

**КЕРІВНИЦТВО З БАЗОВИХ
СТАНДАРТІВ РОЗСЛІДУВАННЯ**
ДЛЯ ДОКУМЕНТУВАННЯ
МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ В
УКРАЇНІ



Травень 2023



Global
Rights
Compliance

Керівництво з базових стандартів розслідування для документування міжнародних злочинів в Україні

Травень 2023

Цей звіт був підготовлений Global Rights Compliance.

Global Rights Compliance діє як фонд, створений в Нідерландах під назвою “Global Rights Compliance Foundation”, зареєстрований в gemeente s-Gravenhage 10 листопада 2017 року, номер RSIN 858118841 і код SBI 94996.

Цей звіт доступний в електронному форматі англійською та українською мовами на <https://www.globalrightscompliance.com/>, а також на [Фейсбук сторінці](#) Global Rights Compliance.

Застереження

Цей документ підготовлений в рамках проекту MATRA “[Посилення спроможності України в розслідуванні та судовому переслідуванні міжнародних злочинів](#)”, що фінансується Міністерством закордонних справ Нідерландів. Проект є спільною ініціативою [T.M.C. Asser Instituut](#) і [Global Rights Compliance](#). Погляди, викладені в ньому, належать лише автору (авторам).

Про нас

Global Rights Compliance (“GRC”) - це міжнародна неприбуткова організація, заснована в Гаазі, яка прагне посилити дотримання міжнародного права та добивається справедливості шляхом інноваційного застосування права. Ми спеціалізуємося на міжнародному гуманітарному праві (“МГП”), міжнародному кримінальному праві та правах людини в зонах конфліктів і зонах підвищеного ризику по всьому світу, працюючи над виявленням, запобіганням і пом’якшенням негативних наслідків порушення МГП і прав людини.

РЕДАКТОРИ

РУБІ АКСЕЛЬСОН

Рубі Аксельсон - старша радниця GRC, яка спеціалізується на міжнародних судових процесах та реалізації проектів у сфері міжнародного кримінального права, міжнародного гуманітарного права та гендерного правосуддя. Наразі Рубі очолює проект МАТРА-Україна “Зміцнення спроможності України розслідувати та переслідувати міжнародні злочини”. Рубі працювала над реалізацією численних проектів, пов’язаних з відповідальністю та правосуддям, з акцентом на сексуальному насильстві, пов’язаному з конфліктом (“СНПК”). Нещодавно Рубі брала участь у тренінгах для громадянського суспільства з питань СНПК, а також виступає експертом з питань СНПК у проекті “Сприяння відповідальності за звірства ІДІЛ через аналіз доказів в Іраку”. Рубі була призначена до команди захисту Йовица Станішича в Міжнародному залишковому механізмі ООН для кримінальних трибуналів (“МЗМКТ”), де Рубі працювала на досудовій, судовій та апеляційній стадії. До цього Рубі працювала в команді захисту Ратко Младіча в Міжнародному кримінальному трибуналі щодо колишньої Югославії (“МТКЮ”).

АННА МИКИТЕНКО

Анна Микитенко - старша радниця та менеджерка GRC в Україні. Як українська юристка, що спеціалізується на міжнародному кримінальному праві та міжнародному гуманітарному праві, Анна консультує українські державні органи та організації громадянського суспільства з питань розслідування та судового переслідування міжнародних злочинів. Наразі Анна бере участь у проекті МАТРА-Україна та Мобільних командах правосуддя, які покликані допомагати слідчим та прокурорам в Україні у їхній діяльності щодо забезпечення правосуддя та відповідальності для потерпілих від міжнародних злочинів, скоєних під час повномасштабного російського вторгнення. Раніше Анна допомагала українським прокурорам у підготовці повідомлень за статтею 15 до Міжнародного кримінального суду (“МКС”) та була частиною команди, яка готувала юридичний висновок GRC “Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі”.

Над укладенням цього Керівництва працювали:

МОРГАН ГРАНТ

Морган Грант, канадська кваліфікована юристка, є юридичною радницею GRC, що спеціалізується на міжнародному кримінальному, гуманітарному праві та праві прав людини. На посаді юридичної радниці у GRC Морган працювала над проектом GRC “МАТРА-Україна”, а також була у складі команди, яка готувала юридичний висновок “Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі”. Раніше Морган працювала в GRC як юридична стажерка і допомагала у підготовці

Подання потерпілих до Міжнародного кримінального суду від імені кількох жінок та дівчат рохінья. Морган також проходила стажування в МТКЮ.

МЕТЬЮ ГЕРБЕРТ

Метью Герберт - юридичний радник GRC, який працює над проектом МАТРА-Україна та з Мобільними командами правосуддя, де Метью надає консультації українським слідчим та прокурорам щодо розслідування міжнародних злочинів. Крім того, Метью брав участь у підготовці юридичного висновку “Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі”. До цього Метью працював помічником юриста в команді захисту Йовіца Станішича у МЗМКТ, а також брав участь в інших проектах GRC, включно з проектом “Відповідальність за масове моріння голодом”.

АНАСТАСІЯ МОІСЕЄВА

Анастасія Моїсеева - українська юристка, що спеціалізується на міжнародному гуманітарному, кримінальному праві та праві прав людини. Анастасія отримала ступінь бакалавра права та магістра міжнародного права (з відзнакою) в Київському національному університеті імені Тараса Шевченка. Як юридичний радник GRC, Анастасія брала участь у проекті МАТРА-Україна та у підготовці юридичного висновку “Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі”. Раніше Анастасія працювала консультантом у кількох проектах бельгійської неурядової організації “Міжнародне партнерство з прав людини” та спеціалістом з міжнародного права в організації “КримSOS”, що фінансується Європейським Союзом. Анастасія також публікує юридичні статті в іноземних та українських журналах і блогах з міжнародного права.

МИКОЛА ПАЛАМАР

Микола Паламар - український юрист та юридичний радник GRC, що спеціалізується на міжнародному гуманітарному та кримінальному праві. Протягом останніх років Микола брав участь у різних проектах GRC, спрямованих на зміцнення спроможностей України розслідувати та переслідувати міжнародні злочини. Ці проекти - “МАТРА-Україна” та Мобільні команди правосуддя, які допомагають слідчим і прокурорам в Україні в їхній діяльності щодо забезпечення правосуддя та відповідальності для потерпілих від міжнародних злочинів, скоєних під час повномасштабного російського вторгнення.

ПРАЧІТІ ВЕНКАТРАМАН

Прачіті Венкатраман - юристка-міжнародниця, що спеціалізується на міжнародному кримінальному праві, правах людини та гуманітарному праві. Вона є юридичною радницею GRC, яка наразі працює над проектом МАТРА-Україна, а раніше працювала над проектом “Відповідальність за масове моріння голодом”. Вона також працює юридичним асистентом в МЗМКТ. Прачіті була прийнята до колегії адвокатів Англії та Уельсу в 2017 році і має ступінь магістра права в галузі міжнародного та європейського права зі спеціалізацією в міжнародному публічному праві, а також ступінь магістра права в галузі професійної юридичної практики.

МАКСИМ ВІЩИК

Максим Віщик є юридичним радником GRC і спеціалізується на міжнародному публічному праві з акцентом на міжнародному гуманітарному, кримінальному праві та праві прав людини. В останні роки Максим брав участь у різних проектах, спрямованих на зміцнення спроможностей України розслідувати та переслідувати особливо тяжкі злочини, включно з проектом МАТРА-Україна та Мобільними командами правосуддя, які допомагають слідчим і прокурорам в Україні в їхній

діяльності щодо забезпечення правосуддя та відповідальності для потерпілих від міжнародних злочинів, скоєних під час повномасштабного російського вторгнення.

ОКРЕМА ПОДЯКА

Особлива подяка T.M.C. Asser Instituut, партнеру GRC у проекті МАТРА-Україна, який люб'язно надав ґрунтовну рецензію та зробив внесок у підготовку Керівництва з базових стандартів розслідування міжнародних злочинів в Україні, а також іншим особам, які допомагали GRC у роботі над цим Керівництвом, зокрема стажерам-юристам GRC: Зазіве Хендрікс, Дануті Паларчик та Марії Панченко. Неоціненний внесок у підготовку звіту також зробили два провідні експерти в галузі дослідження відкритих джерел: Професор Івонн МакДермотт Піз з Університету Свонсі та головний дослідник OSR4Rights, а також Ден Анлезарк, стипендіат програм Клінтона та Sky Global Challenges Scholar і фахівець з OSINT, який раніше працював у Групі видатних регіональних та міжнародних експертів з питань Ємену ("GEE Yemen").

Переклад цього документу виконаний Анною Жмакою, Марією Жуковою і Володимиром Саратовим.

ЗМІСТ

СПИСОК АБРЕВІАТУР	7
ЧАСТИНА ПЕРША: ВСТУП	9
<i>Як використовувати керівництво</i>	9
1 ШІСТЬ ОСНОВНИХ ПРАВИЛ РОЗСЛІДУВАННЯ	12
1.1 <i>Не нашкодь.....</i>	12
1.2 <i>Дотримуйтесь базових стандартів</i>	12
1.3 <i>Зберігайте неупередженість та об'єктивність.....</i>	14
1.4 <i>Знайте свої межі.....</i>	15
1.5 <i>Забезпечте інформовану згоду</i>	15
1.6 <i>Забезпечте конфіденційність інформації і захист свідків і джерел.....</i>	16
ЧАСТИНА ДРУГА: РОЗУМІННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА	17
2 ВСТУП ДО МГП, МППЛ І МКП.....	18
2.1 <i>міжнародне гуманітарне право</i>	22
2.2 <i>Міжнародне право прав людини.....</i>	40
2.3 <i>Міжнародне кримінальне право.....</i>	47
3 НАЙВАЖЛИВІШІ ЕЛЕМЕНТИ МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ	49
3.1 <i>Розслідування контекстуальних/загальних елементів</i>	51
3.2 <i>Документування окремих діянь.....</i>	73
3.3 <i>Документування суб'єктивної сторони.....</i>	326
3.4 <i>Документування видів співучасті</i>	336
3.5 <i>Розробка правової позиції та аналіз зібраної інформації.....</i>	393
ЧАСТИНА ТРЕТЯ: ДОКУМЕНТУВАННЯ СПРАВ МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ	398
4 ПІДГОТОВКА ДО ДОКУМЕНТУВАННЯ	399
4.1 <i>Підготовка набору обладнання і папки для документування.....</i>	399
4.2 <i>Впровадження системи зберігання даних.....</i>	402
4.3 <i>Створення плану документування</i>	405
4.4 <i>Підготовка оцінки ризиків і стратегії.....</i>	408

5	ЗБІР ТА ЗБЕРЕЖЕННЯ ІНФОРМАЦІЇ	414
5.1	<i>Вступ до доказів/інформації.....</i>	414
5.2	<i>Огляд принципів допустимості.....</i>	421
5.3	<i>Збір, обробка і збереження фізичної інформації.....</i>	426
5.4	<i>Збір, обробка і збереження документальної інформації.....</i>	438
5.5	<i>Збір, обробка і збереження цифрової або аудіовізуальної інформації</i>	443
5.6	<i>Збір та збереження інформації OSINT / SOCINT</i>	454
6	ПРИНЦИПИ ОРІЄНТАЦІЇ НА ПОСТРАЖДАЛИХ У РОБОТІ З ПОТЕРПЛИМИ ТА СВІДКАМИ.....	467
6.1	<i>“Не НАШКОДЬ”</i>	468
6.2	<i>Інформована згода.....</i>	474
6.3	<i>Надання інформації</i>	478
6.4	<i>Конфіденційність.....</i>	483
6.5	<i>Перенаправлення до інших суб’єктів.....</i>	485
6.6	<i>Принципи, що стосуються заяв свідків і опитувань.....</i>	486
7	ДОКУМЕНТУВАННЯ ВИПАДКІВ СЕКСУАЛЬНОГО НАСИЛЬСТВА, ПОВ’ЯЗАНОГО З КОНФЛІКТОМ	502
7.1	<i>Розуміння та виявлення злочинів СНПК</i>	505
7.2	<i>Кваліфікація злочинів СНПК в Україні.....</i>	509
7.3	<i>Відсутність згоди та обставини примусового характеру.....</i>	516
7.4	<i>ЗВ’ЯЗОК виконавців З АКТАМИ СНПК.....</i>	528
7.5	<i>докази, що підтверджують СНПК</i>	534
7.6	<i>Потерпілі та вплив СНПК</i>	535
7.7	<i>Провідні практичні підходи до документування СНПК.....</i>	542

СПИСОК АБРЕВІАТУР

БСР	Базові стандарти розслідування міжнародних злочинів
ВВЗ	Відділ з воєнних злочинів
ВПО	Внутрішньо переміщені особи
Д/ЛНР	Донецька Народна Республіка та Луганська Народна Республіка, разом
ДНР	Донецька Народна Республіка
ЄКПЛ	Європейська конвенція з прав людини
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
ЗДПЛ	Загальна декларація прав людини
ЗСРФ	Збройні Сили Російської Федерації
ЗСУ	Збройні Сили України
КК	Кримінальний кодекс
КЛДПЖ	Конвенція про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок
КЛРД	Міжнародна конвенція про ліквідацію всіх форм расової дискримінації
КПД	Конвенція про права дитини
КПК	Конвенція проти катувань
КПК	Кримінальний процесуальний кодекс
КПОІ	Конвенція про права осіб з інвалідністю
Крим	Автономна Республіка Крим
ЛГБТКІ	Лесбійки, геї, бісексуали, трансгендери, квір-персони, інтерсексуали та люди, які ідентифікують себе з ширшою ЛГБТКІ+ спільнотою, але використовують терміни самоідентифікації
ЛНР	Луганська Народна Республіка
МГП	Міжнародне гуманітарне право
МЗК	Міжнародний збройний конфлікт
МКГПП	Міжнародна конвенція про громадянські та політичні права
МКЕСКП	Міжнародна конвенція про економічні, соціальні та культурні права

МКЗОНЗ	Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень
МКП	Міжнародне кримінальне право
МКС	Міжнародний кримінальний суд
МКТР	Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди
ММПЛУ	Моніторингова місія ООН з прав людини в Україні
МПЛ	Міжнародне право з прав людини
МТКЮ	Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії
НЗК	Неміжнародний збройний конфлікт
ОГП	Офіс Генерального прокурора України
ОГС	Організації громадянського суспільства
ОП	Офіс Прокурора МКС
РБ ООН	Рада Безпеки Організації Об'єднаних Націй
РЄ	Рада Європи
СНПК	Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом
УВКПЛ	Управління Верховного комісара ООН з прав людини
OSINT	Розвідка на основі відкритих джерел
SOCINT	Розвідка на основі соціальних мереж

ЧАСТИНА ПЕРША: ВСТУП

Метою цього Керівництва є ознайомлення фахівців-практиків з організацій громадянського суспільства (“ОГС”) з міжнародними стандартами, що стосуються документування міжнародних злочинів в контексті конфліктів, які відбуваються в Україні з 2014 року. Ці стандарти стосуються документування міжнародних злочинів в Україні з метою надання будь-якої зібраної інформації відповідним органам для їх використання в майбутніх внутрішніх або міжнародних кримінальних розглядах, зокрема в Міжнародному кримінальному суді (“МКС”).

Базові стандарти розслідування міжнародних злочинів (“БСР”) передбачають низку базових стандартів, застосовних до цілого ряду заходів з документування, включно з підготовкою і проведенням заходів з документування, недопущення заподіяння шкоди при взаємодії з потерпілими і свідками і розуміння елементів міжнародних злочинів. Він спрямований на підтримку своєчасного і ефективного документування міжнародних злочинів для досягнення найкращих можливих результатів і поліпшення доступу потерпілих від насильства, пов’язаного з конфліктом, включаючи сексуальне насильство, до всього спектру механізмів правосуддя і підзвітності, доступних в Україні, в безпечній і сприятливій обстановці. БСР - це інструмент, заснований на правовому підході, що пропонує методи і методологію, запозичені з передової вітчизняної та міжнародної практики документування міжнародних злочинів. Це живий документ, що включає міжнародні стандарти в галузі прав людини, який він був адаптований з урахуванням місцевих особливостей правового, політичного і соціального ландшафту України.

ЯК ВИКОРИСТОВУВАТИ КЕРІВНИЦТВО

Щоб надати фахівцям-практикам всебічне розуміння кроків, необхідних для документування міжнародних злочинів, скоєних в Україні, сім розділів цього керівництва цілісно структуровані і поділені на три частини.

- **Частина перша** містить вступ і викладає шість основних правил розслідування, яких повинні дотримуватися фахівці-практики при документуванні міжнародних злочинів.
- **Частина друга** пропонує огляд міжнародного гуманітарного права, міжнародного права прав людини та міжнародного кримінального права, а також викладаються основні аспекти матеріального права, які пов’язані з міжнародними злочинами, які були вчинені в Україні (тобто їхні контекстуальні елементи, елементи об’єктивної і суб’єктивної сторін та види співучасті).
- **Частина третя** містить керівництво з підготовки та проведення документування міжнародних злочинів відповідно до передової міжнародної практики.

Кожен розділ розроблений як окремий розділ, щоб направляти фахівців-практиків на певному етапі процесу документування міжнародних злочинів. У цьому сенсі окремий

фахівець може самостійно виділити та / або прочитати необхідний розділ залежно від того, на якій стадії документування він знаходиться та / або якого міжнародного злочину стосується його робота.

Частина перша:

У першому розділі викладаються шість основних правил розслідування, яких фахівці повинні суворо дотримуватися при документуванні міжнародних злочинів. Важливо, щоб фахівці-практики ознайомилися з цими принципами і щоб вони лежали в основі всієї діяльності з документування.

Частина друга:

У другому розділі подано огляд міжнародного гуманітарного права, міжнародного права прав людини та міжнародного кримінального права, а також те, як вони застосовні до України. У цьому розділі буде пояснено, які правові режими застосовні до різних збройних конфліктів, які тривали і тривають в Україні з 2014 р.

У третьому розділі більш детально викладається матеріальне право щодо міжнародних злочинів, що стосуються України. Цей третій розділ розділений на чотири великі розділи. Перший розділ (розділ 3.1) стосується контекстуальних елементів міжнародних злочинів і пояснює навколишній контекст, який повинен існувати для того, щоб стверджувати, що стався конкретний міжнародний злочин. У другому розділі (розділ 3.2) викладаються елементи об'єктивної сторони кожного окремого кримінального діяння, які можуть мати відношення до ситуації в Україні відповідно до Римського статуту та Елементів злочинів МКС. У третьому розділі (розділ 3.3) розглядаються елементи суб'єктивної сторони, необхідні для міжнародних злочинів. Четвертий розділ (розділ 3.4) стосується видів співучасті. У ньому пояснюється, який вид поведінки має бути встановлений, щоб притягнути особу до кримінальної відповідальності за міжнародні злочини. Нарешті, п'ятий розділ (розділ 3.5) описує, як фахівці-практики повинні аналізувати та зіставляти наявну інформацію, щоб продемонструвати, що були вчинені міжнародні злочини.

Частина третя:

У четвертому розділі містяться рекомендації щодо підготовки до процесу документування міжнародних злочинів. У ньому викладені основні підготовчі кроки, які фахівці-практики повинні виконати до початку будь-якої діяльності з документування, щоб гарантувати, що вся зібрана інформація обробляється належним чином і надійно зберігається відповідно до передової міжнародної практики.

Розділ п'ятий стосується збору та збереження інформації. Розділ починається з ознайомленням із інформацією / доказами (розділ 5.1) і огляду вимог допустимості, застосовних в міжнародному кримінальному судочинстві (розділ 5.2). По-друге, в розділі описуються конкретні кроки, які повинні зробити фахівці-практики щодо отримання, запису, обробки, збереження та перевірки автентичності різних категорій інформації, включно з фізичною інформацією (розділ 5.3), документарною інформацією (розділ 5.4) та

цифровою або аудіо-візуальною інформацією (розділ 5.5). У заключному розділі описуються кроки, необхідні для проведення розслідування на основі розвідки з відкритих джерел (“OSINT”) (розділ 5.6).

У шостому розділі висвітлюється передова практика поводження з потерпілими та свідками міжнародних злочинів. Перш ніж перейти до обговорення принципів, що стосуються показань свідків та опитувань, розділ починається з пояснення всеосяжного загального принципу “Не нашкодь” (розділ 6.1), інформованої згоди (розділ 6.2), поширення інформації (розділ 6.3), конфіденційності (розділ 6.4), перенаправлення (розділ 6.5). Окрім того, у цьому розділі наведена передова практика при проведенні опитувань та показаннях свідків (розділ 6.6).

У сьомому розділі розглядаються передові методи документування сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом (“СНПК”). Вона починається із ознайомленням фахівців-практиків з виявленням (розділ 7.1) та класифікацією СНПК відповідно до національного законодавства України та міжнародного права (розділ 7.2). У цьому розділі далі розглядаються обставини примусу (розділ 7.3), способи пов’язати виконавців до злочинів СНПК (розділ 7.4), отримання та підтвердження доказів СНПК (розділ 7.5), розуміння потерпілих та впливу СНПК (розділ 7.6) та найкращі практики для документування (розділ 7.7).

1 ШІСТЬ ОСНОВНИХ ПРАВИЛ РОЗСЛІДУВАННЯ

1.1 НЕ НАШКОДЬ

Завжди переконуйтеся, що ваша діяльність не завдає шкоди вам, потерпілим і свідкам, колегам і місцевому населенню. Ні за яких обставин не слід проводити дії з документування, якщо ви не можете дотримуватись принципу “Не нашкодь”. Якщо під час роботи з документування вам було завдано шкоди, ви повинні негайно повідомити про це і спробувати усунути будь-яку заподіяну шкоду.

Як мінімум, принцип “Не нашкодь” передбачає усвідомлення питань безпеки, конфіденційності, здоров'я та інших подібних переживань потерпілих і свідків, а також вжиття заходів для запобігання та пом'якшення будь-якої потенційної шкоди, якої вони можуть зазнати. Особливу увагу слід приділяти тим, хто є особливо вразливим, включно з дітьми та потерпілими від сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом (“СНПК”).

Умова “Не нашкодь” повинна бути керівною для всієї діяльності, включно з будь-яким рішенням виїхати на місце злочину, всім збором інформації, будь-якої взаємодії з особами, пов'язаними з цією подією, або потенційними свідками, а також у веденні всіх записів. Наприклад, фахівці мають уникати потрапляння на місце злочину (коли це можливо), якщо безпека не гарантується компетентними органами, зокрема через розмінування.¹

Для отримання додаткової інформації щодо проведення оцінки ризику та зменшення ризиків відповідно до принципу “Не нашкодь” *див.* розділ 6.1

1.2 ДОТРИМУЙТЕСЬ БАЗОВИХ СТАНДАРТІВ

Переконайтеся, що ваші діяння та діяння ваших колег відповідають чіткому набору базових стандартів етичної поведінки та професіоналізму протягом усього процесу планування та документування.

Фахівцям рекомендується розробити процедуру документування для регулювання та забезпечення того, щоб діяльність всіх осіб, які документують міжнародні злочини, відповідала базовим стандартам, що стосуються етичної та професійної поведінки. Це повинно охоплювати забезпечення того, щоб, як мінімум:

- Процес документування добре спланований і реалізований;
- Будь-яке рішення про відвідування місця злочину приймалося з обережністю і належним урахуванням ризиків;
- Будь-який збір інформації, який є вкрай необхідним в таких обставинах супроводжується належним веденням записів;
- Будь-яка взаємодія з особами, що мають відношення до події, або потенційними свідками проводиться тільки після проведення відповідної оцінки ризиків; та

¹ Додаткові вказівки *див.* розділ 5.3.1.3 нижче.

- Діяльність з документування піддається перевірці, є точною, незалежною та неупередженою.

Невиконання цих вимог може підірвати життєздатність майбутніх судових розглядів і правосуддя в цілому.

1.2.1 Фіксуйте, збирайте та зберігайте всю інформацію

Ніколи не ігноруйте і не відкидайте інформацію (як обвинувальну, так і виправдувальну), яка здається важливою, продовжуючи розглядати всі можливі результати. На ранніх стадіях процесу документування неможливо повністю передбачити, що може бути важливим і доказовим для доведення відповідальності або вини особи. Висновки не можуть бути безпечно зроблені, доки не буде зібрана вся можлива інформація.

Будь-який збір інформації має супроводжуватися своєчасним веденням відповідних записів для захисту її цілісності та можливості використання в суді.² Збереження всієї інформації вимагає, щоб вона не була пошкоджена, не псувалася і не забруднювалася, а також була захищена для використання в судовому процесі. Окрім об'єктивного підходу, це вимагає впровадження системи відповідального зберігання всієї фізичної, документальної та цифрової інформації. (див. розділ 4.2.2).

1.2.2 Підтримуйте впорядковану систему документування кроків та результатів (особливо ланцюжок зберігання)

Забезпечити, щоб вся інформація оброблялася, зберігалася та реєструвалася відповідно до найкращих міжнародних практик. Належний збір інформації ґрунтується на: (i) впровадженні ланцюга зберігання; (ii) збереженні інформації; та (iii) точності в ідентифікації та маркуванні.³

Найкращі міжнародні практики вимагають, як мінімум, надійної та безпечної системи зберігання, що передбачає комплексну процедуру контролю за зберіганням; набір обладнання та папки для документування; план документування; а також оцінку ризиків та стратегію. Будь-яке відхилення від основних принципів фіксування, обробки та збереження інформації створює підстави для сумнівів у їхній цілісності або навіть для їхнього виключення з будь-якого майбутнього судового процесу. Крім того, потрібно фіксувати кроки, зроблені під час процесу документування, та отримані результати, зокрема причини та умови збору матеріалів, аналітичні висновки та будь-яку іншу непряму інформацію.

² МКЧХ, Керівні принципи розслідування порушень міжнародного гуманітарного права: Право, політика та належна практика, пп. 141, 143-145. Вказівки МКЧХ є більш корисним інструментом для уповноважених державою слідчих органів і зосереджені на розслідуванні можливих порушень міжнародного гуманітарного права та воєнних злочинів. Однак вони можуть бути корисними для розслідувань інших заборонених діянь, таких як геноцид і злочини проти людяності, а також можуть бути корисними для інших суб'єктів, окрім державних органів. Зокрема, Керівні принципи 7-11 стосуються стандартів, що застосовуються до кримінальних розслідувань під час збройних конфліктів.

³ МТКЮ, "Посібник МТКЮ з напрацьованої практики" (UNICRI Publisher 2009) ("Посібник МТКЮ з напрацьованої практики"), п. 31.

Як мінімум, ланцюг зберігання передбачає: належний опис джерела інформації; правильне маркування інформації; фіксацію її вилучення з місця походження, зберігання та переміщення до моменту передачі відповідним органам, зокрема дані про осіб, які надали, обробляли та зберігали інформацію; фіксацію мети, з якою оброблялася інформація.⁴

Для отримання додаткової інформації *див.* розділи 4 та 5.

1.2.3 Пам'ятайте про власні внутрішні правила

Фахівці повинні впровадити внутрішні правила для забезпечення професіоналізму та дотримання базових стандартів, яких необхідно дотримуватися протягом усього процесу збору інформації/документування.

Вони повинні відображати, як мінімум, найкращі міжнародні практики та враховувати відповідні норми Кримінального процесуального кодексу України (“КПК”) та Кримінального кодексу України (“ККУ”), якщо це можливо. Фахівці-практики повинні пам'ятати про це протягом усього процесу збору інформації, щоб забезпечити достовірність, точність і надійність зібраної інформації. Це забезпечить постійне дотримання мінімальних стандартів, і захистить вас, і цілісність процесу документування від подальшої критики.

1.3 ЗБЕРІГАЙТЕ НЕУПЕРЕДЖЕНІСТЬ ТА ОБ'ЄКТИВНІСТЬ

Зберігайте неупередженість та об'єктивність протягом усього процесу документування. Ваша роль полягає не в тому, щоб стати на чийсь сторону в конфлікті, а в тому, щоб задокументувати надійну інформацію, яка вказує на вчинення міжнародних злочинів усіма сторонами.

Завжди зберігайте неупередженість при документуванні потенційного злочину. Відокремлюйте свою думку від того, куди вас веде інформація. Ніколи не допускайте, що інформація без перевірки є точною, і завжди піддавайте сумніву свої власні припущення. Переконайтеся, що ви не “ведете” свідків при проведенні опитувань, а замість цього задаєте відкриті питання, які дозволяють потерпілим і свідкам вільно давати свої показання.

Неупередженість і об'єктивність під час документування необхідні для сприяння правосуддю, зміцнення легітимності вашого процесу документування⁵ і боротьби з кампаніями пропаганди і дезінформації.⁶

⁴ Ф. Д'Алессандра та ін., “Посібник з документування громадянським суспільством серйозних порушень прав людини: Принципи та найкращі практики” (Public International Law & Policy Group (“PILPG”) 2016) (“Посібник PILPG”), с. Посібник PILPG, с. 36.

⁵ Н. Любел, Дж. Пеіч, С. Сімонс, “Керівництво з розслідування порушень МГП: право, політика та належна практика” (2019) (“Любелл та ін., “Керівництво з розслідування порушень МГП””), п. 27

⁶ Любелл та ін., “Керівництво з розслідування порушень МГП”, п. 28

1.3.1 Зосередьтеся на фактичній інформації, а не на законі чи власній думці

Процес документування має ґрунтуватися на фактах. Слід уникати передчасних оцінок того, що може розкрити інформація.

Діяльність з документування, що ґрунтується на фактах, гарантує, що буде розкрита правда про те, що сталося, а не упереджене бачення, засноване на упередженому уявленні фахівців про те, що могло статися. Це дасть фахівцям чітке уявлення про те, яка інформація може зрештою стати доказом, а також про її точну релевантність і доказову цінність. Це захистить вас і цілісність процесу від будь-яких подальших скарг.

1.4 ЗНАЙТЕ СВОЇ МЕЖІ

Якщо ви вважаєте, що не володієте достатньою компетенцією, вам слід утриматися від виконання цього завдання і звернутися за консультацією до відповідно кваліфікованих осіб.

Ця рекомендація особливо актуальна для дій, які вимагають спеціальних знань або підготовки, включно з потраплянням на місце злочину та обробкою інформації, виявленої на місці злочину (наприклад, балістична чи інша криміналістична інформація), або опитування дітей або особливо вразливих потерпілих/свідків, включно з потерпілими від сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом. Здійснення таких дій без необхідної компетенції може перешкоджати загальному документуванню вчинення міжнародних злочинів, а також потенційно завдати шкоди вам, **потерпілим і свідкам, колегам і місцевим громадам.**

1.5 ЗАБЕЗПЕЧТЕ ІНФОРМОВАНУ ЗГОДУ

Отримуйте інформовану згоду потерпілих і свідків на проведення будь-яких дій з документування.

Зокрема до того, як вони будуть опитані, сфотографовані, направлені до будь-якої служби підтримки або їхня інформація буде записана або передана третім особам.⁷ Якщо потерпілий або свідок не дають інформованої згоди, ви **НЕ ПОВИННІ НАМАГАТИСЯ ЗБИРАТИ У НИХ ІНФОРМАЦІЮ ТА ПОВИННІ ПРИПИНИТИ БУДЬ-ЯКУ ПОТОЧНУ ВЗАЄМОДІЮ.** Цей принцип застосовний до всіх етапів документування і є постійною і базовою вимогою.

Для отримання додаткової інформації *див.* розділ 6.2.

⁷ Посібник PILPG, с. 23

1.6 ЗАБЕЗПЕЧТЕ КОНФІДЕНЦІЙНІСТЬ ІНФОРМАЦІЇ І ЗАХИСТ СВІДКІВ І ДЖЕРЕЛ

1.6.1 Конфіденційність

Принцип конфіденційності вимагає від фахівців-практиків захищати зібрану інформацію.

Щоб зберегти конфіденційність, ви маєте захищати не тільки інформацію, яку ви збираєте про потерпілих / свідків на всіх етапах процесу документування, а й захищати їхню приватність.⁸ Це важливий засіб, щоб уникнути ризиків для безпеки та захисту, вторинної і повторної віктимізації, залякування, відплати і помсти, а також стигматизації.⁹

Тим не менш, існують обмеження щодо конфіденційності (наприклад, розкриття інформації міжнародним слідчим/прокурорам або судам часто означає, що згодом вона буде розкрита будь-якому відповідному підозрюваному/обвинуваченому), що має бути чітко роз'яснено потерпілим або свідкам, і їхня інформована згода на продовження процесу має бути отримана.¹⁰

Для отримання додаткової інформації *див.* розділ 6.4.

1.6.2 Захист

Безпека і захист потерпілих і свідків повинні бути в центрі вашої уваги протягом усього процесу документування. У рамках принципу забезпечення захисту потерпілих і свідків слід завершити оцінку ризиків і вжити заходів щодо задоволення медичних, психологічних потреб потерпілих або потреб у сфері безпеки.

Потерпілим і свідкам мають бути надані варіанти надання допомоги та підтримки. Фахівцям-практикам доступна низка заходів захисту, включно з перенаправленням до необхідних експертів і допоміжних структур, особливо в тих випадках, коли потерпілі або свідки потребують термінової медичної або психологічної допомоги.

Для отримання додаткової інформації *див.* розділ 6.1.4.

1.6.3 Захист з урахуванням гендерних особливостей

Гендер – це соціальний конструкт, який різниться всередині та між суспільствами. Гендер “позначає ознаки статі та соціальні конструкти та критерії для визначення чоловічої та жіночої приналежності, включно з ролями, поведінкою, діяльністю та атрибутами”.¹¹ Враховуйте гендерну проблематику у всій вашій документації та слідчих

⁸ Посібник PILPG, с. 24.

⁹ Директива 2012/29/EU Європейського парламенту і Ради від 25 жовтня 2012 р., що встановлює мінімальні стандарти щодо прав, підтримки та захисту потерпілих від злочинів і замінює рамкове рішення 2001/220/JHA Ради, преамбула, п. 54, стаття 21.

¹⁰ Посібник PILPG, с. 28-29.

¹¹ Офіс прокурора МКС, “Політика щодо злочинів, пов’язаних із переслідуванням за ознакою статі” (грудень 2022 р.), с. 3.

діях, щоб зрозуміти різницю в статусі, владі, ролях, потребах між чоловіками, жінками і небінарними особами, а також загальний вплив, який має гендер.¹²

Не всі наслідки, пов'язані з впливом гендеру будуть мати сексуальний характер або будуть очевидні відразу, проте вам слід зробити кроки для виявлення і вивчення всіх гендерних наслідків злочину і конфлікту. Наприклад, такі злочини, як поневолення, переслідування, депортація або насильницьке переміщення населення, катування, вбивства або моріння голодом, можуть мати гендерний елемент, заснований на конкретному фокусі на жінках, дівчатах, чоловіках і/або хлопцях або через відмінності в статусі, владі, ролях і потребах чоловіків і жінок в конкретному контексті.¹³

Усвідомлюйте гендерно обумовлені проблеми в захисті потерпілих і свідків міжнародних злочинів, включно з територіями, тимчасово контрольованими Російською Федерацією. Зокрема, при взаємодії з потерпілими і свідками злочинів СНПК важливо стежити за ознаками травми і направляти потерпілих і свідків у відповідні медичні та психологічні служби.

Потерпілі від злочинів СНПК також можуть відчувати особливі побоювання, пов'язані зі збором їх показань. Враховуйте побажання потерпілих або свідків щодо статі/гендеру людини, що проводить опитування і місця проведення будь-якого опитування, щоб забезпечити відокремлене і безпечне місце, де потерпіла особа буде відчувати себе комфортно.

Для отримання додаткової інформації про збір інформації про злочини СНПК *див.* розділ 7.

ЧАСТИНА ДРУГА: РОЗУМІННЯ МІЖНАРОДНОГО ПРАВА

У другій частині подано огляд матеріального міжнародного права, що застосовується в Україні:

- У **другому розділі** представлено огляд міжнародного гуманітарного права (“МГП”), міжнародного права прав людини (“МППЛ”) та міжнародного кримінального права (“МКП”) для роз'яснення того, які правові режими застосовні до різних збройних конфліктів в Україні.
- У **третьому розділі** викладено елементи, необхідні для побудови справи щодо міжнародних злочинів, а саме: контекстуальні/загальні елементи, елементи індивідуальних діянь, психічні елементи та способи притягнення до кримінальної відповідальності. Зосереджуйтеся на злочинах проти людяності, воєнних злочинах, актах геноциду та злочині агресії, які могли мати місце в Україні, цей розділ

¹² Офіс Прокурора МКС, “Програмний документ щодо сексуальних та гендерно-обумовлених злочинів” (червень 2014) (“Програмний документ МКС щодо сексуальних та гендерно-обумовлених злочинів 2014”), с. 1.

¹³ *Див. напр.,* Програмний документ МКС щодо сексуальних та гендерно обумовлених злочинів 2014, с. 1.

викладає матеріальне право, що міститься в Кримінальному кодексі України та міжнародному праві, надає відповідні тематичні дослідження та приклади, а також містить запитання для практиків та приклади доказів, що стосуються України.

2 ВСТУП ДО МГП, МППЛ І МКП

У листопаді 2013 р., у відповідь на заяву тодішнього президента України Віктора Януковича про припинення переговорів про торгівлю та асоціацію з Європейським Союзом (“ЄС”) і рішення відновити економічні зв’язки з Росією,¹⁴ почалися багатомісячні протести (відомі як “Євромайдан”), які тривали до лютого 2014 р..¹⁵ Незабаром після цього російські війська вторглися в Автономну Республіку Крим (“Крим”), відрізали її від материкової частини України, блокували дислоковані всередині українські військові частини і захопили кримські урядові установи, військові об’єкти і стратегічну цивільну інфраструктуру.¹⁶ Як описано нижче, Росія стала державою-окупантом в Криму принаймні з 27 лютого 2014 року.¹⁷ 16 березня 2014 р. відбувся референдум (проведений всупереч Конституції України¹⁸ та зі значними порушеннями на виборах)¹⁹ про статус Кримського півострова України, на якому, за даними Росії, більше 95% учасників проголосували за відділення Криму від України.²⁰ Згодом 18 березня 2014 р. було підписано “Договір про приєднання Республіки Крим до Російської Федерації” (“Договір про приєднання”).²¹

¹⁴ Aljazeera, “Україна відмовляється від планів ЄС і дивиться на Росію”, 21 листопада 2013 р.; BBC, “Профіль України – Хронологія”, 5 березня 2020 р.; Reuters, “Хронологія: події в політичній історії України з 1991 р.”, 29 березня 2019 р.; А. Щептик, “Європейський союз і “Євромайдан” в Україні” (8-а Генеральна конференція Європейського консорціуму політичних досліджень, Університет Глазго, Глазго, 3-6 вересня 2014 р.)

¹⁵ Guardian, “Найкривавіший день в Україні: десятки загиблих, коли київські протестувальники відбивають територію у поліції”, 21 лютого 2014 р.; Amnesty International, “Україна: п’ять років після протестів на Майдані, справедливість для потерпілих осіб все ще не досягнута”, 19 лютого 2019 р.; New York Times, “Хто вбив київських протестувальників? 3-D модель містить підказки” 30 травня 2018 р.

¹⁶ Wall Street Journal, “Контрольно-пропускні пункти в Криму викликають побоювання відокремлення”, 28 лютого 2014 р. Дивіться також відео контрольно-пропускних пунктів на YouTube-каналі ТСН, “Озброєні цивільні особи встановлюють контрольно-пропускні пункти на в’їзді в Крим”, 27 лютого 2014 р.; Reuters, “Український лідер попереджає Росію після того, як озброєні люди захопили урядовий штаб в Криму”, 27 лютого 2014 р.; Інтерфакс Україна “Близько 50 озброєних людей у військовій формі захопили аеропорт Сімферополя рано вранці в п’ятницю”, 28 лютого 2014 р.

¹⁷ Див. нижче розділ 2.1.2.2.2 де наведено ознаки, необхідні для встановлення ситуації окупації.

¹⁸ Див. Конституцію України, Закон України № 254к/96-ВР, 28 червня 1996 р., ст. 73: “Питання зміни території України вирішуються виключно шляхом *всеукраїнського референдуму*”. Див. також Рішення Конституційного Суду України у справі, переданій відповідно до конституційної процедури виконуючим обов’язки Президента України, Головою Верховної Ради України та Уповноваженим Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим Про загальний-кримський референдум з Конституцією України (справа про місцевий референдум в Автономній Республіці Крим) №2-рп/2014 (14 березня 2014)

¹⁹ Виявлені порушення включають: (i) додаткові списки виборців; (ii) утиски та свавільні затримання протестуючих проти референдуму; (iii) утиски і переслідування журналістів, що намагаються повідомити про порушення; (iv) голосування на дому, організоване імпровізованим чином; і (v) присутність військових груп, які вважалися повністю або частково укомплектовані з росіян. Генеральна Асамблея ООН заявила, що референдум “не має юридичної сили”. УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні” (15 квітня 2014 р.), п. 6

²⁰ Див., наприклад, Russia Times, “Путін визнав присутність російських військовослужбовців у Криму”, 17 квітня 2014 р.; BBC, “Референдум в Криму: виборці” підтримують об’єднання з Росією”, 16 березня 2014 р.; А. Петерс, “Сенс і безглуздя територіальних референдумів в Україні і чому Референдум 16 березня в Криму не виправдовує

У період з 2014 по 2019 рік в Криму *де-факто* контрольована Росією кримська влада, за повідомленнями, затримали понад 100 осіб з політичних мотивів, піддали насильницькому зникненню щонайменше 42 людини і свавільно заарештували 47 журналістів.²² Крім того, до літа 2021 р. 25 000 осіб були примусово призвані на службу у ЗС РФ.²³ Інші порушення передбачають: примусове переміщення з Криму до Росії;²⁴ свавільний обшук приватної власності;²⁵ а також знищення і привласнення приватної власності.²⁶

Незабаром після подій у Криму ситуація на сході України почала дестабілізуватися. У Донецькій і Луганській областях²⁷ групи почали протестувати.²⁸ З 14 квітня 2014 р. в Донецьку і з 30 квітня 2014 р. в Луганську спалахнув міжнародний збройний конфлікт (“НЗК”) між Україною і сепаратистськими збройними групами Донецької народної республіки (“ДНР”) і Луганської народної республіки (“ЛНР”) (разом іменовані “Д/ЛНР”).²⁹ Починаючи з липня 2014 р. російські війська безпосередньо втручалися у події на території України, коли вони почали напади на Донбасі (наприклад, битва за Іловайськ, Донецький аеропорт, Дебальцеве і т. д.).³⁰ Між квітнем 2014 р. і підписанням угоди “Мінськ-I” у вересні 2014 р. “Д/ЛНР” захопили територію на Донбасі і зміцнили свій контроль над цими районами, які залишаються під їх контролем донині (“Д/ЛНР” отримали контроль над Дебальцевим після підписання угоди “Мінськ-II” 12 лютого 2015 р. і виходом України з цього району 18 лютого). Через свій загальний контроль над “Д/ЛНР” (див. розділ 2.1.2.3.2.2) Росія окупує ці території через проксі з 5 вересня 2014 р..³¹

На Донбасі в період з 14 квітня 2014 р. по 31 січня 2022 р. Управління Верховного комісара Організації Об’єднаних Націй з прав людини (“УВКПЛ”)³² зареєстровано 3107 випадків

зміну територіального статусу Криму відповідно до міжнародного права”, 16 квітня 2014 р.; Український тиждень, “Фальсифікації на “референдумі” в Криму: Мертві душі, каруселі та вимушений вибір”, 17 березня 2014 р.

