою визначення основних характеристик моделі гарантованого державою захисту у кримінальному процесі.

№	Стандартний	Основні джерела права, на яких ґрунтується стандарт	Основні джерела інформації для перевірки дотримання стандарту
5. Окремі стандарти надання безоплатної вторинної правової допомоги у спеціальному досудовому розслідуванні (in absentia)			
1)	У разі призначення захисника у спеціальному досудовому розслідуванні він у розумний строк ознайомлюється з матеріалами кримінального провадження та переконується, що клієнт виїхав та/або перебуває на тимчасово окупованій території України, території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, та/або оголошений в міжнародний розшук. Захисник самостійно визначає позицію захисту.	Стаття 6 Конвенції; ст. 54, 297-1, 297-2, 297-3 КПК; Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ван Гейсегем проти Бельгії» від 21 січня 1999 року	Заява захисника, протокол ознайомлення, дані журналів реєстрації відвідувачів органів, які проводять досудове розслідування.

2)	Отримавши повідомлення сторони обвинувачення про завершення досудового розслідування та відкриття його матеріалів для ознайомлення, захисник письмово підтверджує факт доступу до матеріалів досудового розслідування, реалізує своє право та перевіряє забезпечення стороною обвинувачення прав свого клієнта. Адвокат зобов'язаний у розумних межах відслідковувати повідомлення (виклики) клієнту за останнім відомим місцем проживання чи перебування та їх публікації в засобах масової інформації загальнодержавного розповсюдження та на офіційному вебсайті Генеральної прокуратури.	Статті 290, 297-5 КПК України	Протокол ознайомлення, технічний запис судового засідання, дані журналу судового засідання, клопотання або заперечення захисника, роздруківки інтернет-ресурсів, ЗМІ
3)	Захисник з урахуванням самостійно обраної позиції захисту за запитом прокурора надає йому доступ до наявних речових доказів або їх частин, документів або їх копій та можливість скопіювати або відобразити їх іншим чином, а також доступ до житла чи іншого володіння, якщо вони знаходяться у володінні або під контролем сторони захисту і якщо сторона захисту має намір використати відомості, що містяться в них, як докази у суді, крім будь-яких матеріалів, які можуть бути використані прокурором на підтвердження винуватості обвинуваченого у вчиненні кримінального правопорушення.	Статті 290, 297-5 КПК України	Захисник перевіряє надсилання копій процесуальних документів для клієнта.

ДОДАТОК 5. КОДЕКС ПРОФЕСІЙНОЇ ПОВЕДІНКИ ДЛЯ АДВОКАТІВ ЗАХИСТУ ТА ЗАКОННИХ ПРЕДСТАВНИКІВ ПОТЕРПІЛИХ, ЯКІ ПОСТАЮТЬ ПЕРЕД СПЕЦІАЛЬНИМ ТРИБУНАЛОМ ДЛЯ ЛІВАНУ (ВИТЯГ)

Стаття 8

Сфера представництва

С. Адвокат, призначений заочному обвинуваченому згідно зі статтею 22(2)(с) Статуту та правилом 57(D)(viii) Регламенту, визначає обсяг цього представництва з урахуванням обмежень, що захисник:

- i) не має права робити жодних заяв від імені обвинуваченого;
- ii) повинен провести всі необхідні розслідування для підготовки до захисту обвинуваченого; і iii) повинен робити всі подання з питань права в найкращих інтересах обвинуваченого.

Д. Захисник, призначений заочному обвинуваченому, повинен враховувати вплив будь-якої дії, яку він здійснює, на позицію обвинуваченого в поточному або майбутньому провадженні та може здійснювати будь-які інші дії, що відповідають інтересам обвинуваченого, зокрема, без обмежень:

- i) привертати увагу Судової палати до будь-якого захисту, доступного на підставі доказів із погляду права у відповідних фактичних обставинах;
- ii) звертатися до Судової палати за будь-якими розпорядженнями, які він вважає необхідними для належного виконання обов'язків, передбачених пунктами (С)(ii) та (iii) цієї статті;
- iii) викликати будь-яких свідків, які, на його думку, свідчать на користь обвинуваченого;
- iv) допитувати свідків проти обвинуваченого.

Е. Захисник, призначений заочному обвинуваченому, не повинен контактувати з обвинуваченим. Якщо захисник зв'язується, прямо чи опосередковано, із заочним обвинуваченим, він повинен усвідомлювати ризик, який такий контакт може становити для права обвинуваченого на повторний судовий розгляд, і не вважати, що цей акт є прийняттям захисника заочним обвинуваченим:

i) відмовитися обговорювати будь-які елементи справи з заочним обвинуваченням та ii) направити обвинуваченого до Голови Офісу захисту для отримання незалежної юридичної консультації.