²¹ Договір був ратифікований федеральним законом Російської Федерації № 36-ФЗ “Про ратифікацію Договору між Російською Федерацією і Республікою Крим про приєднання Республіки Крим до Російської Федерації та утворення нових суб’єктів у складі Російської Федерації” від 21 березня 2014 р., прийнятого на 349-ій (позачерговій) сесії Ради Федерації. Договір про приєднання підписаний Президентом Росії Володимиром Путіним, головою Державної Ради Республіки Крим Володимиром Константиновим, Прем’єр-міністром Республіки Крим Сергієм Аксьоновим і головою Координаційної ради зі створення Севастопольської муніципальної адміністрації Олексієм Чалим.

²² О. Виноградова (ред.), “Ситуація з правами людини в Криму за 7 років окупації” (Дім прав людини “Крим”, 2021) (“Виноградова, Ситуація з правами людини в Криму за 7 років окупації”), сс. 14-15.

²³ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 16 листопада 2019 р. по 15 лютого 2020 р.”, п. 113; Виноградова, Ситуація з правами людини в Криму за 7 років окупації, с. 23

²⁴ Крим Реаліі, “Злочин проти людяності: чому кримських ув’язнених передають Росії”, 3 серпня 2020 р.

²⁵ Виноградова, Ситуація з правами людини в Криму за 7 років окупації, с. 21.

²⁶ Українська Гельсінська спілка з прав людини (УГСПЛ), “Презентація 6-го тематичного огляду “Крим без правил”: правозахисники виявили 3984 потерпілі особи порушень прав власності в окупованому Криму”, 28 липня 2021 р.

²⁷ “Регіони” українською.

²⁸ Див., наприклад, ВВС, “Профіль України – часовий графік”, 5 березня 2020 р.

²⁹ Див. Доповідь GRC “Міжнародне право і визначення участі Росії в Криму і на Донбасі”, розділ 4.

³⁰ Див. Доповідь GRC “Міжнародне право і визначення участі Росії в Криму і на Донбасі”, розділ 4.

³¹ Див. Доповідь GRC “Міжнародне право і визначення участі Росії в Криму і на Донбасі”, розділ 4.

³² У березні 2014 р. Управління Верховного комісара Організації Об’єднаних Націй з прав людини (“УВКПЛ”) направило в Україну місію зі спостереження за дотриманням прав людини (“ММПЛ”) для оцінки та подання

загибелі цивільного населення внаслідок конфлікту та понад 7000 поранених цивільних осіб.³³ Крім того, 298 людей загинули в результаті аварії рейсу МН17 авіакомпанії Malaysia Airlines 17 липня 2014 р.³⁴ Згідно з даними, опублікованими українським урядом, до 6 липня 2021 р. в Україні в якості внутрішньо переміщених осіб (“ВПО”) було зареєстровано 1 473 650 осіб.³⁵ Авторитетні звіти вказують на те, що збройні групи “Д/ЛНР”, зокрема, умисно здійснювали напади на цивільні об’єкти, включно зі школами і найважливішими комунальними служби (наприклад, водопостачання, електропостачання, залізниця та каналізаційні споруди);³⁶ незаконними та свавільними затриманнями;³⁷ викраденнями та насильницькими зникненнями;³⁸ катуваннями і жорстоким поводженням із затриманими цивільними особами,³⁹ що в деяких випадках призводило до смертельних наслідків;⁴⁰ сексуальним насильством;⁴¹ примусовою працею;⁴² відмовою у доступі до правової допомоги;⁴³ і утриманням під вартою без зв’язку із зовнішнім світом.⁴⁴ Докази також вказують на причетність українських правоохоронних органів,⁴⁵ Збройних Сил України

доповідей про ситуацію з правами людини та надання підтримки Уряду України у просуванні та захисті прав людини. В рамках своєї роботи ММПЛ готує щомісячні Доповіді з описом стану справ в області прав людини і виносить рекомендації. Див., УВКПЛ, “Доповіді про ситуацію з правами людини в Україні”.

³³ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 1 серпня 2021 р. по 31 січня 2022 р.” (28 березня 2022 р.), п. 31

³⁴ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 1 серпня 2021 р. по 31 січня 2022 р.” (28 березня 2022 р.), п. 31; УВКПЛ, “Відповідальність за вбивства в Україні з січня 2014 р. по травень 2016 р.”, пп. 32, 60

³⁵ Міністерство соціальної політики України, “Зареєстровано 1 473 650 внутрішньо переміщених осіб”, 6 липня 2021 р.; Управління організації Об’єднаних Націй з координації гуманітарних питань (УКГП), “Огляд гуманітарних потреб: Україна” (лютий 2021 р.), с. 38, зноска 102. За даними УКГП, інші ВПО, зареєстровані українським урядом, проживають на територіях, не підконтрольних уряду, але регулярно перетинали “лінію зіткнення” з контрольованими урядом районами (до пандемії Covid-19), щоб отримати доступ до пенсій і соціальних допомог (які доступні тим, хто отримав статус ВПО).

³⁶ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні” (15 липня 2014 р.), п. 5; Хьюман Райтс Вотч, “Навчання під вогнем: напади на школи, військове використання шкіл під час збройного конфлікту на сході України” (11 лютого 2016 р.); Рада Європи, “Засоби правового захисту від порушень прав людини на українських територіях, не підконтрольних владі” AS/Jur (2016) 25 (6 вересня 2016 р.), п. 26.

³⁷ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 16 листопада 2016 р. по 15 лютого 2017 р.” (15 Березня 2017 р.) (“Доповідь УВКПЛ від 15 березня 2017 р.”), пп. 45-47; УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 16 травня по 15 серпня 2019 р.” (17 вересня 2019) (“Доповідь УВКПЛ від 17 вересня 2019 р.”), пп. 50-52; Доповідь УВКПЛ від 12 березня 2020 р., п. 64; Доповідь УВКПЛ від 11 березня 2021 р., пп. 52-56

³⁸ УВКПЛ, Доповідь від 15 Березня 2017 р., п. 40; УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 16 травня по 15 Серпня 2017 р.” (12 Вересня 2017 р.) (“Доповідь УВКПЛ від 12 вересня 2017 р.”), пп. 47, 51; УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 16 травня по 15 серпня 2018 р.” (19 вересня 2018 р.) (“Доповідь УВКПЛ від 19 вересня 2018 р.”), п. 55; УВКПЛ, Доповідь від 12 березня 2020 р., п. 64 та Додаток I, п. 12

³⁹ УВКПЛ, Доповідь від 15 березня 2017 р., пп. 47-49; УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 16 лютого по 15 травня 2017 р.” (13 червня 2017 р.) (“Доповідь УВКПЛ від 13 червня 2017 р.”), пп. 55-56; УВКПЛ, Доповідь від 22 вересня 2020 р., пп. 61-63.

⁴⁰ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні” (15 лютого 2017 р.), п. 56

⁴¹ УВКПЛ, “Сексуальне насильство, пов’язане з конфліктом в Україні з 14 березня 2014 р. по 31 січня 2017 р.” (16 лютого 2017 р.) (“Доповідь УВКПЛ по СНПК від 16 лютого 2017 р.”), пп. 89-97; УВКПЛ, Доповідь від 22 вересня 2020 р., п. 61

⁴² Доповідь УВКПЛ від 17 вересня 2019 р., п. 54.

⁴³ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні” (15 травня 2018 р.), п. 74

⁴⁴ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 16 серпня по 15 листопада 2017 р.” (12 грудня 2017 р.), пп. 41, 54; УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні” (15 серпня 2018 р.), пп. 54, 58.

⁴⁵ УВКПЛ, Доповідь від 15 березня 2017 р., пп. 43-44; УВКПЛ, Доповідь від 13 червня 2017 р., пп. 48-52; УВКПЛ, Доповідь від 12 вересня 2017 р., пп. 55, 58, 64; УВКПЛ, Доповідь від 19 вересня 2018 р., пп. 47-48.

(“ЗСУ”) і членів добровольчих батальйонів, щодо яких є звинувачення в незаконному і свавільному затриманні;⁴⁶ жорстокому поводженні і катуванні;⁴⁷ сексуальному насильстві;⁴⁸ відмові у доступі до правової допомоги;⁴⁹ і утриманні під вартою без зв’язку із зовнішнім світом.⁵⁰

21 лютого 2022 р. Росія офіційно визнала незалежність “Д/ЛНР” і розмістила свої збройні сили в обох областях.⁵¹ Після цього Росія почала повномасштабне вторгнення в Україну 24 лютого 2022 р..⁵² Вторгнення Росії в Україну призвело до зростання кількості потерпілих серед цивільного населення і викликало найбільшу в Європі кризу біженців з часів Другої світової війни.⁵³ Наприкінці березня 2022 р. російські війська були виведені з Київської області із заявленою метою переорієнтації на Донбас, залишивши після себе зруйновані населені пункти і зростаючі свідчення звірств проти мирних жителів.⁵⁴ Вторгнення отримало широке міжнародне засудження, і різні організації почали вимагати або припинення бойових дій, або повного виведення збройних сил Російської Федерації (“ЗС РФ”) з України.⁵⁵

Враховуючи цей контекст, в цьому розділі буде представлений огляд різних міжнародно-правових режимів, застосованих до конфлікту в Україні. Більш конкретно, в ньому буде обговорюватися наступне:

- **2.1 Міжнародне гуманітарне право:** розуміння класифікації збройних конфліктів, основоположних принципів МГП та порушення МГП.

⁴⁶ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 1 грудня 2014 р. по 15 лютого 2015 р.” (15 лютого 2015 р.), пп. 42-44; УВКПЛ, Доповідь від 13 червня 2017 р., пп. 38-39; УВКПЛ, Доповідь від 17 вересня 2019 р., пп. 46-48; УВКПЛ, Доповідь від 12 березня 2020 р., п. 60; УВКПЛ, Доповідь від 11 березня 2021 р., пп. 48-49.

⁴⁷ УВКПЛ, Доповідь від 15 березня 2017 р., пп. 42-44; УВКПЛ, Доповідь від 19 вересня 2018 р., пп. 47-48; УВКПЛ, Доповідь від 12 березня 2020 р., п. 62. Однак в останніх доповідях УВКПЛ відзначило “Загальне скорочення числа випадків катування і жорстокого поводження, пов’язаних з конфліктом, за останні роки”. (Див. Доповідь УВКПЛ від 11 березня 2021 р., п. 50).

⁴⁸ Доповідь УВКПЛ по СНПК від 16 лютого 2017 р., пп. 68-77, 81.

⁴⁹ УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні з 16 серпня по 15 листопада 2017 р.” (12 грудня 2017 р.) (“Доповідь УВКПЛ від 12 грудня 2017 р.”), пп. 50, 51, 56; УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні” (12 грудня 2019 р.) (“УВКПЛ, Доповідь від 12 грудня 2019 р.”), п. 50; УВКПЛ, Доповідь від 12 березня 2020 р., п. 61; УВКПЛ, Доповідь від 11 березня 2021 р., п. 49.

⁵⁰ УВКПЛ, Доповідь від 12 грудня 2017 р., пп. 37-38; УВКПЛ, Доповідь від 12 березня 2020 р., п. 60.

⁵¹ NPR, “Чому Луганськ і Донецьк є ключем до розуміння останньої ескалації в Україні”, 22 лютого 2022 р.; CNN, “Рада Федерації Росії дає згоду Путіну на використання збройних сил за кордоном, повідомляють російські агентства”, 22 лютого 2022 р..

⁵² CNN, “Росія нападає на Україну”, 24 лютого 2022 р..

⁵³ BBC, “Війна в Україні на картах: відстеження російського вторгнення”; Evening Standard, “Що таке програма “Будинки для біженців в Україні і як податись?”, 14 березня 2022 р.; El País, “Масовий від’їзд українців може стати найбільшою кризою біженців в Європі з часів Другої світової війни”, 3 березня 2022 р..

⁵⁴ Reuters, “Україна претендує на контроль над київськими регіонами, в той час як Росія дивиться на схід”, 3 квітня 2022 р.

⁵⁵ Al Jazeera, “Повний текст резолюції ГА ООН проти вторгнення в Україну”, 3 березня 2022 р.; Україна проти Російської Федерації, Наказ, 23 березня 2022 р.; Рада Європи, “Наслідки агресії Російської Федерації проти України, Думка”, 15 березня 2022 р.

- **2.2 Міжнародне право прав людини:** розуміння рамок МППЛ, коли виникають зобов'язання відповідно до МППЛ, основні засоби захисту відповідно до МППЛ та різниця між МППЛ та МКП.
- **2.3 Міжнародне кримінальне право:** розуміння різниці між міжнародними та національними злочинами, розслідування та судове переслідування міжнародних злочинів, розслідування та судове переслідування елементів міжнародних злочинів.

2.1 МІЖНАРОДНЕ ГУМАНІТАРНЕ ПРАВО

МГП, також відоме як право війни, являє собою звід законів, спрямованих на обмеження наслідків збройного конфлікту в гуманітарних цілях.⁵⁶ Він застосовується тільки під час збройних конфліктів, включно із ситуацією окупації.⁵⁷

2.1.1 Структура МГП

Договори по МГП:

- регулюють спосіб нанесення шкоди або ушкоджень ворогові, тобто ведення бойових дій,⁵⁸ наприклад, шляхом заборони ряду негуманних методів нейтралізації противника,⁵⁹ і
- захищають цивільне населення і тих, хто більше не бере участі в конфлікті,⁶⁰ забороняючи умисні напади на цивільне населення.⁶¹

Ці дві гілки, засновані на договорах, перетинаються і доповнюються з великим масивом звичаєвого МГП,⁶² яке має обов'язкову силу для держави, незалежно від того, чи має вона договірне зобов'язання щодо того самого питання чи ні.⁶³

⁵⁶ МКЧХ, "Що таке міжнародне гуманітарне право?", липень 2004 р., с. 1.

⁵⁷ Застосовність обумовлена наявністю фактичних обставин, незалежно від будь-яких формальностей, таких як оголошення війни. Критерії визначення існування збройного конфлікту *див.* М. Сассолі, *Міжнародне гуманітарне право: правила, протиріччя і вирішення проблем, що виникають в ході війни* (Edward Elgar 2019) ("Сассолі МГП"), с.с. 169, 176, 180, 183.

⁵⁸ У 1899 і 1907 роках в Гаазі були проведені дві конференції, на яких була прийнята низка конвенцій. Н. Мельцер, *Міжнародне гуманітарне право: загальне введення* (МКЧХ, 2016) ("МГП Мельцера"), сс. 79-80.

⁵⁹ *Див. наприклад, Додатковий протокол I, Стаття 35(2); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 70.*

⁶⁰ У 1949 році були прийняті чотири Женевські конвенції (ЖК). ЖК I-III в першу чергу стосуються поведінки з полеглими солдатами в різних сценаріях: конфлікт на землі (ЖК I), конфлікт на морі (ЖК II) і військовополонені (ЖК III). Їх правила відображають коріння МГП, а саме захист солдатів. ЖК IV стосується захисту цивільних осіб під час війни. Під час Другої світової війни захист, передбачений Гаазькими правилами, був визнаний недостатнім для захисту цивільного населення, що призвело до прийняття ЖК IV в 1949 році. Всі чотири Женевські конвенції є універсально ратифікованими і не мають жодних застережень. Примітно, що третя Стаття в чотирьох конвенціях ідентична. У той час як Женевські конвенції майже виключно стосуються війни між державами, Загальна Стаття 3 є єдиним положенням, застосовним до неміжнародних збройних конфліктів, і захищає осіб, які не беруть активної участі у військових діях, від будь-якого насильства щодо життя особи, захоплення заручників, посягання на гідність, довільного винесення смертного вироку і відмови у захисті. Женевські конвенції доповнюються трьома додатковими протоколами, що стосуються захисту потерпілих осіб міжнародних збройних конфліктів (ДП I 1977 р.) і неміжнародних збройних конфліктів (ДП II 1977 р.), а також прийняттям додаткової емблеми МКЧХ з червоним кришталем, який позбавлений будь-якої релігійної і культурної конотації в порівнянні з Червоним Хрестом і Червоним Півмісяцем (ДП III 2005 р.). *Див. також, Мелцер МГП, с. 17*

⁶¹ ДП I, Статті 48, 51(2); ДП II, Стаття 13; МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 1.

2.1.2 Класифікація збройних конфліктів

МГП проводить розрізнення між міжнародними та неміжнародними збройними конфліктами. Класифікація конфлікту також повинна бути встановлена, щоб знайти особу, відповідальну за воєнні злочини відповідно до Римського статуту та українського кримінального законодавства (див. розділ 3.1.2).

2.1.2.1 Неміжнародний збройний конфлікт

Неміжнародний збройний конфлікт (“НЗК”) стосується “тривалого збройного насильства між урядовою владою і організованими збройними групами або між такими групами всередині держави”.⁶⁴ Застосовне МГП містить загальну статтю 3 Женевських конвенцій, Додатковий протокол II і всі відповідні норми звичаєвого МГП. Для встановлення воєнних злочинів, зазначених у статтях 8(2)I і 8(2)(e) Римського статуту, повинен існувати НЗК (див. розділ 3.1.2).

Для встановлення існування НЗК повинні бути виконані дві умови: (i) недержавні збройні групи, залучені в конфлікт, мають бути досить **організовані**;⁶⁵ і (ii) бойові дії повинні були досягти певного рівня **інтенсивності**,⁶⁶ що може бути встановлено, якщо, серед іншого,

⁶² В рамках своєї місії з сприяння МГП, МКЧХ веде добірку звичаєвого МГП, зводячи усталену практику в пронумеровані правила, супроводжувані коментарями, а також добірку відповідної практики. Це керівництво взято в якості основного джерела звичаєвих норм в МГП.

⁶³ Звичаєве право - це набір правил, що походять з послідовної поведінки держав (“практика держав”), що діють з щирого переконання, що закон - на відміну, наприклад, від ввічливості або політичних переваг - вимагає від них діяти таким чином (“*opinio juris*”). *Континентальний шельф Північного моря, рішення*, Звіти МСС 1969, с. 3 (“*Рішення по континентальному шельфу Північного моря*”), пп. 71-74, 77. Див. також, Сасолі МГП, с. 46.

⁶⁴ *Прокурор проти Тадіча*, IT-94-1, *Рішення по проміжній апеляції*, 2 жовтня 1995 р. (“*Рішення по проміжній апеляції у справі Тадіча*”), п. 70; *Прокурор проти Тадіча*, IT-94-1-T, *Думка і Рішення*, 7 травня 1997 р. (“*Рішення по проміжній апеляції у справі Тадіча*”), п. 562; *Прокурор проти Харадінай та ін.*, IT-04-84-T, *Судове рішення*, 3 квітня 2008 р. (“*Рішення суду у справі Харадінай та ін.*”), п. 37. Див. також Українське військово керівництво, яке визначає НЗК як “тривалі та інтенсивні збройні сутички на території держави між урядовими збройними силами та організованими збройними формуваннями або між організованими збройними формуваннями”: “*Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних силах України*”, 2018 рік, розділ 2, п. 40. Законопроекти 2689 і 7290 визначають НЗК як “тривалі і такі, що досягають мінімального рівня інтенсивності, збройні сутички на території держави між урядовими силами (включаючи збройні сили та інші державні військові формування) та одним або декількома озброєними формуваннями (групами), які демонструють мінімальний рівень організації, або між такими формуваннями (групами)”: Законопроект 2689, с. 436, прим. 1; Проект Закону 7290, с. 436, прим. 1.

⁶⁵ *Прокурор проти Онгвена*, ICC-02/04-01/15, *Рішення суду*, 4 лютого 2021 (“*Рішення суду у справі Онгвена*”), п. 2685; *Прокурор проти Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, *Рішення суду*, 8 липня 2019 (“*Рішення суду у справі Нтаганди*”), пп. 704-705; *Прокурор проти Лубанги*, ICC-01/04-01/06, *Рішення суду*, 14 March 2012 (“*Рішення суду у справі Лубанги*”), п. 537; *Прокурор проти Катанги* ICC-01/04-01/07, *Рішення суду*, 7 березня 2014 (“*Рішення суду у справі Катанги*”), п. 1186; *Прокурор проти Бемби*, ICC-01/05-01/08, *Рішення суду*, 21 березня 2016 (“*Рішення суду у справі Бемби*”), пп. 134-136; *Рішення суду у справі Харадінай та ін.*, п. 60. Див., *Прокурор проти Бошкоскі і Тарчуловські*, ICTY-04-82-A, *Апеляційне рішення*, 19 травня 2010 (“*Апеляційне рішення у справі Бошкоскі і Тарчуловські*”), пп. 19-24; *Прокурор проти Бошкоскі і Тарчуловські*, ICTY-04-82-T, *Рішення суду*, 10 липня 2008 (“*Рішення суду у справі Бошкоскі і Тарчуловські*”), пп. 199-203, *Прокурор проти Лімая та ін.*, IT-03-66-T, *Рішення суду*, 30 листопада 2005 (“*Рішення суду у справі Лімая та ін.*”), пп. 94-134

⁶⁶ Коментар Міжнародного комітету Червоного Хреста від 2020 р. до Женевської конвенції (III) Про поводження з військовополоненими (12 серпня 1949 р.) (“*Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020)*”), ст. 3, пп. 421, 455; *Римський статут Міжнародного кримінального суду* (прийнятий 17 липня 1998 р., набув чинності 1 липня 2001 р.) 2187 UNTS 3 (“*Римський статут*”), ст. 8(2)(f); *Прокурор проти Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, *Судове рішення*, 8 липня 2019 р. (“*Рішення суду у справі Нтаганди*”), п. 703; *Рішення суду у справі Тадіча*, п. 562; *Прокурор проти Акайесу*,

дотримані такі критерії: серйозність і частота нападів; тип і чисельність розгорнутих збройних сил; здатність групи контролювати територію протягом певного періоду часу; і наслідки насильства для цивільного населення.⁶⁷

Ці вимоги відрізняють НЗК від ситуацій внутрішніх потрясінь і напруженості, таких як масові заворушення або окремі і спорадичні акти насильства, які не підпадають під дію МГП.⁶⁸ Важливо відзначити, що в ситуаціях, коли кілька недержавних збройних угруповань воюють проти урядових збройних сил, недержавні збройні групи можуть, при дотриманні певних критеріїв, розглядатися сукупно для цілей оцінки інтенсивності, тобто дії всіх озброєних груп можуть розглядатися разом при оцінці того, чи критерій інтенсивності був дотриманий.⁶⁹

2.1.2.2 Міжнародний збройний конфлікт

МЗК виникає, коли одна або кілька держав вдаються до збройної сили проти іншої держави, незалежно від причини або інтенсивності.⁷⁰ Застосовне МГП охоплює всі чотири Женевські конвенції, Додатковий протокол I до Женевських конвенцій, а також всі відповідні норми

ICTR-96-4-A, Апеляційне рішення від 1 червня 2001 р. (“Апеляційне рішення у справі Акайесу”), п. 620; Прокурор проти Кордіча і Черкеза, ІСТУ-95-14/2А, Апеляційне рішення від 17 грудня 2004 р. (“Апеляційне рішення у справі Кордіча і Черкеза”), п. 341; Прокурор проти Лімая та ін., IT-03-66-Т, Судове рішення, 30 листопада 2005 р. (“Рішення суду у справі Лімая та ін.”), п. 84; Прокурор проти Бошкоскі і Тарчуловські, ІСТУ -04-82- Т, Рішення суду від 10 липня 2008 р. (“Рішення суду у справі Бошкоскі і Тарчуловські”), п. 175. Див. також, Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 р. (“Рішення суду у справі Бемби”), п. 137.; Прокурор проти Катанги, ІСС-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014 р. (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 1187; Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06, Рішення суду, 14 березня 2012 р. (“Рішення суду у справі Лубанги”), пп. 534-536, 538.

⁶⁷ Апеляційне рішення у справі Бошкоскі і Тарчуловські, пп. 19-24; Рішення суду у справі Нтаганди, пп. 716-717; Рішення суду у справі Онгвена, п. 2684; Рішення суду у справі Лубанги, п. 538; Рішення суду у справі Катанги, п. 1187; Рішення суду у справі Бемби, п. 137; Прокурор проти Аль Магді, ІСС-01/12-01/15, Рішення суду, 27 вересня 2016, п. 49; Прокурор проти Мркішча, IT-95-13/1-Т, Рішення суду, 27 вересня 2007, п. 407; Рішення суду у справі Харадіная та ін., п. 49; Женевська Академія RULAC, “Неміжнародний збройний конфлікт” (востаннє оновлено 11 вересня 2017).

⁶⁸ Рішення суду у справі Харадіная та ін., п. 38; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення про підтвердження звинувачень, 15 червня 2009 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби”), п. 231; Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06, Рішення про підтвердження звинувачень, 29 January 2007 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Лубанги”), п. 173; Прокурор проти Дордевича, ІСТУ-05-87/1-Т, Судове рішення, 23 лютого 2011 (“Рішення суду у справі Дордевича”) п. 1522; Прокурор проти Тадіча, ІСТУ-94-1-Т, Думка і рішення, 7 травня 1997 (“Рішення суду у справі Тадіча”), п. 562; Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06-2842, Рішення суду, 14 березня 2012 (“Рішення суду у справі Лубанги”), п. 538; Рішення суду у справі Бошкоскі і Тарчуловські, п. 185.

⁶⁹ Див., Рішення суду у справі Катанги, пп. 1212-1217; Рішення суду у справі Бемби, пп. 661-662; МКЧХ, “Сирія: МКЧХ і Сирійський Арабський Червоний Півмісяць продовжують надавати допомогу в умовах посилення бойових дій” (17 липня 2012). Однак, див., також: Рішення суду у справі Лубанги, п. 543: “В Ітурі і прилеглих районах Демократичної Республіки Конго одночасно стався назка збройних конфліктів за участю різних угруповань. Деякі з цих збройних конфліктів, зокрема і НКУ, супроводжувалися затяжним насильством”.

⁷⁰ Коментар Міжнародного комітету Червоного Хреста від 2020 р. до Женевської конвенції (I) Про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (укр/рос) (12 серпня 1949 р.) (“Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I (2016)”), ст. 218. Див. також Рішення по проміжній апеляції у справі Тадіча, п. 70: “збройний конфлікт виникає щоразу, коли держави вдаються до збройної сили” (підкреслено); Судове рішення у справі Онгвена, п. 2683; Рішення суду у справі Катанги, п.1173; Рішення суду у справі Бемби, п. 128. Див. також Інструкцію Міністерства оборони України “Про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних силах України” від 23 березня 2017 р.” (“Українське військово керівництво”), в якій МЗК визначається як “будь-який конфлікт між двома або більше державами з використанням збройних сил”: “Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України”, 2018 рік, розділ 2, п. 33.

звичаєвого МГП. Для встановлення воєнних злочинів, викладених у статтях 8(2)(a) і 8(2)(b) Римського статуту, докази повинні будуть встановити існування МЗК (див. розділ 3.1.2).

Застосування збройної сили включає одностороннє застосування сили однією державою проти іншої, навіть якщо остання не відповідає або не може відповісти військовими засобами.⁷¹ Це передбачає ситуацію, коли збройні сили однієї держави порушують умови договору про перебування на території держави, що приймає.⁷² Застосування сили проти збройних сил ворожої держави, застосування збройної сили, спрямованої проти території, цивільного населення / об'єктів або інфраструктури ворожої держави, буде являти собою МЗК.⁷³

Для того, щоб ситуація була прирівняна до МЗК, не потрібно, щоб застосування збройної сили між державами досягало певного рівня інтенсивності або тривалості.⁷⁴ Також не має значення, скільки потерпілих послідувало за цим або скільки військовослужбовців брало участь у конфлікті.⁷⁵ Як таке, ізольоване застосування збройної сили однією державою проти іншої або одностороннє застосування збройної сили, що не зустріло опору, все ще може прирівнюватися до МЗК.⁷⁶

МЗК може також виникнути, коли в збройному протистоянні беруть участь не військові особи, а скоріше невійськові державні утворення, як-от воєнізовані формування, прикордонники або берегова охорона, де вони беруть участь у збройному насиллі, що проявляє ті ж характеристики, що і за участю державних збройних сил.⁷⁷ Це може охоплювати агентів держави, якщо застосування сили було вчинено *де-юре* або *де-факто*

⁷¹ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна Стаття 2, пп. 269, 276; Коментар Міжнародного Комітету Червоного Хреста від 2017 р. до Женевської конвенції (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, що потерпіли корабельну аварію, зі складу збройних сил на морі (12 серпня 1949 р.) (“МКЧХ коментар до Женевської конвенції II (2017)”), Загальна Стаття 2, п. 245; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I (2016), Загальна Стаття 2, п. 223.

⁷² Резолюція 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї ООН (14 грудня 1974 р.), ст. 3. Див. також, Res RC/Res.6, Поправки до Римського статуту Міжнародного кримінального суду про злочин агресії (11 червня 2010 р.).

⁷³ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна Стаття 2, п. 257.

⁷⁴ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна Стаття 2, пп. 269-277. Див. також, Рішення по проміжній апеляції у справі *Тадіча*, п. 70: “збройний конфлікт виникає щоразу, коли держави вдаються до збройної сили” (підкреслено); *Прокурор проти Делаліча та ін.*, IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 р. (“Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*”), п. 184 (див. також п. 208); Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1173; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 128. Д. Аканде, *Класифікація збройних конфліктів: відповідні правові концепції*, у І. Вілмушрст (ред.), *Міжнародне право і класифікація конфліктів* (OUP, 2012), с. 13; Сассолі МГП, с. 170. Протилежну точку зору, згідно з якою МЗК повинен відповідати певному порогу інтенсивності, див. Асоціація міжнародного права, “Заключний звіт про значення збройного конфлікту в міжнародному праві” (2010).

⁷⁵ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, пп. 269-277; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I (2016), Загальна стаття 2, пп. 236-244 *цитуються у зносі 70* – Дайджест практики США у міжнародному праві (1981-1988), Видання III, 1993, с. 3456 (“Деякі держави, наприклад, вважають, що міжнародний збройний конфлікт, що спричинив за собою застосування Женевських конвенцій, виник після захоплення в полон всього одного військовослужбовця їх Збройних сил”); Коментар МКЧХ 1958 р. до IV Женевської конвенції, Загальна стаття 2, ст.ст. 20-21.

⁷⁶ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, пп. 275-277.

⁷⁷ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 259.

органами держави, а не приватними особами.⁷⁸ Ситуації, які є результатом помилки або дій особи з перевищенням своїх повноважень, які не схвалені державою, не будуть прирівнюватися до МЗК.⁷⁹

Нарешті, хоча немає вимоги, щоб застосування збройної сили досягало певного рівня інтенсивності, перше діяння має носити *ворожий* характер, “щоб здолати ворога або змусити його підкоритися, усунути загрозу, яку він представляє, або змусити його змінити свій план дій”.⁸⁰ Якщо держава дає згоду або прямо просить про застосування сили на своїй території іншу державу, МЗК не існуватиме за умови, що втручання залишається в межах, окреслених державою, що погодилася, і така згода не відкликається.⁸¹ Коли МЗК встановлено, МПП і відповідні права і обов’язки по ньому стають застосовними на всій території держав-учасників конфлікту.⁸²

2.1.2.2.1 *Інтернаціоналізація НЗК*

Окрім ситуації, описаної вище, коли МЗК виникає між двома або більше державами, НЗК може стати міжнародним, якщо: (i) інша держава втручається в цей конфлікт через свої війська (пряме втручання); або (ii) деякі учасники внутрішнього збройного конфлікту діють від імені цієї іншої держави (непряме втручання).⁸³

По-перше, коли держава втручається, використовуючи свої збройні сили на території іншої держави на підтримку однієї або декількох недержавних збройних груп проти місцевої влади, характер збройного протистояння між державою, що втручається, і територіальною державою є міжнародним (незважаючи на той факт, що паралельно продовжує існувати НЗК між місцевим урядом і збройною групою (групами)).⁸⁴⁸⁵

⁷⁸ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 262; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бемби*, п. 223; Рішення суду у справі *Бемби*, пп. 654–656.

⁷⁹ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 274. Цей аналіз, який включає сферу застосування міжнародного гуманітарного права, слід відрізнити від ситуації атрибуції діянь в контексті відповідальності держави, коли держава несе відповідальність за дії своїх органів з перевищенням повноважень. Див., Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 274, де відмічається: “Важливо, однак, виключити можливість включення в сферу застосування гуманітарного права ситуацій, які є результатом помилки або окремих дій, які – навіть якщо вони можуть спричинити за собою міжнародну відповідальність держави, до якої належить особа, яка вчинила акти, – не є схваленими державою. Такі дії не прирівнюватимуться до збройного конфлікту”.

⁸⁰ Дж. Гриньон, “Початок застосування міжнародного гуманітарного права: обговорення кількох проблем” (2014) 96 *Міжнародний огляд Червоного Хреста* 139, сс. 146-147: “Якою б не була природа об’єкта (об’єктів) або особи (осіб), які стають цілями, МПП, що відноситься до МЗК, застосовується, як тільки з цього “націлювання” можна зробити висновок про бажання завдати шкоди державі, проти якої застосовується збройна сила; саме це має місце на увазі під фразою “проти іншої держави”. Іншими словами, застосування сили на території іншої держави має носити ворожий характер.

⁸¹ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 292 (див. також, пп. 290-291, 293).

⁸² Апеляційне рішення у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 321; Рішення по проміжній апеляції у справі *Тадіча*, п. 70.

⁸³ *Прокурор проти Тадіча*, IT-94-1-A, Апеляційне рішення, 15 липня 1999 (“Апеляційне рішення у справі *Тадіча*”), п. 84; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 726; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2686; Рішення суду у справі *Лубанги*, п. 541; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1177; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Лубанги*, п. 209

⁸⁴ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I (2016), п. 264; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 726; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2686; Рішення суду у справі *Лубанги*, п. 541; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1177;

По-друге, коли учасники НЗК (тобто недержавна збройна група) діють від імені (тобто під “загальним контролем”) держави, що втручається, це призведе до інтернаціоналізації збройного конфлікту. У такій ситуації не буде паралельних неміжнародних і міжнародних збройних конфліктів, а тільки МЗК між державою, що втручається, і територіальною державою, навіть якщо одна з них діє через недержавну збройну групу.⁸⁶ Щоб вважатися такою, що знаходиться під “загальним контролем” держави, необхідно, щоб держава, що контролює відіграла “певну роль в організації, координації або плануванні військових дій збройної групи, на додаток до фінансування, навчання та оснащення або надання оперативної підтримки цій групі”.⁸⁷

2.1.2.2.2 *Окупація*

МЗК також охоплює ситуації окупації,⁸⁸ яка виникає, коли територія знаходиться під “ефективним контролем” армії іноземної держави, і поширюється тільки на територію, де такий контроль встановлений і може здійснюватися.⁸⁹ Це існує навіть у тому випадку, якщо окупація не зустрічає збройного опору і немає бойових дій.⁹⁰

Для встановлення того, що територія знаходиться під ефективним контролем іноземної держави, повинні бути встановлені три сукупних умови:⁹¹ (i) збройні сили держави фізично

Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Лубанги*, п. 209; Апеляційне рішення у справі *Тадіча*, п. 84; *Прокурор проти Прліча та ін.*, IT-04-74-T, Рішення суду, 29 травня 2013, вид. 3 (“Рішення суду у справі *Прліча та ін.*”), п. 525.

⁸⁵ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Стаття 3, п. 438. Зверніть увагу, це відбувається тільки тоді, коли держава втручається на стороні недержавних збройних сил проти територіальної держави. Коли держава втручається в підтримку територіальної держави проти недержавних збройних сил, конфлікт залишається неміжнародним за своїм характером. *Див. також*, Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2686.

⁸⁶ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Стаття 3, п. 440. *Див. напр.*, Апеляційне рішення у справі *Тадіча*, п. 84; *Прокурор проти Кордіча і Черкеза*, IT-95-14/2-T, Рішення суду, 26 лютого 2001 (“Рішення суду у справі *Кордіча і Черкеза*”), п. 79.

⁸⁷ Апеляційне рішення у справі *Тадіча*, п. 137. *Див. також*, Рішення суду у справі *Лубанги*, п. 541; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1178; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 130; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2687.

⁸⁸ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 (зі змінами)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), зноска 34; *Прокурор проти Гбагбо*, ICC-02/11/01/11, Рішення про підтвердження звинувачень, 12 червня 2014 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Гбагбо*”), п. 542; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Лубанги*, п. 212; Рішення по проміжній апеляції у справі *Тадіча*, п. 70.

⁸⁹ Гаазьке положення 1907 р., Стаття 42; *Правові наслідки будівництва стіни на окупованій палестинській території*, Консультативний висновок, Звіти МСС 2004, п. 136 (“*Консультативний висновок щодо будівництва стіни*”), пп. 78-79; *Воєнні дії на території Конго (Демократична республіка Конго проти Уганди)*, Рішення, Звіти МСС 2005, с. 168 (“*Рішення щодо воєнних дій*”), п. 172; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна Стаття 2, п. 336.

⁹⁰ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, пп. 318-324, особливо пп. 318-322. *Див. також*, МКЧХ, *Окупація та міжнародне гуманітарне право: Питання та відповіді* (МКЧХ, 2004).

⁹¹ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 338. *Див. також*, Ю. Дінштейн, *Міжнародне право військової окупації* (2-е видання, СУР 2019) (“Ю. Дінштейн, *Право військової окупації*”), ст.ст. 35-54; Е. Бенвеністі, *Міжнародне право окупації* (2-е вид., ОУР 2012) (“Бенвеністі, *Міжнародне право окупації*”), ст.ст. 43-51; МКЧХ, “Окупація та інші форми управління іноземною територією”, *Доповідь наради експертів* (2012), ст.ст. 16-35; *Рішення щодо воєнних дій*, п. 173: “У цій справі Суду необхідно буде переконатися в тому, що Збройні сили Уганди в ДРК були не тільки розміщені в певних місцях, але і що вони замінили Конголезький уряд своєю власною владою”. У справі *Прокурор проти Налетіліча та Мартіновіча*, IT-98-34-T, Рішення суду, 31 березня 2003 (“Рішення суду у справі *Налетіліча та Мартіновіча*”), МТКЮ також встановив такі корисні керівні принципи для визначення факту окупації: Держава-окупант повинна бути в змозі замінити окуповану владу своєю власною владою, яка в свою чергу повинна бути виведена з ладу належним чином; сили противника здалися, зазнали

присутні на іноземній території без згоди; (ii) місцева влада була або може бути позбавлена значної або повної здатності здійснювати свої повноваження; і (iii) іноземні сили в змозі здійснювати владу над відповідною територією замість місцевої влади.⁹²

Виправдання, що наводиться державою, що окупує для своєї окупації - наприклад, те, що вона "звільняє" жителів окупованої території, - не змінює юридичної класифікації ситуації як окупації.⁹³ Важливо відзначити, що класифікація території як "окупованої" не наділяє окупанта суверенітетом.⁹⁴ "Незаперечним принципом міжнародного права" є те, що одностороння анексія окупованої території окупаючою державою не має юридичної сили і вважається такою, що не має юридичної дії.⁹⁵

поразки або були виведені. У цьому відношенні райони бойових дій не можуть розглядатися як окупована територія. Однак спорадичний місцевий опір, навіть успішний, не впливає на реальність окупації; Держава-окупант має в своєму розпорядженні достатні сили або здатна направити війська в розумні терміни, щоб влада окупаючої держави стала відчутною; на території встановлена тимчасова адміністрація; Держава-окупант віддала і домагається виконання вказівок цивільним населенням.

⁹² Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна стаття 2, п. 338, 340. Див. також, Ю. Дінштейн, *Міжнародне право військової окупації* (2-е видання, СУР 2019) ("Ю. Дінштейн, *Право військової окупації*"), ст.ст. 35-54; Е. Бенвеністі, *Міжнародне право окупації* (2-е вид., ОУР 2012) ("Бенвеністі, *Міжнародне право окупації*"), ст.ст. 43-51; МКЧХ, "Окупація та інші форми управління іноземною територією", Доповідь наради експертів (2012), ст.ст. 16-35; *Рішення щодо воєнних дій*, п. 173.

⁹³ Див., Дінштейн, *Право військової окупації*, п. 105; *Рішення щодо воєнних дій*, п. 173.

⁹⁴ Ю. Араї-Такахасі, *Право окупації: наступництво і зміна міжнародного гуманітарного права та його взаємодія з міжнародним правом прав людини* (Brill | Nijhoff 2009) ("Араї-Такахасі, *Право окупації*") с. 42: "Один із загальних принципів, що лежить в основі Статті 43 Гаазьких положень, полягає в тому, що окупація воюючою стороною є нестійкою і перехідною владою, не надає суверенітету окупаючій державі"; Дінштейн, *Право військової окупації*, п. 161: "Основний принцип права військової окупації полягає в тому, що окупація не зачіпає суверенітет. Переміщений суверен втрачає володіння окупованою територією *де-факто*, але зберігає титул *де-юре* [...] За словами Л. Оппенгейма, "тут немає жодного суверенітету у владі окупаючої держави", цитуючи Л. Оппенгейм, "Правові відносини між окупаючою державою і жителями" (1917) 33 *LQR* 363, 364; Д. Флек, *Керівництво з міжнародного гуманітарного права*, с. 273: "Міжнародне право військової окупації ґрунтується на припущенні, що Держава-окупант не набуває суверенних прав на територію, а здійснює умовний і тимчасовий контроль"; *Сільська рада Бейт-Сурік проти уряду Ізраїлю*, НСЖ 2056/04, Рішення, 30 травня 2004 ("*Рішення у справі Сільської ради Бейт Сурік*"), п. 27: "Цей Суд знову і знову підкреслював, що влада військового командира за своєю суттю тимчасова, оскільки окупація воюючими сторонами за своєю суттю тимчасова".

⁹⁵ ЖК IV, У статті 47 йдеться, що Держава-окупант не може позбавити цивільне населення окупованої території захисту шляхом через нібито наявну анексію. Див. також, Додатковий протокол I, Стаття 4, п. 172; Ю. Сандос та ін. (ред.), *Коментар до додаткових протоколів від 8 червня 1977 р. до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р.* (МКЧХ, 1987) ("*Коментар до додаткових протоколів*"), Додатковий протокол I, стаття 4, п. 172. Див. також, Дінштейн, *Право військової окупації*, пп. 164-165 ("будь-яка одностороння анексія окупованої території - повністю або частково - окупаючою державою була б юридично мертвонародженою"); Араї-Такахасі, *Право окупації*, с. 44: "Принцип заборони анексії окупованої території міцно закріпився у звичаєвому праві та міжнародній судовій практиці"; Д. Флек, *Керівництво з міжнародного гуманітарного права*, с. 273: "Анексія іноземної території, безсумнівно, заборонена міжнародним правом"; Резолюція Ради Безпеки 662 (9 серпня 1990) UN Doc S/RES/662 (1990): "Постановляє, що анексія Кувейту Іраком в будь-якій формі і під будь-яким приводом не має юридичної сили і вважається недійсною". Наприклад, і Рада Безпеки ООН, і Міжнародний суд справедливості постановили, що передбачувана одностороння анексія Ізраїлем Східного Єрусалиму (окупованої території) не має ніякої юридичної сили. Див., Резолюція Ради Безпеки 252 (21 травня 1968) UN Doc S/RES/252: "всі законодавчі та адміністративні заходи і дії, вжиті Ізраїлем [...], які спрямовані на зміну правового статусу Єрусалиму, є недійсними і не можуть змінити цей статус"; Резолюція Ради Безпеки 478 UN Doc S/RES/478 (1980) (20 серпня 1980): "всі законодавчі та адміністративні заходи і дії, прийняті Ізраїлем, окупаючою державою, які змінили або мають на меті змінити характер і статус Священного міста Єрусалиму [...], є недійсними"; *Консультативний висновок щодо будівництва стіни*, п. 78: "таким чином, це були окуповані території, на яких Ізраїль мав статус окупаючої держави. Наступні події на цих територіях [...] не зробили нічого, щоб змінити цю ситуацію";

2.1.2.2.3 *Окупація через проксі*

Окрім “класичної” воєнної окупації, держава також може розглядатися як та, що окупує в ситуаціях, коли територія контролюється недержавними збройними силами, що діють від імені і контрольовані цією державою (тобто “окупація через проксі”).⁹⁶ Встановлення окупації через проксі вимагає демонстрації того факту, що держава-окупант здійснює “ефективний контроль” над оспорюваною територією. Окупація через проксі буде встановлена, коли іноземна держава здійснює непрямий “ефективний контроль” над такою територією внаслідок ефективного контролю, здійснюваного збройними силами проксі.⁹⁷ Як така, іноземна держава буде вважатися державою-окупантом за умови, що вона здійснює “загальний контроль”⁹⁸ над цими проксі-збройними силами.⁹⁹

2.1.2.3 *Характеристика збройного конфлікту в Україні*

На основі інформації, зібраної GRC в рамках свого висновку під назвою “Міжнародне право і визначення участі Росії в Криму і Донбасі”¹⁰⁰ – в якому обговорюються ситуації в Криму і на Донбасі, застосовне до кожного з них право і порушення, які відбулися в період з лютого 2014 р. по лютий 2022 р. – є підстави вважати, що з лютого 2014 р. в Україні було кілька збройних конфліктів, що накладаються.¹⁰¹ Нижче йдеться про ці конфлікти.