ДОДАТОК 6. СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – РОЗГРАБУВАННЯ НАЦІОНАЛЬНИХ ЦІННОСТЕЙ НА ОКУПОВАНІЙ ТЕРИТОРІЇ

Відповідні положення		
Стаття 438 КК України	[МКП]	[МГП]
Стаття 438 (1) Порушен- ня законів та звичаїв війни ... Розграбу- ван-ня на- ціональних цінностей на окупованій тери- торії	Ст. 8 (2) (b) (ix) умисне спрямуван- ня нападів на будівлі, призначені для релігій- них, освітніх, мистецьких, наукових чи благодій- них цілей, на історичні пам'ятники, госпіталі та місця зо- середження хворих і пора- нених за умо- ви, що вони не є військо- вими цілями	Ст. 85 (4) (d) ДП І Перетворення ясно розпізнаних істо- ричних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлення культу, які є культур- ною або духовною спадщиною народів і яким спеціальною угодою, укладеною, наприклад, у рамках компетентної ор- ганізації, надається особливий захист на об'єкт нападу, внаслідок чого вони зазнають великих руйнувань, коли не- має свідчень про порушення супротив- ною стороною пункту b статті 53 [ДП І], і коли такі історичні пам'ятки, твори мистецтва та місця відправлення культу не розміщені поблизу воєнних об'єктів.
		ст. 53 (a) і (c) ДП І [... Заборонено]: а) здійснювати будь-які ворожі акти, спрямовані проти історичних пам'яток, творів мистецтва або місць відправлен- ня культів, які є культурною або духов- ною спадщиною народів [...] с) робити такі об'єкти об'єктами репре- салій.

		Гаазька конвенція IV, ст. 27 (1) При облогах і бомбардуваннях повинні бути вжиті всі необхідні заходи для того, щоб уберегти, наскільки це можливо, будівлі, призначені для цілей релігії, мистецтва, науки чи благодійності, історичні пам'ятки, госпіталі та місця, де зібрані хворі і поранені, за умови, що вони не використовуються в цей час для військових цілей.
		Гаазька конвенція IV, ст. 56 Власність муніципалітетів, релігійних, благодійних, освітніх, мистецьких і наукових установ, навіть якщо вона належить державі, визнається як приватна власність. Будь-яке захоплення, знищення чи навмисне пошкодження установ такого типу, історичних пам'яток, творів мистецтва та науки забороняється та повинно підлягати судовому переслідуванню.
		Гаазька конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту від 1954 р., ст. 4 (1) Високі Договірні Сторони зобов'язуються поважати культурні цінності, які знаходяться на їхній власній території, а також на території інших Високих Договірних Сторін, утримуючись від будь-якого використання власності та її найближчого оточення або приладів, що використовуються для її захисту, у цілях, які є ймовірністю його знищення або пошкодження у випадку збройного конфлікту; і шляхом утримання від будь-яких актів ворожості, спрямованих проти такої власності.

		Другий протокол до Гаазької конвенції про захист культурних цінностей у разі збройного конфлікту 1999 року, ст. 15 1. Будь-яка особа скоює злочин у розумінні цього Протоколу, якщо ця особа навмисно та всупереч Конвенції або цього Протоколу вчиняє будь-яку з таких дій: a) робить культурні цінності, які перебувають під посиленням захистом, об'єктом нападу; b) використовує культурні цінності, які перебувають під посиленням захистом, чи безпосередньо прилеглі до них місця для підтримки військових дій; c) знищує або присвоює у великих масштабах культурну власність, яка перебуває під захистом відповідно до положень Конвенції та цього Протоколу; d) робить культурні цінності, які перебувають під захистом відповідно до положень Конвенції та цього Протоколу, об'єктами нападу; e) вчиняє акти крадіжки, грабежу або незаконного присвоєння чи акти вандалізму, спрямовані проти культурних цінностей, які перебувають під захистом відповідно до положень Конвенції.
		2. Кожна Сторона вживає таких заходів, які можуть виявитись необхідними для визнання кримінальними злочинами згідно з її національним законодавством діянь, передбачених у цій статті, і для встановлення для таких злочинів відповідних покарань. При цьому Сторони дотримуються загальних принципів права й міжнародного права, зокрема норм, що поширюють індивідуальну кримінальну відповідальність на інших осіб, крім тих, які безпосередньо вчинили діяння.