2.1.2.3.1 *Крим – МЗК і окупація*

Ситуація в Криму досягла критичного рівня принаймні до 27 лютого 2014 р..¹⁰² Згідно з доступною інформацією, російські війська застосували збройну силу проти України, чого було достатньо, щоб класифікувати це як МЗК. Не має значення, що Україна не чинила або

Дінштейн, *Право військової окупації*, п. 63. Верховний суд Ізраїлю також постановив, що розділовий паркан, побудований Ізраїлем на окупованій території (Юдея і Самарія), “не може бути мотивований бажанням “приєднати” території до Держави Ізраїль”. Крім того, Суд вказав, що, хоча “військовий комендант території, що знаходиться під військовою окупацією, повинен балансувати між потребами армії, з одного боку, і потребами місцевих жителів, з іншого [...], і взагалі немає місця для додаткової системи міркувань”, таких як анексія території. *Див., Рішення у справі Сільської ради Бейт Сурік*, п. 27.

⁹⁶ *Див напр., Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна Стаття 2, п. 363; Лоїзиду проти Туреччини*, заява No. 15318/89, Рішення, 18 грудня 1996, Велика палата, Європейський суд з прав людини (“Рішення у справі Лоїзиду проти Туреччини”), п. 52; *Кіпр проти Туреччини*, заява № 25781/94, Рішення, 10 травня 2001, Велика палата, Європейський суд з прав людини (“Рішення Кіпр проти Туреччини”), п. 77; *Прокурор проти Прліча та ін.*, IT-04-74-A, Апеляційне рішення, 29 листопада 2017 (“Апеляційне рішення у справі Прліча та ін.”), п. 322; Рішення суду у справі *Налетіліча та Мартіновича*, пп. 213-214; Рішення суду у справі *Блашкіча*, пп. 149-150.

⁹⁷ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I (2016), Загальна Стаття 2, п. 329; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна Стаття 2, п. 363 (*див. загалом*, Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна Стаття 2, Окупація через проксі, пп. 362-366).

⁹⁸ МКЧХ, “Окупація та інші форми управління іноземною територією”, Звіт зі зустрічі експертів (2012); Центр МГП Diakonia, “Окупація”; А. Гілдер, “Введення окупації в 21 століття: ефективне здійснення окупації через проксі” (2017) 13 *Utrecht Law Review* 1, с. 60-81; Т. Гал, “Невивчені результати Тадіча: застосовність права окупації до війни через проксі” (2014) 12 *Journal of International Criminal Justice* 1, сс. 59-80; Р. Бартелс, “Класифікація збройних конфліктів міжнародними кримінальними судами і трибуналами” (2020) 20 *International Criminal Law Review* 595, сс. 608-609.

⁹⁹ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції I (2016), Загальна Стаття 2, п. 329; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Загальна Стаття 2, п. 363.

¹⁰⁰ GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі” (13 лютого 2022).

¹⁰¹ Женевська академія, *Військова окупація України*; Женевська академія, *Неміжнародні збройні конфлікти в Україні*; Женевська академія, *Міжнародний збройний конфлікт в Україні*.

¹⁰² Женевська академія, *Неміжнародні збройні конфлікти в Україні*.

не змогла чинити збройний опір діям Росії, оскільки одностороннього застосування сили однією державою проти іншої достатньо для виконання умов МЗК.¹⁰³ Відповідно, МГП і відповідні права і обов'язки за МЗК стали застосовуватися на всій території України і Росії, принаймні, з цього часу. Одностороннє застосування Росією збройної сили, включно із захопленням ключової української інфраструктури на Кримському півострові, тривало і посилювалося в період після 27 лютого 2014 р.¹⁰⁴

З 27 лютого 2014 р. дані свідчать про те, що Росія здійснювала ефективний контроль над Кримським півостровом.¹⁰⁵ По-перше, принаймні з 27 лютого 2014 р. по сьогоднішній день,¹⁰⁶ ЗС РФ зберігають фізичну присутність в Криму без згоди українського уряду.¹⁰⁷ По-друге, з 27 лютого 2014 р. український уряд втратив свою владу над Кримом.¹⁰⁸ По-третє, Росія зайняла позицію для здійснення своєї влади над Кримом принаймні до 27 лютого 2014 р., коли вона відрізала Крим від материкової України, захопивши контроль над основними пунктами доступу на півострів,¹⁰⁹ і її війська захопили парламент і Раду міністрів Криму,¹¹⁰ що забезпечило прийняття сприятливих для Росії умов і рішень, таких як рішення про проведення “референдуму” про приєднання Криму до Росії.¹¹¹ Подальша реалізація владних повноважень у Криму очевидна з подій, що послідували, включно із російською блокадою і

¹⁰³ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), п. 256; Див. також, GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі” (2022), розділ 3 Ситуація у Криму.

¹⁰⁴ GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі” (13 лютого 2022), розділ 3 Ситуація у Криму.

¹⁰⁵ GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії в Криму та на Донбасі” (2022), розділ 3.2.

¹⁰⁶ Див. напр., Служба зовнішньої розвідки Естонії, *Міжнародна безпека та Естонія 2019* (2019) с. 30; Washington Examiner, “Росія потроїла військову присутність у Криму для “можливих наступальних операцій” проти України, йдеться у звіті розвідки” (7 серпня 2019); ГА ООН, Проблема мілітаризації Автономної Республіки Крим та міста Севастополь, Україна, а також частини Чорного та Азовського морів (3 грудня 2020) UN Doc A/75/L.38/REV.1; Європейська Безпека і Оборона, “Наскільки Росія мілітаризувала Крим?” (10 березня 2020); Новини ООН, “У зверненні до ООН Президент України засудив “агресивну експансіоністську політику Росії”” (26 вересня 2018); Інтерфакс, “Україна вітає ухвалення Генеральною Асамблеєю ООН розширеної резолюції щодо Криму” (17 грудня 2021).

¹⁰⁷ Див. напр., *Україна проти Росії (стосовно Криму) (рішення)*, заява No. 20958/14, Рішення 16 грудня 2020, Велика палата, Європейський суд з прав людини (“Україна проти Росії (стосовно Криму)”), пп. 32-66; МКС ОП, “Звіт за діяльністю щодо попередньої оцінки” (14 листопада 2016), п. 158; Українське МЗС, “Тимчасовий повірений у справах Російської Федерації в Україні Андрій Воробйов викликаний до Міністерства закордонних справ України”, 27 лютого 2014; Українське МЗС, “Заява міністра закордонних справ України” (11 березня 2014).

¹⁰⁸ Interfax.ru, “Аксёнов, лідер партії “Російська єдність”, став прем'єр-міністром Криму” (27 лютого 2014).

¹⁰⁹ *Україна проти Росії (стосовно Криму)*, п. 50.

¹¹⁰ *Україна проти Росії (стосовно Криму)*, пп. 34, 42; УВКПЛ, “Ситуація з правами людини в тимчасово окупованій Автономній Республіці Крим та місті Севастополі (Україна)” (25 вересня 2017 р.), п. 4, з посиланням на інтерв'ю, дане телеканалу “Росія” 17 квітня 2014 р. в рамках документального фільму “Крим. Шлях Додому. Документальний фільм Андрія Кондрашева”. Див. також, Президент Росії, “Пряма лінія з Путіним” (17 квітня 2014 р.): “Росія створила умови – з допомогою спеціальних збройних груп і збройних сил, я скажу це прямо”; УВКПЛ, “Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні” (15 квітня 2014 р., п. 18; Х.-Дж. Захорка (ред.), Повний текст доповіді Бориса Немцова англійською мовою: “Путін. Війна”, про участь Росії в конфлікті на Сході України і в Криму (European Union Foreign Affairs Journal, травень 2015 р.) (“Доповідь Немцова”), сс. 11 і 33; М. Кофман та ін., *Уроки з операцій Росії в Криму і Східній Україні* (RAND Corporation 2017) (“Кофман, Уроки з операцій Росії”), сс. 7-9.

¹¹¹ *Україна проти Росії (стосовно Криму)*, п. 44, цитуючи Лист Генерального прокурора України від 28 листопада 2016 р. (зноска № 10/4/1-22437-16-746 Ref.-16) [...].

захопленням ключової української інфраструктури в Криму;¹¹² підписання,¹¹³ і ратифікації¹¹⁴ “Договору про приєднання”, який формалізував *де-факто* контроль Росії над Кримом і наступну інтеграцію Криму Росією в свою національну, економічну, фінансову, кредитну і правову системи.¹¹⁵

В цілому, задовольнивши всі ознаки ефективного контролю, Росія стала державою-окупантом в Криму до 27 лютого 2014 р. Її відповідність цим критеріям триває і донині.

2.1.2.3.2 *Донбас*

2.1.2.3.2.1 *НЗК*

Є чіткі і переконливі докази того, що до 14 квітня 2014 р. в Донецьку і 30 квітня 2014 р. в Луганську були виконані обидва критерії, необхідні для встановлення наявності НЗК між Україною і недержавними збройними групами, що діють в регіоні, а саме: залучені недержавні збройні групи, (тобто “Д/ЛНР”) були досить організовані, і бойові дії досягли достатнього рівня інтенсивності.¹¹⁶

Процес, в ході якого діючі на Донбасі угруповання сформувалися в організовані збройні формування, тривав протягом декількох місяців, починаючи з березня або квітня 2014 р. Хоча не всі ознаки організації були присутні в кожній групі з початку бойових дій, групи розвинули достатню структуру, щоб діяти з плином часу, і володіли значним військовим

¹¹² Міжнародні злочини в Криму: оцінка двох з половиною років російської окупації (IPHR вересень 2016), п. 32; Інтерфакс, “Близько 50 озброєних людей у військовій формі захопили аеропорт Сімферополя рано вранці в п’ятницю” (28 лютого 2014); Укрінформ, “Озброєні люди беруть під контроль аеропорти в Криму” (28 лютого 2014); УНІАН, “У Криму ракетний катер Чорноморського флоту Росії заблокував вихід українських прикордонних кораблів”, 28 лютого 2014; KyivPost, “Бойовики захоплюють Сімферопольський телеканал, відключають 5 канал, 1+1, включають “Росію 24””, 1 березня 2014 р.; УГСПЛ, “Окупація Криму: без розпізнавальних знаків, без Імен і прикриваючись цивільними особами” (2019), с. 20. *Див. також*, Свідчення Марини Каналюк, помічника командувача ВМС України, слухання у справі Януковича на Youtube-каналі Генеральної прокуратури “Судове засідання у справі про звинувачення Януковича у державній зраді” (27 грудня 2017), 3:00-4:00

¹¹³ УВКПЛ, “Ситуація з правами людини в тимчасово окупованій Автономній Республіці Крим та місті Севастополі (Україна)” (25 вересня 2017), п. 26. Президент Росії, “Підписано угоду про приєднання Республіки Крим до Російської Федерації” (18 березня 2014) (На документі стоять підписи Президента Російської Федерації Володимира Путіна, Голови Державної Ради Республіки Крим Володимира Константинова, Прем’єр-міністра Республіки Крим Сергія Аксьонова та голови Координаційної ради зі створення Севастопольської муніципальної адміністрації Олексія Чалого).

¹¹⁴ *Україна проти Росії (стосовно Криму)*, п. 65. 21 березня 2014 р. Парламент Російської Федерації ратифікував конституційний закон “Про приєднання Республіки Крим до Російської Федерації та створення нових суб’єктів Республіки Крим та міста федерального значення Севастополя у складі Російської Федерації”. У своїй заяві про підписання Договору про приєднання Кремль вказав, що “угода заснована на вільному і добровільному волевиявленні народів Криму на загальнонаціональному референдумі”.

¹¹⁵ Президент Росії, Договір між Російською Федерацією і Республікою Крим про прийняття в Російську Федерацію Республіки Крим та утворення в складі Російської Федерації нових суб’єктів (18 березня 2014), ст. 6.

¹¹⁶ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), Стаття 3, п.п. 421, 455; Римський статут, Стаття 8(2)(f); Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 703; Рішення суду у справі *Тадіча*, п. 562; *Прокурор проти Акайесу*, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 (“Рішення суду у справі Акайесу”), п. 620; Апеляційне рішення у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 341; Рішення суду у справі *Лімая та ін.*, п. 84, Рішення суду у справі *Бошкоскі і Тарчуловські*, п. 175. *Див. також*, Рішення суду у справі *Бемби*, п. 137; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1187; Рішення суду у справі *Лубанги*, п. 534.

потенціалом, про що свідчить їхня здатність проводити військові операції проти ЗСУ і контролювати територію. Принаймні, до того часу, коли кожна з озброєних груп задовольняла організаційним вимогам, збройні групи діяли як частина коаліції¹¹⁷ і їхні дії можна було б розглядати сукупно для цілей оцінки інтенсивності.¹¹⁸

Бойові дії на Донбасі досягли необхідного рівня інтенсивності принаймні до 14 квітня 2014 р. в Донецьку і 30 квітня 2014 р. в Луганську.¹¹⁹ До цього часу в Донецьку те, що раніше було спорадичними і ізольованими актами насильства, що відбувалися під час протестів, перетворилося на збройні зіткнення.¹²⁰ У Луганську протягом квітня активних бойових дій не було. Однак той факт, що недержавні організовані збройні групи змогли контролювати територію з 28 квітня, і що український уряд визнав, що він втратив контроль над районом до 30 квітня 2014 р., були визначальними факторами при оцінці того, що поріг інтенсивності був досягнутий в Луганську.¹²¹

2.1.2.3.2.2 МЗК і окупація через проксі

Перший випадок прямого втручання Росії на територію України, який є досить підтвердженим, стався 11 липня 2014 р., коли ЗС РФ, на підтримку збройних угруповань “Д/ЛНР”, обстріляли українські сили в Зеленопіллі, Луганська область.¹²² Доказів того, що Росія безпосередньо втручалася в ситуацію в Україні з 11 липня 2014 р. по 18 лютого 2015 р., а потім шляхом направлення офіцерів ЗС РФ у збройні сили “ДНР/ЛНР” достатньо, щоб

¹¹⁷ Зокрема, в Донецьку у складі коаліції діяли такі угруповання: група Гіркіна як мінімум до 12 травня 2014 р., група Безлера як мінімум до 14 квітня 2014 р., Патріотичні сили Донбасу (батальйон “Восток”) як мінімум до 9 травня 2014 р. і батальйон “Оплот” як мінімум до 26 травня 2014 р. Див. також, GRC, Звіт “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі”, розділ 5.2.2.1 Організація.

¹¹⁸ Див. також, GRC, Звіт “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі”, розділ 5.2 Ситуація на Донбасі.

¹¹⁹ GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (13 лютого 2022), розділ 4.1.2.2.2.

¹²⁰ Див. напр., Ю. Павлік, “Місто, з якого почалася війна. Головна роль дістається...” (УГСПЛ 2019), с. 11-14; О. Харбат та ін., “Збройний конфлікт в Україні: військова підтримка незаконних збройних формувань “ДНР” і “ЛНР” Російською Федерацією” (УГСПЛ 2018), с. 8; Українська правда, “У Харцизьку “зелені чоловічки” захопили міську раду. “Регіонал” з ними” (13 квітня 2014); ОБСЄ, “Останні дані Спеціальної моніторингової місії в Україні - на основі інформації, отриманої до 20 квітня 2014 р., 20:00 (за київським часом)” (21 квітня 2014); Bellingcat, “Виявлення сепаратистів, причетних до збиття рейсу МН17” (19 червня 2019); RFI, “Київ втратив контроль над Донецьком і Луганськом” (30 квітня 2014); Указ Президента України No. 405/2014 “Про рішення Ради національної безпеки і оборони України від 13 квітня 2014 р. “Про невідкладні заходи щодо подолання терористичної загрози та збереження територіальної цілісності України” (14 квітня 2014); Українська правда, “Рада національної безпеки і оборони розпочинає масштабну антитерористичну операцію із залученням Збройних Сил-Турчинов” (13 квітня 2014); УВКПЛ, Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні (15 червня 2014); А. Майорова (ред.), “Донбас у вогні” (Prometheus 2017), с. 35;

¹²¹ Див. напр., Українська правда, “Луганськ “під контролем”: сепаратисти взяли МВС і міськраду” (29 квітня 2014); ОБСЄ, “Останні дані Спеціальної моніторингової місії в Україні - на основі інформації, отриманої до 29 квітня 2014 р., 19:00 (за київським часом)” (30 квітня 2014); Справедливість заради миру на Донбасі, “Руська весна в Станиці Луганській. Частина 1”; ОБСЄ, “Останні дані Спеціальної моніторингової місії в Україні - на основі інформації, отриманої до 29 квітня 2014 р., 19:00 (за київським часом)” (30 квітня 2014); А. Станко, “Захоплення Луганського СБУ: як почалася війна в Луганську і хто несе за це відповідальність” (Громадське, 6 квітня 2017); Дж. Павлік, “Кадіївка: назву змінено, окупація триває” (УВКПЛ, 2020), сс. 9-11, 33-34; Voanews, “Україна визнає, що втрачає контроль на Сході” (30 квітня 2014).

¹²² Див. також, GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (2022), розділ 4.1.2.3.1.2.

встановити існування МЗК між Росією і Україною від 11 липня 2014 р., що діє паралельно з НЗК між Україною і збройними силами “Д/ЛНР”.

Крім того, враховуючи повний масштаб і сукупний ефект внеску Росії в збройні угруповання “Д/ЛНР”, включно з організацією, плануванням і керівництвом їхньою військовою і політичною діяльністю, а також триваючу залежність “Д/ЛНР” від Росії в результаті її допомоги у вигляді військових поставок, навчання і економічної допомоги – і в контексті територіальних цілей Росії на Донбасі, докази чітко і переконливо встановлюють загальний контроль.¹²³ Таким чином, з липня 2014 р. НЗК між збройними групами “Д/ЛНР” і Україною (*див.* вище) перетворився через відносини загального контролю в МЗК між Росією (через збройні сили “Д/ЛНР”) і Україною.¹²⁴

Більш того, було встановлено, що з 5 вересня 2014 р. на територіях, визначених Угодою “Мінськ-I”, і з 12 лютого 2015 р. на територіях, визначених Угодою “Мінськ-II”, Росія окупувала ці території через свої проксі (збройні групи “Д/ЛНР”) через відносини загального контролю над ними.¹²⁵ Зокрема: (i) у період з березня по квітень 2014 р. збройні угруповання “Д/ЛНР” встановили фізичну присутність в Донецькій і Луганській областях без згоди України;¹²⁶ (ii) принаймні до 5 вересня 2014 р. Україна відійшла до лінії зіткнення, яка була встановлена відповідно до угоди “Мінськ-I”.¹²⁷ До цього часу Україна була нездатна здійснювати свої повноваження, про що свідчить наступне за цим залишення державними службами, органами влади та фінансування цього району;¹²⁸ (iii) до 5 вересня 2014 р. (і 18 лютого в Дебальцево) “Д/ЛНР” недвозначно здійснювали владні повноваження замість

¹²³ *Див. також*, GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (2022), розділ 4.1.2.3.2

¹²⁴ *Див. також*, GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (2022), розділ 4.1.3

¹²⁵ *Див. також*, GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (2022), розділ 4.1.3

¹²⁶ GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (2022), розділ 4.2.3.1. *Див. також*, Радіо Свобода, “Донецьк, який чинить опір” (13 травня 2019); BBC News, “Кривава бійня у Донецьку: як це було” (14 березня 2014); International Crisis Group, “Мир в Україні (III): Ціна війни на Донбасі” (2020); УВКПЛ, Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні (15 травня 2014), п. 90; В. Гусаров та інші, *Вторгнення в Україну: хроніка російської агресії* (Bright Star Publishing 2016), с. 16; В. Грицюк та інші, *Інформаційно-довідкові матеріали з хронології подій 2014-2019 років, що відбулися в Автономній Республіці Крим та під час антитерористичної операції / операції Об'єднаних сил на Сході України* (Науково-дослідний центр воєнної історії Національного університету оборони України імені Івана Черняхівського 2019), с. 4.

¹²⁷ GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (2022), розділ 4.2.3. *Див. також*, ОБСЄ, “Протокол за підсумками консультацій Тристоронньої контактної групи про спільні кроки, спрямовані на реалізацію Мирного плану Президента України Петра Порошенка та ініціатив Президента Росії Володимира Путіна” (5 вересня 2014); BBC News, “Українська криза у картах” (18 лютого 2015); Д. Аллан, “Мінська загадка: політика Заходу і війна Росії на Сході України” (Chatham House 2020); Ю. Захаров (компіляція), *Насильницькі злочини, вчинені під час збройного конфлікту на Сході України у 2014-2018 роках* (Human Rights Publisher 2018), с. 20; Рішення Уряду України No. 1085-р “Про затвердження переліку населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження, та переліку населених пунктів, розташованих на лінії розмежування” (7 листопада 2014).

¹²⁸ GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (13 лютого 2022), розділ 4.2.3.2.2. *Див. також*, Рішення Уряду України No. 1085-р “Про затвердження переліку населених пунктів, на території яких органи державної влади тимчасово не здійснюють свої повноваження, та переліку населених пунктів, розташованих на лінії розмежування” (7 листопада 2014); VoaNews, “Україна визнає, що втрачає контроль на сході” (30 квітня 2014); Рада Європи, Вербальна нота від постійного представника України (5 червня 2015).

місцевої влади.¹²⁹ Зокрема, вже з квітня/травня 2014 р. “Д/ЛНР” почали створювати паралельні урядові структури.¹³⁰

2.1.2.3.3 Російське вторгнення 24 лютого 2022 р.

Виходячи з вищевикладеного, вторгнення Росії 24 лютого 2022 р. в Україну і подальші дії в Україні відбулися в контексті конфлікту, що триває між Росією і Україною, який почався в 2014 році. Вторгнення 2022 р. призвело до різкого поширення зони бойових дій по всій Україні на міста за лінією зіткнення, включно з Києвом, Маріуполем, Одесою, Черніговом, Сумами, Харковом та іншими містами Донбасу.

2.1.3 Основоположні принципи МГП

Незалежно від характеристик збройного конфлікту (тобто чи НЗК чи МЗК), принципи розрізнення, пропорційності та обережності є основоположними для застосування МГП,¹³¹ і є наріжним каменем багатьох воєнних злочинів.¹³²

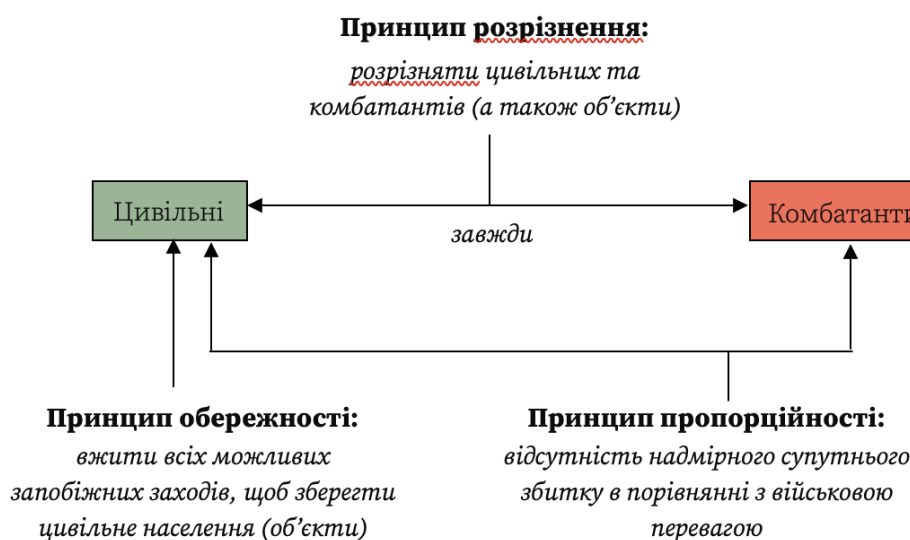


Рисунок 1: Основоположні принципи МГП

¹²⁹ GRC, “Міжнародне право та визначення участі Росії у Криму та на Донбасі” (13 лютого 2022), розділ 4.2.3.3.

¹³⁰ Див. напр., УВКПЛ, Доповідь про ситуацію з правами людини в Україні (15 червня 2014), п. 91; І. Руснак, *Біла книга про антитерористичну операцію на Сході України (2014-2016)* (Національний університет оборони України імені Івана Черняхівського 2017), сс. 20-21; Н. Мельник та ін., *Збройний конфлікт на Сході України: збитки, завдані житлу цивільного населення* (Human Rights Publisher 2019), с. 7; Г. Новікова and В. Сборщикова, “Нова влада Донбасу: Донецька республіка обрала новий уряд” (*Комсомольська правда*, 17 травня 2014); ТАСС, “Валерій Болотов обраний головою самопроголошеної Луганської народної республіки” (18 травня 2014); Ю. Захаров, “Порушення прав людини в ЛНР / ДНР. Законодавство і практика” (ХПГ 2016), с. 6; К. Сорокін, “Консолідуйся і володарюй: як працюють режими ДНР і ЛНР і куди вони йдуть” (*Carnegie Moscow Center*, 10 березня 2021); Закон ДНР “Конституція ДНР” (14 травня 2014); Закон ЛНР “Конституція ЛНР”.

¹³¹ Сассолі МГП, сс. 347, 360, 365; МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правила 1, 7, 14, 15-21.

¹³² Наприклад, серйозні/тяжкі порушення відповідно до Статті 8(2)(а)/8(2)(с) Римського статуту повинні бути вчинені проти осіб, які користуються захистом, і інші воєнні злочини засновані на цих принципах, наприклад, Римський статут, Статті 8(2)(b)(i)/8(2)(e)(i), 8(2)(b)(ii) і 8(2)(b)(ii).

Перш ніж вивчати ці принципи, необхідно зрозуміти різницю між комбатантами і цивільними особами під час збройного конфлікту.

2.1.3.1 Комбатанти/цивільні; воєнні цілі/цивільні об'єкти

МГП проводить фундаментальне розрізнення між комбатантами і цивільними особами/цивільним майном (тобто об'єктами).¹³³

2.1.3.1.1 Комбатанти і цивільні

У класичному МЗК **комбатантами** є члени збройних сил держав, що воюють,¹³⁴ або невійськові особи в групах самооборони проти загарбників.¹³⁵ Термін “комбатанти” також охоплює членів ополчень або добровольчих корпусів, що входять до складу збройних сил держави,¹³⁶ напр., Росгвардія. Це виключає медичний і релігійний персонал,¹³⁷ але передбачає всіх людей, що працюють на збройні сили, навіть якщо їхні завдання безпосередньо не пов'язані з військовою діяльністю, наприклад, ті, хто займається виробництвом і постачанням зброї, будівництвом інфраструктури.¹³⁸ Якщо вони потрапляють до рук протилежної сторони конфлікту, “комбатанти” мають право на статус військовополонених і мають імунітет від судового переслідування за законну участь у бойових діях.¹³⁹

Технічно статус “комбатанта” існує тільки в контексті МЗК. У НЗК членів недержавних збройних груп, що беруть участь у бойових діях (наприклад, членів “Д/ЛНР”), іноді

¹³³ ДП I, Статті 52-56 захищають цивільні об'єкти, забороняючи напади на цивільні та культурні об'єкти та майно, місця відправлення культу та об'єкти, необхідні для виживання цивільного населення. Крім того, заборонені напади на робочі місця або об'єкти, що містять небезпечні сили, які можуть завдати шкоди природному середовищу і загрожувати здоров'ю або виживанню населення (Див.також ДП II, Статті 14 і 15). Також захищено право на отримання допомоги: цивільні особи мають право на отримання продовольства, медикаментів, одягу, постільних речей і засобів до існування. Таким чином, заходи з надання надзвичайної допомоги передбачені в ДП I, Статті 69-70. Додатковий захист надається також наступним категоріям цивільних осіб: цивільне населення на окупованих територіях (ЖК IV, Статті 47-78; ДП I, Статті 68-71); цивільні особи, які утримуються під вартою на окупованих територіях (ЖК IV, Статті 64-78); цивільні особи, що належать до однієї зі сторін конфлікту (ДП I, Статті 72-75); цивільні інтерновані (ЖК IV, Статті 79-135); іноземці, біженці та особи без громадянства (ЖК IV, Статті 35-46); жінки та діти (ДП I, Статті 76-78); поранені і хворі (ЖК IV, Статті 13-26; ДП I, Статті 8-31); медичний персонал, об'єкти і транспортні засоби, а також персонал з надання надзвичайної допомоги та гуманітарний персонал (ЖК IV, статті 20-23, 59-63; ДП I, статті 12, 15, 71).

¹³⁴ ЖК III, стаття 4А(1), (2), (3); ДП I, стаття 44 (3). Докладний аналіз кожного підпункту див. Сассолі МГП, с. 252; Ю. Дінштейн, *Ведення військових дій по праву міжнародних збройних конфліктів* (3-е видання, СУР 2016) (“Дінштейн (2016)”), с. 52-54; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), п. 1042, що стосується ст. 4 ЖК III.

¹³⁵ ЖК III, Стаття 4(А)(6). Для детального аналізу, див., С. Воттс, “Хто є військовополоненим” в А. Клепхем та ін. (ред.), *Женевські конвенції 1949 р.: коментар* (Oxford University Press [“OUP”] 2015), с. 907.

¹³⁶ ЖК III, Стаття 4А(2). Для того щоб ополченці або добровольчі корпуси підпадали під дію цього положення (тобто вважалися “членами збройних сил сторони в конфлікті”), вони повинні бути офіційно включені до складу збройних сил, що визначається внутрішнім законодавством відповідної держави. Див., Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), п. 979.

¹³⁷ ДП I, стаття 43(2).

¹³⁸ “Пряма участь у бойових діях: питання і відповіді” (МКЧХ, 2009).

¹³⁹ Див., ДП I, Стаття 44; Е. Кровфорд, *Поводження з комбатантами і повстанцями відповідно до права збройного конфлікту* (OUP 2010), с. 52.

називають “бойовиками”,¹⁴⁰ які не мають права на статус військовополонених і можуть бути притягнуті до відповідальності за участь у бойових діях,¹⁴¹ однак “бойовики” все одно мають право на людське поводження після затримання.¹⁴²

Цивільними є усі інші,¹⁴³ тобто хто не є членом (i) регулярних збройних сил, (ii) ополчення або добровольчих корпусів, що входять до складу таких збройних сил;¹⁴⁴ (iii) організованої групи під командуванням, яке відповідальне за поведінку своїх підлеглих, включно з організованими рухами опору та іншими невеликими збройними групами.¹⁴⁵

Цивільна особа, **яка безпосередньо бере участь у воєнних діях**, тимчасово втрачає свій захист відповідно до МГП і стає законною ціллю для нападу.¹⁴⁶ Найбільш примітно, що під час безпосередньої участі в бойових діях цивільна особа може так само піддаватися прямому нападу, наче вона була учасником бойових дій (*див.* вище).¹⁴⁷

При оцінці того, чи є певна поведінка прямою участю, таке діяння: (i) повинно мати ймовірність негативного впливу на військові операції або військовий потенціал сторони в збройному конфлікті або, в якості альтернативи, призвести до загибелі, поранення або руйнування захищених осіб і об’єктів (*див.* нижче); (ii) має мати прямий причинно-наслідковий зв’язок між цим діянням і збитком, який може виникнути; (iii) має бути спеціально розроблена таким чином, щоб безпосередньо завдати необхідний мінімальний поріг шкоди одній стороні конфлікту на підтримку іншої сторони.¹⁴⁸

	Комбатанти	Бойовики	Цивільні	Цивільні, що беруть пряму участь у конфлікті
У військових діях...	Беруть участь ¹⁴⁹		Не мають права брати участь, але якби вони це зробили, вони все одно зберегли б свій цивільний статус ¹⁵⁰	

¹⁴⁰ *Див.*, Дж.К. Клефнер, “Від “воюючих сторін” до “бійців” і цивільних осіб, які безпосередньо беруть участь у воєнних діях: про принцип розрізнення в неміжнародних збройних конфліктах через сто років після Другої Гаазької мирної конференції” (2007) 54 *Netherlands International Law Review* 315, с. 322. *Див. також*, Дж. Педжіч, “Незаконні / ворожі комбатанти: інтерпретації та наслідки” у М. Шмідт and Дж. Педжіч (ред.), *Міжнародне право та збройні конфлікти: вивчення ліній розлому* (Nijhoff 2007), сс. 335-336.

¹⁴¹ Сассолі МГП, с. 277; Дінштейн (2016), сс. 45-46.

¹⁴² Загальна Стаття 3 до Женевських конвенцій; ДП II, Статті 4 і 5. *Див.*, Дж. Педжіч, “Процесуальні принципи та гарантії інтернування / адміністративного затримання в умовах збройного конфлікту та інших ситуацій насильства” (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 375, с. 389; Л. Хілл-Коуторн, *Тримання під вартою в ході неміжнародного збройного конфлікту* (OUP 2016), с. 82.

¹⁴³ ДП I, стаття 50(1).

¹⁴⁴ ЖК III, стаття 4А.

¹⁴⁵ ЖК III, статті 4А(1)-(3), 4А(6); ДП I, статті 43(1), 50(1).

¹⁴⁶ ДП I, стаття 51(3); Н. Мецлер, “Керівництво по тлумаченню поняття прямої участі у військових діях відповідно до Міжнародного гуманітарного права” (МКЧХ, травень 2009) (Мецлер, “Керівництво по тлумаченню”), с. 70.

¹⁴⁷ Мецлер, “Керівництво по тлумаченню”, с. 20; МКЧХ, “Як право захищає на війні”.

¹⁴⁸ Мецлер, “Керівництво по тлумаченню”, с. 20; МКЧХ, “Як право захищає на війні”.

¹⁴⁹ ДП I, статті 43(2) і 48; Мецлер, “Керівництво по тлумаченню”, с. 27.

¹⁵⁰ ДП I, стаття 51(3). Виходячи з цієї відсутності права брати участь у військових діях, Сполучені Штати використовують спірний, якщо не проблематичний, термін “незаконні комбатанти” для опису членів збройних груп, які кваліфікувалися б як цивільні особи в очах МГП, і для виправдання переслідування цих осіб, як якщо б

	Комбатанти	Бойовики	Цивільні	Цивільні, що беруть пряму участь у конфлікті
	Можуть бути законною ціллю ¹⁵¹		Не повинні бути умисною ціллю ¹⁵²	Тимчасово втрачають свій захист і стають законною ціллю ¹⁵³
У полоні...	Мають статус військовополонених ¹⁵⁴	Мають право на гуманне ставлення ¹⁵⁵	Не мають затримуватись і відразу мають бути відпущені ¹⁵⁶	Можуть бути затримані при дотриманні певних умов ¹⁵⁷
Переслідування за участь у конфлікті	Імунітет від переслідування, за умови непорушення МГП ¹⁵⁸	Можуть переслідуватись ¹⁵⁹	-	Можуть переслідуватись ¹⁶⁰

Таблиця 1: Учасники збройного конфлікту

2.1.3.1.2 Військові цілі і цивільні об'єкти

Військові цілі обмежені “тими об'єктами, які за своїм характером, місцем розташування, призначенням або використанням вносять ефективний внесок у військові дії і чиє повне або часткове знищення, захоплення або нейтралізація, за існуючих на той час обставин, дають певну військову перевагу”.¹⁶¹ Обидва критерії повинні виконуватися одночасно.¹⁶² Іншими словами, якщо який-небудь з цих критеріїв не виконується, то об'єкт є цивільним.

вони мали статус комбатантів. Див., М. Сассолі, “Питання: Чи існує статус “Незаконного комбатанта?”” (2006) 80 *International Law Studies* 57.

¹⁵¹ ДП I, стаття 43(2); Мецлер, “Керівництво по тлумаченню”, с. 36

¹⁵² ДП I, стаття 48 і 51(2).

¹⁵³ ДП I, стаття 51(3); Мецлер, “Керівництво по тлумаченню”, с. 70.

¹⁵⁴ ЖК III, стаття 4(A); ДП I, стаття 44(1); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 106.

¹⁵⁵ Загальна Стаття 3 Женевських конвенцій; ДП II, Статті 4 and 5. Див. також, Дж. Педжіч, “Процесуальні принципи та гарантії інтернування / адміністративного затримання в умовах збройного конфлікту та інших ситуацій насильства” (2005) 87 *International Review of the Red Cross* 375, с. 389; Л. Хілл-Коуторн, *Тримання під вартою в ході міжнародного збройного конфлікту* (OUP 2016), с. 82.

¹⁵⁶ ЖК IV, стаття 42; ЖК IV, Стаття 78.

¹⁵⁷ Цивільні особи можуть бути інтерновані тільки з “(імперативних) міркувань безпеки”. ЖК IV, статті 41-43, 68, 78-135; ДП I, стаття 75. Стосовно поргу доведення, див., . Хілл-Коуторн, *Тримання під вартою в ході міжнародного збройного конфлікту* (OUP 2016), с. 42.

¹⁵⁸ Е. Кровфорд, *Поводження з комбатантами і повстанцями відповідно до права збройного конфлікту* (OUP 2010), с. 52.

¹⁵⁹ Сассолі МГП, с. 277.

¹⁶⁰ Сассолі МГП, с. 277.

¹⁶¹ ДП I, Стаття 52(2) (курсивом). Див. також, *Прокурор проти Радована Караджича*, МІСТ-13-55-А, Апеляційне рішення, 20 березня 2019, п. 488; *Прокурор проти Младіча*, IT-09-92-T, Рішення суду (вид. III), 22 листопада 2017 (Рішення суду у справі Младіча (вид. III)), п. 3257.

¹⁶² *Коментар до Додаткових протоколів*, п. 2018. Див. також, О. Трифтерер і К. Амбос, *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар* (3-е видання, Bloomsbury T & T Clark 2016), с. 363.

Цивільний об'єкт визначається як об'єкт, який не є військовою ціллю.¹⁶³ Цивільні об'єкти тимчасово втрачають свій захист кожного разу коли вони класифікуються як військові об'єкти.¹⁶⁴ Отже, необхідно встановити, що ціль не була військовим об'єктом в точний час нападу.¹⁶⁵ Якщо є які-небудь сумніви щодо статусу цивільного об'єкта, слід вважати, що цей об'єкт зберігає свій цивільний статус.¹⁶⁶

Якщо об'єкт виконує як військові, так і цивільні функції (тобто є об'єктом **подвійного призначення**), він може кваліфікуватися як військовий об'єкт і може бути законною ціллю нападу. Типовими об'єктами подвійного призначення є транспортні системи, як-от дороги, мости та залізниці,¹⁶⁷ але може також включати в себе, наприклад, електростанцію, що постачає електроенергією для військової бази і лікарні.¹⁶⁸ Однак, якщо наслідки для цивільних об'єктів і цивільного населення в цілому перевищать очікувану військову перевагу, напад все одно буде порушувати МГП (*див.* принцип пропорційності нижче).¹⁶⁹

Розрізнення об'єктів є частиною звичаєвого МГП і застосовується в обох типах збройних конфліктів.¹⁷⁰

2.1.3.2 Принципи розрізнення, пропорційності та обережності

Принцип розрізнення вимагає, щоб проводилось розрізнення між цивільними особами і цивільними об'єктами та комбатантами (або "бойовиками") і військовими об'єктами (*див.* вище).¹⁷¹ Напади можуть бути спрямовані тільки проти останніх.¹⁷² Всі сторони конфлікту повинні завжди дотримуватися цього принципу. Однак правомірність нападу залежить не тільки від розрізнення і має аналізуватися за допомогою принципу пропорційності.

Принцип пропорційності забороняє починати напад на законну військову ціль, "яке, як можна очікувати, призведе до випадкової загибелі цивільного населення, поранення цивільних осіб, пошкодження цивільних об'єктів або усе разом, що було б надмірним по відношенню до очікуваної конкретної і прямої військової переваги".¹⁷³ У випадках, коли цивільні та нецивільні особи та/або об'єкти змішуються, законність нападу буде визначатися за дотриманням принципу пропорційності.

¹⁶³ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(ii); ДП I, Стаття 52(1). *Див. напр.,* Рішення суду у справі Младіча (вид. III), п. 3257.

¹⁶⁴ Рішення суду у справі Катанги, п. 893.

¹⁶⁵ Рішення суду у справі Катанги, п. 893.

¹⁶⁶ ДП I, Ст. 52(3); *Прокурор проти Бар Ідрис Абу Гарда*, ICC-02/05-02/09, Рішення про підтвердження звинувачень, 8 лютого 2010, п. 89, зноска 131.

¹⁶⁷ О. Брінг, "Міжнародне гуманітарне право після Косово: чи достатньо *Lex Lata*?" (2002) 71 *Nordic Journal of International Law* 39, с. 42.

¹⁶⁸ Г. Шуе and Д. Віпман, "Обмеження нападів на об'єкти подвійного призначення, що виконують незамінні цивільні функції" (2002), 35 *Cornell International Law Journal* 559, сс. 563-566.

¹⁶⁹ ДП I, Статті 51(5)(b) і 57(2)(a)(iii); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 14.

¹⁷⁰ МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 8. Для об'єктів подвійного призначення, *див.*, Мелцер МГП, с. 92;

¹⁷¹ ДП I, статті 48, 51(2), і 52(2); ДП II, стаття 13(2); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правила 1 і 7.

¹⁷² ДП I, статті 48, 51(2), і 52(2); ДП II, стаття 13(2); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правила 1 і 7

¹⁷³ ДП I, стаття 51(5)(b); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 14.