ДОДАТОК 7. СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – ЗАСТОСУВАННЯ ЗАСОБІВ ВЕДЕННЯ ВІЙНИ, ЗАБОРОНЕНИХ МІЖНАРОДНИМ ПРАВОМ

Відповідні положення		
Стаття 438 КК України	[МКП]	[МГП]
Стаття 438 (1) Порушен- ня законів та звичаїв війни ... застосуван- ня засобів ведення війни, за- боронених міжнарод- ним пра- вом	Ст. 8 (2) (b) (i) умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке або на окремих цивіль- них осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях	Ст. 85 (3) (a) та ст. 51 (2) ДП I Коли вони вчиняються навмис- не на порушення відповідних положень цього Протоколу і є причиною смерті або серйоз- ного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю: а) перетворення цивільного на- селення або окремих цивільних осіб на об'єкт нападу [...].
	Ст. 8 (2) (b) (ii) умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями	Ст. 52 (1) ДП I Цивільні об'єкти не повинні бути об'єктом нападу або репре- салій.

	Ст. 8 (2) (b)(iv) 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. 85 (3) (b) ДП І [Невибіркові напади] [Коли вони вчиняються навмисне на порушення відповідних положень цього Протоколу і є причиною смерті або серйозного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю:] b) вчинення нападу невибіркового характеру, що торкається цивільного населення або цивільних об'єктів, коли відомо, що такий напад стане причиною надмірних втрат життя, поранень серед цивільного населення або завдасть шкоди цивільним об'єктам, як це визначено в пунктах 2 (a) (iii) статті 57 [ДП І] [...].
		(Шкода природному середовищу) Ст. 35 (3) ДП І Заборонено застосовувати методи або засоби ведення воєнних дій, які мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть широкої, довготривалої і серйозної шкоди природному середовищу. Ст. 55 (1) ДП І [...] й тим самим завдадуть шкоди здоров'ю або виживанню населення.
		Ст. 55 (2) ДП І Заподіяння шкоди природному середовищу як репресалій заборонено.

	Ст. 8 (2) (b) (v) напад на незахищені й такі, що не є вій- ськовими цілями, міста, села, помеш- кання або будівлі чи їх обстріл із засто- суванням будь-яких засобів	Ст. 85 (3) (d) ДП І [Коли вони вчиняються навмис- не на порушення відповідних положень цього Протоколу і є причиною смерті або серйоз- ного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю:] d) перетворення необоронних місцевостей і нейтральних зон на об'єкт нападу [...] Гаазька конвенція IV, ст. 25 Забороняється будь-яким спосо- бом атакувати чи бомбардувати незахищені міста, селища, жит- лові будинки чи споруди.
	Ст. 8 (2) (b) (vi) вбивство або пора- нення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, безза- стережно здався	Ст. 85 (3) (e) ДП І [Коли вони вчиняються навмис- не на порушення відповідних положень цього Протоколу і є причиною смерті або серйоз- ного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю:] e) вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припини- ла брати участь у воєнних діях [...].
		Гаазька конвенція IV, ст. 23 (c) [Особливо забороняється:] c) вбивати чи ранили супро- тивника, який, склавши зброю або більше не маючи засобів захисту, беззастережно здався.

	Ст. 8 (2) (b) (vii) неналежне викори- стання прапора пар- ламентера, прапора чи військових знаків розрізнення та форми ворога або Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнаваль- них емблем, встанов- лених Женевськими конвенціями, наслід- ком чого є смерть або заподіяння особі сер- йозних ушкоджень.	Ст. 85 (3) (f) ДП І [Коли вони вчиняються навмис- не на порушення відповідних положень цього Протоколу і є причиною смерті або серйоз- ного тілесного пошкодження чи шкоди здоров'ю:] f) віроломне використання на порушення статті 37 [ДП] роз- пізнавальної емблеми Червоно- го Хреста, Червоного Півмісяця або Червоного Лева і Сонця, або інших захисних знаків, визна- них Конвенціями і цим Прото- колом.
		Гаазька конвенція IV, ст. 23 (f) Особливо заборонено: [...] нена- лежним чином використовувати прапор парламента, націо- нальний прапор чи військові знаки розрізнення та форму ворога, а також відмітні знаки за Женевською конвенцією.
	Ст. 8 (2) (b) (xvii) застосування отрути або отруєної зброї	Гаазька конвенція IV, ст. 23 (a) Особливо забороняється: [...] за- стосовувати отруту або отрує- ну зброю.
	Ст. 8 (2) (b) (xviii) застосування за- душливих, отруйних або інших газів та всіх аналогічних рідин, матеріалів чи засобів	Женевський протокол 1925 р., резюме Високі Договірні Сторони ви- знають заборону використання на війні задушливих, отруйних або інших газів, а також усіх аналогічних рідин, матеріалів або пристроїв і погоджуються поширити цю заборону на ви- користання бактеріологічних методів ведення війни.