Принцип обережності вимагає, щоб сторони, що воюють приймали всі **можливі** запобіжні заходи для захисту цивільного населення, цивільних осіб і цивільних об'єктів в ході військових операцій.¹⁷⁴ Запобіжні заходи передбачають, серед іншого, вибір засобів і методів ведення війни;¹⁷⁵ оцінку наслідків нападу;¹⁷⁶ припинення нападу;¹⁷⁷ та забезпечення ефективного завчасного попередження.¹⁷⁸

Доцільність забезпечує оцінку того, чи є міра **“практично здійсненою або практично можливою”**, беручи до уваги всі поточні обставини, включно з тими, які мають відношення до успіху військової операції.¹⁷⁹ До таких факторів відносяться “час, місцевість, погода, можливості, наявні війська і ресурси [і] активність противника”.¹⁸⁰

Якщо запобіжні заходи ефективні, вони можуть змінити розрахунок пропорційності і можуть зробити недопустимий до того напад цілком законним. Але якщо збиток не може бути в достатній мірі зменшений, сторона конфлікту має призупинити або скасувати атаку.¹⁸¹

2.1.4 Порушення МГП

Деякі порушення МГП є воєнними злочинами.¹⁸² Порушення можуть здійснюватись широким колом суб'єктів, включно з: військовослужбовцями; членами уряду; партійними чиновниками і управлінцями; членами організованих збройних груп; і цивільними особами.¹⁸³ Залежно від тяжкості злочину, порушення МГП можна розділити на “прості порушення”, “серйозні порушення” і “тяжкі порушення”. Передбачається, що прості порушення будуть каратися в першу чергу національним судом або системою військового трибуналу, а інші дві категорії знаходяться в центрі уваги міжнародних кримінальних судів і трибуналів.¹⁸⁴ Вони розглядаються більш детально у розділі 3.

¹⁷⁴ ДП I, стаття 57(1).

¹⁷⁵ ДП I, стаття 57(2)(a) (ii); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 17.

¹⁷⁶ ДП I, стаття 57(2)(a)(iii); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 18.

¹⁷⁷ ДП I, стаття 57(2)(b); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 19.

¹⁷⁸ ДП I, стаття 57(2)(c); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 20.

¹⁷⁹ Коментар до Додаткових протоколів, п. 2198 стосовно ДП I, Стаття 57.

¹⁸⁰ Дослідницька група Асоціації міжнародного права, “Ведення бойових дій та міжнародне гуманітарне право: виклики війни 21 століття (заключна Доповідь) (2017)” 93 *Stockton Center for the Study of International Law*, с. 38.

¹⁸¹ ДП I, стаття 57(2)(b); МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 19.

¹⁸² МКЧХ, База даних за звичаєвим МГП, Правило 156.

¹⁸³ Див. напр., *Сполучені Штати проти Карла Краунча та ін.*, Рішення, 30 липня 1948 (“Судовий процес над “П Фарбен.”); *Сполучені Штати проти Вільгельма фон Лееба та ін.*, Рішення, 27-28 жовтня 1948 (“Судовий процес над військовим командуванням”); Міжнародний військовий трибунал для Далекого Сходу, Рішення, 4 листопада 1948; Міжнародний воєнний трибунал, Процес над головними воєнними злочинцями в Міжнародному кримінальному трибуналі Том I - Рішення, 1 жовтня 1946.

¹⁸⁴ Римський статут, стаття 8; Статут МТКЮ, стаття 1; Статут МКТР, стаття 1; Статут спеціального суду по Сьєрра Леоне, стаття 1(1); Статут Нюрнберзького трибуналу, стаття 6(b); Статут Токійського трибуналу, стаття 5(b).

2.2 МІЖНАРОДНЕ ПРАВО ПРАВ ЛЮДИНИ

Права людини надаються всім людям з тієї простої причини, що вони є людьми.¹⁸⁵ За своєю суттю права людини покликані захищати гідність людей і їхні основні свободи, як-от право на життя, свободу від катувань, право на свободу і особисту недоторканність, право на свободу слова, право на справедливий судовий розгляд і право на недискримінацію (рівність).

По суті, права людини захищають особу від влади держави. Держави стають зобов'язаними поважати права людини осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією, коли вони ратифікують міжнародні договори з прав людини і інтегрують їх у своє внутрішнє законодавство.¹⁸⁶ Норми, що походять з таких договорів, в сукупності називаються МППЛ. МППЛ дозволяє особі домагатися відшкодування збитку, коли держава не дотримується його права, що відкриває потерпілим шлях до правосуддя і відповідальності.

Важливо відзначити, що в ситуаціях збройного конфлікту і окупації МППЛ залишається застосовним поряд з МГП.¹⁸⁷ Це означає, що МППЛ продовжує застосовуватися на всій території України, включаючи території, окуповані Росією (див. розділ 2.2.3.1).

2.2.1 Структура МППЛ

2.2.1.1 *Основні міжнародні договори з прав людини*

“Основоположними документами” МППЛ зазвичай вважаються Статут ООН і Загальна декларація прав людини (“ЗДПЛ”).¹⁸⁸ З часом права людини, визначені в Загальній декларації прав людини, отримали подальший розвиток і були кодифіковані в дев'яти “основних” міжнародних договорах з прав людини і факультативних/додаткових

¹⁸⁵ Конвенція про захист прав людини та основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини, з поправками), ETS No.005, Відкритий для підписання 4 листопада 1950 вступив у дію 3 вересня 1953 (“ЄКПЛ”), Стаття 1: “Високі Договірні Сторони забезпечують кожному в межах їх юрисдикції права і свободи, визначені в розділі I цієї Конвенції”.

¹⁸⁶ Зобов'язання в галузі прав людини можуть також походити зі “звичаєвого міжнародного права”, яке не розглядається в цьому розділі, оскільки переважна більшість зобов'язань в галузі прав людини можуть походити з положень ратифікованих договорів. Звичаєві норми виникають, коли дуже широке коло держав дотримується правила, виходячи з переконання, що вони зобов'язані це робити, незважаючи на інші міжнародні зобов'язання, про які вони, можливо, домовилися, наприклад, в договорі. Коли виникає норма звичаєвого міжнародного права, вона, як правило, є обов'язковою для всіх держав, незалежно від того, ратифікували вони той чи інший конкретний договір чи ні, див., *Рішення щодо континентального шельфу Північного моря*, п. 77; *Континентальний шельф (Лівійська Арабська Джамахірія/Мальта)*, Заява про втручання, Рішення, Звіти МСС 1984, с. 3 (“Рішення щодо континентального шельфу (Лівія/Мальта)”), п. 207; *Нікарагуа проти Сполучених Штатів*, Рішення по суті, Звіти МСС 1946, с. 14 (“Рішення щодо Нікарагуа”), п. 183.

¹⁸⁷ *Законність погрози ядерним ударом чи його застосування* Консультативний висновок, 8 липня 1996, Звіт МСС 1996, с. 226 (“Консультативний висновок по ядерній зброї”), п. 25. Див. також Комітет ООН з прав людини (“КПЛ”), “Загальний коментар 29: Стаття 4: Відступи під час надзвичайного стану”, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 серпня 2001, п. 3.

¹⁸⁸ УВКПЛ, “Керівництво з моніторингу прав людини” (2011) HR/P/PT/7/Rev1 (“Керівництво УВКПЛ з моніторингу прав людини”), с. 5.

протоколах до них.¹⁸⁹ Ці документи добровільно підписуються / ратифікуються державами,¹⁹⁰ які беруть юридичні зобов'язання імплементувати положення цих інструментів, і періодично звітувати перед відповідними договірними органами, уповноваженими стежити за дотриманням державами цих зобов'язань.¹⁹¹

2.2.1.2 Основні регіональні договори з прав людини

На додаток до основних договорів МППЛ, існує також кілька важливих регіональних договорів з прав людини (і додаткових протоколів). Найбільш актуальною для України є Європейська конвенція з прав людини ("ЄКПЛ") та додаткові протоколи до неї, учасником яких є Україна.¹⁹² У той час як Росія була учасником ЄКПЛ, 16 березня 2022 р. Росія була виключена з Ради Європи ("РЄ").¹⁹³ Це рішення означає, що з 16 вересня 2022 р. Росія більше не буде Договірною державою-учасником ЄКПЛ.¹⁹⁴ Тим не менш, Європейський суд з прав людини ("ЄСПЛ") продовжить розглядати індивідуальні та міждержавні скарги, спрямовані проти Російської Федерації у зв'язку з ймовірними порушеннями, які відбулися і можуть статися до 16 вересня 2022 р. (див. нижче).¹⁹⁵

ЄСПЛ виносить рішення за скаргами окремих осіб або держав, в яких стверджується про порушення прав, викладених в ЄКПЛ. Україна подала чотири міждержавні позови проти Росії в ЄСПЛ у зв'язку з її діями в Україні з 2014 р., які в даний час знаходяться на розгляді суду.¹⁹⁶

2.2.2 Коли виникають зобов'язання за МППЛ?

2.2.2.1 Юрисдикція та застосування МППЛ під час збройного конфлікту

Основними міжнародно-правовими рамками, що регулюють ситуації збройного конфлікту, є МГП і МППЛ. Загалом, МГП регулює зобов'язання сторін, що воюють під час збройних конфліктів, включно із ситуацією окупації,¹⁹⁷ у той час як МППЛ регулює відповідальність держав по відношенню до осіб, які перебувають під їхньою юрисдикцією, в мирний час.¹⁹⁸

¹⁸⁹ УВКПЛ, Основні міжнародні договори з прав людини, с. 6; УВКПЛ, "Основні міжнародні документи з прав людини та їх контролюючі органи" ("УВКПЛ, Основні міжнародні документи з прав людини та їх контролюючі органи"). Додаткові протоколи часто розширюють або посилюють зобов'язання, що містяться в договорі. Вони не є самостійними угодами і діють у поєднанні з договором, до якого вони додаються.

¹⁹⁰ УВКПЛ, Основні міжнародні договори з прав людини.

¹⁹¹ Всі договори, за винятком факультативного протоколу до КППТ, вимагають періодичної звітності. Див., УВКПЛ, Основні міжнародні договори з прав людини.

¹⁹² Рада Європи ("РЄ"), Протоколи, що вносять поправки до тексту Конвенції.

¹⁹³ РЄ, "Росія перестає бути учасником Європейської конвенції з прав людини 16 вересня 2022 р.", 23 березня 2022.

¹⁹⁴ Комітет міністрів, "Резолюція CM/Res(2022)3 про правові та фінансові наслідки припинення членства Російської Федерації в Раді Європи", 23 березня 2022.

¹⁹⁵ РЄ, "Росія перестає бути учасником Європейської конвенції з прав людини з 16 вересня 2022 р.", 23 березня 2022.

¹⁹⁶ Див., Україна проти Росії (стосовно Криму), Заява № 20958/14; Україна і Нідерланди проти Росії, Заяви № 8019/16, 43800/14 і 28525/20; Україна проти Росії (VIII), Заява № 55855/18; і Україна проти Росії (X), Заява № 11055/22

¹⁹⁷ Загальна Стаття 2 до Женевських конвенцій; МКЧХ Консультативна служба, Що таке міжнародне гуманітарне право? (2004).

¹⁹⁸ Див., Р. Кольд, "Взаємозв'язок між міжнародним гуманітарним правом і правом з прав людини: Коротка історія Загальної декларації прав людини 1948 р. і Женевських конвенцій 1949 р." (1998) 38 *International Review of*

Проте, на сьогодні загально визнано, що МГП і МППЛ застосовуються одночасно під час збройного конфлікту і окупації,¹⁹⁹ і що держави мають екстериторіальну юрисдикцію щодо порушень МППЛ за межами їх території, якщо дотримуються певні умови.²⁰⁰ Судова практика МСС підтвердила, що інструменти МППЛ застосовні екстериторіально, особливо на окупованих територіях (тобто територіях, що знаходяться під ефективним контролем іноземної держави).²⁰¹ ЄСПЛ також неодноразово підтверджував екстериторіальне застосування ЄКПЛ на основі, зокрема, “ефективного контролю”.²⁰² В цілому, держави

the Red Cross 409. Див. також, Дж.-М. Хенкертс і Е. Ноле, “Одночасне застосування міжнародного права прав людини та міжнародного гуманітарного права” (2007) 1 *Human Rights and International Legal Discourse*.

¹⁹⁹ Визнання можливості застосування права прав людини під час збройних конфліктів почало розвиватися в 1950-х роках: у 1953 році Генеральна Асамблея ООН послалася на права людини в контексті корейського конфлікту: Резолюція 804 (VIII) Генеральної Асамблеї ООН, UN Doc A804/VIII (3 грудня 1953). У 1967 році, РБ ООН щодо територій, окупованих Ізраїлем після Шестиденної війни, вже визнала, що “основні і невідчужувані права людини повинні дотримуватися навіть під час мінливостей війни” (див. резолюцію РБ ООН 237, UN Doc S/RES/237 (14 червня 1967)), преамбула; Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 2252 (ES-V), UN Doc A2252/ESV (4 липня 1967 р.). У 1968 році Тегеранська міжнародна конференція з прав людини ознаменувала певний крок, за допомогою якого ООН визнала застосування прав людини у збройних конфліктах (див., Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 2444 (XXIII), UN Doc A/RES/2444(XXIII) (19 грудня 1968)). В іншій резолюції ГА ООН, присвяченій основним принципам захисту цивільного населення в збройному конфлікті, в преамбулі згадуються чотири Женевські конвенції, а також “прогресивний розвиток міжнародного права збройних конфліктів”, і в ній йдеться, що “основні права людини, визнані в міжнародному праві [...] продовжують повною мірою застосовуватися в ситуаціях збройного конфлікту” (див., Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 2675 (XXV), UN Doc A/RES/2675(XXV) (9 грудня 1970)). Порушення прав людини також були засуджені в контексті кількох збройних конфліктів низкою слідчих органів ООН. Див. напр., Резолюції, прийняті в контексті збройного конфлікту в Кувейті: Резолюція УВКБ ООН 1992/60, UN Doc E/CN.4/RES/1992/60 (3 березня 1992); Судан: рішення Комісії ООН з прав людини 1996/73, UN Doc E/CN.4/RES/1996/73 (23 квітня 1996); і за колишню Югославію: Резолюція РБ ООН 1019, UN Doc S/Res/1019 (9 листопада 1995), Резолюція РБ ООН 1034, UN Doc S/RES/1034 (21 грудня 1995), Резолюція РБ ООН 50/193, UN Doc A/RES/50/193 (22 грудня 1995). Що стосується більш недавніх конфліктів, РБ ООН закликав воюючі сторони поважати як права людини, так і гуманітарні зобов’язання під час збройних конфліктів в контексті Сирії: Резолюція РБ ООН 2258, UN Doc S/RES/2258 (2015) (22 грудня 2015), Резолюція РБ ООН 2268, UN Doc S/RES/2268 (2016) (26 лютого 2016); Ємені: Резолюція РБ ООН 2216, UN Doc S/RES/2216 (2015) (14 квітня 2015); Сомалі: Резолюція РБ ООН 2036, UN Doc S/RES/2036 (2012) (22 лютого 2012), Резолюція РБ ООН 2093, UN Doc S/RES/2093 (2013) (6 березня 2013), Резолюція РБ ООН 2297, UN Doc S/RES/2297 (2016) (7 липня 2016), Резолюція РБ ООН 2408, UN Doc S/RES/2408 (2018) (27 березня 2018); і Південного Судану: Резолюція РБ ООН 2206, UN Doc S/RES/2206 (2015) (3 березня 2015); Резолюція РБ ООН 2241, UN Doc S/RES/2241 (2015) (9 жовтня 2015); Резолюція РБ ООН 2187, UN Doc S/RES/2187 (2014) (25 листопада 2014). Див. також, *Консультативний висновок щодо ядерної зброї*, п. 25; *Консультативний висновок щодо будівництва стіни*, п. 106; *Процес по справі заручників*, Юридичні звіти про судові процеси над воєнними злочинцями, Том III, Комісія ООН з воєнних злочинів, 1949, Лондон, с. 55; *Рішення щодо воєнних дій*, п. 216.

²⁰⁰ *Рішення щодо воєнних дій*, п. 216; *Консультативний висновок щодо будівництва стіни*, пп. 107-113.

²⁰¹ *Рішення щодо воєнних дій*, п. 216; *Консультативний висновок щодо будівництва стіни*, пп. 107-113.

²⁰² Див., *Лоїзиду проти Туреччини*, Заява № 1531/89, Рішення щодо попередніх заперечень від 23 березня 1995 р., Велика Палата, Європейський суд (“*Рішення щодо попередніх заперечень у справі Лоїзиду*”), пп. 62-64; *Рішення у справі Кіпр проти Туреччини*, п. 77; *Аль-Саадун і Муфді проти Об’єднаного Королівства*, Заява № 61498/08, Рішення про прийнятність від 30 червня 2009 р., Європейський суд з прав людини, Четвертий секція, п. 85; *Аль-Скейні та інші проти Сполученого Королівства*, Заява № 55721/07, Рішення від 7 липня 2011, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, пп. 138-139, *Аль-Джедда проти Об’єднаного Королівства*, Заява № 27021/08, Рішення від 7 липня 2011, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 84; *Лашку та інші проти Молдови та Росії*, Заява № 48787/99, Рішення, 8 липня 2004, Велика Палата, Європейський суд з прав людини (“*Рішення у справі Лашку та інші*”), пп. 330-331; *Джалуд проти Нідерландів*, Заява № 47708/08, Рішення від 20 листопада 2014, Велика Палата, Європейський суд з прав людини (“*Рішення у справі Джалуда*”), п. 139; *Чирагов та інші проти Вірменії*, Заява № 13216/05, Рішення від 12 травня 2005, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 168; *Катан та інші проти Молдови та Росії*, Заяви № 43370/04, 8252/05 і 18454/06, Рішення від 19 жовтня 2012, Велика Палата, Європейський суд з прав людини (“*Рішення у справі Катан та інші*”), пп. 103-107; *Ісса та інші проти Туреччини*,

будуть мати юрисдикцію в тих випадках, коли вони здійснюють ефективну “владу і контроль” над окремою особою (наприклад, шляхом взяття її під варту),²⁰³ або над територією (тобто в межах своїх власних кордонів і, де це може бути застосовано, районів, де вони здійснюють *ефективний контроль* за межами цих кордонів, наприклад, в якості держави-окупанта).²⁰⁴

Відповідно, як держава-окупант, що здійснює “ефективний контроль” над Кримом і частинами Донбасу, Росія має зобов’язання в галузі прав людини, закріпленими в: (i) договорах по МППЛ, які вона ратифікувала/до яких приєдналася, оскільки вони застосовуються екстериторіально в районах, що знаходяться під її ефективним контролем; і (ii) договори МППЛ, які були ратифіковані/до яких приєдналася Україна, відповідно до зобов’язання Росії за МГП поважати закони, що діють на окупованій території, і територіальний характер захисту прав людини.²⁰⁵

2.2.2.2 Відступи та обмеження

У ситуаціях, коли держава не в змозі виконати свої зобов’язання за МППЛ, вона може “обмежувати” або “відступати” від цих зобов’язань, які можуть змінити ступінь відповідальності держави за порушення прав людини.

Під час виняткових ситуацій, пов’язаних з дуже серйозними надзвичайними подіями, як-от періоди збройних конфліктів, держави можуть відступати (тобто припиняти) від своїх зобов’язань за МППЛ відповідно до визначених положень договору в тій мірі, в якій це необхідно у конкретній ситуації.²⁰⁶ Держави мають повідомляти інших держав-учасниць відповідного документа у момент відступу від зобов’язань.²⁰⁷ Однак відступ не поширюється

Заява № 31821/96, Рішення від 16 листопада 2004 (Остаточне 30 березня 2005), Велика Палата, Європейський суд з прав людини (“*Рішення у справі Ісса та інші*”), п. 69. Для іншого підходу до екстериторіального застосування ЄКПЛ, див., *Банковіч проти Бельгії*, Заява № 52207/99, Рішення про прийнятність від 12 грудня 2001, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, пп. 61 і 80; *Україна проти Росії (стосовно Криму)*, пп. 315-337.

²⁰³ *Лопес Бургос проти Уругваю*, Повідомлення № R.12/52, ССРР/С/13/D/52/1979, Supp. No. 40 A/36/40 176, 29 липня 1981, пп. 12.2-12.3; *Коард та ін. проти Сполучених Штатів*, Звіт № 101/99, Рішення, 29 вересня 1999, п. 37; *Мохаммед Абдалла Салех Аль-Асад проти Республіки Джибуті*, Повідомлення № 383/10, Рішення, 12 травня 2014, п. 134; *Рішення у справі Джалуда*, п. 154; *Оджалан проти Туреччини*, Заява № 46221/99, 12 травня 2005, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 91; *Рішення у справі Ісса та інші*, п. 71; КПЛ, “Загальний коментар № 35 (Стаття 9): Свобода і особиста недоторканність” (16 грудня 2014) ССРР/С/G/35 (“Загальний коментар № 35”).

²⁰⁴ *Рішення щодо попередніх заперечень у справі Лоїзиду*, п. 62; *Рішення у справі Лоїзиду проти Туреччини*, пп. 52-57; *Рішення у справі Кіпр проти Туреччини*, п. 77; *Медведев та інші проти Франції*, Заява № 3394/03, Рішення, 29 березня 2010, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 67; *Аль-Саадун і Муфдхі проти Сполученого Королівства*, Заява № 61498/08, Рішення, 2 березня 2010, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, п. 128; *Консультативний висновок щодо будівництва стіни*, п. 112.

²⁰⁵ Див. розділи 2.1.2.3.1 і 2.1.2.3.2.

²⁰⁶ Міжнародний пакт про громадянські та політичні права (прийнятий і відкритий для підписання, ратифікації та приєднання Резолюцією 2200а (XXI) Генеральної Асамблеї від 16 грудня 1966 р., набув чинності 23 березня 1976 р. відповідно до Статті 49) 999 UNTS 171 (“МППП”), Стаття 4. Див. також, відповідні положення Конституції України, Стаття 64.

²⁰⁷ МППП, Стаття 4(1).

на всі права людини, оскільки існують деякі права людини, що не допускають відступів, як от право на життя.²⁰⁸

5 червня 2015 р., стосовно Криму і Донбасу, Україна офіційно повідомила про своє рішення відступити від своїх зобов'язань за Міжнародним пактом про громадянські і політичні права (“МПГПП”) і ЄКПЛ,²⁰⁹ де Україна поклала на Росію повну відповідальність за повагу до МГП та МППЛ на анексованих та тимчасово окупованих територіях України.²¹⁰ Однак спроба України відступити від закріплених в МПГПП і ЄКПЛ прав, які не допускають відступів, не може вважатися чинною. Після того, як 23 лютого 2022 р. Україна оголосила надзвичайний і воєнний стан,²¹¹ вона повідомила про своє рішення відступити від певних прав, закріплених в МПГПП і ЄСПЛ, на час дії воєнного стану щодо решти своєї території; однак жодне з цих прав не передбачає прав, що не допускають відступів.²¹² Росія (офіційно) не відступала від своїх зобов'язань в області прав людини у зв'язку з окупацією Криму або Донбасу або недавнім вторгненням в Україну.²¹³

Обмеження, з іншого боку, відносяться до поміркованих “обмежень” прав людини окремої особи, які визнаються правомірними, оскільки вони необхідні для досягнення законних суспільних цілей, таких як ті, що стосуються, наприклад, моралі, громадського порядку або громадської безпеки.²¹⁴ Питання про те, чи є конкретне обмеження правомірним чи ні, буде залежати від того, чи задовольняє воно критеріям, що містяться в “положенні про обмеження” конкретного документа з прав людини, тобто чи воно було: (і) передбачено

²⁰⁸ МПГПП, Стаття 4; ЄСПЛ, Стаття 15; Організація Американських держав, Американська Конвенція про права людини (прийнята 22 листопада 1969 р., набула чинності 18 липня 1978 р.), 1144 UNTS 123 (“АКПЛ”), Стаття 57; ВКПЛ, Загальний коментар № 29, п. 15.

²⁰⁹ Див., Заява Верховної Ради України “Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод; Відступ, що міститься у вербальній ноті постійного представництва України (5 червня 2015), зареєстровано у Генеральному секретаріаті 9 червня 2015 р..

²¹⁰ Заява Верховної Ради України “Про відступ України від окремих зобов'язань, визначених Міжнародним пактом про громадянські і політичні права та Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод; Відступ, що міститься у вербальній ноті постійного представництва України (5 червня 2015), зареєстровано у Генеральному секретаріаті 9 червня 2015 р., пп. 1, 2.

²¹¹ Міністерство юстиції України, “Повідомлення, що стосується заходів щодо відступу” (29 квітня 2022). Див. також, УВКПЛ, “Оновлена інформація про ситуацію з правами людини в Україні Звітний період: 24 лютого - 26 березня”, п. 5.

²¹² Україна повідомила Генерального секретаря ООН про свою відмову від зобов'язань за Статтями 12, 13, 17, 19, 20, 21, 22, 24 і 25 МПГПП; Статті 8, 9, 10, 11 і 14 ЄКПЛ; Статті 1-3 Додаткового протоколу до ЄКПЛ; і Стаття 2 Протоколу № 4 до ЄКПЛ. Також було повідомлено про відступ від статей 3, 8(3), 9, 12, 13, 17, 19, 20, 21 і 24-27 МПГПП; Статті 4 (пункт 3), 8, 9, 10, 11, 13, 14, 16 ЄКПЛ; Статті 1, 2 Додаткового протоколу до ЄКПЛ; і Стаття 2 Протоколу № 4 до ЄКПЛ. Див., Вербальна нота № 4132/28-110-17626 від 1 березня з поправками і заміною вербальною нотою № 4132/28-194/600-17988 від 4 березня. Див. також, УВКПЛ, “Оновлена інформація про ситуацію з правами людини в Україні Звітний період: 24 лютого - 26 березня”, п. 5.

²¹³ Див. напр., РЄ, “Застереження і Декларації Російської Федерації” (між 05/05/1949 і 13/04/2022); М. Мілановіч, “Російсько-Українська війна і Європейська конвенція з прав людини” (Lieber Institute, 1 березня 2022).

²¹⁴ МПГПЛ, ст.ст. 12(3), 22.

законом; (ii) здійснено для виконання чіткої і законної мети; і (iii) є необхідним і пропорційним засобом для досягнення цієї мети.²¹⁵

2.2.2.3 Обов'язки недержавних суб'єктів

За МППЛ загально визнано, що як мінімум, озброєні недержавні суб'єкти, які здійснюють або урядові функції, або *де-факто* контроль над територією і населенням, “повинні поважати і захищати права людини окремих осіб і груп”.²¹⁶ “Д/ЛНР” здійснюють *де-факто* контроль над частинами Донбасу з 5 вересня 2014 р. (і 18 лютого 2015 р. в Дебальцевому) (див. розділ 2.1.2.3.2).²¹⁷ Відповідно, “Д/ЛНР” повинні гарантувати, що вони не порушують права людини тих, хто перебувають в районах Донбасу, що знаходяться під їхнім контролем, і вони також повинні перешкоджати іншим особам або групам порушувати МППЛ в цих районах.²¹⁸

2.2.3 Основні заходи захисту за МППЛ

Деякі основні заходи захисту прав людини є загальними для міжнародних і регіональних договорів з прав людини, а також гарантуються Конституцією України. Хоча ці права не будуть в центрі уваги даного розділу, вони коротко викладені в таблиці нижче.

Основне право	Міжнародні конвенції з прав людини	Європейська конвенція про права людини	Конституція України
Право на життя	Стаття 6 МПГПП	Стаття 2 ЄКПЛ	Стаття 27 Конституції України
Право на свободу від катувань	Стаття 7 МПГПП Стаття 2 КПК	Стаття 3 ЄКПЛ	Стаття 28 Конституції України
Право на рівність	Стаття 26 МПГПП Стаття 2 МКЛРД Стаття 2 КЛДЖ	Стаття 14 ЄКПЛ	Стаття 24 і 26 Конституції України

²¹⁵ МПГПП, Стаття 19(3); КПЛ Загальний коментар № 31, п. 6; Генеральна асамблея ООН, “Доповідь Спеціального доповідача з питання про сприяння та захист права на свободу думки та їх вільне вираження”, (7 вересня 2012) A/67/357, п. 41.

²¹⁶ УВКПЛ, “Спільна заява незалежних експертів з прав людини* Організації Об'єднаних Націй про обов'язки озброєних недержавних суб'єктів у галузі прав людини”, Прес-реліз (25 лютого 2021), *цит.* PILAS, Озброєні недержавні суб'єкти та міжнародне право в галузі прав людини: аналіз практики Ради Безпеки ООН та Генеральної Асамблеї ООН, Короткий звіт з додатками, червень 2017 (Програма Гарвардської школи права з міжнародного права і збройних конфліктів (PILAS) виявила, що в період з 1948 по 2017 рік 125 резолюцій РБ ООН, 65 резолюцій Генеральної Асамблеї ООН і більше 50 заяв голови РБ ООН стосувалися обов'язків збройних недержавних суб'єктів у галузі прав людини); Женевська академія, “Зобов'язання збройних недержавних суб'єктів у сфері прав людини”, Додаток (Женевська академія визначила 33 відповідні резолюції Ради з прав людини, прийняті в період з 2008 по 2015 рік). *Див. також*, Дж. Хессбрюгге, “Порушення прав людини, що виникають в результаті поведінки недержавних суб'єктів” (2005) 11 *Buffalo Human Rights Law Review*, сс. 9-10.

²¹⁷ *Див.*, GRC, “Міжнародне право і визначення участі Росії в Криму і Донбасі” (2022 рік), розділ 6.3.1 Чи здійснюють “ДНР” і/або “ЛНР” ефективний контроль над територією.

²¹⁸ *Див.*, Д. Мюррей, *Практичне керівництво по праву прав людини в умовах збройного конфлікту* (OUP 2016), сс. 18-19.

Право на свободу і безпеку особи	Стаття 9 МПГПП	Стаття 4 ЄКПЛ	Стаття 29 Конституції України
Право на свободу вираження	Стаття 19 МПГПП	Стаття 10 ЄКПЛ	Стаття 34 Конституції України
Право на справедливий судовий розгляд	Стаття 14 МПГПП	Стаття 6 ЄКПЛ	Стаття 55 Конституції України

Таблиця 2: Загальні засоби захисту основних прав

2.2.4 Різниця між МППЛ та МКП

МППЛ і МКП - це дві істотно різні правові системи. МППЛ фокусується на відповідальності держав (а не окремих осіб) за дії, рівносильні порушенням прав людини. Захист, що забезпечується МППЛ, застосовується у будь-який час, зокрема в мирний час,²¹⁹ соціальних заворушень, спорадичного насильства, внутрішніх чвар²²⁰ і ситуацій збройних конфліктів.²²¹

МКП, з іншого боку, зосереджується на “індивідуальній кримінальній відповідальності” осіб, які вчиняють певні злочинні діяння (наприклад, геноцид, військові злочини, злочини проти людяності та злочин агресії). На відміну від МППЛ, МКП застосовується тільки в конкретних контекстах, які варіюються в залежності від чотирьох основних злочинів. Ці “контекстуальні елементи” будуть “запускати” застосування МКП і перетворювати те, що в іншому випадку могло б бути національним кримінальним злочином (наприклад, вбивство), в міжнародний злочин (наприклад, військовий злочин умисного вбивства).²²²

Тим не менш, слід підкреслити, що, хоча МКП буде застосовуватися в певних контекстах в якості спеціального правила, воно не замінює МППЛ, яке залишається застосовним як загальний, постійно застосовний звід правил.²²³ Це породжує можливість дублювання і взаємодії між цими режимами, тому обидва повинні тлумачитися гармонійно і одночасно, з тим щоб забезпечити правову визначеність і заповнити будь-які прогалини в правовому захисті, що надається потерпілим.²²⁴ У випадках конфлікту між цими режимами замість

²¹⁹ УВКПЛ, Керівництво з моніторингу прав людини, с. 3.

²²⁰ УВКПЛ, Керівництво з моніторингу прав людини, с. 3.

²²¹ УВКПЛ, Керівництво з моніторингу прав людини, с. 3.

²²² КПЛ ООН “Загальний коментар № 31, “Характер загального правового зобов’язання, що накладається на держави - учасниці пакту” (26 травня 2004) ССРР/С/21/Rev.1/Add.13 (“КПЛ Загальний коментар № 31”), п. 18. Див. також, Римський статут, Стаття 8(2)(і).

²²³ Консультативний висновок щодо будівництва стіни, п. 106; КПЛ “Загальний коментар № 36 (2018) щодо Статті 6 Міжнародного пакту про громадянські та політичні права щодо права на життя” (30 жовтня 2018) ССРР/С/ГС/36 (“КПЛ Загальний коментар № 36, п. 70. Див. також, УВКПЛ, Керівництво з моніторингу прав людини, Глава 5.

²²⁴ Хассан проти Сполученого Королівства, Заява № 29750/09, Рішення, 16 вересня 2014, Велика Палата, Європейський суд з прав людини, пп. 35-37, 77, 101.

загальних правил зазвичай застосовуються спеціальні правила (тобто МКП), хоча і тільки в тій мірі, в якій це необхідно для усунення будь-якої невідповідності між ними.²²⁵

2.3 МІЖНАРОДНЕ КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО

МКП – це галузь права, яка займається судовим переслідуванням за міжнародні злочини, які складаються з чотирьох “основних” злочинів: (i) воєнні злочини; (ii) злочини проти людяності; (iii) геноцид; (iv) агресія.²²⁶

2.3.1 Яка різниця між національними та міжнародними злочинами?

Багато з окремих діянь, криміналізованих як якісь з цих чотирьох міжнародних злочинів, пов'язані з діяннями, які також можуть бути криміналізовані відповідно до національного кримінального законодавства держави,²²⁷ такі, як вбивство, зґвалтування або катування.²²⁸ Однак, попри цю спільність, міжнародні злочини відрізняються від звичайних злочинів у трьох основних аспектах (i) контекстуальний елемент (елементи), необхідний для міжнародних злочинів; (ii) міжнародний характер міжнародних злочинів; і (iii) незастосовність певних процесуальних обмежень при переслідуванні за міжнародні злочини.

2.3.1.1 *Контекстуальні елементи міжнародних злочинів*

Основною відмінністю між міжнародними та внутрішньодержавними злочинами є контекст, який має існувати для застосування МКП (див. розділ 3.1). Воєнні злочини, наприклад, можуть бути вчинені тільки в контексті продовжуваного збройного конфлікту,²²⁹ у той час як злочини проти людяності можуть бути здійснені тільки як частина “широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення”.²³⁰ Ці “контекстуальні елементи” призводять до застосування МКП і перетворюють те, що в іншому випадку могло б бути національним кримінальним правопорушенням (наприклад,

²²⁵ Ці міркування також застосовні до сумісності МППЛ і МГП (або права збройних конфліктів). Див., М. Міланович “Справа Сулеймані і останній цвях в кришку труни *Lex Specialis*” (*Opinio Juris*, 13 січня 2020); М. Міланович “Втрачені витокі *Lex Specialis*: переосмислення взаємозв'язку між правами людини і міжнародним гуманітарним правом” у Дж. Д. Оглін (ред.), *Теоретичні межі збройного конфлікту і прав людини* (CUP 2016), сс. 78-117; М. Міланович “Взаємозв'язок між правами людини і гуманітарним правом” (*Opinio Juris*, 10 жовтня 2007).

²²⁶ Історично численні злочини, як-от тероризм і піратство, зазвичай характеризувалися як “міжнародні злочини”, враховуючи їх фактичні або потенційні транскордонні наслідки. Однак з моменту вступу в силу Римського статуту, він розглядається як авторитетне визначення того, що являє собою міжнародний злочин, і ті злочини, які пов'язані з транскордонними наслідками, тепер більш правильно називати “транснаціональними злочинами”. Див., Р. Краєр, та ін. (ред.), *Вступ в міжнародне кримінальне право і процес* (3^є вид., CUP 2015), с. 5 (“Краєр та ін. (2015)”). Див. також, *Римський статут*, Статті 6 (Геноцид), 7 (Злочини проти людяності), 8 (Воєнні злочини) і 8bis (Злочин агресії).

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

²²⁸ Див. напр., *Римський статут*, Статті 6-8bis; Стан (2020) с. 17; Краєр та ін. (2015), р. 79.

²²⁹ Іншим контекстуальним елементом воєнних злочинів є те, що злочин мав “зв'язок” з конфліктом, що означає, що він “мав місце в контексті збройного конфлікту і був пов'язаний з ним”. Див., МКС *Елементи злочинів*, Стаття 8.

²³⁰ *Римський статут*, Стаття 7.

вбивство), в міжнародний злочин (наприклад, воєнний злочин умисного вбивства або злочин проти людяності вбивства).²³¹

Контекст має фундаментальне значення при переслідуванні міжнародних злочинів тому, що він створює основу для застосування МКП, і в тому, що він вимагає аналізу контексту, масштабів і закономірностей насильства, що складає організовану злочинність. Це, зі свого боку, може слугувати відправною точкою для оцінки відповідальності в ланцюжках командування, щоб охопити виконавців вищого рівня, здатних нести відповідальність за координацію міжнародних злочинів або сприяння їм, незважаючи на їх фізичну або організаційну віддаленість від фактичного вчинення цих злочинів (див. розділи 3.4.3.10 і 3.4.3.11).

2.3.2 Розслідування та переслідування міжнародних злочинів

2.3.2.1 МКС та Україна

Хоча ні Росія, ні Україна не підписали Римський статут, МКС має юрисдикцію щодо воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду, скоєних в Україні, на підставі двох заяв, поданих українським урядом, які пропонують прокурору МКС розслідувати порушення, що імовірно сталися під час протестів на Євромайдані в період з 21 листопада 2013 р. по 22 лютого 2014 р., і порушення скоєнні на території України з 20 лютого і надалі.²³²

У грудні 2020 р. тодішній прокурор МКС підтвердив наявність розумних підстав для продовження розслідування в Україні.²³³ 2 березня 2022 р. прокурор МКС оголосив, що він приступив до розслідування ситуації в Україні на основі звернень, отриманих ним від низки держав-учасниць Римського статуту.²³⁴ Однак це не стосується злочину агресії.²³⁵

2.3.2.2 Комплементарність

Хоча МКП в цілому відоме своїм переслідуванням високопоставлених виконавців в міжнародних судах і трибуналах,²³⁶ міжнародні злочини в першу чергу призначені для судового переслідування на національному рівні.²³⁷ Згідно з Римським статутом, це відображено в принципі “комплементарності”, відповідно до якого Суд явно покликаний

²³¹ Римський статут, Стаття 7(1)(а) і Стаття 8(2)(і); КПЛ, “Загальний коментар № 31” (26 травня 2004) ССРР/С/21/Rev.1/Add.13, п. 18.

²³² Заява, подана Україною відповідно до Статті 12 (3) Статуту (9 квітня 2014 р.) (“Перша заява України”); Заява Верховної Ради України “Про юрисдикцію Міжнародного кримінального суду” (“Друга декларація України”); На основі двох вказаних вище Декларацій юрисдикція МКС щодо його попереднього розслідування в Україні поширюється на події з 21 листопада 2013 р. на невизначений термін і включає судове переслідування за будь-який воєнний злочин, злочин проти людяності чи геноцид, що підпадає під дію регулює права МКС - Римського статуту.

²³³ “Заява прокурора Фату Бенсуди про завершення попереднього розслідування щодо ситуації в Україні” (МКС, 11 грудня 2020).

²³⁴ “Заява прокурора МКС Каріма А.А. Хана про ситуацію в Україні: отримано звернень від 39 держав-учасниць та розпочато розслідування” (МКС, 2 березня 2022)

²³⁵ Римський статут, Стаття 15bis.

²³⁶ Краер та ін. (2015), с. 4.

²³⁷ Краер та ін. (2015), сс. 70, 79-82.

“доповнювати” національні кримінальні юрисдикції,²³⁸ діючи тільки в якості “суду останньої надії”, коли держави-учасниці не можуть або не бажають проводити розслідування і притягати до відповідальності осіб, які вчинили міжнародні злочини, щодо яких вони володіють юрисдикцією.²³⁹ Щодо України це означає, що, хоча МКС почав розслідування злочинів, скоєних в Україні з 2014 р., український Офіс Генерального прокурора також відіграє ключову роль у розслідуванні та судовому переслідуванні осіб, винних у злочинах проти людяності та воєнних злочинах, які були вчинені протягом усього збройного конфлікту.

2.3.3 Розслідування та судове переслідування: елементи міжнародних злочинів

Міжнародні злочини можуть переслідуватися в судовому порядку в ряді юрисдикцій, зокрема: в самій Україні, в МКС і в третіх державах відповідно до універсальної юрисдикції.

- (i) *контекстуальні елементи міжнародних злочинів*: елементи, що відносяться до обставин, за яких має бути вчинено злочин, або є частиною;
- (ii) *фізичні елементи злочину (об’єктивна сторона (actus reus))*: елементи, що відносяться до діянь виконавця, наслідків таких діянь і обставин, при яких вони сталися;
- (iii) *суб’єктивні елементи злочину (суб’єктивна сторона (mens rea))*: елементи, які пов’язані з мисленням / умислом виконавця при вчиненні злочину;²⁴⁰ і
- (iv) *види співучасті*: принципи, що стосуються засобів, за допомогою яких виконавець пов’язаний зі злочинними діяннями і несе за них відповідальність.²⁴¹

Вони детально обговорюються в наступному розділі.

3 НАЙВАЖЛИВІШІ ЕЛЕМЕНТИ МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ

Цей розділ призначений для допомоги фахівцям-практикам у документуванні міжнародних злочинів. Міжнародні злочини відрізняються від звичайних злочинів важливими аспектами, які впливають на те, як вони мають документуватися. Зокрема, як зазначено вище (див. розділ 2.3.1.1), для визнання обвинуваченого відповідальним за міжнародні злочини необхідно встановити певні контекстуальні елементи.

²³⁸ Римський статут, Преамбула, пп. 4 і 6, Стаття 1.

²³⁹ “Про МКС” (МКС). Див. також, Юридична школа Вандербільта, “Міжнародний кримінальний суд виступає в якості “суду останньої інстанції” (6 April 2010), де Крістіан Венавезер, голова Асамблеї держав-учасниць МКС, заявив, що МКС був створений для того, щоб служити в якості “останньої інстанції”. Для обговорення “принципу комплементарності”, див. також, Краер та ін. (2015), сс. 154-156; С. Стан “Глава 9. Серйозне ставлення до комплементарності” в С. Стан і М. Ель Зейді (ред.), *Міжнародний кримінальний суд і комплементарність: від теорії до практики* (1st вид., CUP 2011), сс. 233-282; В. Цилоніс, *Юрисдикція Міжнародного кримінального суду* (Springer 2019) сс. 216-217.

²⁴⁰ Див., Римський статут, Стаття 6.

²⁴¹ Римський статут, Стаття 25, 28; Р. Краер та ін. (ред.), *Введення в міжнародне кримінальне право і процес* (3^е вид., CUP 2015) (“Краер та ін. (2015)”), с. 353.

Відповідно, в цьому розділі розглядаються елементи, необхідні для встановлення відповідальності виконавця за міжнародні злочини, які могли бути вчинені в контексті конфлікту в Україні з 2014 року, серед іншого, злочини проти людяності, військові злочини, геноцид і злочин агресії. Метою цього розділу є надання допомоги фахівцям у тлумаченні злочинів, передбачених Кримінальним кодексом України ("ККУ") (включно з майбутніми потенційними змінами до ККУ, передбачені законопроектом №7290), у контексті міжнародного права та практики відповідних міжнародних судів і трибуналів у контексті міжнародно-правових стандартів та практики відповідних міжнародних судів і трибуналів, а також те, як положення ККУ можуть бути витлумачені у відповідності з цими стандартами.

З метою надання допомоги фахівцям у розумінні різних елементів міжнародних злочинів, цей розділ побудовано таким чином:

- **3.1 Документування контекстуальних/загальних елементів міжнародних злочинів:** пояснює зовнішній контекст, який необхідно встановити, щоб допустити, що стався злочин проти людяності, військовий злочин та/або геноцид.
- **3.2 Документування окремих злочинних діянь:** описує суттєві елементи кожного окремого злочинного діяння, що потенційно мають відношення до ситуації в Україні відповідно до Римського статуту та Елементів злочинів МКС, включаючи: злочини проти людяності; військові злочини; геноцид; і агресію.
- **3.3 Документування елементів суб'єктивної сторони:** пояснює суб'єктивну сторону, яка потрібна для міжнародних злочинів, будь-то розслідування міжнародних злочинів відповідно до КК України або Римського статуту, з фокусом на умислі і обізнаності (перераховані в статті 30 Римського статуту).
- **3.4 Документування видів співучасті:** пояснює, яким чином особа може бути пов'язана зі скоєнням злочину для того, щоб понести індивідуальну кримінальну відповідальність за ККУ або стандартом міжнародного права.
- **3.5 Розробка теорії справи і аналіз доказів:** досліджується, як фахівці-практики повинні аналізувати і зіставляти наявну інформацію, щоб продемонструвати, що міжнародні злочини дійсно були скоєні.

Цей розділ бере за основу Римський статут та Елементи злочинів Міжнародного кримінального суду ("МКС"), які є найновішою та найбільш поширеною кодифікацією міжнародних злочинів. Крім того, для тлумачення елементів злочинів, викладених нижче, розглядаються міжнародне звичаєве право, інші відповідні міжнародні договори (зокрема, Женевські конвенції та Додаткові протоколи до них, Конвенція про геноцид і Конвенція проти катувань), а також законодавство і практика МКС та інших міжнародних судів і трибуналів.

3.1 РОЗСЛІДУВАННЯ КОНТЕКСТУАЛЬНИХ/ЗАГАЛЬНИХ ЕЛЕМЕНТІВ

Документуючи окремі злочинні діяння, фахівці повинні враховувати навколишній обставини, які можуть свідчити про вчинення злочинів проти людяності, воєнних злочинів та/або геноциду. Ці контекстуальні/загальні елементи також стосуються міжнародних злочинів, які переслідуються на національному рівні (за статтями 438 або 442 Кримінального кодексу України (“ККУ”) або за майбутніми змінами, внесеними законопроектом 7290). Інформація, яка встановлює наявність контекстуальних/загальних елементів, що стоять за цими типами злочинів, буде критично важливою, оскільки саме ці елементи перетворюють окреме кримінальне діяння на міжнародний злочин (див. Розділ 2.3.1)

Враховуючи докази міжнародних злочинів на сьогоднішній день в Україні, в цьому розділі основну увагу буде приділено контекстуальним/загальним елементам, необхідним для встановлення злочинів проти людяності, воєнних злочинів і геноциду відповідно до Римського статуту та судової практики Міжнародного кримінального суду (“МКС”). Наступні розділи містять пояснення доказів, необхідних для встановлення контекстуальних/загальних елементів, разом із “Слідчими підказками для фахівців-практиків” і “Прикладами корисних доказів”. Крім того, злочин агресії розглядається загалом у розділі 3.2.53.

3.1.1 Злочини проти людяності: контекстуальні елементи

Щоб діяння було кваліфіковано як злочин проти людяності, воно повинно бути скоєно “в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти будь-якого цивільного населення, із обізнаністю про цей напад”.²⁴² Цю вимогу можна розбити на дві складові частини:

1. Діяння було скоєно в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; і
2. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення, або мав умисел зробити це діяння частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення.

Станом на зараз українське законодавство не встановлює кримінальну відповідальність за злочини проти людяності.²⁴³ Однак, якщо і коли законопроект №7290 набуде чинності, у КК України буде додана категорія злочинів проти людяності за статтею 442-1 КК України. Стаття 442-1(1)

²⁴² МКС Елементи злочинів, стаття 7.

²⁴³ Деякі з окремих злочинів, які в певних контекстах можуть бути прирівняні до злочину проти людяності (наприклад, вбивство, зґвалтування або насильницьке зникнення), містяться в Кримінальному кодексі України (“КК України”) як звичайні злочини. Однак, станом на сьогодні вони не вимагають доведення контекстуальних елементів злочинів проти людяності (тобто того, що діяння було вчинене як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення).

встановлює, що діяння може становити злочин проти людяності, якщо воно умисно вчинене (заподіяне) в межах усвідомленого широкомасштабного нападу або систематичних нападів на цивільне населення. Згідно з приміткою 1 до цього положення, напад на цивільне населення визначається як “вчинення будь-якого з діянь, зазначених у цій статті, проти цивільного населення на виконання або на підтримку політики держави чи організації, спрямованої на вчинення такого нападу”. Це положення широко відображає контекстуальні елементи злочинів проти людяності, визнані Римським статутом та міжнародним звичаєвим правом.

3.1.1.1 Перший контекстуальний елемент: діяння було скоєно в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення

Щоб задовольнити перший контекстуальний елемент, необхідно продемонструвати таке:

- мав місце напад, спрямований проти цивільного населення;
- цей напад був широкомасштабним або систематичним;
- напад було скоєно відповідно або на підтримку державної або організаційної політики щодо вчинення такого нападу;
- діяння було скоєно як частину нападу.

3.1.1.1.1 Мав місце напад проти цивільного населення

По-перше, фахівці-практики мають шукати інформацію, яка свідчить про те, що стався напад, спрямований проти цивільного населення, і що діяння виконавця була частиною цього нападу.²⁴⁴ Напад визначається як порядок дій, що включає багаторазове вчинення діянь, зазначених у статті 7(1) Римського статуту (тобто діянь, прирівнюваних до злочинів проти людяності) проти цивільного населення.²⁴⁵ Випадкові та ізольовані дії не можуть задовольнити цей елемент.²⁴⁶

Напад не обов'язково повинен носити воєнний характер.²⁴⁷ Головною метою нападу повинні бути цивільні особи,²⁴⁸ а не військовослужбовці або інші комбатанти.²⁴⁹ Цивільне населення

²⁴⁴ Прокурор проти Катанги, ICC-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014 р. (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 1124; Прокурор проти Бемби, ICC-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 р. (“Рішення суду у справі Бемби”), п. 165.

²⁴⁵ Римський статут, Стаття 7(2)(а); Рішення суду у справі Катанги, п. 1101; Прокурор проти Онгвена, ICC-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Судове рішення у справі Онгвена”), п. 2674; Прокурор проти Гбагбо, ICC-02/11/01/11, Рішення про підтвердження звинувачень, 12 червня 2014 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Гбагбо”), п. 209.

²⁴⁶ Прокурор проти Нтаганди, ICC-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019 р. (“Рішення суду у справі Нтаганди”), п. 430.

²⁴⁷ Рішення суду у справі Катанги, п. 1101; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Гбагбо, п. 209; Прокурор проти Бемби, ICC-01/05-01/08, ДоРішення суду відповідно до Статті 61(7)(а) і (b) Римського статуту за обвинуваченням проти Жан-П'єра Бемби Гомбо, 15 червня 2009 р. (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби”), п. 75; МКС Елементи злочинів, Стаття 7, Вступ, п. 3.

²⁴⁸ Рішення суду у справі Катанги, п. 1104; Судове рішення у справі Онгвена, п. 2675; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби, п. 76; Прокурор проти Кунарача та ін., IT-96-23 & IT-96-23/1-A, Апеляційне рішення, 12 червня 2002 (“Апеляційне рішення у справі Кунарач та ін.”), пп. 91-92.

визначається як некомбатанти, тобто ті особи, які не є військовослужбовцями,²⁵⁰ включаючи як власних громадян держави, так і громадян інших держав (див. розділ 2.1.3.1).²⁵¹ Присутність нецивільних осіб серед населення, що складається в основному з цивільних осіб, не змінює цивільного статусу цього населення.²⁵² Крім того, не має значення, чи проводив виконавець одночасно операції проти військових об'єктів / осіб.²⁵³

3.1.1.1.2 Напад був широкомасштабним або систематичним

По-друге, фахівець-практик має продемонструвати, що напад був або широкомасштабним, або систематичним.²⁵⁴ Важливо зазначити, що, хоча широкомасштабний або систематичний характер основного діяння може свідчити про наявність цього елементу,²⁵⁵ не обов'язково, щоб саме діяння було широкомасштабним або систематичним. Натомість, широкомасштабним або систематичним має бути *напад* на цивільне населення, взятий в цілому.²⁵⁶ Іншими словами, окремих акт згвалтування або вбивства може бути злочином проти людяності, якщо він був вчинений в рамках широкомасштабного або систематичного нападу.²⁵⁷

²⁴⁹ Рішення суду у справі *Катанги*, пп. 1102-1105.

²⁵⁰ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1102; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бемби*, п. 78; *Прокурор проти Кунарача та ін.*, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Рішення суду, 22 лютого 2001 ("Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*"), п. 425; *Прокурор проти Мартіча*, IT-95-11-A, Апеляційне рішення, 8 жовтня 2008, пп. 291-302.

²⁵¹ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1103; *Прокурор проти Тадіча*, IT-94-1-T, Думка і рішення, 7 травня 1997, п. 635; Рішення суду у справі *Кунарач та ін.*, п. 423. Див. також, Краер та ін. (2015), с. 241; О. Триффтерер і К. Амбос, *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар* (3^є вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) ("Триффтерер і Амбос, Коментар"), с. 174.

²⁵² Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1105; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2675; *Прокурор проти Єлісіча*, IT-95-10-T, Рішення суду, 14 грудня 1999 ("Рішення суду у справі *Єлісіча*"), п. 54; *Прокурор проти Тадіча*, IT-94-1-T, Рішення суду, 7 травня 1997, пп. 638-639; *Прокурор проти Акайесу*, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 ("Рішення суду у справі *Акайесу*"), п. 582; *Прокурор проти Кайшема та ін.*, ICTR-95-1-T, Рішення суду, 21 травня 1999 ("Рішення суду у справі *Кайшема та ін.*"), п. 128.

²⁵³ Апеляційне рішення у справі *Нтаганда*, п. 435.

²⁵⁴ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2680; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 579; *Прокурор проти Альфреда Мусема*, ICTR-96-13-A, Рішення і Вирок, 27 січня 2000, п. 203; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бемби*, п. 82; *Ситуація в Республіці Кенія*, ICC-01/09, Рішення відповідно до Статті 15 Римського статуту про санкціонування розслідування ситуації в Республіці Кенія, 31 March 2010 ("Рішення про санкціонування розслідування ситуації у Республіці Конго"), п. 94.

²⁵⁵ *Прокурор проти Брджаніна*, IT-99-36-A, Апеляційне рішення, 3 квітня 2007 року ("Апеляційне рішення у справі *Брджаніна*"), п. 257; *Прокурор проти Брджаніна*, IT-99-36-T, Рішення суду першої інстанції, 1 вересня 2004 року ("*Brdjanin* Рішення суду першої інстанції у справі *Брджаніна*"), п. 159; Апеляційне рішення у справі *Кордіч і Черкез*, п. 94; *Vlaškić* Апеляційне рішення у справі *Блашкіча*, п. 101; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та інші*, п. 94.

²⁵⁶ Див. Римський статут, Стаття 7(2)(а): "Напад, спрямований проти будь-якого цивільного населення" означає лінію поведінки, що включає багаторазове вчинення діянь, зазначених у пункті 1, проти будь-якого цивільного населення в рамках проведення політики держави або організації, спрямованої на вчинення такого нападу, чи з метою сприяння реалізації такої політики;". Див. також, *Прокурор проти Гакумбіці*, ICTR-2001-64-A, Апеляційне рішення, 7 липня 2006 року ("Апеляційне рішення у справі *Гакумбіці*"), п. 102; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та інші*, п. 96; Апеляційне рішення у справі *Кордіч і Черкез*, п. 94; Рішення у справі *Лімай та інші*, п. 189.

²⁵⁷ С. Ферро Рібейро та Д. ван дер Стратен Понтоз, Міжнародний протокол з документування та розслідування сексуального насильства в умовах конфлікту Найкраща практика документування сексуального насильства як злочину або порушення міжнародного права, 2^{ге} видання, (UK Foreign & Commonwealth Office, 2017 року), с. 45.

3.1.1.1.2.1 Широкомасштабний

Чи був напад широкомасштабним, буде залежати від його масового характеру (масштабності) і числа осіб, які були ціллю нападу.²⁵⁸ При оцінці характеру масштабності, такі фактори можуть мати значення:²⁵⁹

- (i) кількість злочинних діянь, скоєних під час нападу;
- (ii) матеріально-технічне забезпечення та ресурси, задіяні в нападі;
- (iii) кількість потерпілих;
- (iv) часові та географічні масштаби нападу;
- (v) зміна етнічного, релігійного, расового або політичного складу населення в цілому; і
- (vi) сукупний вплив нападу на населення.

Хоча в цьому відношенні не існує фіксованого мінімального порогу, прокурор МКС раніше вважав, що малоінтенсивні, спорадичні напади, які були обмежені за географічним охопленням і призвели до менш ніж 100 смертей і 500 нападів, не можуть вважатися широкомасштабними.²⁶⁰ З іншого боку, напад, в результаті якого загинуло близько 1200 цивільних осіб на великій географічній території, легко міг би бути широкомасштабним нападом.²⁶¹

3.1.1.1.2.2 Систематичний

Чи був напад систематичним, буде залежати від того, чи складався він з організованих актів насильства, а не зі спонтанних або випадкових злочинних дій.²⁶² Це може передбачати організований план, який слідує регулярній закономірності, що призводить до безперервного вчинення дій або невідповідного повторення дій.²⁶³ Наприклад, націлення на конкретну етнічну групу з використанням встановленої методології вказувало б на

²⁵⁸ Див. напр., Рішення суду у справі *Бемби*, п. 163; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1123; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Гбагбо*, п. 222; *Прокурор проти Харуна і Алі Кушайб*, ІСС-02/05-01/07, Рішення за заявою про обвинувачення відповідно до 58 (7) Статуту, 27 квітня 2007, п. 62; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2681; *Прокурор проти Нтаганди*, ІСС-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019 (“Рішення суду у справі *Нтаганди*”), п. 691; *Прокурор проти Кордіча і Черкеза*, ІСТУ-95-14/2А, апеляційне рішення від 17 грудня 2004 р. (Апеляційне рішення у справі *Кордіча і Черкеза*), п. 94; *Прокурор проти Благоевича та Йокича*, ІТ-02-60-Т, Рішення суду, 17 січня 2005 (“Рішення суду у справі *Благоевича та Йокича*”), пп. 545-546.

²⁵⁹ Рішення про санкціонування розслідування ситуації у Республіці Конго, п. 224; *Прокурор проти Аль-Башира*, ІСС-02/05-01/09, Рішення за клопотанням обвинувачення про видачу ордера на арешт Омара Аль Башира, 4 березня 2009 (“Рішення за клопотанням обвинувачення про видачу ордера на арешт у справі *Аль-Башира*”), п. 81.

²⁶⁰ МКС ОП, “Звіт про діяльність за попереднім оцінюванням (2015 рік)” (12 листопада 2015), пп. 96-100, 301, 307.

²⁶¹ *Прокурор проти Катанги та Чуї*, ІСС-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги та Чуї*”), пп. 410-412.

²⁶² Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1123; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2682; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 692; *Прокурор проти Руто та ін.*, ІСС-01/09-01/11, Рішення про підтвердження звинувачень, 23 січня 2012 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Руто та ін.*”), п. 179; Апеляційне рішення у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 94; Рішення суду у справі *Благоевича та Йокича*, пп. 545-546. Див. також, *Прокурор проти Блашкіча*, ІТ-95-14-Т, Рішення суду, 3 березня 2000, п. 658; *Прокурор проти Брданіда*, ІТ-99-36-Т, Рішення суду, 1 вересня 2004, п. 135; Рішення суду у справі *Кунарач та ін.*, п. 429; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 94; *Прокурор проти Блашкіча*, ІТ-95-14-А, Апеляційне рішення, 29 липня 2004, п. 101.

²⁶³ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1162.

систематичний характер нападу.²⁶⁴ Фактори, які слід враховувати при визначенні того, чи був напад систематичним, передбачають:²⁶⁵

- (i) наявність закономірності злочинних діянь;
- (ii) повторювані і скоординовані напади в часі і географії;
- (iii) причетність політичної або військової влади до нападу;
- (iv) наявність плану або політики, спрямованої проти цивільного населення;
- (v) прийняття та інституціоналізація дискримінаційних процедур щодо цивільного населення; і
- (vi) засоби і методи, використані під час нападу.

3.1.1.1.3 Напад було скоєно відповідно до або на підтримку державної або організаційної політики, спрямованої на вчинення такого нападу

По-третє, фахівці-практики мають шукати інформацію, щоб встановити, що напад було скоєно відповідно до або на підтримку державної або організаційної політики щодо здійснення такого нападу. Інформація повинна свідчити про те, що напад був навмисно вчинений державою або організацією на підтримку політики, а не був спонтанним, випадковим або ізольованим за своїм характером.²⁶⁶

Фактори, які можуть свідчити про наявність державної або організаційної політики для вчинення нападу, можуть передбачати:²⁶⁷

1. Ідентифікація та визначення обвинуваченим потерпілих осіб ще до нападу;
2. Підготовка або мобілізація збройних сил перед нападом;
3. Виділення значних ресурсів на підготовку до нападу;
4. Публічні заяви, зроблені до нападу;
5. Зустрічі високопосадовців держави або організації перед нападом, на яких обговорювалися питання військового характеру (наприклад, логістика і стратегія);
6. Призначення командирів, відповідальних за напад; і
7. Повторення подібних нападів.

²⁶⁴ Прокурор проти Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Рішення відповідно до Статті 61(7)(а) і (b) Римського статуту за звинуваченнями Прокурора проти Боско Нтаганди, 9 червня 2014 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Нтаганди”), п. 24.

²⁶⁵ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Гбагбо, пп. 223-224; Рішення за клопотанням обвинувачення про видачу ордера на арешт у справі Аль-Башира, пп. 79-85; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Рутто та ін., пп. 1699, 181-182; Рішення суду у справі Акайесу, п. 173; Прокурор проти Семанзи, ІСТР-97-20-А, Апеляційне рішення, 20 травня 2005, пп. 268-269; Апеляційне рішення у справі Кунарач та ін., п. 98.

²⁶⁶ Рішення суду у справі Катанги, п. 1113; Рішення суду у справі Бемби, п. 161; Судове рішення у справі Онгвена, п. 2678; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Гбагбо, п. 215; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби, п. 81.

²⁶⁷ Рішення суду у справі Катанги, п. 1199; Судове рішення у справі Онгвена, п. 2679; Рішення суду у справі Нтаганди, п. 674; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Рутто та ін., п. 219; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Нтаганди, пп. 19-20; Прокурор проти Аль-хасана, Виправлення до рішення Про затвердження звинувачень, висунутих проти Аль Хасана Аг Абдула Азіза Аг Мохамеда Аг Махмуда, ІСС-01/12-01/18, 13 листопада 2019, п. 154; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Гбагбо, п. 218.

3.1.1.1.4 *Індивідуальне діяння було скоєно як частина нападу*

Нарешті, фахівці-практики мають шукати інформацію, яка підтверджує, що окреме злочинне діяння (наприклад, вбивство, катування і т. д.) було скоєно в контексті (або як частина) нападу, спрямованого проти цивільного населення. Діяння також повинне бути аналогічним до інших дій, здійснених під час цього нападу.²⁶⁸ Слід враховувати особливості, цілі, характер і наслідки відповідних діянь.²⁶⁹ Іншими словами, така дія не повинна бути ізольованим злочинним діянням, яке “явно відрізняється” від інших складових дій нападу.²⁷⁰

3.1.1.2 *Другий контекстуальний елемент: виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення, або мав умисел зробити це діяння частиною такого нападу*

Другий контекстуальний елемент злочинів проти людяності вимагає від фахівців-практиків пошуку інформації про те, що виконавець знав про широкомасштабний або систематичний напад, спрямований проти цивільного населення, і що його дії були частиною цього нападу.²⁷¹ Щоби це встановити, має бути доведено, що виконавець свідомо брав участь у нападі.²⁷² Проте, докази не повинні підтверджувати, що виконавець знав про всі характеристики нападу, а також про точні деталі плану або політики держави або організації.²⁷³ Більш того, мотив не має значення; немає необхідності доводити, що виконавець підтримував злочинні задуми держави або організації або мав умисел, щоб його дія стала частиною нападу.²⁷⁴ Досить того, що виконавець свідомо брав участь у нападі, тобто що він знав, що його дії були частиною нападу на цивільне населення.²⁷⁵

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що стався напад, спрямований проти цивільного населення?	<ul style="list-style-type: none">• Чи стався напад, пов'язаний із вчиненням кількох діянь, які складають злочини проти людяності, згаданих у статті 7, та/або інших діянь порівнянної тяжкості?• Чи був напад пов'язаний з будь-якою формою насильства?• Чи мав напад військовий характер?• Чи був напад спрямований	<ul style="list-style-type: none">• Показання свідків, що описують, що вони кілька днів поспіль чули стрілянину у Маріуполі та спробували покинути місто зі своїми батьками, і що солдати стріляли по їхній машині та вбили їхніх батьків.• Звіт ООН, що містить численні твердження про те, що озброєна група переходила від будинку до будинку в пошуках цивільних осіб, на яких вони потім нападали і

²⁶⁸ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1124; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 165.

²⁶⁹ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2688; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 696; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1124; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 165.

²⁷⁰ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1124; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 165; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 100.

²⁷¹ Рішення суду у справі *Бемби*, п. 167; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1123; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бемби*, п. 88; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 102.

²⁷² Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1125.

²⁷³ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1125; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2691.

²⁷⁴ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1125.

²⁷⁵ Рішення суду у справі *Катанги* п. 1125; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 167.

	<p>проти цивільних осіб?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи були цивільні особи основною ціллю нападу? 	<p>вбивали.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Звіт, в якому детально описується, що мішенню були певні особи (тобто солдати ходили від дверей до дверей у пошуках “нацистів” або “бандерівців”, які є принизливими термінами, що часто використовуються для опису прихильників українського уряду). • Дані судово-балістичної експертизи, що свідчать про те, що ракети були випущені по цивільному житловому будинку в присутності цивільних осіб у Харкові. • Відеозапис насильницького нападу, вчиненого виконавцями проти цивільного населення у Бучі. • Повідомлення неурядових організацій, що свідчать про те, що військовослужбовці збройних сил займалися грабежами, зґвалтуваннями і вбивствами цивільних осіб.
<p>Чи свідчать докази про те, що напад був широкомасштабним?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Скільки злочинних діянь було вчинено під час нападу? • Які були географічні масштаби нападу? • Як довго тривала атака? • Яке було число потерпілих від нападу? • Який був сукупний ефект від нападу на потерпілих? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання декількох свідків про ефекти від нападів, здійснених по Харкову протягом тижнів. • Документація з відкритих джерел, що відображає руйнування цивільних будівель по всій території України. • Офіційні військові документи, що містять плани одночасних нападів на кілька різних об'єктів в Україні. • Огляд місця злочину показує обстріли житлових районів по всьому Херсону. • Супутникові знімки показують 188-метрову траншейну братську могилу в Бучі. • Звіти ООН, що містять оцінки великої кількості загиблих і поранених серед цивільного населення в результаті окупації населених пунктів Київської області, яка тривала кілька місяців.
<p>АБО чи свідчать докази про те, що напад був систематичним?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи були акти насильства схожими за характером? • Чи було напад скоєно скоординованим і організованим чином? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання низки потерпілих, з різних міст Київської області, що описують скоординоване захоплення, окупацію та напади. • Звіти ООН, що описують серію

	<ul style="list-style-type: none"> • Військова або політична влада, яка брала участь у плануванні або здійсненні нападу (зادіяли значні ресурси для його здійснення)? • Які засоби і методи були використані для здійснення нападу? Чи вказують засоби і методи, використані під час нападу, на той факт, що напад було сплановано? 	<ul style="list-style-type: none"> • випадків скоординованого використання вибухової зброї в різних містах, таких як Маріуполь, Луганськ, Кременчук та Вінниця. • Офіційні військові документи, що містять плани проведення скоординованих нападів на кілька населених пунктів. • Звіт, що описує, як в окупованих регіонах було запроваджено низку дискримінаційних діянь, зокрема практику насильницьких зникнень і переміщення цивільних осіб. • Стратегічні документи, що свідчать про недавню купівлю зброї та обладнання, використаних для вчинення нападу.
<p>Чи свідчать докази про те, що напад було скоєно відповідно до або на підтримку державної або організаційної політики щодо вчинення такого нападу?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Хто планував, керував або організував напад? • Чи була яка-небудь військова або політична влада причетна до нападу? • Чи були виконавці посадовими особами держави або членами організації? • Чи є які-небудь ознаки того, що напад було сплановано, підтримано або заохочено державою або організацією? • Чи були які-небудь накази, що видані державою або організацією, про проведення нападу? • Чи впізнали виконавці потерпілих від нападу до того, як воно було скоєно? • Чи були аналогічні напади здійснені проти цивільного населення тією ж організацією або державою? • Чи були акти насильства підкріплені попередніми публічними заявами державної влади / лідерів організацій? 	<ul style="list-style-type: none"> • Відеозапис національного звернення глави держави, в якому він заявляє, що віддав наказ збройним силам вторгнутися в сусідню державу. • Показання члена уряду, що описують, як уряд закуповував зброю і військову техніку в рамках підготовки до нападу протягом декількох тижнів або місяців. • Судово-балістичні докази, що свідчать про те, що всі снаряди, випущені під час вторгнення, належали державі. • Фотографії колон танків та інших військових транспортних засобів, на яких чітко видно державний прапор, що перетинає кордон перед вторгненням. • Звіти ООН описують серію подібних нападів – всі вони охоплюють вбивства, катування і зґвалтування – у багатьох різних містах. • Радіопередачі, в яких солдати обговорюють між собою вбивства цивільного населення в Бучі.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець знав про те, що діяння було частиною</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Які докази вказують на те, що виконавець знав про широкомасштабний або систематичний напад на цивільне населення? 	<ul style="list-style-type: none"> • Покази стороннього свідка (інсайдера), що описують, як виконавець брав активну участь у плануванні та організації нападу на цивільне населення.

<p>широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел зробити це діяння частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Які обставини нападу вказують на те, що виконавець усвідомлював, що його діяння є частиною нападу, або мав умисел зробити його частиною нападу (наприклад, чи робив виконавець будь-які коментарі або заяви щодо нападу)? • Чи був виконавець причетний до планування або здійснення нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційні військові документи, підписані виконавцем, що наказують підлеглим вчинити напад на місто. • Фотографії, на яких виконавець зображений на нараді високого рівня, на якому були сформульовані плани нападу на цивільне населення. • Звіти неурядових організацій та організацій громадянського суспільства, в яких описуються подробиці широкомасштабного і систематичного нападу, вчиненого на цивільних осіб певної етнічної приналежності, що в значній мірі свідчить про обізнаність про цей факт з боку виконавця.
--	---	--

Таблиця 3: Контекстуальні елементи злочинів проти людяності

3.1.2 Воєнні злочини: контекстуальні елементи

Для того щоб діяння було кваліфіковано як воєнний злочин відповідно до статті 8 Римського статуту, воно повинно супроводжуватися такими контекстуальними елементами:

1. Діяння сталося в контексті міжнародного або неміжнародного збройного конфлікту і було пов'язане з ним; і
2. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

Воєнні злочини містяться у статті 438 ККУ, яка забороняє “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”.

Хоча стаття 438 КК України прямо не закріплює контекстуальні елементи воєнних злочинів, вони все ж повинні бути встановлені для доведення воєнних злочинів відповідно до чинної редакції КК України. Стаття 438 чітко криміналізує методи ведення війни, “заборонені міжнародним правом”, і “будь-які інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”. Женевські конвенції та Додаткові протоколи до них, на які посилається стаття 438, застосовні тільки в ситуаціях збройного конфлікту.²⁷⁶ Законопроект №7290, якщо і коли він набуде чинності, зазначатиме, що воєнними можуть вважатися злочини, вчинені (або здійснені/виконані) у зв’язку з міжнародним або неміжнародним збройним конфліктом.²⁷⁷

²⁷⁶ Див. напр., Женевська конвенція I, статті 2, 3.

²⁷⁷ Законопроект №7290, стаття 438.

3.1.2.1 Перший контекстуальний елемент: діяння сталося в контексті міжнародного або неміжнародного збройного конфлікту і було пов'язане з ним

3.1.2.1.1 Існування міжнародного збройного конфлікту або неміжнародного збройного конфлікту

Фахівці-практики мають спочатку встановити існування або міжнародного збройного конфлікту ("МЗК"), або неміжнародного збройного конфлікту ("НЗК"). Як описано нижче, це визначення вплине на те, які воєнні злочини застосовні до ситуації.

3.1.2.1.1.1 Існування МЗК

Під час МЗК застосовуються воєнні злочини, що містяться в таких положеннях: (i) статті 8(2)(a) і 8(2)(b) Римського статуту; (ii) статті 438 КК України, що покриває порушення, що містяться у чотирьох Женевських конвенціях і Додатковому протоколі I; і (iii) список всіх воєнних злочинів, перелічених у законопроекті №7290. Див. розділ 2.1.2.2, в якому міститься детальний огляд умов, які повинні бути виконані для встановлення МЗК.

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що держава (держави) застосувала силу проти іншої держави?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи вдавалися держави до використання збройних сил? • Чи відправляла будь-яка держава військовослужбовців своїх збройних сил через кордон до сусідньої держави без згоди останньої? • Чи атакувала одна держава іншу державу з повітря? • Чи запускала одна держава ракети зі своєї території по цілям на території іншої держави? • Чи офіційно держава оголосила війну іншій державі? 	<ul style="list-style-type: none"> • Відеозапис публічного виступу глави держави, в якому він заявляє, що у сусідній державі буде розпочато "спеціальну військову операцію". • Показання свідків, що описують, як колона військових транспортних засобів, що належать збройним силам сусідньої держави, перетнула кордон. • Супутникові знімки, що показують переміщення військ, військової техніки та обладнання через кордон з однієї держави в іншу державу. • Докази судово-балістичної експертизи, що свідчать про те, що будівля була зруйнована ракетою, що належить іншій державі. • Звіти ООН описують схему скоординованого використання вибухової зброї в різних містах, таких як Маріуполь, Луганськ, Кременчук та Вінниця.
АБО чи свідчать докази про те, що одна держава окупує іншу державу?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи присутні збройні сили держави фізично на території іншої держави? • Чи розмістила іноземна держава свої збройні сили на території іншої держави з метою здійснення там своєї влади? • Чи є ця присутність такою, на 	<ul style="list-style-type: none"> • Супутникові знімки присутності збройних сил держави-окупанта на території. • Офіційні урядові документи з докладним описом планів створення тимчасової урядової адміністрації на території іншої держави. • Відеозапис, на якому військовослужбовці збройних сил

	<p>яку не надавалась згода?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи здався місцевий уряд, чи відійшов він з території або зазнав поразки? • Чи втратила територіальна держава владу над певною частиною своєї території? • Чи може іноземна держава здійснювати владу над відповідною територією (або її частинами) замість місцевого уряду? Наприклад: • Чи створила одна держава тимчасову адміністрацію на території іншої держави? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи віддавала іноземна держава накази цивільним особам на окупованій території? ○ Чи видала держава закони чи взяла під контроль правоохоронну діяльність? ○ Чи взяла держава владу над кордонами чи іншими установами, як-от заклади освіти, лікарні тощо? 	<p>держави-окупанта проводять арешти на окупованій території.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Показання місцевих жителів, що описують, як всі державні служби в даний час контролюються окупаційною адміністрацією. • Фотографії місцевих жителів, на яких видно, що Слов'янська міська рада знаходиться під контролем озброєних до зубів людей. • Відеозапис промови новопризначеного голови окупаційної адміністрації, який оголосив про проведення референдуму щодо приєднання до держави-окупанта. • Документальне підтвердження декретів і законів, опублікованих державою-окупантом. • Звіт Комісії ООН, в якому задокументовані випадки страт, незаконного позбавлення волі, катувань, жорстокого поводження, зґвалтувань та інших актів сексуального насильства, скоєних на територіях, окупованих збройними силами держави-окупанта.
<p>АБО чи свідчать докази про те, що сталося застосування збройної сили між державою та недержавною збройною групою, яка діяла під загальним контролем іншої держави?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи існує збройний конфлікт між територіальною державою та недержавною збройною групою? • Чи бере участь інша держава в координації / плануванні діяльності недержавної збройної групи, що воює проти територіальної держави? • Чи надала контролююча держава зброю, обладнання або матеріально-технічну підтримку недержавній збройній групі? • Чи надавала контролююча держава фінансову підтримку недержавній збройній групі, яка бере участь у бойових діях проти територіальної держави? • Чи розділяє контролююча держава цілі з недержавною збройною групою? • Чи передала контролююча держава офіцерів недержавній збройній групі? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання членів недержавної збройної групи, що описують, як вся їх військова діяльність планується і координується державою. • Докази судово-балістичної експертизи, що свідчать про те, що вся зброя, використана озброєною групою при нападі, належала державі. • Офіційні урядові документи, що свідчать про те, що держава здійснювала великомасштабні поставки зброї збройній групі, яка бере участь у бойових діях проти територіальної держави. • Військові документи, що вказують на величезний трансфер зброї, відправленої державою недержавній збройній групі з докладним описом планів військових операцій. • Відеозапис командира недержавного збройного угруповання, що виражає прихильність цілям і завданням

	<ul style="list-style-type: none"> • Чи здійснює держава керівництво і нагляд за озброєною групою? • Чи є подібність між рангами і структурами держави і збройної групи? • Чи навчала держава членів недержавної збройної групи? 	<p>держави.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Фотографії, зроблені членами недержавної збройної групи, які беруть участь у навчальних зборах, що проводяться збройними силами держави. • Ряд доповідей ООН, які засуджують участь держави у підтримці діяльності недержавної збройної групи шляхом надання фінансів, зброї, обладнання тощо.
--	---	---

Таблиця 4: Встановлення МЗК

3.1.2.1.2 Існування НЗК

Воєнні злочини, застосовні під час НЗК, згадані в таких положеннях: (i) статті 8(2)(c) і 8(2)(e) Римського статуту; (ii) порушення норм, застосовних до НЗК – Загальна стаття 3 для чотирьох Женевських конвенцій і Додатковий протокол II – охоплюється статтею 438 ККУ; і (iii) всі воєнні злочини, перераховані в законопроекті №7290, окрім тих, які перераховані в статті 438(1).

Див. розділ 2.1.2.1 для огляду умов, які необхідно виконати, щоб встановити існування НЗК.

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що залучені недержавні збройні групи досить організовані?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи є у групи формальна командна структура і внутрішня ієрархія? • Чи є у групи штаб? • Чи контролює група територію? • До якого виду зброї і спорядження має доступ група? • Чи діє група відповідно до певної та єдиної військової стратегії? • Чи здатна група вести переговори про такі угоди як припинення вогню і мирні угоди? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання члена озброєної групи з докладним описом того, як всі члени були зобов'язані виконувати накази вищого керівництва. • Супутникові знімки важкого озброєння, яке використовується недержавним збройним угрупованням. • Фотографія членів озброєної групи, одягнених в однакову форму і з однаковою зброєю. • Аерофотознімок штаб-квартири озброєної групи. • Офіційна копія тимчасової угоди про припинення вогню, підписаної лідером збройної групи і представником уряду. • Звіти громадських організацій, що описують, як озброєна група використовує одну і ту ж військову тактику в кожній зі своїх операцій. • Показання кількох жителів міста, які свідчать про те, що озброєна група здійснює контроль над територією.
<p>Чи свідчать докази про те,</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи розгорнула держава свої збройні сили для участі в бойових 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання цивільних осіб, що описують кілька збройних зіткнень

<p>що збройні зіткнення між державою та недержавною збройною групою (групами) досягли необхідного рівня інтенсивності?</p>	<p>діях проти недержавної збройної групи в конкретному регіоні?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Скільки було окремих зіткнень? • Скільки потерпілих було в результаті бойових дій? • Чи призвели бойові дії до значних матеріальних руйнувань? • Який тип / калібр зброї використовувався обома сторонами конфлікту? 	<p>між недержавною збройною групою і збройними силами держави у цій місцевості.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Фотографії будівель, сильно пошкоджених ракетами ударами. • Дані судово-балістичної експертизи, що свідчать про те, що важке озброєння використовувалося державними силами в бойових діях проти недержавної збройної групи. • Звіти ООН, що описують велику кількість потерпілих серед цивільного населення безпосередньо в результаті бойових дій між збройними групами і державними силами. • Карти контролю території недержавним збройним формуванням.
---	---	---

Таблиця 5: Встановлення НЗК

3.1.2.1.3 Зв'язок зі збройним конфліктом

Тільки ті діяння, які здійснюються “в контексті” і “пов'язані зі збройним конфліктом” можуть кваліфікуватись як воєнні злочини.²⁷⁸ Вимога про зв'язок означає, що **діяння повинно було бути тісно пов'язане** зі збройним конфліктом, що відбувається на будь-якій території, що контролюється сторонами конфлікту.²⁷⁹ Іншими словами, повинен існувати достатній географічний і часовий зв'язок між діянням і бойовими діями.²⁸⁰ Докази не повинні свідчити про те, що в основі діяння лежав тільки конфлікт, і діяння не обов'язково має відбуватися в розпалі битви.²⁸¹ Діяння виконавця не обов'язково повинні були відбуватися в рамках воєнних дій, або в той час чи в тому місці, де фактично велися бойові дії.²⁸² Фактори, які можуть вказувати на зв'язок між злочинним діянням і збройним конфліктом, передбачають, серед іншого, той факт, що: виконавець є комбатантом; потерпіла особа є некомбатантом або членом ворожої сторони; діяння служить кінцевій меті військової кампанії; і діяння було скоєно у зв'язку зі службовими обов'язками виконавця.²⁸³

²⁷⁸ МКС Елементи злочинів, Стаття 8, Вступ (с).

²⁷⁹ Рішення суду у справі *Бемби*, п. 142; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 1176.

²⁸⁰ *Прокурор проти Стакіча*, IT-97-24-A, Апеляційне рішення, 22 березня 2006, пп. 343-347.

²⁸¹ Рішення суду у справі *Бемби*, п. 142; Рішення суду у справі *Кунарач та ін.*, п. 57.

²⁸² Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 731.

²⁸³ Рішення суду у справі *Бемби*, п. 143; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги і Чуї*, п. 382; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 59.

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що діяння сталося в контексті міжнародного або неміжнародного збройного конфлікту і було пов'язане з ним?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи був злочин скоєний на території держави, де відбувся збройний конфлікт? • Чи був виконавець комбатантом, який належить до однієї зі сторін збройного конфлікту? • Чи було злочин скоєно в рамках або в контексті службових обов'язків виконавця? • Чи був потерпілий цивільною особою або особою, захищеною законами і звичаями війни (наприклад, медичним персоналом, військовополоненим, особою, що вибула зі строю (<i>hors de combat</i>) (див. розділ 3.2.30.2) тощо)? • Чи належали потерпілі і виконавець до ворожих (різних) сторін? • Чи служив акт насильства кінцевої меті військової кампанії сторони, до якої належить виконавець? • Чи була здатність виконавця вчинити злочин обумовлена або залежала від наявності збройного конфлікту? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, що свідчать про те, що потерпілі були ціллю нападу з метою дестабілізації, приниження або покарання осіб, що виступають проти сторони, яка вторглася, і проти недавно створеної окупаційної адміністрації. • Відео, розміщене в соціальних мережах, що показує, як члени озброєної групи грабують і руйнують будинки цивільних осіб після нападу, скоєного на цивільне місто. • Дані судово-балістичної експертизи, що свідчать про те, що цивільні об'єкти були сильно пошкоджені вибуховими речовинами, використаними під час військових дій. • Звіти ООН з докладним описом того, як сторона в збройному конфлікті регулярно використовує цивільних осіб в якості живого щита в якості методу ведення війни. • Фотографії сильно пошкоджених / зруйнованих цивільних будівель після збройного протистояння.

Таблиця 6: Встановлення зв'язку

3.1.2.2 Другий контекстуальний елемент: виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту

Для встановлення другого контекстуального елемента воєнних злочинів, інформація має свідчити про те, що виконавець знав про фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.²⁸⁴ Виконавець повинен також усвідомлювати зв'язок між цими фактичними обставинами і своїм діянням.²⁸⁵

Це можна зробити з інформації, що свідчить про такі ознаки виконавця:²⁸⁶

- (i) Участь у відповідному збройному конфлікті;
- (ii) Статус (в якості комбатанта, командира, цивільного лідера і т. д.);

²⁸⁴ Прокурор проти Лубанги, ICC-01/04-01/06-2842, Рішення суду, 14 березня 2012 (“Рішення суду у справі Лубанги”), п. 1016; Рішення суду у справі Катанги, п. 794.

²⁸⁵ Рішення суду у справі Лубанги, п. 1016.

²⁸⁶ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби, п. 264; Рішення суду у справі Катанги, п. 1231; Рішення суду у справі Лубанги, п. 1350.

- (iii) Участь у наданні зброї іншим особам;
- (iv) Участь в обговореннях, що стосуються військових планів і досягнень;
- (v) Членство у військовій ієрархії або ланцюжку командування; і
- (vi) Отримання або поінформованість про військові звіти, пов'язані з конфліктом.

Встановлення цього елемента, як правило, не становить труднощів. Важко уявити ситуацію, коли доведено, що злочинне діяння було скоєно “в контексті” і “пов'язано” зі збройним конфліктом, але в той же час виконавець не знав про існування збройного конфлікту.²⁸⁷

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець знав про фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи було широко відомо про існування збройного конфлікту? • Чи був виконавець військовим або політичним діячем, яким-небудь чином залученим у збройний конфлікт? • Чи робив виконавець будь-які заяви, що свідчать про його обізнаність про фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту? • Чи надавав виконавець зброю, отримувач військові звіти або приймав рішення, що мали вплив на збройний конфлікт? 	<ul style="list-style-type: none"> • Покази свідків, що описують, як виконавець приєднався до недержавної збройної групи, коли у місцевості спалахнув збройний конфлікт. • Офіційний військовий документ, підписаний виконавцем, який наказує підлеглим захопити цивільне місто. • Фотографія виконавця у військовій формі і зі зброєю в руках. • Офіційні заяви виконавця, що розкривають його плани почати повномасштабне військове вторгнення в певний регіон.

Таблиця 7: Встановлення обізнаності виконавця про збройний конфлікт

3.1.3 Геноцид: загальні елементи

Стаття II Конвенції про геноцид, прийнятої Генеральною Асамблеєю ООН 9 грудня 1948 року, визначає геноцид як “будь-яку з наведених нижче дій, вчинених з умислом знищити, повністю або частково, яку-небудь національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку: (а) вбивство членів групи; б) заподіяння серйозних тілесних або психічних ушкоджень членам групи; с) навмисне створення для групи таких умов життя, які розраховані на повне або часткове її фізичне знищення; д) запровадження заходів, розрахованих на запобігання дітонародженню в межах даної групи; е) насильницька передача дітей однієї групи в іншу групу”.²⁸⁸ Україна ратифікувала Конвенцію про геноцид 15 листопада 1954 року.²⁸⁹ На думку Міжнародного суду ООН (“МС ООН”), визначення геноциду, що міститься в Конвенції, відображає міжнародне звичаєве право.²⁹⁰

²⁸⁷ Краер та ін. (2015), с. 287.