	Ст. 8 (2) (b) (xix) застосування куль, що легко розгорта- ються або сплющу- ються в тілі людини, таких як кулі з твер- дою оболонкою, яка не повністю покриває осердя або має надрі- зи	Гаазька декларація 1899 р. (IV, 3) Договірні Сторони погоджують- ся утримуватися від викори- стання куль, які легко розширю- ються або розплющуються в тілі людини, наприклад, кулі з твер- дою оболонкою, яка не повністю закриває осердя або має надрі- зи.
	Ст. 8 (2) (b) (xx) застосування зброї, боеприпасів і матері- алів, а також методів ведення війни такого характеру, які спри- чиняють надмірні ушкодження чи не- потрібні страждання або які за своєю сут- тю є невибірковими в порушення норм міжнародного права збройних конфліктів, за умови, що така зброя, такі боеприпа- си і матеріали та ме- тоди ведення війни є предметом всеохо- плюючої заборони і включені до додатка до цього Статуту шля- хом внесення поправ- ки згідно з відповід- ними положеннями, викладеними у стат- тах 121 і 123.	Ст. 35 (2) ДП I Заборонено засто- совувати зброю, снаряди, речо- вини й методи ведення воєнних дій, здатні завдати надмірних пошкоджень або надмірних страждань. Гаазька конвенція IV, ст. 23 (1) (e) Особливо забороняється: [...] за- стосовувати зброю, снаряди або речовини, здатні завдати зайві страждання.

	Ст. 8 (2) (b) (xxiii) використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від військових операцій.	Женевська конвенція III, ст. 23 (1) [...] а також не можна використовувати його [військово-полоненого] присутність для захисту будь-яких пунктів чи районів від військових операцій. Женевська конвенція IV, ст. 28 Присутність особи, яка охороняється, не може бути використана з метою спробувати захистити військові об'єкти від нападу чи прикрити військові операції.
		Ст. 51 (7) ДП I Присутність або пересування цивільного населення або окремих цивільних осіб не повинні використовуватись для захисту певних пунктів або районів від воєнних дій, зокрема у спробах захистити військові об'єкти від нападу або прикрити військові дії, сприяти чи перешкодити їм. Ст. 58 (a) ДП I Сторони, що перебувають у конфлікті, [...] прагнуть вивести цивільне населення, цивільних осіб і цивільні об'єкти, що перебувають під їхнім контролем, із районів, розміщених поблизу воєнних об'єктів.

	Ст. 8 (2) (b) (xxiv) умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й тран- спортні засоби, а та- кож на персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнаваль- ні емблеми, перед- бачені Женевськими конвенціями	Женевська конвенція I, ст. 19 (1) [Військові та цивільні медичні підрозділи, зокрема медичний та релігійний персонал:]
		На стаціонарні установи та пе- ресувні медичні формування медичної служби за жодних об- ставин не може здійснюватися напад
		Женевська конвенція I, ст. 24 Медичний персонал, який займається виключно розшу- куванням, підбиранням, тран- спортуванням або лікуванням поранених чи хворих, [...] осо- бовий склад, який здійснює ви- ключно керування медичними формуваннями та установами, а також духовний персонал, який знаходиться при збройних силах, користується повагою та захистом за всіх обставин.
		Женевська конвенція II, ст. 23 Установи на березі, які мають право на захист відповідно до [ЖК I], захищають від бомбар- дувань або нападів з моря.
		Женевська конвенція II, ст. 36 Духовний, медичний та госпі- тальний персонал госпітальних суден та їхні екіпажі оберігають і захищають