²⁸⁸ Конвенція про геноцид, стаття 2.

²⁸⁹ Конвенція про геноцид - Збірник договорів Організації Об'єднаних Націй, Статуту договорів.

²⁹⁰ Застосування Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (Боснія і Герцеговина проти Сербії та Чорногорії), Рішення МС ООН, Звіти 2007 року, с. 43 (“Рішення щодо геноциду в Боснії і Герцеговині”), п. 161.

Стаття 6 Римського статуту відтворює визначення геноциду, що міститься в Конвенції про геноцид. Відповідно, для того щоб діяння було кваліфіковано як геноцид відповідно до статті 6 Римського статуту, воно повинно бути вчинене з умислом знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.²⁹¹ Зокрема, елементи злочинів МКС вимагають встановлення наступних загальних елементів:²⁹²

1. Потерпіла особа (потерпілі) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи;
2. Виконавець (виконавці) мав умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку; і
3. Діяння сталося в контексті явної закономірності подібних діянь, спрямованих проти цієї групи, або було діянням, яке само по собі могло спричинити таке знищення.

Геноцид заборонений статтею 442 КК України. Геноцид визначається як “діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи шляхом позбавлення життя членів такої групи чи заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень, створення для групи життєвих умов, розрахованих на повне чи часткове її фізичне знищення, скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі або шляхом насильницького переміщення дітей з однієї групи в іншу”.²⁹³ “Умисно вчинене діяння з метою повного або часткового знищення” аналогічне вимозі Римського статуту про те, що діяння має бути вчинено з “умислом знищити повністю або частково”.

Крім того, законопроект №7290, якщо і коли він набуде чинності, змінить визначення геноциду на “діяння, умисно вчинене з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової або релігійної групи як такої”. Незважаючи на незначні зміни у формулюваннях, це визначення охоплює ті ж діяння, що і чинна стаття 442.

ККУ дотримується Конвенції про геноцид і не містить прямої вимоги про те, що дія відбулася в контексті явної моделі подібної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або була поведінкою, яка сама по собі могла спричинити таке знищення, що є унікальним для МКС.

3.1.3.1 Перший загальний елемент: потерпілий (потерпілі) належать до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи

Потерпілі від геноциду повинні належати до однієї з чотирьох перелічених груп, що містяться в Конвенції про геноцид та міжнародних кримінальних статутах, а саме до національної, етнічної, расової або релігійної групи.²⁹⁴

Ці групи були розподілені наступним чином:

- **Національні групи** охоплюють осіб, які поділяють визнані / усвідомлені юридичні зв'язки загального громадянства, визнаного законом (тобто в рамках правової

²⁹¹ Римський статут, стаття 6.

²⁹² МКС, Елементи злочинів, Стаття 6.

²⁹³ КК України, стаття 442.

Конвенція про геноцид, стаття 2; Римський статут, стаття 6; Статут МТКЮ, стаття 4; Статут МКТР, стаття 2.

системи держави) або міжнародним співтовариством, а також загальне розуміння і взаємність прав і обов'язків.²⁹⁵

- **Етнічні групи** охоплюють людей, які поділяють спільну мову, традиції, історію, соціальні структури та культуру, включаючи, наприклад, племінні звичаї та традиційні зв'язки з землею.²⁹⁶
- **Расові групи** охоплюють людей, які мають спільні спадкові фізичні риси (наприклад, колір шкіри), часто ототожнюються з географічним регіоном, незалежно від мовних, культурних, національних або релігійних факторів.²⁹⁷
- **Релігійні групи** охоплюють осіб, які сповідують одну і ту ж релігію, спосіб богослужіння або релігійні переконання.²⁹⁸

Членство може бути встановлено як на об'єктивній, так і на суб'єктивній основі.²⁹⁹ Однак група, що зазнала геноциду, не може бути визначена в негативних термінах, тобто за характеристиками, якими вони не володіють, наприклад, "не-росіяни".³⁰⁰

3.1.3.2 Другий загальний елемент: виконавець мав умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку

Другий загальний елемент встановлює конкретний елемент суб'єктивної сторони злочину геноциду. Таким чином, докази повинні підтверджувати, що заборонені злочинні діяння геноциду (див. розділ 3.2.48-3.2.52) були здійснені з **конкретним умислом виконавця знищити, повністю або частково**, конкретну національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку (також відомий як 'умисел вчинити геноцид').³⁰¹ Цей конкретний умисел геноциду має бути встановлений на додатково до доказу умислу на вчинення основного діяння (див. розділ 3.3.2).³⁰²

Зокрема, фахівцям слід враховувати таке:

- Встановлення факту геноциду не вимагає фактичного знищення групи в повному обсязі, але, натомість, задовольняється, якщо один з актів геноциду (див. розділи

²⁹⁵ Рішення суду у справі Акайесу, п. 512.

²⁹⁶ Рішення за клопотанням обвинувачення про видачу ордера на арешт у справі Аль-Башира, пп. 23, 137; Міжнародна комісія з розслідування у Дарфурі, Звіт Генерального секретаря ООН (25 січня 2005), сс. 117, 127 (зноска 183), 129; Рішення суду у справі Акайесу, п. 513.

²⁹⁷ Рішення суду у справі Акайесу, п. 514; Рішення суду у справі Каййшема та ін., п. 98.

²⁹⁸ Рішення суду у справі Акайесу, п. 515; Рішення суду у справі Каййшема та ін., п. 98.

²⁹⁹ Прокурор проти Семанзи, ICTR-97-20-Т, Рішення і Вирок, 15 травня 2003 (Рішення і Вирок у справі Семанзи), п. 317; Рішення суду у справі Єлісіча, пп. 69-72; Рішення суду у справі Каййшема та ін., п. 98.

³⁰⁰ Прокурор проти Радована Караджіча, IT-95-5/18-Т, Рішення суду, 24 березня 2016, п. 541; Апеляційне рішення у справі Стакіча, пп. 16-17. Див. також, Рішення суду у справі Єлісіча, пп. 71-72.

³⁰¹ Римський статут, стаття 6.

³⁰² Апеляційне рішення у справі Крстіча, п. 20; Судове рішення у справі Попович та інші, п. 808. Див. також, Рішення щодо геноциду в Боснії і Герцеговині, п. 186.

3.2.48 - 3.2.52) було вчинено з умислом знищити.³⁰³ Іншими словами, має бути доведено, що виконавець прагнув досягти знищення групи, повністю або частково.³⁰⁴

- Умисел повинен виходити за рамки простої дискримінаційної спрямованості, а натомість бути спрямованим на знищення групи як “окремого та відмінного суб’єкта”.³⁰⁵ Виконавець повинен був мати умисел знищити групу **повністю або частково**, тобто знищити принаймні значну частину групи, незалежно від остаточної кількості потерпілих.³⁰⁶ Чи є група, проти якої спрямовані дії, достатньо значною, може визначатися такими факторами, як чисельний розмір частини групи, проти якої спрямовані дії, по відношенню до всієї групи, значимість частини групи, проти якої спрямовані дії, та сфера діяльності і контролю виконавців, а також можливий ступінь їхньої досяжності.³⁰⁷
- Виконавець повинен був обрати потерпілих через їхнє членство в групі, з кінцевою метою знищення групи (на що вказує словосполучення “**як такої**”).³⁰⁸ Це не виключає випадків, коли виконавець керувався й іншими факторами, як-от особистий мотив для сексуального задоволення або отримання особистої економічної вигоди, політичної переваги чи певної форми влади.³⁰⁹
- Знищення повинно бути фізичним або біологічним (а не просто культурним).³¹⁰ Біологічне знищення спрямоване на “регенеративну спроможність групи”, в той час як фізичне знищення має на меті “знищення групи, що існує”.³¹¹

³⁰³ Судове рішення у справі *Акайесу*, п. 518, 520. Див. також, Судове рішення у справі *Рутаганди*, п. 59-61; *Прокурор проти Камбанди*, ICTR 97-23-S, Рішення та вирок, 4 вересня 1998 року (“Рішення та вирок у справі Камбанди”), п. 16.

³⁰⁴ Рішення суду першої інстанції у справі *Елісіча*, п. 81; Рішення суду першої інстанції у справі *Крістіча*, п. 550.

³⁰⁵ Див., наприклад, *Прокурор проти Поповича та інших*, IT-05-88-T, Рішення суду першої інстанції, 10 червня 2010 року (“Рішення суду першої інстанції у справі Поповича та інших”), п. 1312; Рішення суду першої інстанції у справі *Брджаніна*, п. 698.

³⁰⁶ Апеляційне рішення у справі *Крстіча*, п. 12; *Прокурор проти Младіча*, MICT-13-56-A, Апеляційне рішення, 8 червня 2021 року, п. 576; Рішення суду першої інстанції у справі *Кайішема та інші*, п. 97; *Прокурор проти Баглішема*, ICTR-95-1A-T, Рішення суду першої інстанції, 7 червня 2001 року, п. 64; ; Рішення суду першої інстанції у справі *Крістіча*, п. 590; *Прокурор проти Гатете*, ICTR-2000-61-T, Судове рішення та вирок, 31 березня 2011 року (“Судове рішення та вирок у справі Гатете”), п. 582. Див. також, *Прокурор проти Ндінділійімані та інших*, ICTR-00-56-T, Судове рішення та вирок, 17 травня 2011 року, п. 2072.

³⁰⁷ Апеляційне рішення у справі *Крстіча*, п. 12-14; Рішення суду першої інстанції у справі *Брданіна*, п. 701-702; Апеляційне рішення у справі *Поповича та інших*, п. 422.

³⁰⁸ Рішення щодо *геноциду в Боснії і Герцеговині*, п. 193; Рішення суду першої інстанції у справі *Стакіча*, п. 521; Рішення суду першої інстанції у справі *Толіміра*, п. 746; *Прокурор проти Мухімані*, ICTR- 95-1B-T, Рішення суду першої інстанції, 28 квітня 2005 року (“Рішення суду першої інстанції у справі Мухімані”), п. 500; *Прокурор проти Каджелілі*, ICTR-98-44A-T, Рішення та вирок суду, 1 грудня 2003 року (“Рішення суду першої інстанції у справі Каджелілі”), п. 813; *Прокурор проти Муванія*, ICTR-2000-55A-T, Рішення та вирок суду, 12 вересня 2006 року, п. 485.

³⁰⁹ Апеляційне рішення у справі *Елісіча*, п. 49; *Прокурор проти Ніїтегеки*, ICTR-96-14-A, Апеляційне рішення, 9 липня 2004 року, п. 53; Рішення суду першої інстанції у справі *Елісіча*; Рада ООН з питань прав людини, “Вони прийшли руйнувати”: Злочини ІДІЛ проти езидів” (15 червня 2016 року) A/HRC/32.CRP.2, п. 158.

³¹⁰ Рішення суду першої інстанції у справі *Крстіча*, п. 580; Міжнародна слідча комісія щодо Дарфуру, Доповідь Генеральному секретарю Організації Об’єднаних Націй, с.с. 4, 53, 124 (посилання 176), 129, 160.

³¹¹ Global Justice Center, “По за межам вбивства: гендер, геноцид та зобов’язання за міжнародним правом” (грудня 2018 року), р. 34.

Хоча може бути важко або навіть неможливо знайти *прямі* докази конкретного умислу виконавця здійснити геноцид (тобто “умисел вчинити геноцид”), такий умисел може бути виведено з фактів і обставин,³¹² включно з такими факторами:

- **Заяви виконавця**, зокрема якщо вони не містять прямого заклику до вчинення геноциду, але все ж є прямим підбурюванням до вчинення геноциду в конкретному контексті;³¹³
- **Загальний контекст ситуації**: наприклад, систематичне вчинення протиправних дій, спрямованих проти цільової групи, тим самим виконавцем або іншими особами, або нестабільне середовище/атмосфера насильства, що існувала між групою виконавця та цільовою групою;³¹⁴
- **Повторення** деструктивних та дискримінаційних дій;³¹⁵
- **Умисне, дискримінаційне та систематичне** націлювання на потерпілих та їхнє майно через приналежність до групи та виключення з кола об'єктів націлювання членів інших груп;³¹⁶
- **Характер, тяжкість, масштаби та географічне охоплення** злочинів, вчинених проти членів групи, зокрема застосовану зброю та ступінь тілесних ушкоджень.³¹⁷ Масштаби та інтенсивність сексуального насильства також можуть свідчити про умисел геноциду, особливо коли таке насильство призводить до того, що потерпілі

³¹² Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 523; *Прокурор проти Сікіріча та ін.*, IT-95-8-T, Рішення за клопотаннями захисту про виправдання, 3 вересня 2001 (Рішення за клопотаннями захисту про виправдання у справі *Сікіріча та ін.*), п. 46; Рішення суду у справі *Кайішема та ін.*, п. 93.

³¹³ *Прокурор проти Бізімунгу та інших*, ICTR-99-50-T, Рішення та вирок суду, 30 вересня 2011 року (“Рішення та вирок суду у справі *Бізімунгу та інших*”), п. 1974; *Прокурор проти Каремери та Нгірумпатсе*, ICTR-98-44-T, Рішення та вирок суду, 2 лютого 2012 року, п. 1597-1598; *Прокурор проти Ніірамасухуко та інших*, ICTR-98-42-T, Рішення та вирок суду, 24 червня 2011 року (“Рішення та вирок суду у справі *Ніірамасухуко та інших*”), п. 6012; Рішення та вирок суду у справі *Нзобонімана*, п. 1712.

³¹⁴ Рішення суду першої інстанції у справі *Акайесу*, п. 523; *Прокурор проти Ндіндабахізі*, ICTR-2001-71-I, Рішення та вирок суду, 15 липня 2004 року (“Рішення та вирок суду у справі *Ндіндабахізі*”), п. 460; Рішення суду першої інстанції у справі *Мухімані*, п. 496; Рішення та вирок суду у справі *Ніірамасухуко та інших*, п. 5732. Див. також, Рішення та вирок суду у справі *Бізімунгу та інших*, п. 1958; *Прокурор проти Ндахімана*, ICTR-01-68-T, Рішення та вирок суду, 30 грудня 2011 року (“Рішення та вирок суду у справі *Ндахімана*”), п. 804; Апеляційне рішення у справі *Ніірамасухуко та інших*, п. 1029.

³¹⁵ Апеляційне рішення у справі *Єлісіса*, п. 47. Див. також, Рішення та вирок суду у справі *Гатете*, п. 583; Рішення та вирок суду у справі *Ніірамасухуко та інших*, п. 5732. Див. також, Рішення та вирок суду у справі *Бізімунгу та інших*, п. 1958; Рішення та вирок суду у справі *Ндахімана*, п. 804; *Прокурор проти Каліманзіра*, ICTR-05-88-T, Рішення та вирок суду, 22 червня 2009 року (“Рішення та вирок суду у справі *Каліманзіра*”), п. 731; *Прокурор проти Муунія*, ICTR-2000-55A-T, Рішення та вирок суду, 12 вересня 2006 року, п. 29.

³¹⁶ Рішення суду першої інстанції у справі *Крстіча*, п. 546-547, 594-595, 597; Рішення суду першої інстанції у справі *Брданіна*, п. 983; Рішення суду першої інстанції у справі *Кайішема та інші*, п. 93; Рішення та вирок суду у справі *Каліманзіра*, п. 731; *Прокурор проти Муунія*, ICTR-2000-55A-T, Рішення та вирок суду, 12 вересня 2006 року, п. 29.

³¹⁷ Рішення суду першої інстанції у справі *Акайесу*, п. 523; Рішення суду першої інстанції у справі *Мухімані*, п. 496; Рішення та вирок суду у справі *Ндіндабахізі*, п. 461; Рішення за клопотанням захисту про виправдання у справі *Сікіріча та інших*, п. 94; I, *Прокурор проти Кайішеми та Рузіндани*, ICTR-95-1-T, Рішення суду першої інстанції, 21 травня 1999 року (“Рішення суду першої інстанції у справі *Кайішеми та Рузіндани*”), п. 93.

“настільки травмовані, що більше не можуть розглядати можливість репродуктивних стосунків, навіть після повернення до своєї групи”.³¹⁸

- **Організація або планування**, спрямовані на націлювання на групу;³¹⁹
- **Використання принизливих висловлювань** по відношенню до представників цільової групи та кількість потерпілих;³²⁰ і
- **Політична доктрина** (окреслена заходами, стратегією, промовами або проектами виконавця (виконавців)), яка призвела до злочинних діянь.³²¹

3.1.3.3 Третій контекстуальний елемент: діяння сталося в контексті явної закономірності аналогічних діянь, спрямованих проти цієї групи, або було діянням, яке саме по собі могло призвести до такого знищення

Конвенція про геноцид прямо не вимагає цього контекстуального елемента,³²² так само як і Статути або прецедентне право спеціальних (*ad hoc*) трибуналів не вимагають наявності плану або стратегії як елемента злочину геноциду.³²³ Отже, відповідно до таких умов не має значення, чи могло таке діяння становити будь-яку конкретну загрозу для існування групи, проти якої спрямовані дії, або частини групи, проти якої спрямовані дії, чи ні.³²⁴ ККУ відповідає Конвенції про геноцид і прямо не містить цього контекстуального елемента. Отже, для встановлення злочину геноциду фахівцям не потрібно доводити, що діяння відбулося в контексті очевидної системи подібних діянь, спрямованих проти цієї групи, або було діянням, яке само по собі могло спричинити таке знищення.

Однак, в розумінні МКС, Елементи злочинів МКС вимагають, щоб “діяння відбулося в контексті очевидної системи подібних діянь, спрямованих проти цієї групи, або було діянням, яке саме по собі могло спричинити таке знищення”.³²⁵ Таким чином, на думку МКС, злочин геноциду стається лише тоді, “коли загроза існуванню цільової групи або її частини стає конкретною і реальною, а не просто латентною або гіпотетичною”.³²⁶

³¹⁸ Global Justice Center, “Поза межами вбивства: Гендер, геноцид та зобов’язання за міжнародним правом” (грудня 2018 року), с. 35.

³¹⁹ Рішення суду першої інстанції у справі *Поповіча та інших*, п. 1314-1318, 1399; Рішення та вирок суду у справі *Нзобонімана*, п. 1527, 1538.

³²⁰ Рішення суду першої інстанції у справі *Кайішеми та Рузіндани*, п. 93; Рішення суду першої інстанції у справі *Каліелі*, п. 806; Рішення суду першої інстанції у справі *Гакумбіці*, п. 253.

³²¹ Рішення суду першої інстанції у справі *Акайесу*, п. 524.

³²² Конвенція про геноцид, стаття 2; Рішення щодо клопотання прокуратури про видачу ордеру на арешту у справі *Аль-Башира*, п. 117.

³²³ Статут МТКЮ, стаття 4; Статут МКТР, стаття 2; Рішення суду першої інстанції у справі *Єлісіча*, п. 100; Рішення суду першої інстанції у справі *Акайесу*, п. 520, 523. Див. також, Апеляційне рішення у справі *Крстіча*, п. 224; *Поповіч та ін.* Рішення суду, п. 829. Див. також, Рішення щодо клопотання прокуратури про видачу ордеру на арешту у справі *Аль-Башира*, п. 119.

³²⁴ Рішення суду першої інстанції у справі *Крстіча*, п. 133; Рішення суду першої інстанції у справі *Акайесу*, п. 498; Рішення суду першої інстанції у справі *Кайішеми та Рузіндани*, п. 170; Рішення щодо клопотання прокуратури про видачу ордеру на арешту у справі *Аль-Башира*, п. 119.

³²⁵ Елементи злочинів МКС, стаття 6(b); Рішення щодо клопотання прокуратури про видачу ордеру на арешту у справі *Аль-Башира*, п. 123.

³²⁶ Рішення щодо клопотання прокуратури про видачу ордеру на арешту у справі *Аль-Башира*, п. 124.

Нарешті, для того, щоб діяння було кваліфіковано як геноцид, докази повинні свідчити про те, що:

- Діяння виконавця сталися в контексті інших діянь, які носили широкомасштабний, систематичний характер і слідували аналогічній схемі (тобто “явна закономірність аналогічної поведінки”).³²⁷ Це включає в себе початкові дії закономірності, які стали очевидними тільки пізніше (тобто закономірність, що формується);³²⁸ чи
- Діяння несло характер і тяжкість, які самі по собі могли привести до такого руйнування. Іншими словами, діяння виконавця мають бути досить тяжкими, щоб повністю або частково знищити групу самостійно, наприклад, шляхом застосування зброї масового знищення.³²⁹
- Виконавець повинен усвідомлювати, що діяння існувало в контексті очевидної схеми подібних діянь, спрямованих проти цієї групи, або було діянням, яке саме по собі могло спричинити таке знищення.³³⁰

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про приналежність потерпілої особи (потерпілих) до певної національної, етнічної, расової або релігійної групи?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи потерпілі: <ul style="list-style-type: none"> ○ мають фізичні риси, що відрізняють їх від інших, включаючи виконавця (виконавців)? ○ говорять на спільній мові, відмінній від мови виконавця (виконавців)? ○ поділяють традиції та спадщину, відмінні від традицій та спадщини виконавця (виконавців)? ○ мають загальне громадянство, відмінне від громадянства виконавця (виконавців)? ○ володіють загальними переконаннями, відмінними від переконань виконавця (виконавців)? ○ поділяють ті ж релігійні ритуали (включаючи способи відправлення культу), відмінні від ритуалів 	<ul style="list-style-type: none"> • Реєстр потерпілих, що підтверджує, що всі вони були однієї національності. • Свідчення про те, що місто, яке зазнало нападу, було переважно населене особами тієї ж національності. • Показання свідків про те, що їх зґвалтував солдат і сказав, що “це було зроблено для того, щоб у них не було українських дітей”. • Відеозапис, на якому виконавець називає потерпілих образливими словами, що стосуються людей певної національності. • Солдат, який свідчить, що їм віддали наказ нападати на цивільне населення в Україні. • Показання свідка про те, що кожне з трьох підданих нападу племен мало свою власну племінну структуру і систему управління своєю землею. • Офіційні посвідчення особи та

³²⁷ Прокурор проти Аль-Башира, ІСС-02/05-01/09, Друге рішення за клопотанням обвинувачення про видачу ордеру на арешт, 12 липня 2010, п. 16; Рішення за клопотанням обвинувачення про видачу ордеру на арешт у справі Аль-Башира, Окрема і частково відмінна думка судді Аніти Ушацкої, п. 19; Краєр та ін., (2010), с. 218.

³²⁸ МКС Елементи злочинів, стаття 6, Вступ (а).

³²⁹ Остервельд в книзі Р. С. Лі (ред.) Міжнародний Кримінальний Суд – Елементи Злочинів і Правила Процедури і Доказування (Piragoff 2001), с. 46, № 28.

³³⁰ Див. Римський статут, стаття 30(3).

	<p>виконавця (виконавців)?</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ поділяють будь-яку національну, етнічну, расову чи релігійну приналежність? ● Чи сприймали самі потерпілі або інші сприймали їх як частину національної, етнічної, расової або релігійної групи? 	<p>свідцтва про народження, що засвідчують приналежність до цільової етнічної групи.</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Відео та фотографії потерпілих, які відвідують свої власні школи та розмовляють рідною мовою. ● Доповідь Ради ООН з прав людини, в якій описується, як бойовики збройної групи розглядали цільову групу (тобто як відмінну від них самих).
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець мав умисел знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку?</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Чи обирав виконавець членів групи для переслідування? ● Чи мав умисел виконавець здійснити фізичне або біологічне знищення принаймні значної частини групи? ● Чи систематично вчинялися інші злочини проти групи? ● Який був характер, тяжкість і масштаб (включаючи кількість потерпілих) злочинів, скоєних проти групи? ● Які були географічні та часові масштаби нападу на групу? ● Чи були повторними дискримінаційні та деструктивні акти? ● Чи були напади сплановані заздалегідь і організовані? ● Чи є які-небудь публічні заяви або документи, що вказують на існування плану або політики геноциду? ● Чи використовував виконавець дискримінаційну лексику? 	<ul style="list-style-type: none"> ● Показання свідків, що виконавець вибрав та націлювався на членів конкретної національної групи, і називав їх “покидьками” і “брудом”. ● Радіопереговори між солдатами, які обговорюють, як вони допитували українських солдатів, а також цивільних осіб перед тим, як розстрілювати їх. ● Перехоплені телефонні розмови, які містили у собі заяви, зроблені виконавцем про цільову групу, зокрема про те, що всі вони зникнуть з лиця землі і що вони більше не будуть існувати. ● Показання свідків, які детально розповідають про те, як беззбройне українське цивільне населення вбивали у власних домівках та на вулицях ● Стратегічні комюніке всередині збройної групи, що закликають її членів “нейтралізувати всіма можливими засобами” ворога, тобто цільову групу. ● Звіт ООН про напад на певну національну групу, в якому вказується, що проти цієї групи був здійснений геноцид через масштаб і тяжкість нападу, який тривало протягом декількох тижнів і призвів до загибелі тисяч людей.
<p>Чи свідчать докази про те, що діяння сталося в контексті явної закономірності подібних діянь, спрямованих</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Чи були діяння щодо цільової групи широкомасштабними? ● Чи слідували дії / поведінка аналогічній схемі? ● Які засоби нападу використовувалися під час цих діянь? 	<ul style="list-style-type: none"> ● Показання свідків вказують на те, що напад торкнувся сотні тисяч людей і стався на великій географічній території. ● Повідомлення та звернення до влади у зв'язку з інкримінованими широко поширеними звірствами,

<p>проти цієї групи, або було діянням, яке само по собі могло спричинити таке знищення? (Зауважте, це необхідно лише у МКС)</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Який був географічний / часовий масштаб нападу? • Чи були діяння щодо цільової групи систематичними? • Чи існувала політика / план нападу на членів захищеної групи? • Чи вписується діяння виконавця в модель деструктивної поведінки? • Якщо немає явної закономірності діянь, пов'язаної з геноцидом, чи можна сказати, що діяння виконавця самі по собі викликали або були спрямовані на знищення даної групи або її частини? 	<p>вчиненими щодо жінок-членів національної групи.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Докази, зібрані в результаті ексгумації масових поховань, де було поховано велику кількість потерпілих, що належать до певної національної групи. • Слайди з фотографіями, що містять свідчення великомасштабної різанини національної групи. • Звіт Комісії ООН, в якому задокументовані випадки страт, незаконного позбавлення волі, катувань, жорстокого поводження, зґвалтувань та іншого сексуального насильства, скоєних на територіях, окупованих збройними силами держави-окупанта. • Доповідь Міжнародної слідчої комісії, в якому стверджується, що напад носив систематичний характер, оскільки тривав більше п'яти років, і акти насильства відбувалися за аналогічною схемою. • Звіт аналітичного центру, в якому містяться обґрунтовані підстави для висновку про порушення Конвенцій про геноцид.
--	---	---

Таблиця 8: Контекстуальні елементи геноциду

3.2 ДОКУМЕНТУВАННЯ ОКРЕМИХ ДІЯНЬ

“Окремі діяння” стосуються фізичних (або матеріальних) елементів окремих міжнародних злочинів. До них відносяться такі дії, як злочин проти людяності вбивства, який включає в себе окрему дію вбивства одного або декількох осіб; військовий злочин катування, який включає в себе окрему дію заподіяння сильного фізичного або психічного болю або страждань (серед іншого); і геноцид шляхом насильницького переміщення дітей, який вимагає, щоб виконавець примусово перемістив осіб (серед іншого).³³¹

Хоча Кримінальний кодекс України (“ККУ”) наразі не забороняє злочини проти людяності, ККУ забороняє військові злочини, геноцид та агресію відповідно до статей 438, 442 та 437. Окремі дії злочинів проти людяності, військових злочинів, геноциду і агресії викладені в Статтях 6, 7, 8 і 8bis Римського статуту Міжнародного кримінального суду (“МКС”),

³³¹ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 р., набрав чинності 1 липня 2001 р.) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), статті 7(1)(а), 8(2)(а)(іі) і 6(е); Кримінальний кодекс України (“ККУ”), статті 438 і 442 (1).

відповідно. Крім того, в Елементах злочинів МКС викладається кожен елемент окремих злочинів, які повинні бути встановлені, щоб продемонструвати, що було скоєно злочин проти людяності, військовий злочин, акт геноциду або акт агресії.

Положення ККУ про військові злочини, передбачене статтею 438, забороняє:

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 [...].

Посилання на “застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом” та “інші порушення законів і звичаїв війни, передбачені міжнародними угодами” мають дуже загальний характер і не вказують, які діяння заборонені статтею 438. Однак, посилання в цих фразах на “міжнародне право” та “міжнародні угоди” стосується договорів МГП, учасницею яких є Україна (наприклад, чотирьох Женевських конвенцій 1949 року та Додаткового протоколу I до Женевських конвенцій 1977 року), а отже, військові злочини, передбачені в кожному договорі. Відповідно, на міжнародні документи, які тлумачать ці договори МГП, як-от Римський статут МКС і судова практика МКС та інших міжнародних судів і трибуналів, можна покладатися при оцінці точного обсягу статті 438.

У цьому розділі буде проведена оцінка конкретних елементів:

- Злочинів проти людяності:
 - вбивства;
 - винищення;
 - поневолення;
 - депортації та насильницького переміщення;
 - ув'язнення;
 - катування;
 - зґвалтування;
 - сексуального рабства;
 - примушування до проституції;
 - примусової вагітності;
 - сексуального насильства;
 - переслідування;
 - насильницького зникнення; й
 - інших нелюдських діянь.
- Військових злочинів:
 - умисного вбивства;
 - катування;
 - нелюдського поводження;
 - умисного заподіяння сильних страждань;

- масштабного знищення та привласнення майна;
 - примушування до служби у ворожих збройних силах;
 - відмови у справедливому судовому розгляді;
 - неправомірної депортації та насильницького переміщення;
 - неправомірного утримання;
 - захоплення заручників;
 - нападу на цивільне населення;
 - нападу на цивільні об'єкти;
 - нападу на осіб, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, що беруть участь у наданні гуманітарної допомоги;
 - надмірної випадкової загибелі, поранення або ушкодження;
 - нападу на незахищені місця;
 - вбивства або поранення осіб, які вибули зі строю (*hors de combat*);
 - неналежне використання прапора перемир'я;
 - неналежного використання прапора, знаків розрізнення або уніформи ворожої сторони;
 - переміщення, прямо чи опосередковано, 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;
 - нападу на об'єкти, що охороняються;
 - віроломного вбивства або поранення;
 - знищення або захоплення майна противника;
 - примушення до участі у військових діях;
 - розкрадання, із застосуванням заборонених патронів;
 - посягання на людську гідність;
 - зґвалтування;
 - сексуального рабства;
 - примушування до проституції;
 - примусової вагітності;
 - сексуального насильства;
 - використання захищених осіб як щита; та
 - моріння голодом.
- Актів геноциду шляхом:
 - вбивства;
 - заподіяння тяжких тілесних чи психічних травм;
 - створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення;
 - застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей; та
 - насильницького переміщення дітей.
 - Злочину агресії.

3.2.1 Злочин проти людяності вбивства (стаття 7(1)(а), Римський статут)

Стаття 7(1)(а) Римського статуту забороняє вбивство як злочин проти людяності,³³² яке вважається скоєним, якщо людина вбиває або іншим чином заподіює смерть іншій людині в межах широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення.

Наразі українське законодавство не забороняє вбивство саме як злочин проти людяності. Це діяння, проте, може кваліфікуватися як вбивство за статтею 115 ККУ, яка забороняє “умисне протиправне заподіяння смерті іншій людині”. Однак, положення ККУ не вимагає, щоб вбивство було вчинено в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент).

Законопроект №7290 (якщо і коли він набуде чинності) запровадить спеціальний злочин проти людяності вбивства за статтею 442-1.2(3) ККУ. Це положення в загальному узгоджується із контекстуальними та спеціальними елементами вбивства як злочину проти людяності, передбаченими у Римському статуті та Елементах злочинів МКС.

У цього злочину є такі елементи:³³³

1. Виконавець вбив (заподіяв смерть) особі або особам.
2. Виконавець знав, що діяння було скоєне як частина широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
3. Виконавець знав, що його дії були частиною, або мав умисел, щоб вони були частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.

3.2.1.1 Елемент перший: виконавець вбив (заподіяв смерть) особі або особам

По-перше, фахівцю необхідно довести, що особа або особи були вбиті виконавцем. Для того, щоб встановити, що виконавець вбив або заподіяв смерть особі або особам, докази мають підтверджувати, що: (i) особа мертва, та (ii) є причинно-наслідковий зв'язок між протиправними діями (бездіяльністю) виконавця та смертю особи.³³⁴ Щоб встановити цей

³³² Римський статут, стаття 7(1)(а). Вбивство як злочин проти людяності також заборонене такими міжнародними актами: ООН, Статут міжнародного військового трибуналу – Додаток до Договору про судово переслідування та покарання головних воєнних виконавців європейських країн Осі (8 серпня 1945) UNTS 280 1951 (“Нюрнберзький Статут”), стаття 6(с); ООН, Статут міжнародного військового трибуналу щодо Далекого Сходу (19 січня 1946), TIAS 1589 (“Токійський Статут”), стаття 5(с); Рада Безпеки ООН, Резолюція 827: Статут міжнародного військового трибуналу щодо колишньої Югославії (25 травня 1993 зі змінами від 9 липня 2009) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), Стаття 5(а); Рада Безпеки ООН, Резолюція 955: Статут міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, скоєні на території Руанди та громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, скоєні на території сусідніх держав між 1 січня 1994 р. та 31 грудня 1994 р. (8 лютого 1994 зі змінами від 14 серпня 2002) S/RES/955 (“Статут МКТР”), Стаття 3(а); Рада Безпеки ООН, Резолюція 1315: Статут спеціального суду щодо Сьєрра-Ліоне (16 січня 2000) S/RES/1315 (“Статут СССЛ”), Стаття 2(а); ООН та Королівський уряд Камбоджі, Закон про створення надзвичайних палат у судах Камбоджі для судового переслідування злочинів, скоєних під час існування Демократичної Кампучії (27 жовтня 2004) NS/RKM/1004/006 (“Закон про НСПК”), Стаття 5.

³³³ МКС Елементи злочинів, стаття 7(1)(а).

³³⁴ Прокурор проти Домініка Онгвена, ICC-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Рішення суду у справі Онгвена”), п. 2696; Прокурор проти Жан П'єра Бемба Гомбо, ICC-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 (“Рішення суду у справі Бемби”), п. 87-88; Прокурор проти Жермена Катанги, ICC-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014, (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 767-769; Прокурор проти Жермена Катанги, Чуї та інших, ICC-01/04-01/07,

причинно-наслідковий зв'язок, докази повинні показати, що відповідна дія чи бездіяльність була суттєвою – але не обов'язково єдиною – причиною смерті.³³⁵

Якщо звинувачення ґрунтується на непрямих доказах, для доведення факту вбивства не потрібно доказувати точну кількість потерпілих³³⁶ або точно їх ідентифікувати³³⁷, якщо факт смерті потерпілих є єдиним можливим висновком, який походить із наданих доказів.³³⁸

3.2.1.2 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, практикуючим фахівцям слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи є прямі або непрямі докази, які підтверджують, що потерпіла особа мертва?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи загинула особа або особи? Якщо так, то скільки, коли, де і як? • Чи є прямі докази того, що виконавець вбив потерпілу особу (наприклад шляхом прямого застосування сили)? • Чи є непрямі докази того, що виконавець вбив потерпілу особу та/або інших невстановлених людей? • Де і в який день відбулося вбивство? • Якими були обставини скоєння злочину? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що їх оселю було зруйновано у момент, коли там перебували члени їх родини, тіла яких не було знайдено. • Опубліковане у соціальних мережах відео тіла, що лежить на вулиці без ознак життя. • Фотографія трупа потерпілої особи. • Відео, на якому російські солдати вишиковують чоловіків з їхнього району і розстрілюють їх. • Фотографія, розміщена в соціальних мережах, на якій зображено тіло, що бездиханно лежить на вулиці. • Супутникові знімки, що показують тіла в певній місцевості. • Свідоцтво про смерть потерпілої особи. • Звіти та записи окупаційної влади з переліком смертей та подробицями страт. • Показання свідків, що описують, як російські збройні угруповання затримали кількох місцевих жителів і забрали чоловіків на свою базу. Родичі чули крики і постріли з місця, де солдати

Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 ("Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї"), п. 287; Прокурор проти Жан П'єра Бемба Гомбо., ІСС-01/05-01/08, Рішення про підтвердження звинувачень, 15 червня 2009 ("Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби"), п. 132.

³³⁵ Рішення у справі Катанга і Чуї про підтвердження обвинувачень, п. 296; Судове рішення у справі Крноелац, пп. 328-329; Судове рішення у справі Делаліч та ін., пп. 424; Рішення у справі Караджича, п. 448.

³³⁶ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби, п. 134.

³³⁷ Рішення суду у справі Бемби, п. 88; Рішення у справі Онгвена, п. 2698; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанга та Чуї, п. 422.

³³⁸ Рішення суду у справі Бемби, п. 88; Рішення суду у справі Катанга, п. 768; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби, п. 132.

		утримували потерпілих. Наступного дня вони побачили тіла шістьох чоловіків, які лежали на вулиці, де стався інцидент.
Чи докази підтверджують причинно-наслідковий зв'язок між діями виконавця і смертю потерпілої особи?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи виконавець вбив або заподіяв смерть потерпілої особи своїми діями (бездіяльністю)? • У який спосіб були вчинені дії або відбулася бездіяльність? • Чи дії виконавця були вагомою причиною смерті? 	<ul style="list-style-type: none"> • Висновок патологоанатома про те, що причиною смерті потерпілого був постріл у голову. • Показання свідків про те, що вони бачили, як російські солдати у військовій колонії на шосе відкрили вогонь по чотирьом цивільним особам, які намагалися втекти через поля. • Відео, що фіксує обстріли та кульові отвори (відповідної зброї, що використовується російськими силами) на автомобілях, в яких були знайдені мертві люди. • Фотографія російського солдата, який б'є людину, що згодом померла. • Висновок судово-медичного розтину про те, що причиною смерті було нанесення удару в голову тупим предметом.

Таблиця 9: Стаття 7(1)(а) Підказки для фахівців-практиків

3.2.2 Злочин проти людяності винищення (стаття 7(1)(b), Римський статут)

Стаття 7(1)(b) Римського статуту забороняє злочин проти людяності винищення, яке передбачає “умисне створення умов життя, зокрема позбавлення доступу до їжі та ліків, що розраховано на знищення частини населення”.³³⁹

Наразі українське законодавство не забороняє винищення саме як злочин проти людяності. Проте, законопроект №7290 (якщо та коли він набере чинності) запровадить злочин проти людяності винищення, забороняючи статтею 442.2(2) ККУ умисне спрямування нападу проти цивільних осіб у межах широкомасштабного або систематичного нападу. Примітка 2 до статті 442-1 визначає винищення як “позбавлення життя однієї або кількох осіб шляхом навмисно створених життєвих умов, спрямованих на знищення частини населення, зокрема шляхом позбавлення доступу до їжі або медикаментів”. Це визначення, як видається, вимагає наявності умислу знищити частину населення (“позбавлення життя [...] з метою знищити частину населення”), що не вимагається міжнародним злочином винищення за визначенням МКС. Відсутній спеціальний умисел знищити, необхідний для злочину винищення - злочин вважається вчиненим, якщо виконавець мав умисел вбити виконавця і усвідомлював, що це відбувається в контексті масових вбивств.³⁴⁰ Це положення слід тлумачити у відповідності до контекстуальних та спеціальних елементів злочину проти

³³⁹ Римський статут, стаття 7(1)(b), 7(2)(b). Злочин проти людяності винищення також був заборонений Великобританією, США, Францією та СРСР після Другої світової війни. Див. Нюрнберзький статут, стаття 6(с); Токійський Статут, стаття 5(с). Див. також Статут МТКЮ, стаття 5(b); Статут МКТР, стаття 3(b); Статут СССЛ, стаття 2(b); Статут Спеціальних палат Косова, стаття 13(1)(b); Закон про НСПК, стаття 5.

³⁴⁰ Римський статут, стаття 30(3).

Злочин проти людяності винищення вимагає наявності таких елементів:³⁴¹

1. Виконавець вбив одну або більше осіб, зокрема шляхом створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення.
2. Діяння становило масове вбивство представників цивільного населення, або було його частиною.
3. Діяння було скоєне як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
4. Виконавець знав, що це діяння було частиною широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел, щоб діяння було частиною такого нападу.

3.2.2.1 Елемент перший: виконавець вбив одну або більше осіб, зокрема шляхом створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення

Щоб встановити, що виконавець вбив або спричинив смерть однієї чи більше осіб, докази повинні показати, що: (i) особа загинула; та (ii) існує причинно-наслідковий зв'язок між протиправною дією чи бездіяльністю виконавця та смертю цієї особи.³⁴² Це значною мірою схоже на перший елемент злочину проти людяності вбивства (стаття 7(1)(а), див. розділ 3.2.1.1). Таким чином, слід враховувати вимоги щодо встановлення факту смерті однієї чи більше осіб, викладені в цьому розділі.

Окрім безпосереднього вбивства, винищення означає умисне створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення, наприклад “позбавлення доступу до їжі та ліків, розраховане на знищення частини населення”.³⁴³ Ці умови зазвичай призводять до повільної смерті потерпілої особи чи осіб протягом певного періоду часу.³⁴⁴ Наприклад, такі умови можуть охоплювати:

- позбавлення достатньої кількості їжі та води;
- систематичне виселення членів групи з житла або депортація;
- відсутність належного житла для проживання;
- відсутність достатньої кількості одягу, санітарних та гігієнічних засобів;
- надмірна праця або фізичні навантаження;
- відмова у праві на доступ до медичних послуг; і

³⁴¹ МКС Елементи злочинів, стаття 7(2)(b).

³⁴² Прокурор проти Онгвена, ІСС-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (‘Рішення суду у справі Онгвена’), п. 2696; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 (‘Рішення суду у справі Бемби’), п. 87-88; Прокурор проти Катанги, ІСС-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014, (‘Рішення суду у справі Катанги’), п. 767-769; Прокурор проти Катанги, Чуї та ін., ІСС-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 (‘Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї’), п. 287; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення про підтвердження звинувачень, 15 червня 2009 (‘Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби’), п. 132.

³⁴³ Римський статут, стаття 7(2)(b).

³⁴⁴ Прокурор проти Кайшеми та ін., ІСТР-95-1-Т, Рішення суду, 21 травня 1999 (‘Рішення суду у справі Кайшеми та ін.’), п. 116.

- умови тримання під вартою, включно із сильною перенаселеністю, позбавленням їжі та відсутністю доступу до медичної допомоги.