		Женевська конвенція IV, ст. 18 (1) та (3) Цивільні лікарні [...] ні за яких обставин не можуть бути об'єктом нападу. [...] Цивільні лікарні позначаються емблемою, передбаченою статтею 38 ЖК I.
		Женевська конвенція IV, ст. 20 (1) і (2) Особи, які займаються регулярно й виключно обслуговуванням та адмініструванням цивільних лікарень [...], користуються повагою та перебувають під захистом. [...] зазначений вище персонал розпізнається [...] за допомогою проштемпельованої водостійкої пов'язки [...], виданої державою, і має емблему, передбачену в статті 38 Женевської конвенції I.
		Ст. 12 (1) і (2) ДП I 1. Медичні формування в будь-який час користуються повагою й захистом і не можуть бути об'єктом нападу. 2. Пункт 1 застосовується до цивільних медичних формувань за умови, що вони: а) належать до однієї із сторін, що перебувають у конфлікті; б) визнані й уповноважені компетентними властями однією із сторін, що перебувають у конфлікті; або с) уповноважені згідно з пунктом 2 статті 9 цього Протоколу або статтею 27 Першої конвенції.

		Ст. 15 (1) і (5) ДП I Цивільний медичний персонал користується повагою та захистом. Женевська конвенція I, ст. 20 [Госпітальні судна та інші судна] Госпітальні кораблі, які мають право на захист [ЖК II], не можуть бути атаковані із суші. Женевська конвенція II, ст. 22 (1) Військові госпітальні судна [...] ні за яких обставин не можуть бути атаковані або захоплені. Женевська конвенція II, ст. 24 (1) Госпітальні судна, що використовуються національними товариствами Червоного Хреста [...], користуються таким самим захистом, як і військові госпітальні судна
		Женевська конвенція II, ст. 27 (1) Невеликі судна [...] для проведення прибережних рятувальних операцій, також оберігають і захищають настільки, наскільки дозволяють оперативні вимоги.
		Ст. 23 (1) ДП I Санітарні судна та плавучі засоби, крім зазначених у статті 22 цього Протоколу та в статті 38 Другої конвенції, що перебувають або в морі, або в інших водах, користуються такою ж повагою й захистом, як і рухомі санітарні формування, згідно з Конвенціями і цим Протоколом.

		Ст. 35 (1) ЖК I [Медичні транспортні засоби] Перевезення поранених і хворих або медичного обладнання користуються такою ж повагою та захистом, як і мобільні медичні підрозділи Женевська конвенція IV, ст. 21 Конвої транспортних засобів або госпітальних поїздів на суші або спеціально передбачені судна на морі [...] користуються повагою та захистом.
		Ст. 21 ДП I Відповідно до Конвенцій і цього Протоколу санітарно-транспортні засоби користуються такою самою повагою й захистом, як і рухомі медичні формування.
		Ст. 36 (1) ЖК I [Санітарні літальні апарати:] Санітарні літальні апарати [...] не можуть бути атаковані. [...] Вони повинні мати чітко позначену розпізнавальну емблему, передбачену статтею 38 [...]
		Женевська конвенція IV, ст. 22 (1) і (2) Літаки, які використовуються виключно для вивезення поранених і хворих цивільних [...], не можуть бути атаковані [...] Вони можуть бути позначені відмітною емблемою, передбаченою статтею 38 ЖК
		Ст. 24 ДП I Санітарні літальні апарати користуються повагою та захистом відповідно до положень цієї частини

ДОДАТОК 8. СТАТТЯ 438 КК УКРАЇНИ – ПОРУШЕННЯ ЗАКОНІВ ТА ЗВИЧАЇВ ВІЙНИ, ЩО ПЕРЕДБАЧЕНІ МІЖНАРОДНИМИ ДОГОВОРАМИ

Відповідні положення		
Стаття 438	[МКП]	[МГП]
Стаття 438 (1)	Ст. 8 (2) (b) (xii) Заява про те, що пощади не буде.	Ст. 40 ДП I Заборонено віддавати наказ не залишати нікого в живих, погрожувати цим противнику або вести воєнні дії таким чином.
Порушення законів та звичаїв війни ... інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.	Ст. 8(2)(b)(xiii) Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагаються воєнною необхідністю.	Гаазька конвенція IV, ст. 23 (d) Особливо забороняється: [...] оголошувати, що жодної пощади не буде [...].
	Ст. 8 (2) (b) (xiv) Оголошення скасованими, призупиненими або недопустимими в суді прав і позовів громадян ворожої сторони.	Гаазька конвенція IV, ст. 23 (g) Особливо забороняється: [...] знищувати або захоплювати власність ворога, крім випадків, коли таке знищення або захоплення настійно вимагається військовою необхідністю [...]. Гаазька конвенція IV, ст. 23 (1) (h) Особливо забороняється: [...] оголошувати скасованими, призупиненими або неприйнятними для розгляду у суді права і позови громадян супротивної сторони.