3.2.2.2 Елемент другий: діяння становило масове вбивство представників цивільного населення, або було його частиною

Другий елемент вимагає від фахівців довести, що діяння становило масове вбивство представників цивільного населення, або було його частиною.³⁴⁵ У цьому значенні злочин винищення відрізняється від злочину вбивства тим, що (і) він вимагає елемент масового знищення,³⁴⁶ і (ii) він спрямований проти населення, а не окремих осіб.³⁴⁷

Фахівці повинні встановити, що конкретне вбивство було частиною кампанії винищення, яка охоплювала масштабні вбивства.³⁴⁸ Докази мають показати, що відповідні вбивства є частиною однієї операції, а не тільки сукупністю непов'язаних і окремих вбивств, скоєних у різних місцях різними виконавцями та протягом тривалого періоду часу.³⁴⁹

Хоча винищення є актом вбивства великої кількості людей, це не означає, що необхідно досягти певного чисельного мінімуму/порогу.³⁵⁰ Проте, масштаби вбивства, необхідні для кваліфікації діянь як винищення, мають бути значними, і відповідальність за одне або обмежену кількість вбивств не є достатньою для встановлення цього елемента.³⁵¹ Винищення було встановлене у випадках вбивства тисяч потерпілих, так само як вбивства близько 60 осіб.³⁵²

Винищення є набагато ширшим поняттям, оскільки (і) воно стосується ситуацій, коли вбивають лише деяких членів групи, але інших залишають в живих, і (ii) воно може бути спрямоване проти ширшого кола груп осіб; охоплює не лише національні, етнічні, расові та релігійні групи,³⁵³ а й політичні, соціальні, мовні групи та групи відповідно до їхньої сексуальної орієнтації.³⁵⁴

³⁴⁵ *Прокурор проти Башира*, ICC-02/05-01/09, Рішення щодо клопотання прокурора про видачу ордеру на арешт Омара Хасана Ахмада Аль Башира, 4 березня 2009, п. 96.

³⁴⁶ *Прокурор проти Жан-Пола Акайесу*, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998, п. 591; *Прокурор проти Жувенала Каджеліджелі*, ICTR-98-44A-T, Рішення і вирок, 1 грудня 2003, п. 890.

³⁴⁷ *Прокурор проти Семанци*, ICTR-97-20-T, Рішення і вирок, 15 травня 2003 (“Рішення і вирок у справі Семанци”), п. 340.

³⁴⁸ Тріфтерер і К. Амбос (ред.), Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (3-тє вид., С.Н. Веєк, Hart, Nomos 2016), с. 188.

³⁴⁹ Рішення у справі *Караджича*, п. 484; *Прокурор проти Толіміра*, IT-05-88/2, Апеляційне рішення, 8 квітня 2015 року (“Апеляційне рішення у справі Толіміра”), п. 147; *Прокурор проти Каремери* (Prosecutor v. Karemera), ICTR-98-44-A, Апеляційне рішення, 29 вересня 2014 року, п. 661; *Прокурор проти Багосори та ін.*, ICTR-98-41-A, Апеляційне рішення, 14 грудня 2001 року, п. 396.

³⁵⁰ *Прокурор проти Сетако*, ICTR-04-81-T, Рішення і вирок, 25 лютого 2010, п. 480.

³⁵¹ Рішення і вирок у справі *Семанци*, п. 340.

³⁵² *Прокурор проти Лукіча та Лукіча*, IT-98-32/1-A, Апеляційне рішення, 4 грудня 2012, п. 537.

³⁵³ Ці групи прямо захищені Конвенцією про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (прийнята 9 грудня 1948, набула чинності 12 січня 1951) A/RES/260, стаття 2.

³⁵⁴ Кай Амбос, *Трактат з міжнародного кримінального права: Том II: Злочини, пов'язані з винесенням вироків* (OUP 2014) с.с. 84-85.

3.2.2.3 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець вбив одну чи більше осіб, зокрема шляхом створення умов життя, розрахованих на знищення частини населення?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи загинули одна чи декілька осіб? Якщо так, то коли, де, як і скільки осіб загинуло? • Чи були знайдені мертві тіла потерпілих? Якщо так, то коли, де, як, і ким? • Якщо мертві тіла потерпілих не були знайдені, коли і де востаннє бачили ймовірних потерпілих? • Хто був відповідальним за смерть потерпілих? • Який/і метод/и використовували виконавці при вбивстві потерпілих? • Чи є якісь докази непрямого/их методу/ів спричинення смерті, наприклад, створення певних умов життя? Якщо так, то які умови життя були створені для потерпілих? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що під час нападу збройних сил на місто загинули цивільні особи. • Військовий звіт про те, що цивільне населення України померло від голоду в результаті облоги Маріуполя. • Докази судової експертизи, які свідчать про те, що українських цивільних масово страчували та поховали в братських могилах. • Аерофотознімки цивільної будівлі, яка була зруйнована внаслідок нападу, і в якій були сотні загиблих українських цивільних. • Звіт МКЧХ, в якому описано, що місцеве населення не мало доступу до їжі, води чи ліків, що спричинило смерть сотень людей. • Звіт, в якому детально описується, що більшість тіл, знайдених у масовому похованні, були цивільними українськими чоловіками, дітьми та жінками. • Звіт ООН фіксує численні твердження про те, що російські збройні угруповання переходили від будинку до будинку в пошуках цивільних чоловіків, на яких вони потім нападали і вбивали.
<p>Чи свідчать докази, що діяння становило масове вбивство представників цивільного населення, або було його частиною?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була вбита велика кількість цивільних осіб? Якщо так, то скільки? • Коли і де відбулися масштабні вбивства? Хто вчинив ці вбивства? • Чи були потерпілі частиною цивільного населення? • Чи були вбивства спрямовані на колективну групу, а не на окремих потерпілих? • Чи було вбивство однієї чи 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідки з таборів біженців, які дали показання про те, що вони були змушені покинути Маріуполь і що багато з їхніх сімей загинули через продовжуване повітряне бомбардування в поєднанні з нестачею їжі, води та ліків. • Звіти ООН описують схему скоординованого використання вибухової зброї в різних містах, зокрема в Маріуполі, Луганську, Кременчуці та Вінниці.

	<p>кількох осіб виконавцем частиною таких масштабних вбивств?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи були вбивства пов'язані одне з одним з точки зору місця та часу їх вчинення, особи потерпілих, а також способу нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Бойовий звіт показав, що 40 українських цивільних чоловіків були вбиті виконавцями в контексті подібних вбивств, скоєних протягом тижня. • Пов'язки та лігатури, знайдені на тілах або поруч з тілами в братських могилах, які свідчать про те, що потерпілі були вбиті під час масових страт, а не в бою. • Знімки з повітряної розвідки, що підтверджують присутність мас цивільного населення в певних місцях до їх страти. • Звіт ООН про те, що протягом місяця від голоду в місті загинуло понад 500 мирних жителів. • Звіт Комісії з розслідування вказує на те, що російські солдати ходили по домівках у пошуках прихильників українського уряду, яких вони описують як “нацистів” або “бандерівців”.
--	---	--

Таблиця 10: Стаття 7(1)(b) Підказки для фахівців-практиків

3.2.3 Злочин проти людяності поневолення (стаття 7(1)(c), Римський статут)

Стаття 7(1)(c) Римського статуту забороняє поневолення,³⁵⁵ яке визначається як “здійснення будь-якого або всіх повноважень, пов'язаних з правом власності на людину, і передбачає здійснення таких повноважень у процесі торгівлі людьми, зокрема жінками та дітьми”.³⁵⁶

Злочин проти людяності поневолення наразі не криміналізований в українському законодавстві. Однак національний злочин “торгівля людьми” є досить широким, щоб охопити значну частину діяння, забороненого злочином проти людяності “поневолення”. Цей злочин охоплюється статтею 149 Кримінального кодексу України (“ККУ”), яка забороняє “торгівлю людьми [...] з метою експлуатації [...]”. Відповідно до примітки 1 до цього положення, експлуатація людини передбачає, серед іншого, “примусову працю або примусову службу, підневільний стан або звичаї, подібні до підневільного стану, використання підневільного стану, залучення в боргову кабалу”. Однак, на відміну від злочину проти людяності поневолення, положення ККУ не вимагає, щоб акт торгівлі людьми був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого

³⁵⁵ Римський статут, стаття 7(1)(c). Злочин проти людяності поневолення також заборонений наступними міжнародними документами: Статут МТКЮ, стаття 5(c); Статут МКТР, стаття 3(c); Статут СССЛ, стаття 2(c); Конвенція про боротьбу з работоргівлею і рабством (1923 року), стаття 2; Нюрнберзька хартія, стаття 6(c); Токійська хартія, стаття 5(c); Додаткова конвенція 1956 року про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, стаття 1; МПГПП, стаття 8; Закон про НПСК, стаття 5; СПК та СОП Статут, стаття 13(1)(c).

³⁵⁶ Римський статут, стаття 7(2)(c).

проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент для злочинів проти людяності).

Крім того, законопроект № 7290 передбачатиме (якщо і коли він набере чинності) спеціальний склад злочину проти людяності поневолення, який забороняє умисне вчинення (заподіяння) звернення в рабство або торгівлю людьми, вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення, передбаченого п. 5 ч. 1 ст. 442-1 ККУ. Таким чином, законопроект № 7290 інтегрує як контекстуальні елементи, так і конкретні елементи злочину поневолення як злочину проти людяності, що містяться у Римському статуті та Елементах злочинів МКС.

Злочин проти людяності поневолення вимагає наявності таких елементів:³⁵⁷

1. Виконавець здійснив будь-яке або всі повноваження, пов'язані з правом власності, щодо однієї або декількох осіб, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або шляхом застосування до них аналогічного позбавлення волі.³⁵⁸
2. Дії були вчинені в рамках широкомасштабного та систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
3. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел зробити це діяння частиною такого нападу.

3.2.3.1 Елемент перший: виконавець здійснив будь-яке або всі повноваження, пов'язані з правом власності на одну або більше осіб, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або шляхом застосування до них аналогічного позбавлення волі

Щоб встановити цей елемент фахівцям необхідно довести, що виконавець купив, продав, дав у борг або обміняв потерпілу особу, або застосував до неї аналогічний спосіб позбавлення волі.³⁵⁹

Здійснення повноважень, пов'язаних з правом власності, означає користування, володіння і розпорядження особою, яка розглядається як власність, шляхом постановки її в залежне становище і позбавлення її будь-якої форми автономії.³⁶⁰ Це визначення є широким і охоплює “рухоме” або “трансакційне” рабство.³⁶¹ При цьому поневолення не обов'язково має

³⁵⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(с).

³⁵⁸ Зрозуміло, що таке позбавлення волі може, за певних обставин, передбачати примусову працю або інше приведення особи до підневільного стану, як це визначено у Додатковій конвенції про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, 1956 року. Також розуміється, що поведінка, описана в цьому елементі, включає торгівлю людьми, зокрема жінками та дітьми.

³⁵⁹ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(с), Елемент 1.

³⁶⁰ *Прокурор проти Катанги*, ІСС-01/04-01/07, Рішення суду першої інстанції, 7 березня 2014 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Катанги’), п. 975.

³⁶¹ Краер та ін. (2015 року), р. 473; *Прокурор проти Кунарака та інших*, ІТ-96-23& ІТ-96-23/1-А, Апеляційне рішення, 12 червня 2002 року (‘Апеляційне рішення у справі Кунарака та інших’), п. 117.

бути пов'язане з комерційною операцією,³⁶² і охоплює позбавлення потерпілого подібних свобод, наприклад, шляхом примусу до праці,³⁶³ або “торгівлю людьми, зокрема жінками та дітьми”.³⁶⁴ Застосування “подібного позбавлення волі” може приймати різні форми і “може охоплювати ситуації, коли потерпілі не були фізично ув'язнені, але іншим чином не могли піти, оскільки їм нікуди було б піти і вони боялись за своє життя”.³⁶⁵

Не існує вичерпного переліку ситуацій чи обставин, які відображають здійснення права власності.³⁶⁶ Однак, в кожному конкретному випадку слід проводити оцінку, беручи до уваги, серед іншого, такі фактори:³⁶⁷

- затримання або полон та їх відповідна тривалість;
- обмеження будь-якої свободи вибору або пересування;
- заходи, вжиті для запобігання або стримування втечі;
- застосування погроз, сили або інших форм фізичного чи психологічного примусу;
- примусова праця або підневільний стан;
- здійснення психологічного тиску або контролю;
- вразливий стан потерпілої особи;
- соціально-економічні умови, в яких здійснюється влада;
- природа фізичного середовища;
- утвердження винятковості;
- піддавання жорсткому поведженню та насильству; або

³⁶² *Прокурор проти Онгвена*, ICC-02/04-01/15, Рішення суду першої інстанції, 4 лютого 2021 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Онгвена’), п. 2713; Рішення суду першої інстанції у справі Катанги, п. 976; Рішення суду першої інстанції у справі Нтаганди, п. 952; *Прокурор проти Тейлора*, SCSL-03-01-1281, Рішення суду першої інстанції, 18 травня 2012 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Тейлора’), п. 420; *Прокурор проти Бріми та інших*, SCSL-04-16-T, Рішення суду першої інстанції, 20 червня 2007 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Бріми та інших’), п. 709.

³⁶³ “Підневільний стан” визначається як стан або статус особи, що впливає з будь-якого інституту або практики рабства. *Див.*, Додаткова конвенція 1956 року про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, стаття 7(b).

³⁶⁴ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(c), посилання 11.

³⁶⁵ Рішення суду першої інстанції у справі Онгвена, п. 2713; Рішення суду першої інстанції у справі Нтаганди, п. 952; Рішення суду першої інстанції у справі Тейлора, п. 420; Рішення суду першої інстанції у справі Бріми та інших, п. 709. *Див. також*, Рішення суду першої інстанції у справі Катанги, п. 977.

³⁶⁶ Рішення суду першої інстанції у справі Катанги, п. 975; Рішення суду першої інстанції у справі Нтаганди, п. 952; Апеляційне рішення у справі Кунарака та інших, п. 119; *Прокурор проти Сеся та інших*, SCSL-04-15-T, Рішення суду першої інстанції (‘Рішення суду першої інстанції у справі Сеся та інших’), п. 160.

³⁶⁷ Рішення суду першої інстанції у справі Онгвена, п. 2712; Рішення суду першої інстанції у справі Катанги, п. 976; *Прокурор проти Кунарака та інших*, IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Рішення суду першої інстанції, 22 лютого 2001 року, п. 542-543; Апеляційне рішення у справі Кунарака та інших, п. 119, 121; Рішення суду першої інстанції у справі Сеся та інших, п. 160; Рішення суду першої інстанції у справі Тейлора, п. 420; Рішення суду першої інстанції у справі Нтаганди, п. 952.

- контроль над сексуальністю.

Суб'єктивний характер позбавлення волі - тобто “сприйняття потерпілою особою свого становища, а також її/його обґрунтований страх”³⁶⁸ – також має значення для визначення того, чи було встановлено факт злочину проти людяності поневолення. Однак, незважаючи на те, що (не)згода потерпілої особи є потенційно корисним доказовим фактором при визначенні того, чи становлять дії обвинуваченого - поневолення, вона не є елементом поневолення, яке, натомість, пов'язане виключно з реалізацією права власності на іншу особу.³⁶⁹

Не існує мінімального періоду, протягом якого потерпіла особа повинна перебувати в підневільному стані (рабстві) для того, щоб здійснення права власності було кваліфіковано як злочин проти людяності поневолення.³⁷⁰ Крім того, не є вимогою поневолення доведення того, що виконавець “мав умисел утримувати потерпілу особу під постійним контролем протягом тривалого періоду часу”.³⁷¹

3.2.3.2 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівці-практики також повинні шукати інформацію, щоб встановити загальний контекстуальний елемент, спільний для всіх злочинів проти людяності, і елементи суб'єктивної сторони за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець здійснював будь-які або всі повноваження, пов'язані з правом власності, щодо однієї або декількох осіб, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або шляхом застосування до них аналогічного позбавлення волі?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи користувався виконавець будь-якими або всіма повноваженнями власника, наприклад, шляхом купівлі, продажу, позики або обміну потерпілого (потерпілих)? • Чи позбавляв виконавець потерпілу особу свободи, зокрема свободи пересування та вибору? • Чи вимагав виконавець від потерпілої особи (потерпілих) виконання примусової праці? • Чи довів виконавець потерпілу особу до підневільного стану (наприклад, через боргову кабалу, кріпацтво, примусовий шлюб, експлуатацію дітей і т.д.)? • Чи здійснював виконавець торгівлю потерпілою особою (потерпілими)? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілої особи щодо того, що російські солдати зайняли її будинок, змусили її залишитися і звели її до підневільного стану, вимагаючи виконувати різні домашні обов'язки, як-от приготування їжі, носіння води, прання та збирання дров. • Журнал обліку ув'язнених у слідчому ізоляторі з описом робіт, які виконував кожен ув'язнений. • Документи, що свідчать про купівлю або продаж потерпілих виконавцем. • Ланцюги та інші засоби зв'язування, які використовував виконавець для обмеження свободи пересування потерпілого (потерпілих). • Відеозаписи ринку, де потерпілі

³⁶⁸ Рішення суду першої інстанції у справі *Катанги*, п. 977; Рішення суду першої інстанції у справі *Тейлора*, п. 420.

³⁶⁹ Апеляційне рішення у справі *Кунарака та інших*, п. 120-123.

³⁷⁰ Рішення суду першої інстанції у справі *Онгвена*, п. 2714; Апеляційне рішення у справі *Кунарака та інших*, п. 121.

³⁷¹ Апеляційне рішення у справі *Кунарака та інших*, п. 122.

	<ul style="list-style-type: none"> • Які заходи вживав виконавець щоб утримати потерпілу особу від втечі? • Чи була потерпіла особа особливо вразлива? • За яких соціально-економічних умов виконавець реалізував право власності над потерпілими? 	<p>продавалися або купувалися виконавцем в обмін на гроші або інші товари.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Звіт ООН, який свідчить про те, що затриманих піддавали примусовій праці.
--	---	--

Таблиця 11: Стаття 7(1)(с) Підказки для фахівців-практиків

3.2.4 Злочин проти людяності депортації та насильницького переміщення (стаття 7(1)(d), Римський статут)

Стаття 7(1)(d) Римського статуту забороняє депортацію та насильницьке переміщення населення,³⁷² яке відбувається, коли осіб примусово, без наявності на те підстав, дозволених міжнародним правом, переміщують шляхом виселення чи шляхом здійснення інших примусових дій з території, на якій вони законно перебувають.³⁷³

Злочин проти людяності депортації та насильницького переміщення населення наразі не криміналізований відповідно до чинного українського законодавства. Проте, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) передбачає внесення до Кримінального кодексу України злочину проти людяності депортації (стаття 442-1.1(2)) та насильницького переміщення (стаття 442-1.1(3)) населення. Це охоплює примусове, за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) однієї чи кількох осіб з території, де вони законно перебували, на територію іншої держави (депортація) або до іншої місцевості у межах однієї держави (насильницьке переміщення). Таким чином, законопроект №7290 інтегрує контекстуальні та конкретні елементи злочину проти людяності депортації та насильницького переміщення, передбачені в Римському статуті та Елементах злочинів МКС.

Елементи цього злочину:³⁷⁴

1. Виконавець депортував або насильно³⁷⁵ перемістив,³⁷⁶ без підстав, передбачених міжнародним правом, одну або більше осіб в іншу державу або місцевість шляхом виселення або інших примусових дій.
2. Така особа або особи правомірно перебували в районі, з якого вони були депортовані або переміщені.

³⁷² Римський статут, стаття 7(1)(d). Злочин проти людяності депортації також заборонений такими міжнародними документами: Нюрнберзький Статут, стаття 6(с); Токійський Статут, стаття 5(с); Статут МТКЮ, стаття 5(d); Статут МКТР, стаття 3(d); Статут СССЛ, стаття 2(d); та Закон про НСПК, стаття 5. Депортація або насильницьке переміщення також заборонені як військовий злочин відповідно до Статті 8(2)(a)(vii) і Статті 8(2)(b)(viii) Римського статуту.

³⁷³ Римський статут, стаття 7(2)(d).

³⁷⁴ МКС Елементи злочинів, стаття 7(1)(d).

³⁷⁵ Термін “насильно” не обмежується фізичною силою, але може включати погрозу, силу чи примус, наприклад, викликані страхом насильства, примушування, затримання, психологічного пригнічення чи зловживання владою проти такої особи чи осіб, або іншої особи, або використання примусового середовища.

³⁷⁶ “Депортація або насильницьке переміщення” взаємозамінні з “насильницьки переселені”.

3. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що встановлювали правомірність такого перебування.
4. Діяння було скоєно як частина широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
5. Виконавець знав, що його дії були частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел, щоб вони були частиною такого нападу.

3.2.4.1 Елемент перший: виконавець депортував або насильно перемістив, без підстав, передбачених міжнародним правом, одну або більше осіб в іншу державу або місцевість шляхом виселення або інших примусових дій

3.2.4.1.1 Депортація або примусове переміщення в іншу державу або місце шляхом виселення або інших дій примусу

Для визначення наявності цього елемента, фахівцям потрібно оцінити чи була одна або більше осіб депортовані до іншої держави або переміщені в іншу місцевість у межах однієї держави.³⁷⁷ Необхідно встановити, що одна або декілька дій, які вчинив виконавець, призвели до депортації або насильницького переміщення потерпілого.³⁷⁸

Депортація або переміщення має відбуватися шляхом виселення або інших примусових дій.³⁷⁹ У переміщених осіб не має бути реального вибору.³⁸⁰ Хоча окремі особи можуть погодитись, або навіть подати запит на переміщення з конкретної місцевості, цього недостатньо, якщо згода не була надана добровільно чи в результаті особистого вільного волевиявлення.³⁸¹ Для визначення того, чи був дотриманий цей елемент, фахівці повинні враховувати наявну ситуацію та середовище, а також інші відповідні обставини, як-от вразливість потерпілих або наявність середовища примусу (тобто зростання напруження і страху через збільшення кількості військових).³⁸² Фахівець має брати до уваги не лише застосування фізичної сили, але й інші засоби примусу, як-от страх насилля, примус, затримання, психологічний тиск чи зловживання владою, або використання примусового середовища.³⁸³ “Різні види діянь можуть кваліфікуватися як “виселення або інші примусові дії”, зокрема позбавлення основних прав, вбивство, сексуальне насильство, катування,

³⁷⁷ Різниця між депортацією та насильницьким переміщенням полягає в тому, що депортація вимагає переїзду в іншу державу. Див. ІСС-RoC46(3)-01, Рішення щодо запиту прокурора щодо постанови з питань юрисдикції відповідно до п. 3 ст. 19 Статуту”, 6 вересня 2018 (“МКС, Рішення щодо юрисдикції”), п. 55.

³⁷⁸ Прокурор проти Боско Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019 (“Рішення суду у справі Нтаганди”), п. 1047; Прокурор проти Уільяма Рутто і Джоша Санга, ІСС-01/09-01/11-373, Рішення про підтвердження обвинувачень у справі, 23 січня 2012, п. 245

³⁷⁹ МКС Елементи злочинів, стаття 7(1)(d).

³⁸⁰ Рішення суду у справі Нтаганди, п. 1056.

³⁸¹ Рішення суду у справі Нтаганди, п. 1056; Прокурор проти Прліча, ІТ-04-74-Т, Рішення, 29 травня 2013 (“Рішення у справі Прліча”), п. 50; Прокурор проти Радована Караджича, ІТ-95-5/18-Т, Рішення, 24 березня 2016 (“Рішення у справі Караджича”), п. 489.

³⁸² Рішення суду у справі Нтаганди, п. 1056.

³⁸³ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(d), посилання 12; Рішення суду у справі Налетіліча і Мартіновича, п. 519; Прокурор проти Крстіча, ІТ-98-33-Т, Рішення суду, 2 серпня 2001, п. 528-529.

наси́льницьке зникнення, знищення та мародерство”.³⁸⁴ Інші приклади охоплюють ув'язнення, жорстоке поводження чи нестерпні умови життя.³⁸⁵ Випадкове переміщення внаслідок повністю правомірного нападу або побічних наслідків правомірного нападу не становить наси́льницьке переміщення або депортацію.³⁸⁶

3.2.4.1.2 *Без підстав, передбачених міжнародних правом*

Під час воєнних дій дозволяється тимчасове переміщення (або “евакуація”) цивільного населення з гуманітарних або імперативних військових причин.³⁸⁷ У таких ситуаціях переміщені особи повинні бути повернуті в їхні домівки, як тільки ситуація це дозволить.³⁸⁸ Хоча примусове переміщення з гуманітарних причин є виправданим у певних ситуаціях, воно не є виправданим, якщо гуманітарна криза, яка спричинила переміщення, сама по собі є результатом власної протиправної діяльності виконавця.³⁸⁹

У мирний час дозволяються депортації або переміщення, які необхідні для захисту національної безпеки, громадського порядку, здоров'я і моралі або прав і свобод інших осіб.³⁹⁰ Таке переміщення також може бути необхідним з гуманітарних причин у разі епідемій або стихійного лиха, якщо тільки власна діяльність виконавця не спричинила цю гуманітарну кризу.³⁹¹

3.2.4.2 *Елемент другий: така особа або особи законно перебували у місцевості, з якої вони були депортовані або переміщені*

Цей елемент вимагає від фахівців продемонструвати, що потерпілі законно (як згідно з національним, так і міжнародним правом) проживали на території, з якої вони були депортовані або насильно переміщені.³⁹²

Громадяни держави мають право проживати на території своєї держави.³⁹³ Більше того, вимога того, щоб особи “законно перебували” на території, не накладає вимоги на

³⁸⁴ МКС, ‘Рішення щодо юрисдикції’, п. 61.

³⁸⁵ О. Трифтерер та К. Амбос, *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) (“Трифтерер і Амбос, Коментар”), с. 347.

³⁸⁶ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 1056.

³⁸⁷ Четверта Женевська конвенція, Стаття 49; Рішення у справі *Караджича*, п. 492; Рішення у справі *Прліча*, п. 53; *Прокурор проти Поповіча та інших*, IT-05-88-T, Рішення, 10 червня 2010 (“Рішення у справі Поповіча”), п. 903 (цитує *Прокурор проти Стакіча*, IT-97-24-A, Апеляційне рішення, 22 березня 2006 (“Апеляційне рішення у справі Стакіча”), п. 287).

³⁸⁸ Четверта Женевська конвенція, Стаття 49(2); *Прокурор проти Станишіча та Сіматовіча*, IT-03-69-T, Рішення, 30 травня 2013, п. 994; *Прокурор проти Крайшника*, IT-00-39-T, Рішення, 27 вересня 2006, п. 725; Рішення у справі *Поповіча*, п. 901.

³⁸⁹ Рішення у справі *Караджича*, п. 492; Див. також Рішення у справі *Поповіча*, п. 903 (цитує Апеляційне рішення у справі *Стакіча*, п. 287).

³⁹⁰ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (прийнятий 16 грудня 1966, набрав чинності 23 березня 1976) 999 UNTS 171 (“МПГПП”), Стаття 12(3).

³⁹¹ Рішення у справі *Поповіча*, п. 903 (цитує Апеляційне рішення у справі *Стакіча*, п. 287).

³⁹² Рішення у справі *Поповіча*, п. 900; *Прокурор проти Толіміра*, IT-05-88/2-T, Рішення, 12 грудня 2012, п. 797.

³⁹³ МПГПП, стаття 12.

потерпілу особу надати дозвіл на проживання як юридичний стандарт.³⁹⁴ Цей елемент буде задоволено якщо особи не займають будинки чи приміщення незаконно.³⁹⁵

3.2.4.3 Елемент третій: виконавець усвідомлював фактичні обставини, що засвідчували законність такого перебування

Третій елемент вимагає від фахівців продемонструвати, що виконавець був обізнаний про факти, які свідчили про законність перебування потерпілих на території, звідки вони були переміщені або депортовані. Немає потреби доводити, що виконавець проводив юридичний аналіз щодо законності присутності потерпілої особи або що він знав, що присутність була законною.³⁹⁶ Достатньо, наприклад, того факту, що виконавець знав, що переміщені особи тривалий час проживали на відповідній території.

3.2.4.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи докази підтверджують, що одна чи декілька дій виконавця спричинили депортацію чи насильницьке переміщення потерпілої особи (потерпілих)?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була одна або декілька осіб переміщені в іншу державу або переміщені в інше місце в державі? • Якими були обставини такого переміщення (коли, куди, хто тощо)? • Чи виконавець виселив потерпілих? • Чи виконавець переселив осіб, застосовуючи фізичну силу чи інші засоби примусу, як-от страх насилля, примус, затримання, психологічний тиск чи зловживання владою, використання середовища примусу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка щодо того, що вони вирішили покинути територію після того як солдати атакували їхнє місто та обстрілювали місцевих жителів. • Наказ командира російської армії про те, що всі цивільні особи в Маріуполі мають бути “евакуйовані”. • Фотографії людей, які перебувають на вокзалі з метою покинути територію, яка зазнала тяжкого обстрілу. • Відео значної кількості осіб, які перетинають кордон між двома державами. • Звіт міжнародної організації про примусове переміщення цивільного населення з Маріуполя на окуповані Росією території України та Росії. Ці переміщення відбувалися в умовах примусу через залучення військових, перебування Маріуполя в облозі, а також через те, що там, де цивільні особи були готові виїхати, їм не дозволяли виїхати на підконтрольні українському уряду території. • Супутникові знімки показують довгу

³⁹⁴ Рішення у справі Поповіча, п. 900.

³⁹⁵ Рішення у справі Поповіча, п. 900; Прокурор проти Дордевіча, IT-05-87/1-T, Рішення, 23 лютого 2011, п. 1616, 1640.

³⁹⁶ Тріфтерер і Амбос: Коментар, с. 265.

		чергу, схожу на цивільні транспортні засоби у супроводі військових автомобілів, вантажівок і танків, що рухаються з території України в бік російського кордону.
Чи докази підтверджують, що переміщення відбулося без підстав, передбачених міжнародним правом?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи були в міжнародному праві якісь підстави, що дозволяють примусове переміщення або депортацію відповідної особи (осіб)? • Чи були потерпілі переміщені з міркувань безпеки чи з імперативних військових міркувань? Якщо так, то чи змогли переміщені особи повернутися до своїх домів одразу після вирішення кризи або завершення бойових дій? • Чи були потерпілі переміщені через будь-які інші гуманітарні причини, які не були спричинені діями виконавця? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що вони були переміщені через те, що члени їхньої сім'ї були свавільно заарештовані та затримані солдатами, і що для їхнього від'їзду не було військових причин. • Військово-аналітичний звіт, який показує, що для переміщення не було необхідних військових причин. • Звіт ООН, у якому зазначено, що переміщення було викликано діями солдатів, які залякували місцеве населення, і що не було жодних причин з міркувань безпеки, гуманітарних або імперативних військових причин для переміщення. • Репортаж про "евакуацію" російськими військами цивільного населення з Маріуполя у відповідь на облогу, здійснену самими ж російськими військами.
Чи докази підтверджують, що така особа або особи законно перебували в районі, з якого вони були депортовані або переміщені?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи перебувала переміщена особа на законних підставах на відповідній території/місцевості відповідно до національного законодавства? • Чи перебувала переміщена особа на законних підставах у відповідному районі відповідно до міжнародного права? 	<ul style="list-style-type: none"> • Опис потерпілою депортованою особою обставин, за яких вона перебувала на території [звідки її було переміщено], включно з фактом наявності українського громадянства вказаної держави. • Дозвіл на проживання, паспорти та документи, що посвідчують особу, які підтверджують, що потерпілі законно проживали в Україні, коли вони були депортовані. • Відео та фото- матеріали, які показують, як виконавець виселяє велику кількість людей з місцевості, де вони перебували та проживали протягом тривалого часу. • Звіти міжнародних організацій чи неурядових організацій з описом законної присутності переміщених осіб.
Чи докази підтверджують, що виконавець усвідомлював	<ul style="list-style-type: none"> • Чи є якісь обставини, які вказують на те, що виконавець знав про законне перебування потерпілих на території? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що факт проживання їхньої громади в цій місцевості поколіннями був загальновідомим.

<p>фактичні обставини, які підтверджували законність такого перебування?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи вказав виконавець, що йому було відомо про законність перебування потерпілих на території? • Чи знав виконавець, що потерпілі перебували в цій місцевості протягом тривалого часу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Відео з солдатом, який каже, що “люди тікають з дому”. • Повідомлення ЗМІ про те, що мешканців Маріуполя примусово вивозять до Росії та окупованих нею територій.
---	--	--

Таблиця 12: Стаття 7(1)(d) Підказки для фахівців-практиків

3.2.5 Злочин проти людяності ув'язнення (стаття 7(1)(e), Римський статут)

Стаття 7(1)(e) Римського статуту забороняє злочин проти людяності, що полягає в ув'язненні або іншому суворому позбавленні фізичної свободи у спосіб, що порушує основоположні норми міжнародного права.³⁹⁷

Злочин проти людяності ув'язнення наразі не криміналізований в українському законодавстві. Однак законопроект №7290 передбачає (якщо і коли він набуде чинності) введення спеціального складу злочину проти людяності “незаконного ув'язнення”, передбаченого пунктом 7 частини першої статті 442-1 Кримінального кодексу України. Таким чином, законопроект №7290 інтегрує як контекстуальні елементи, так і конкретні елементи злочину незаконного ув'язнення як злочину проти людяності, що містяться у Римському статуті МКС та Елементах злочинів МКС.

Елементами цього злочину є:³⁹⁸

1. Виконавець ув'язнив одну або більше осіб, або іншим чином жорстоко позбавив фізичної свободи одну або більше осіб;
2. Тяжкість діяння була такою, що порушувала основоположні норми міжнародного права;
3. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, які встановлюють тяжкість діяння;
4. Діяння було вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
5. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел зробити його частиною такого нападу.

³⁹⁷ Римський статут, стаття 7(1)(e). Ув'язнення також заборонено як воєнний злочин незаконного позбавлення волі відповідно до статті 8(2)(a)(vii) та статті 8(2)(a)(vi) Римського статуту. Злочин проти людяності, пов'язаний з ув'язненням, також заборонений наступними міжнародними документами: Статут МТКЮ, стаття 5(e); Статут МКТР, стаття 3(e); Статут СССЛ, стаття 2(e); Закон про НСПК, стаття 5.

³⁹⁸ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(e).

3.2.5.1 Виконавець ув'язнив одну чи більше осіб або жорстоко позбавив одну чи більше осіб фізичної свободи

Для того, щоб задовольнити цей елемент, фахівці повинні довести, що виконавець ув'язнив або іншим чином жорстоко позбавив фізичної свободи одну або більше осіб. За поняттям “ув'язнення” у цьому положенні необхідно тлумачити як “свавільне затримання”, що означає, що особа була позбавлена свободи без належної правової процедури (детальніше про це йдеться нижче в Елементі 2).³⁹⁹ Інші позбавлення фізичної свободи, які повинні вважатися “суворими” для задоволення цього елемента, можуть охоплювати, наприклад, домашній арешт, обмеження в закритому місті або подібні суворі обмеження, зокрема інтернування в концентраційні табори або табори для затриманих або інші форми тривалого утримання під вартою.⁴⁰⁰

Для встановлення того, що позбавлення волі було достатньо суворим, щоб підпадати під дію цього положення, фахівці можуть розглянути низку факторів, як-от:⁴⁰¹

- (i) чи піддавалася затримана особа катуванню або іншому жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню, зокрема злочину сексуального насильства, або іншому залякуванню;
- (ii) чи був початковий арешт законним (наприклад, чи був він заснований на дійсному ордері на арешт, чи було затриманій особі повідомлено про причини її затримання, чи було затриманій особі пред'явлено офіційне обвинувачення і чи було затриманій особі повідомлено про будь-які процесуальні права);
- (iii) тривалість позбавлення волі;
- (iv) чи було затримання таємним;
- (v) чи була затримана особа відрізана від зовнішнього світу; та/або
- (vi) чи було це затримання частиною серії неодноразових затримань.

³⁹⁹ *Прокурор проти Кордіча і Черкеза*, IT-95-14/2-T, Рішення суду першої інстанції, 26 лютого 2001 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Кордіча і Черкеза’), п. 302. Зауважте, що позбавлення волі все одно може вважатися свавільним згідно з міжнародним правом, навіть якщо воно відповідає національному законодавству. Див., Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 199.

⁴⁰⁰ Рішення суду першої інстанції у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 299; *Прокурор проти Прліча та інших*, IT-04-74-T, Рішення суду першої інстанції, 29 травня 2013 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Прліча та інших’), п. 473; *Прокурор проти Тіхоміра Блашкіча*, IT-95-14-T, Рішення суду першої інстанції, 3 березня 2000 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Тіхоміра Блашкіча’), п. 684, 691, 700; *Прокурор проти Нтагерури та інших*, ICTR-99-46-T, Рішення суду першої інстанції, 25 лютого 2004 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Нтагерури та інших’), п. 702.

⁴⁰¹ Рішення суду першої інстанції у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 592, 609, 623, 625, 792-793; *Прокурор проти Кордіча і Черкеза*, IT-95-14/2A, Апеляційне рішення, 17 грудня 2004 року, п. 592-594, 605, 610; Рішення суду першої інстанції у справі *Прліча та інших*, п. 473; Рішення суду першої інстанції у справі *Тіхоміра Блашкіча*, п. 700; Рішення суду першої інстанції у справі *Нтагерури та інших*, п. 702. Див. також, Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 202.

3.2.5.2 Тяжкість діяння було таким, що порушувало основоположні норми міжнародного права

По-друге, фахівці повинні встановити, що це затримання або позбавлення волі було свавільним,⁴⁰² і що це довільне затримання було достатньо серйозним, щоб порушити основоположні норми міжнародного права. Затримання буде вважатися свавільним згідно з міжнародним правом, якщо:⁴⁰³

- (i) відсутня правова підстава для позбавлення волі;
- (ii) позбавлення волі є наслідком здійснення конкретних прав і свобод (як-от право на свободу слова, совісті, зібрань, об'єднань та пересування); або
- (iii) повне або часткове недотримання міжнародних норм у галузі прав людини, що стосуються права на справедливий суд, є настільки серйозним, що надає позбавленню волі або ув'язненню довільного характеру.

3.2.5.3 Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що встановлюють тяжкість діяння

Фахівці також повинні встановити, що виконавець був обізнаний про фактичні обставини, які визначають тяжкість діяння. Цей елемент зосереджений на усвідомленні фактичних обставин, які встановлюють тяжкість діяння, і не обов'язково, щоб виконавець давав будь-яку правову оцінку тому, що ув'язнення було порушенням основоположних норм міжнародного права.⁴⁰⁴

3.2.5.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівці також повинні будуть задовольнити загальний контекстуальний елемент, спільний для всіх злочинів проти людяності (тобто, що злочин було скоєно в рамках широкомасштабного і систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, і що виконавець знав або мав умисел вчинити дії, які є частиною цього нападу). Додатково потрібно довести суб'єктивний склад злочину (стаття 30), який має супроводжувати об'єктивний склад злочину (а саме, що виконавець депортував чи насильно перемістив без підстав, передбачених міжнародним правом, одну або кілька осіб в іншу державу або місцевість шляхом виселення або шляхом здійснення інших примусових дій). Ці елементи злочину детальніше описані у розділах 3.1 та 3.3.

⁴⁰² Рішення суду першої інстанції у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 299, 302; Рішення суду першої інстанції у справі *Мілорада Крноєлача*, п. 113. Див. також, *Тріфтерер і Амбос*, *Коментар*, с. 201. З цієї причини довільне позбавлення волі не включатиме законні позбавлення волі, зокрема “законний арешт, засудження після судового розгляду, законні процедури депортації або екстрадиції, карантин, а під час збройного конфлікту - визначене місце проживання, інтернування з міркувань безпеки та інтернування військовополонених”. Див., Краєр та ін. (2015 року), с. 475.

⁴⁰³ Звіт Робочої групи ООН з довільних затримань, “Питання прав людини всіх осіб, що піддаються затриманню або ув'язненню в будь-якій формі - Доповідь Робочої групи з довільних затримань, Додаток I: Переглянуті методи роботи”(19 грудня 1997 року) E/CN.4/1998/44, п. 8; Рішення суду першої інстанції у справі *Прліча та інших*, п. 471, 473; ; Рішення суду першої інстанції у справі *Нтагерури та інших*, п. 702.

⁴⁰⁴ Див., М. Кламберг та Й. Нільссон (ред.), *Коментар до права Міжнародного кримінального суду - Римського статуту*, стаття 7(1)(е).

Елемент	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець ув'язнив одну чи більше осіб або в інший спосіб жорстоко позбавив фізичної свободи одну чи більше осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була потерпіла особа заарештована? Які були обставини арешту? • Чи була потерпіла особа викрадена? За яких обставин відбулося викрадення? • Чи була потерпіла особа затримана? Як довго і де її утримували? • Чи піддавали потерпілу особу катуванню або іншому жорстокому, нелюдському або такому, що принижує гідність, поводженню під час тримання під вартою? • Чи було затримано потерпілу особу на законних підставах (тобто на підставі ордеру на арешт, чи були надані причини затримання, чи було пред'явлено офіційне обвинувачення, чи було її повідомлено про її процесуальні права)? • Чи була потерпіла особа заарештована та утримувалася під вартою на законних підставах, але згодом зникла під час перебування під вартою? 	<ul style="list-style-type: none"> • Списки осіб, які утримуються у в'язниці, що свідчать про те, що потерпіла особа перебувала там під час катувань. • Фотографія людини, яку виконавець закував у наручники. • Медичні висновки з описом тілесних ушкоджень, отриманих потерпілою особою під час затримання, як-от порізи, синці, переломи кісток і внутрішні кровотечі. • Показання потерпілих про те, що їх утримували в російському таборі для ув'язнених, де до них застосовували тортури. • Відеодокази того, як демонстранти були загнані в кут, затримані поліцією та піддані тортурам. • Супутникові знімки показують систему з 21 пункту утримання під вартою в Донецькій області, які російські військові та підтримувані Росією сепаратисти використовують для утримання та допитів українських цивільних осіб та військовополонених. • НУО повідомляють про систему "фільтрації", запроваджену російськими військами, за допомогою якої евакуйованих цивільних осіб перевозять на підконтрольні Росії території України і довільно утримують у місцях позбавлення волі, де їх допитують і катують.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець знав про фактичні обставини, які визначають тяжкість діяння?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи є обставини, пов'язані з позбавленням волі, які вказують на те, що виконавець знав про фактичні обставини, які визначають тяжкість діяння? • Чи виконавець особисто піддавав потерпілу особу ув'язненню або позбавленню волі? • Чи був виконавець присутній під час ув'язнення або позбавлення волі потерпілої особи? • Чи взаємодіяв виконавець з потерпілими або чітко бачив, ким вони були? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що виконавець був присутній на місці події, коли потерпілу схопили на вулиці і відвезли в невідомому напрямку. • Показання потерпілого про те, що він був ув'язнений російськими силами в нелюдських умовах через, зокрема, переповненість і відсутність достатньої кількості їжі, води та медикаментів, а також неодноразові катування, яких зазнав він та інші ув'язнені. • Військові щоденники, які свідчать про те, що виконавець був присутній

		<p>на допиті затриманих, де до них застосовувалися тортури.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Відео, на якому солдат змушує затриманих стояти у стресових позах та піддає їх побиттю. • Офіційні військові документи, які вказують на те, що виконавець був начальником табору для військовополонених, де утримувалася потерпіла особа.
--	--	--

Таблиця 13: Стаття 7(1)(e) Підказки для фахівців

3.2.6 Злочин проти людяності катування (статті 1 і 2, Конвенція проти катувань; стаття 7(1)(f), Римський статут)

Міжнародні інструменти забороняють злочин проти людяності катування.⁴⁰⁵ Однак елементи злочину проти людяності катування відрізняються між Конвенцією проти катувань, статутами Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (“МКТЮ”)/Міжнародного кримінального трибуналу для Руанди (“МКТР”) та Міжнародного кримінального суду (“МКС”). Відповідно, з причин, описаних нижче, цей розділ спиратиметься на визначення злочину проти людяності катування, яке МТКЮ та МКТР визнали таким, що відображає норми міжнародного звичаєвого права. Це визначення також найбільш точно відповідає визначенню катування, що міститься у статті 127 Кримінального кодексу України (“ККУ”).