	Ст. 8 (2) (b) (xv) Примушення громадян воєнної сторони до участі у воєнних діях проти їхньої власної країни, навіть якщо вони перебували на службі воюючої сторони до початку війни.	Гаазька конвенція IV, ст. 23 (2) Воюючій стороні також забороняється примушувати громадян супротивної сторони брати участь у воєнних діях, спрямованих проти їхньої власної держави, навіть у випадку, якщо вони перебували на службі такої воюючої сторони до початку війни.
	Ст. 8 (2) (b) (xvi) Розграбування міста або населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом.	Гаазька конвенція IV, ст. 28 Мародерство у місті чи місцевості, навіть у випадку, якщо його взяли штурмом, забороняється.
	Ст. 8 (2) (b) (xvii) Застосування отрути або отруєної зброї.	Гаазька конвенція IV, ст. 23 (a) Особливо забороняється: [...] застосовувати отруту або отруєну зброю[...].
	Ст. 8 (2) (b) (xxi) посягання на людську гідність, зокрема образливе і принизливе поводження.	Ст. 75 (2) (b) ДП I Заборонені й будуть залишатися забороненими в будь-який час і в будь-якому місці такі дії [...]: [...] знущання над людською гідністю, зокрема, принизливе й образливе поводження.
		Ст. 85 (4) (c) ДП I [Коли вчиняється умисно та на порушення конвенцій або протоколу]

	Ст. 8 (2) (b) (xxii)	застосування практики апартеїду, інших негуманних і принижуючих дій, заснованих на расовій дискримінації, які зневажають гідність особи.
	Згвалтування, сексуальне рабство, примушення до проституції, примусова вагітність, як вона визначена в підпункті (f) пункту 2 статті 7, примусова стерилізація чи будь-яка інша форма сексуального насильства, яка також становить грубе порушення Женевських конвенцій.	
	Ст. 8 (2) (b) (xxiii)	Ст. 75 (2) (b) ДП I
	Використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від військових операцій.	Заборонені й будуть залишатися забороненими в будь-який час і в будь-якому місці такі дії [...]: [...] посягання на особисту гідність, зокрема, [...] примус до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі.

	Ст. 8 (2) (b) (xxiv) Умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби, а також на персонал, що використовує згідно з міжнародним правом розпізнавальні емблеми, передбачені Женевськими конвенціями.	Женевська конвенція IV, ст. 27 (2) Жінки потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність.
		Ст. 76 (1) ДП Жінки користуються особливою повагою і їм забезпечується захист, зокрема, від зґвалтування, примусу до проституції та будь-яких інших форм непристойних посягань. Женевська конвенція III, ст. 23 (1) [...] а також не можна використовувати його [військовополоненого] присутність для захисту будь-яких пунктів чи районів від військових операцій. Женевська конвенція IV, ст. 28 Присутність особи, яка перебуває під захистом, у будь-яких пунктах чи районах не може бути використана для захисту цих місць від воєнних операцій.

		Ст. 51 (7) ДП І Присутність або пересування цивільного населення або окремих цивільних осіб не повинні використовуватися для захисту певних пунктів або районів від воєнних дій, зокрема у спробах захистити воєнні об'єкти від нападу або прикрити воєнні дії, сприяти чи перешкодити їм. Ст. 58 (а) ДП Сторони, що перебувають у конфлікті, [...] прагнуть вивести цивільне населення, цивільних осіб і цивільні об'єкти, що перебувають під їхнім контролем, із районів, розміщених поблизу воєнних об'єктів.
		Женевська конвенція I, ст. 19 (1) [Військові та цивільні медичні підрозділи, зокрема медичний та релігійний персонал] На стаціонарні установи та пересувні медичні формування медичної служби за жодних обставин не може здійснюватися напад.

		Женевська конвенція I, ст. 24 Медичний персонал, який займається виключно розшукуванням, підбиранням, транспортуванням або лікуванням поранених чи хворих, [...] особовий склад, який здійснює виключно керування медичними формуваннями та установами, а також духовний персонал, який знаходиться при збройних силах, користується повагою та захистом за всіх обставин. Ст. 23 ЖК II Установи на березі, які мають право на захист відповідно до [ЖК I], захищають від бомбардувань або нападів з моря. Женевська конвенція II, ст. 36 Духовний, медичний та госпітальний персонал госпітальних суден та їхні екіпажі оберігають і захищають.
--	--	---