Наразі українське законодавство не криміналізує злочин проти людяності катування. Однак, у широкому сенсі його склад корелює із звичайним злочином катування, описаним у статті 127 ККУ, яка забороняє “умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання шляхом нанесення побоїв, мучення або інших насильницьких дій з метою примусити потерпілу чи іншу особу вчинити дії, що суперечать їх волі, зокрема отримати від нього або іншої особи відомості чи визнання, або з метою покарати його чи іншу особу за дії, скоєні ним або іншою особою чи у скоєнні яких він або інша особа підозрюється, а також з метою залякування чи дискримінації його або інших осіб.” Злочин катування за ККУ співвідноситься зі злочином проти людяності катуванням за міжнародним звичаєвим правом, оскільки вимагає умисного (тобто свідомого) заподіяння фізичного або психічного болю чи страждання з певною метою. Однак, звичайний злочин катування не вимагає, щоб акт катування вчинявся в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент злочинів проти людяності).

Крім того, законопроект №7290 передбачає (якщо і коли він набуде чинності) злочин проти

⁴⁰⁵ Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, статті 1 та 2; Римський статут, стаття 7(1)(f); Статут МТКЮ, стаття 5(f); Статут МКТР, стаття 3(f). Статут СССЛ, стаття 2(f); Закон про НСПК, стаття 5; СПК та СОП Статут, стаття 13(1)(f). Крім того, катування забороняються наступними договорами щодо прав людини: Декларація ООН про захист усіх осіб від катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання; МПГПП, стаття 4, 7; Європейська конвенція з прав людини (ЄКПЛ), стаття 3. Катування також заборонені як воєнний злочин відповідно до статті 8(2)(a)(ii) та статті 8(2)(c)(i) Римського статуту.

людяності катування, вчинений в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення, передбачений п. 8 ч. 1 ст. 442-1 ККУ. Примітка 5 до статті 442-1 визначає катування як “умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичного чи морального страждання особі”. Відповідно, законопроект №7290 інтегрує як контекстуальні елементи, так і конкретні елементи злочину катування як злочину проти людяності, що містяться в міжнародних документах.

Конвенція проти катувань визначає катування як:

будь-яка дія, якою будь-якій особі навмисне заподіюються сильний біль або страждання, фізичне чи моральне, щоб отримати від неї або від третьої особи відомості чи визнання, покарати її за дії, які вчинила вона або третя особа чи у вчиненні яких вона підозрюється, а також залякати чи примусити її або третю особу, чи з будь-якої причини, що ґрунтується на дискримінації будь-якого виду, коли такий біль або страждання заподіюються державними посадовими особами чи іншими особами, які виступають як офіційні, чи з їх підбурювання, чи з їх відома, чи за їх мовчазної згоди. У цей термін не включаються біль або страждання, що виникли внаслідок лише законних санкцій, невіддільні від цих санкцій чи спричиняються ними випадково.⁴⁰⁶

На початку своєї діяльності Судова палата МТКЮ провела всебічне дослідження злочину катування і прийняла авторитетне визначення катування як злочину проти людяності, яке, як вона зазначила, відображає міжнародне звичаєве право.⁴⁰⁷ Це визначення сформульовано наступним чином:⁴⁰⁸

1. Виконавець завдав дією або бездіяльністю сильного болю або страждання, фізичного чи морального.
2. Такий біль або страждання було завдано з метою отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу потерпілої або третьої особи, або дискримінації за будь-якою ознакою щодо потерпілої або третьої особи.
3. Діяння було вчинене в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
4. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел зробити його частиною такого нападу.

Відповідно, хоча частина цього визначення злочину проти людяності катування відповідає визначенню, що міститься в Конвенції проти катування, і МТКЮ, і МКТР дійшли висновку,

⁴⁰⁶ Конвенція проти катувань, стаття 1.

⁴⁰⁷ Рішення суду першої інстанції у справі *Кунарака*, п. 497; Апеляційне рішення у справі *Кунарака*, п. 142. Див. також, *Прокурор проти Квочки та інших*, IT-98-30/1-T, Рішення суду першої інстанції, 2 листопада 2001 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі *Квочки та інших*’), п. 141; *Прокурор проти Семанзи*, ICTR-97-20-T, Рішення суду першої інстанції, 15 травня 2003 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі *Семанзи*’), п. 343; *Прокурор проти Нтагерури та інших*, ICTR-99-46-T, Рішення суду першої інстанції, 25 лютого 2004 року, п. 703.

⁴⁰⁸ Апеляційне рішення у справі *Кунарака*, п. 142.

що вимога про те, що акт катування “вчиняється державною посадовою особою або іншою особою, яка виступає в якості офіційній особи, або за її підбурюванням, або з її відома чи мовчазної згоди”, не відповідає звичаєвому міжнародному праву, і тому не передбачили це як елемент злочину проти людяності катування.⁴⁰⁹ Крім того, ні МТКЮ, ні МКТР не передбачили вимогу про те, що акт катування “не охоплює біль або страждання, що виникають тільки в результаті законних санкцій, є невід’ємними або випадковими”, як того вимагають Конвенція проти катувань і Римський статут.⁴¹⁰

Визначення злочину проти людяності катування, що міститься в Елементах злочинів МКС, вимагає, щоб (i) виконавець заподіяв сильний фізичний або моральний біль чи страждання одній або декільком особам; (ii) така особа або особи перебували під вартою або під контролем виконавця; та (iii) такий біль або страждання не виникали лише внаслідок законних санкцій, а не були невід’ємними або випадковими по відношенню до них.⁴¹¹ Відповідно, хоча елемент (i) у формулюванні МКС також міститься у визначенні катувань як злочину проти людяності у міжнародному звичаєвому праві, як це визначено МТКЮ та МКТР, елементи (ii) та (iii) визначення МКС не вважаються частиною визначення у міжнародному звичаєвому праві.⁴¹²

Відповідно, елементи, викладені в цьому розділі, - це елементи, що містяться в Конвенції проти катувань, які, на думку МТКЮ та МКТР, відображають міжнародне звичаєве право.⁴¹³ Оскільки Україна має дотримуватися норм міжнародного звичаєвого права,⁴¹⁴ фахівці повинні переконатися, що докази відповідають кожному з наведених нижче елементів. Крім того, як зазначалося вище, визначення катування, що міститься у статті 127 ККУ, в цілому відповідає визначенню катування, що міститься у міжнародному звичаєвому праві.

⁴⁰⁹ Слід зазначити, що спочатку МТКЮ в Апеляційному рішенні у справі *Фурундзія* (п. 11) зазначив, що визначення катувань у Конвенції проти катувань, включно з вимогою державного службовця, відображає міжнародне звичаєве право. Однак МТКЮ змінив цю думку в Апеляційному рішенні у справі *Кунарака та інших* (п. 146), де було пояснено, що вимога державної посадової особи не є вимогою, яка виходить за рамки Конвенції проти катувань. Цей підхід був підтверджений МТКЮ в Апеляційному рішенні у справі *Квоцки та інших* (п. 284) та МКТР в Апеляційному рішенні (у справі *Семанца* (п. 248).

⁴¹⁰ Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання, стаття 1; Римський статут, стаття 7(2)(e); МКС Елементи злочинів, стаття 7(1)(f), Елемент три.

⁴¹¹ МКС Елементи злочинів, Article 7(1)(f).

⁴¹² Див., наприклад, Рішення суду першої інстанції у справі *Кунарака*, п. 482-484, 497; Апеляційне рішення у справі *Кунарака*, п. 142-144; Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 271; Краєр та ін. (2015), с. 251; Асоціація запобігання катуванням та Центр правосуддя та міжнародного права, *Катування в міжнародному праві: Посібник з судової практики* (2008 року), с. 170. Див. також, Конвенція проти катувань, стаття 1(2).

⁴¹³ Апеляційне рішення у справі *Кунарака*, п. 146; Апеляційне рішення у справі *Фурундзія*, п. 111; *Прокурор проти Делаліча та інших*, IT-96-21-T, Рішення суду першої інстанції, 16 листопада 1998 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі *Делаліча та інших*’), п. 459; Апеляційне рішення у справі *Семанзи*, п. 248; Рішення суду першої інстанції у справі *Акайєсу*, п. 593.

⁴¹⁴ Міжнародне звичаєве право - це сукупність обов’язкових для всіх держав правил, що впливають з послідовної поведінки держав (“практика держав”), які діють, виходячи зі щирого переконання, що право - на протигагу, наприклад, ввічливості або політичним перевагам - вимагає від них діяти саме таким чином (*opinio juris*). *Континентальний шельф Північного моря*, Рішення, Звіти МС ООН 1969, с. 3, п 71-74, 77. Див. також, М. Сассолі, *Міжнародне гуманітарне право: Правила, суперечності та вирішення проблем, що виникають під час війни* (Edward Elgar 2019 року), с. 46.

3.2.6.1 Елемент перший: виконавець завдав, дією або бездіяльністю, сильного фізичного та психічного болю чи страждань

Початковою точкою для доведення катування є встановлення того, що одна або декілька осіб зазнали сильного болю чи страждань. Такий біль або страждання можуть бути спричинені як дією, так і бездіяльністю виконавця.⁴¹⁵ Страждання можуть бути як фізичними, так і психічними, і немає необхідності доводити, що біль або страждання включали конкретні фізичні ушкодження, порушення функцій організму або смерть.⁴¹⁶

Міжнародні суди та трибунали визнавали катуванням такі дії:

- **Фізичні страждання:** побиття; нанесення опіків, заподіяння каліцтва чи завдання ножових поранень; підвішення; утримання людини у болючому положенні; ураження електричним струмом; надмірний вплив тепла або холоду; моріння голодом; зґвалтування та інші види сексуального насильства.⁴¹⁷
- **Психічні страждання:** психологічне насильство; поміщення людини в надзвичайно стресову ситуацію, таку як ув'язнення, ізоляція або темрява; погроза благополуччю особи чи її сім'ї; примушування потерпілих спостерігати за стратами інших або ховати тіла своїх сусідів і друзів; позбавлення сну.⁴¹⁸

Хоча немає вимоги, щоб біль або страждання були видимими або постійними,⁴¹⁹ вони повинні відповідати певному рівню тяжкості, що призводить до серйозної та довготривалої шкоди для здатності людини вести нормальне та конструктивне життя, що виходить за межі тимчасового горя, збентеження чи приниження.⁴²⁰ Вимога тяжкості передбачає “важливий ступінь болю і страждань, [який] може бути досягнуто однією дією або комбінацією дій, що розглядаються сукупно”.⁴²¹

При оцінці тяжкості болю та страждань слід враховувати таке:⁴²²

- Характер, тривалість та контекст завдання болю;

⁴¹⁵ Прокурор проти Домініка Онгвена, ICC-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Рішення суду у справі Онгвена”), п. 2700; Прокурор проти Делаліча та інших, IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 (“Рішення суду у справі Делаліча та ін.”), п. 468.

⁴¹⁶ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2701.

⁴¹⁷ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2984-2985, 3027-3028, 3073; Рішення суду у справі Делаліча та ін., п. 481-486, 937-943, 963-965, 970-974; Прокурор проти Жан-Пола Акайесу, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998, п. 597.

⁴¹⁸ Рішення суду у справі Делаліча та ін., п. 938-942, 958-964, 993-998.

⁴¹⁹ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2703; Прокурор проти Квочка та інших, IT-98-30/1-T, Судове рішення, 2 листопада 2001 (“Судове рішення у справі Квочка та ін.”), п. 148; Прокурор проти Лімая та інших, IT-03-66-T, Рішення, 30 листопада 2005 (“Рішення у справі Лімая”), п. 236.

⁴²⁰ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2701; Прокурор проти Младена Налетіліча та Вінко Мартіновича, IT-98-34-T, Рішення, 31 березня 2003, п. 342; Прокурор проти Мршкіча та інших, IT-95-13/1-T, Рішення, 27 вересня 2007 (“Рішення у справі Мршкіча та ін.”), п. 514; Судове рішення у справі Квочка та ін., п. 149; Рішення у справі Лімая, п. 236.

⁴²¹ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2701

⁴²² Рішення у справі Лімая, п. 237; Рішення у справі Мршкіча та ін., п. 514; Прокурор проти Мілорада Крноєлача, IT-97-25, Рішення суду, 15 березня 2002, п. 182; Прокурор проти Гаріданая та інших, IT-04-84 bis-T, Рішення, 29 листопада 2012, п. 417; Судове рішення у справі Квочка та ін, п. 143.

- Умисел у застосуванні жорстокого поводження чи його “інституціоналізація” (тобто перетворення на норму чи практику);
- Спосіб і метод, використаний виконавцем для завдання болю;
- Вік, стать і стан здоров’я потерпілої особи;
- Позиція підлеглості чи нижчого становища потерпілої особи;
- Фізичні і психічні наслідки поводження для потерпілої особи; і
- Специфічне соціальне, культурне та релігійне походження потерпілої особи.

3.2.6.2 Елемент другий: такий біль або страждання було завдано з метою отримання інформації або визнання, або покарання, залякування чи примусу потерпілої особи або третьої особи, або дискримінації за будь-якою ознакою щодо потерпілої особи або третьої особи

Другий елемент вимагає, щоб фахівець довів, що виконавець заподіяв біль або страждання з метою отримання інформації або зізнання, або з метою покарання, залякування чи примусу потерпілої або третьої особи, або з метою дискримінації за будь-якою ознакою щодо потерпілої або третьої особи (тобто із забороненою метою).⁴²³ Аналогічно, як зазначалося вище, стаття 127 ККУ вимагає, щоб катування було вчинене із забороненою метою. Цей перелік заборонених цілей не є вичерпним.⁴²⁴ Наприклад, “приниження гідності потерпілої особи” також вважається забороненою метою.⁴²⁵

Крім того, не вимагається, щоб акт катування вчинявся *виключно* з забороненою метою.⁴²⁶ Це означає, що за умови досягнення однієї із заборонених цілей, не має значення, чи була мотивація поведінки особистою, наприклад, сексуальне задоволення у випадку зґвалтування як методу катування.⁴²⁷

3.2.6.3 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Нарешті, фахівці-практики також повинні шукати інформацію, щоб встановити загальний контекстуальний елемент, спільний для всіх злочинів проти людяності, і елементи суб’єктивної сторони за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що виконавець завдав дією або	<ul style="list-style-type: none"> • Чи виконавець завдав болю чи страждань одній чи кільком особам? • Якими були обставини, 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілих, які пережили ув’язнення в російському СІЗО, де їх катували водою, били прикладами гвинтівок і кийками, били

⁴²³ Рішення суду першої інстанції у справі *Кунарака*, п. 497; Апеляційне рішення у справі *Кунарака*, м. 142; *Прокурор проти Мартіча*, IT-95-11-T, Рішення суду першої інстанції, 12 червня 2007 року (‘Рішення суду першої інстанції у справі Мартіча’), п. 74.

⁴²⁴ Рішення суду у справі *Делаліча*, п. 470; *Прокурор проти Брданіна*, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2004 року (‘Рішення суду у справі Брданіна’), п. 487; Рішення суду першої інстанції у справі *Мартіча*, п. 77.

⁴²⁵ *Прокурор проти Фурунджия*, IT-95-17/1-T, Рішення суду першої інстанції, 10 грудня 1998 року, п. 162.

⁴²⁶ Рішення суду у справі *Делаліча*, п. 470; Рішення суду у справі *Брданіна*, п. 487; Рішення суду першої інстанції у справі *Мартіча*, п. 77; Рішення суду у справі *Караджича*, п. 508.

⁴²⁷ Рішення суду у справі *Делаліча*, п. 470-471; ; Апеляційне рішення у справі *Кунарака*, пара. 153; Рішення суду у справі *Брданіна*, п. 487.

<p>бездіяльністю, тяжкого фізичного та психічного болю чи страждань?</p>	<p>пов'язані із завданням болю/страждань, тобто метод, використаний для завдання болю чи страждання, його контекст, тривалість та місце?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Який біль/страждання завдав потерпілій особі виконавець? Фізичний чи психічний? • Якими були стать/вік/фізичний стан потерпілої особи? Чи мала вона якісь фізичні характеристики (дитина, літні люди, вагітні, люди з інвалідністю тощо), які робили її особливо вразливою? • Чи завдали біль/страждання якусь особливу шкоду потерпілій особі через її соціальне, культурне чи релігійне походження? • Чи вплинула шкода, завдана потерпілій особі, негативно та довгостроково на її здатність вести нормальний спосіб життя? 	<p>електрошокерами, гвалтували, змушували тривалий час перебувати на холоді.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Потерпілий свідчив, що його змусили спостерігати за тим, як його подруга зазнала сексуального нападу, і це завдало йому серйозних душевних страждань. • Медичні висновки, що описують тілесні ушкодження, які отримала потерпіла особа внаслідок нанесення, як-от порізи, синці, переломи кісток та внутрішня кровотеча. • Зброя або інструменти, що використовуються для завдання болю (наприклад, кийки, ножі та інші інструменти), зібрані на місці здійснення катування. • Відео чи фотографічні докази того, що потерпілі були змушені стояти у позах, які завдавали страждання, та були побиті російськими солдатами в місцях позбавлення волі. • Розслідування та новини про систему катівень, створену російськими силами в Херсоні, націлених на тих, кого вважають проукраїнськими, піддаючи їх фізичному побиттю, ураженню електричним струмом, катуванню, а також примушуючи вивчати та декламувати проросійські пропагандистські матеріали.
<p>Чи свідчать докази про те, що біль або страждання були заподіяні з метою отримання інформації або зізнання, або покарання, залякування чи примусу потерпілої або третьої особи, або дискримінації за будь-якою ознакою щодо потерпілої або</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Якими були обставини інциденту? • Якою була мета заподіяння психічного чи фізичного болю або страждань? • Чи потерпілого допитували, запитували чи примушували до зізнання? • Чи вказує характер болю або страждань на те, що вони були використані з метою покарання, залякування, приниження тощо? • Чи біль або страждання були заподіяні з метою примусу потерпілої особи? • Чи демонстрували 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок стверджує, що російські солдати годинами били їх і катували водою, допитували про їхню приналежність до українських військових і просили надати детальну інформацію про місцезнаходження українських збройних сил. • Свідок стверджує, що її роздягли догола, піддали сексуальному насильству і побили на очах у солдатів, які знущалися над нею і принижували її гідність. • Військові щоденники, що детально описують допит потерпілого, під час якого до нього застосовувалися тортури з метою отримання інформації. • Розслідування у ЗМІ, що повідомляють про жорстокі допити політичних опонентів, під час яких застосовуються

<p>третьої особи?</p>	<p>виконавці умисел дискримінувати потерпілу особу?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи ображали або принижували потерпілу особу в будь-який спосіб під час катувань? 	<p>побиття, позбавлення сну і катування водою. Фотографія, на якій потерпілого роздягають догола перед аудиторією (що свідчить про приниження).</p> <ul style="list-style-type: none"> • У Звіті ООН зазначається, що катування застосовувалися російськими силовиками поряд із тривалими допитами з метою отримання інформації про українські збройні сили, отримання зізнань, примусу потерпілих до співпраці або застосування покарань. Затриманих називали “нацистами”, “фашистами” і “терористами” та змушували проходити “сеанси денацифікації”, що склалися з жорстокого побиття. • Звіт НУО про те, що евакуйованих з Маріуполя на підконтрольні Росії території України піддавали інтенсивним допитам і побиттям, особливо тих, кого вважали пов’язаними з українськими військовими.
------------------------------	--	---

Таблиця 14: Стаття 7(1)(f) Підказки для фахівців-практиків

3.2.7 Злочин проти людяності зґвалтування (стаття 7(1)(g)-1, Римський статут)

Стаття 7(1)(g) Римського статуту забороняє злочин проти людяності зґвалтування, коли він був скоєний у контексті широкомасштабного і систематичного нападу на цивільних осіб.⁴²⁸

Наразі зґвалтування як злочин проти людяності не заборонене за українським законодавством. Однак, ці дії підпадають під ознаки звичайного злочину зґвалтування, передбаченого статтею 152 Кримінального кодексу України (“ККУ”), яка забороняє “вчинення статевих актів, пов’язаних із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи з використанням статевих органів або будь-якого іншого предмета, без добровільної згоди потерпілої особи (зґвалтування)”. Однак, на відміну від злочину проти людяності зґвалтування, положення ККУ не

⁴²⁸ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998, набрав чинності 1 липня 2001) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 7(1)(g). Злочин проти людяності у вигляді зґвалтування також заборонений в наступних міжнародно-правових документах: Рада Безпеки ООН, Резолюція 827: Статут Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (25 травня 1993 року, остання поправка внесена 9 липня 2009 року) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), стаття 5 (g); Рада Безпеки ООН, Резолюція 955: Статут Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди, і громадянами Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, вчинені на території сусідніх держав в період з 1 січня 1994 року по 31 грудня 1994 року (8 листопада 1994 остання поправка 14 серпня 2002) S/RES/955 (“Статут МКТР”), стаття 3(g); Рада Безпеки ООН, Резолюція 1315: Статут спеціального суду по Сьєрра-Леоне (16 січня 2000 року) S/RES/1315 (“SCSL Statute”), Стаття 2(g); і ООН і Королівський уряд Камбоджі, Закон про створення надзвичайних палат в судах Камбоджі для судового переслідування за злочини, вчинені в період Демократичної Кампучії (27 жовтня 2004 року) NS/RKM/1004/006 (“Право НПСК”), стаття 5. Зґвалтування також заборонено як військовий злочин згідно Римського статуту, статті 8(2)(b)(xxii) і 8(2)(c)(vi).

вимагає, щоб акт зґвалтування був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент).

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набуде чинності) спеціальний злочин проти людяності зґвалтування у загальній статті 442-1.1(4) Кримінального кодексу України. Обидва положення в цілому відповідають контекстуальним і спеціальним елементам злочину проти людяності зґвалтування, що містяться в Римському статуті МКС і Елементах злочинів.

Злочин проти людяності зґвалтування містить такі елементи:⁴²⁹

1. Виконавець вторгся в тіло особи шляхом діяння, яке призвело до проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або виконавця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.
2. Вторгнення було скоєно із застосуванням сили або погрози застосування сили або примусу, наприклад, викликаних страхом насильства, примусу, затримання, психологічного пригнічення або зловживанням владою, проти такої особи або іншої особи, або використанням примусового середовища, або вторгнення було скоєно проти особи, не здатної надати справжню згоду.
3. Діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
4. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел, аби це діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення.

3.2.7.1 Елемент перший: виконавець вторгся в тіло особи шляхом діяння, яке призвело до проникнення, навіть незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або виконавця статевим органом, або до анального чи генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла

По-перше, фахівці повинні встановити, що було вчинено вторгнення в тіло людини шляхом проникнення. Це гендерно-нейтральна вимога і, відповідно, вона охоплює випадки одностатевого проникнення, а також потерпілими і виконавцями можуть бути як чоловіки, так і / або жінки.⁴³⁰

⁴²⁹ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи Злочинів МКС”), Стаття 7(1)(g)-1.

⁴³⁰ Прокурор проти Боско Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019 р. (“Рішення суду у справі Нтаганди”), п. 933; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 р. (“Рішення суду у справі Бемби”), п. 100; Прокурор проти Боско Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Рішення про підтвердження звинувачень, 9 червня 2014, п. 52; Рішення суду у справі Сесай на ін., п. 146.

Будь-якої форми проникнення, якою б незначною вона не була, достатньо для завершення злочину.⁴³¹ Таким чином, в разі вагінального зґвалтування, проникнення у великі статеві губи було б достатньо. Існує дві форми проникнення, охоплені цим елементом:

- Проникнення у будь-яку частину тіла *статевим органом*.⁴³² Це широке визначення, яке охоплює не тільки проникнення в піхву або задній прохід, але і оральне проникнення (тобто проникнення в рот).⁴³³ Крім того, проникнення може бути в будь-яку частину тіла *потерпілої особи або виконавця*.⁴³⁴ Отже, зґвалтування може відбутися в тих випадках, коли статевий орган проник в будь-яку частину тіла виконавця.
- Проникнення в *анальний або генітальний отвір потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла*.⁴³⁵ Це відноситься до проникнення за допомогою чого-небудь, крім статевого органу, яке може включати проникнення за допомогою інших частин тіла, наприклад, руки або будь-якого іншого предмета.⁴³⁶

3.2.7.2 Елемент другий: вторгнення було здійснено із застосуванням сили або погрози застосування сили або примусу, наприклад, викликаних страхом насильства, тиску, затримання, психологічним пригніченням або зловживанням владою щодо такої особи або іншої особи, або користуючись обстановкою примусу, або вторгнення було скоєно проти особи, нездатної надати справжню згоду

Фахівці також мають встановити обставини і умови, які надають вторгненню злочинний характер.⁴³⁷ Для того щоб вторгнення в тіло представляло собою зґвалтування, воно повинно бути скоєно при одному або декількох з наступних обставин:⁴³⁸

1. З застосуванням сили;
2. Шляхом погрози силою або примусу, наприклад, викликаних страхом, насильством, примусом, затриманням, психологічним пригніченням або зловживанням владою;
3. Користуючись обстановкою примусу; чи

⁴³¹ Див., Елементи злочинів МКС, Стаття 7(1)(g)-1; Прокурор проти Кунарач та ін., IT-96-23& IT-96-23/1-A, Апеляційне рішення, 12 червня 2002 (“Апеляційне рішення у справі Кунарач та ін.”), п. 127.

⁴³² Див., Елементи злочинів МКС, Стаття 7(1)(g)-1; Рішення суду у справі Бемби, п. 101; Прокурор проти Анто Фурундзіджа, IT-95-17/1-T, Рішення суду, 10 грудня 1998 (“Рішення суду у справі Фурундзіджа”), пп. 183-185; Прокурор проти Делаліча та ін., IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 (“Рішення суду у справі Делаліча та ін.”), п. 1066.

⁴³³ Рішення суду у справі Бемби, п. 101; Рішення суду у справі Сесай на ін, п. 146; Рішення суду у справі Фурундзіджа, пп. 183-185; Рішення суду у справі Делаліча та ін., п. 1066.

⁴³⁴ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-1;

⁴³⁵ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-1;

⁴³⁶ Прокурор проти Акайесу, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 (“Рішення суду у справі Акайесу”), п. 596; Рішення суду у справі Сесай на ін., п. 146.

⁴³⁷ Рішення суду у справі Бемби, п. 102; Прокурор проти Катанги, ICC-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014 р. (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 964.

⁴³⁸ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-1; Рішення суду у справі Нтаганди, п. 934; Рішення суду у справі Бемби, п. 102

4. Проти іншої особи, нездатної дати справжню згоду, якщо на нього (неї) впливає природна, штучна або вікова недієздатність.

Цілком ймовірно, що одночасно або протягом певного періоду діятимуть кілька пересічних дій чи обставин, що призведе до обставин, в яких згода неможлива. Тим не менш, немає необхідності доводити відсутність згоди потерпілої особи,⁴³⁹ і немає вимоги, щоб потерпіла особа чинила опір.⁴⁴⁰ Насправді, як правило, фізичний опір не здійснюється через різні психологічні фактори або через те, що потерпіла особа боїться подальшого насильства з боку виконавця.⁴⁴¹ Необхідно встановити лише одну з обставин або умов примусу, викладених вище, для того, щоб проникнення (Елемент перший) було прирівняне до зґвалтування.⁴⁴² Поведінка або обстановка примусу можуть бути спрямовані на потерпілу особу або третю особу.⁴⁴³

Обставини примусу не обов'язково повинні підтверджуватися демонстрацією фізичної сили,⁴⁴⁴ натомість погрози, залякування, вимагання та інші форми примусу, засновані на страху або відчаї, можуть являти собою примус.⁴⁴⁵ Якщо фізична сила є, вона не обов'язково повинна досягати значного рівня, як-от “надмірна” або “фізична сила, небезпечна для життя”.⁴⁴⁶ Погроза не обов'язково має бути погрозою застосування фізичної сили, але може

⁴³⁹ Прокурор проти Домініка Онгвена, ICC-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Судове рішення у справі Онгвена”), п. 2709 (цитуючи Рішення суду у справі Нтаганди, п. 934; Рішення суду у справі Катанги, п. 965. Див. також, Правила Процедури і Доказів МКС, Правила 70 і 71).

⁴⁴⁰ Судове рішення у справі Онгвена, п. 2709 (цитуючи Прокурор проти Канг Кек Іеу (псевдонім Дуть), 001/18-07-2007/ЕССС/ТС, Рішення суду, п. 363; Прокурор проти Чарльза Тейлора, SCSL-03-01-1281, Рішення суду, 18 травня 2012 (“Рішення суду у справі Тейлора”), п. 416; Апеляційне рішення у справі Кунарач та ін., п. 128. Див. також, Фернандез Ортега та ін. проти Мексики, Series C No. 215, Рішення суду, 30 серпня 2010, п. 115).

⁴⁴¹ М.С. проти Болгарії, Заява № 39272/98, Рішення, 4 грудня 2003 (“М.С. проти Болгарії”), п. 164.

⁴⁴² Судове рішення у справі Онгвена, п. 2709; Рішення суду у справі Нтаганди, п. 934; Рішення суду у справі Катанги, п. 965.

⁴⁴³ Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, “Гаазькі принципи щодо сексуального насильства” (2019), с. 47; Елементи злочинів МКС, статті 7(1)(g)-1, 8(2)(b)(xxii)-1 і 8(2)(e)(vi)-1, Елемент Другий. Див. також, Рішення суду у справі Нтаганди, п. 944; Апеляційне рішення у справі Кунарач та ін., п. 130; Прокурор проти Кунарача та ін. Рішення суду, 22 лютого 2001, п. 711.

⁴⁴⁴ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-1; Судове рішення у справі Онгвена, п. 2710; Рішення суду у справі Нтаганди, п. 934; Рішення суду у справі Бемби, п. 103; Рішення суду у справі Акайесу, п. 688; Рішення суду у справі Делаліча та ін., п. 937; Апеляційне рішення у справі Кунарач та ін., п. 129; Рішення суду у справі Тейлора, п. 416; Прокурор проти Прліча та ін., IT-04-74-T, Рішення суду, 29 травня 2013, (“Рішення суду у справі Прліча та ін.”), п. 70; Рішення суду у справі Фурундзіджа, п. 82; Прокурор проти Мікаелі Мухімана, ICTR-95-1B-T, Рішення суду, 28 квітня 2005, п. 297. Див. також, Рада Європи (“РЄ”) Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (прийнята 11 травня 2011, набрала чинності 01 серпня 2014) CETS No.210 (“Стамбульська конвенція”), Стаття 36; Пояснювальна доповідь РЄ до Конвенції про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (11 травня 2011) CETS No. 210 (“Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції”), Стаття 36, п. 192; М.С. проти Болгарії, пп. 161, 163; Комітет ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок, “Загальна рекомендація №35 з гендерно обумовленого насильства над жінками, що є оновленням загальної рекомендації №19” (14 липня 2017) CEDAW/C/GC/35, п. 33.

⁴⁴⁵ Судове рішення у справі Онгвена, п. 2710; Рішення суду у справі Нтаганди, п. 934-935; Рішення суду у справі Катанги, п. 965; Рішення суду у справі Бемби, пп. 105-106.

⁴⁴⁶ Amnesty International, ‘Зґвалтування та сексуальне насильство: Право і стандарти прав людини в Міжнародному кримінальному суді’ (2011 року), с. 18.

бути погрозою заподіяння іншої шкоди. Самої погрози достатньо, якщо вона викликає у потерпілої особи обґрунтовані побоювання, що їй або третій особі буде завдано шкоди.⁴⁴⁷

Виконавці часто використовують більш витончені форми примусу, як-от спонукання або знуцання (наприклад, словесне чи психологічне насильство або контрольовану поведінку), щоб створити або використати вразливість потерпілих і зробити їх залежними від виконавця або підлеглими йому.⁴⁴⁸ Примус може бути притаманний певним обставинам, як-от збройний конфлікт або окупація або військова присутність ворожих сил серед цивільного населення.⁴⁴⁹

Фахівці мають розглянути контекст, в якому сталося проникнення (Елемент перший), щоб оцінити примус або чи мало воно місце в обстановці примусу. Створенню обстановки примусу може сприяти кілька факторів, як-от кількість людей, причетних до скоєння злочину, незалежно від того, чи скоєно зґвалтування під час або відразу після бойових дій або скоєно разом з іншими злочинами.⁴⁵⁰ Наприклад, у справі *Нтаганди*, що розглядалась МКС, солдати вдалися до сексуального насильства відразу після захоплення сіл збройною групою, і зґвалтування збіглися з вчиненням солдатами інших злочинів проти жителів сіл.⁴⁵¹

3.2.7.3 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам також слід шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець вторгся в тіло особи шляхом дій, що призвели до проникнення, хоча б незначного, в будь-яку частину тіла потерпілої особи</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи сталося проникнення статевого органу в будь-яку частину тіла потерпілої особи або виконавця? • Чи сталося проникнення в анальний або генітальний отвір потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, що дає показання про те, що солдат зґвалтував її та інших жінок, яких утримували в підвалі під час окупації їхнього міста. • Потерпіла особа стверджує, що російський солдат тримав її під дулом пістолета і змушував займатися з ним оральним сексом, а потім зґвалтував її. • Протоколи медичного огляду, які свідчать про те, що в анальний отвір потерпілої особи проникла рука виконавця.

⁴⁴⁷ Рішення суду у справі *Фурундзіджа*, п. 174; Апеляційне рішення у справі *Кунарака та інших*, п. 130; Рішення суду у справі *Кунарака та інших*, п. 711; *Прокурор проти Рукундо*, ICTR-2001-70-T, Рішення суду, 27 лютого 2009 року ('у справі Рукундо Рішення суду'), п. 383-384, 388.

⁴⁴⁸ *М.С. проти Болгарії*, Справа № 39272/98, Рішення суду, 4 грудня 2003 року, п. 146; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2710.

⁴⁴⁹ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 935.

⁴⁵⁰ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, пп. 935, 945; Рішення суду у справі *Бемби*, п.104.

⁴⁵¹ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 945.

<p>або виконавця статевим органом, або в анальний чи статевий отвір потерпілої особи будь-яким предметом чи будь-якою іншою частиною тіла??</p>		<ul style="list-style-type: none"> • Судово-медичні докази, як-от мазки, зразки і результати аналізу ДНК, що вказують на те, що в піхву потерпілої особи проник статевий орган. • Відеозапис, знятий на мобільний телефон, на якому виконавці вставляють свої пеніси в рот потерпілій особі-чоловіку. • Доповідь ООН, в якій вказується, що кілька жінок і дівчаток, як стверджується, стали потерпілими особами зґвалтування з боку солдатів, які вставляли палиці в їх піхви.
<p>Чи зробив це виконавець:</p>	<ul style="list-style-type: none"> • З використанням сили; • Шляхом застосування погрози використання сили або примусу (наприклад, страху, насильства, примусу, затримання, психологічного пригнічення або зловживання владою) проти такої особи або іншої особи); • Користуючись обстановкою примусу; чи • Проти іншої особи, нездатної дати справжню згоду, якщо він (вона) страждає природною, штучною або віковою недієздатністю? 	<ul style="list-style-type: none"> • Жінка з Гостомеля свідчить, що російський солдат відвів її до житлового будинку, де її змусили роздягнутися і зґвалтували. • Показання свідків і сусідів, які бачили, як російський солдат розмахував пістолетом, погрожував розстріляти людей і затягнув жінку в кімнату на другому поверсі будівлі, де, як згодом дізнався свідок, її зґвалтували. • Свідчення двох потерпілих, віком 12 та 15 років, про те, що вони були зґвалтовані російськими солдатами. • Записи про затриманих осіб, які свідчать про те, що потерпілі особи були затримані, коли їх зґвалтували. • Речові докази застосування сили під час зґвалтування, як-от синці на тілі потерпілої особи або вагінальна кровотеча. • У Звіті ООН зазначається, що двоє російських солдатів увійшли до будинку, кілька разів зґвалтували 22-річну жінку, вчинили акти сексуального насильства над її чоловіком і змусили подружжя вступити в статевий зв'язок у їхній присутності. Потім один із солдатів змусив їхню 4-річну доньку зайнятися з ним оральним сексом. • Звіти міжнародних організацій або НУО, що описують обстановку примусу, що існувала до скоєння зґвалтувань, включно з нападами і скоєними злочинами.

Таблиця 15: Стаття 7(1)(g)-1 Підказки для фахівців-практиків

3.2.8 Злочин проти людяності сексуального рабства (стаття 7(1)(g)-2, Римський статут)

Стаття 7(1)(g) Римського статуту забороняє злочин проти людяності сексуального рабства, коли воно вчиняється в контексті широкомасштабного і систематичного нападу на цивільне населення.⁴⁵²

Сексуальне рабство як злочин проти людяності наразі не заборонено українським законодавством. Однак подібна поведінка може бути криміналізована як звичайний злочин торгівлі людьми відповідно до статті 149 Кримінального кодексу України (“ККУ”), яка забороняє “торгівлю людьми [...] з метою експлуатації [...]”. Згідно з приміткою 1 до цього положення, експлуатація людини охоплює, зокрема, всі форми сексуальної експлуатації. Однак, на відміну від злочину проти людяності сексуального рабства, положення ККУ не вимагає, щоб акт торгівлі людьми був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент).

Крім того, хоча законопроект №7290 (якщо і коли він набуде чинності) не включає сексуальне рабство до переліку діянь, що є злочином проти людяності відповідно до ККУ, це діяння може переслідуватися як злочин проти людяності “звернення в рабство або торгівля людьми” згідно зі статтею 442-1(1)(5), оскільки сексуальне рабство є однією з форм поневолення (див. розділ 3.2.3 вище).

Злочин проти людяності сексуального рабства містить такі елементи:⁴⁵³

1. Виконавець здійснив будь-яке або всі повноваження, пов’язані з правом володіння щодо однієї або кількох осіб, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або шляхом аналогічного позбавлення їх свободи.⁴⁵⁴
2. Виконавець примусив одну або більше осіб до вчинення одного або більше актів сексуального характеру.
3. Дії були вчинені в рамках широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
4. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел зробити його частиною такого нападу.

⁴⁵² Римський статут, стаття 7(1)(g). Злочин проти людяності - сексуальне рабство - також заборонений Статутом СССЛ і є воєнним злочином згідно зі статтями 8(2)(b)(xxii) та 8(2)(e)(vi) Римського статуту. Див., Статут СССЛ, стаття 2(g)

⁴⁵³ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-2.

⁴⁵⁴ Зрозуміло, що таке позбавлення волі може, за певних обставин, включати примусову працю або інше приведення особи до підневільного стану, як це визначено в Додатковій конвенції про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, 1956 року. Також розуміється, що поведінка, описана в цьому елементі, включає торгівлю людьми, зокрема жінками та дітьми.

3.2.8.1 Елемент перший: виконавець здійснив будь-яке або всі повноваження, пов'язані з правом власності на одну або більше осіб, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або шляхом аналогічного позбавлення їх свободи

Щоб встановити цей елемент, фахівці знайти інформацію, щоб встановити, що виконавець купив, продав, позичив або обміняв потерпілу особу, або застосував до неї аналогічний спосіб позбавлення волі.⁴⁵⁵

Здійснення повноважень, пов'язаних з правом володіння, означає використання, володіння та розпорядження особою, яка вважається власністю, шляхом постановки її в ситуацію залежності та позбавлення будь-якої форми автономії.⁴⁵⁶ Це визначення є широким і охоплює “рухоме” або “трансакційне” рабство.⁴⁵⁷ Однак поневолення не обов'язково пов'язане з комерційною операцією,⁴⁵⁸ і включає в себе нав'язування потерпілому аналогічного позбавлення волі, наприклад, шляхом примусу до примусової праці або іншого приведення до підневільного стану,⁴⁵⁹ або “торгівлю людьми, особливо жінками та дітьми”.⁴⁶⁰ Застосування “подібного позбавлення волі” може набувати різних форм і “може охоплювати ситуації, коли потерпілі не були фізично ув'язнені, але іншим чином не могли піти, оскільки їм нікуди було б піти і вони боялися за своє життя”.⁴⁶¹

Не існує вичерпного переліку ситуацій чи обставин, які відображають реалізацію права власності.⁴⁶² Однак у кожному конкретному випадку слід проводити оцінку, беручи до уваги, серед іншого, такі фактори:⁴⁶³

- затримання або полон та їхня загальна тривалість;
- обмеження будь-якої свободи вибору або пересування;
- заходи, вжиті для запобігання або стримування втечі;
- застосування погроз, сили або інших форм фізичного чи психічного примусу;
- примусова праця або підневільний стан;

⁴⁵⁵ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(с), Елемент 1.

⁴⁵⁶ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 975.

⁴⁵⁷ Краер та ін. (2015 року), с. 473; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 117.

⁴⁵⁸ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2713; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 976; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 952; Рішення суду у справі *Тейлора*, п. 420; Рішення суду у справі *Бріма та інших*, п. 709.

⁴⁵⁹ “Підневільний стан” визначається як стан або статус особи, що є наслідком будь-якого з інститутів або практик рабства. Див., Додаткова конвенція про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства 1956 року, стаття 7(b).

⁴⁶⁰ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(с), посилання 11.

⁴⁶¹ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2713; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 952; Рішення суду у справі *Тейлора*, п. 420; Рішення суду у справі *Бріма та інших*, п. 709. Див. також, Рішення суду у справі *Катанги*, п. 977.

⁴⁶² Рішення суду у справі *Катанги*, п. 975; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 952; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 119; Рішення суду у справі *Сесай та ін.*, п. 160.

⁴⁶³ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2712; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 976; Рішення суду у справі *Кунарач та ін.*, п. 542-543; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 119, 121; Рішення суду у справі *Сесай та ін.*, п. 160; Рішення суду у справі *Тейлора*, п. 420; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 952.

- здійснення психологічного тиску або контролю;
- вразливість потерпілої особи;
- соціально-економічні умови, в яких здійснюється влада;
- характер фізичного середовища;
- утвердження винятковості;
- жорстоке поводження та знущання; або
- контроль над сексуальністю.

Суб'єктивний характер позбавлення волі - тобто “сприйняття потерпілою особою свого становища, а також його/її обґрунтований страх”⁴⁶⁴ – також має значення для визначення того, чи було встановлено факт злочину проти людяності поневолення. Однак, незважаючи на те, що (не)згода потерпілого є потенційно корисним доказовим фактором при визначенні того, чи становлять дії обвинуваченого поневолення, вона не є елементом поневолення, яке, натомість, стосується виключно здійснення права володіння над іншою особою.⁴⁶⁵

Не існує мінімального періоду, протягом якого потерпіла особа повинна перебувати в рабстві, щоб реалізація права володіння становила злочин проти людяності поневолення.⁴⁶⁶ Крім того, не є вимогою поневолення доведення того, що виконавець “мав умисел утримувати потерпілу особу під постійним контролем протягом тривалого періоду часу”.⁴⁶⁷

3.2.8.2 Елемент другий: виконавець примусив одну або більше осіб до вчинення одного або більше актів сексуального характеру

Окрім доведення того, що виконавець скористався правом володіння, фахівці повинні також встановити, що виконавець змусив поневолену особу вчинити дію або дії сексуального характеру. Сексуальне насильство є “додатковим елементом, який у поєднанні з доказами рабства становить сексуальне рабство”.⁴⁶⁸

Цей елемент стосується “здатності потерпілої особи вирішувати умови, в яких він або вона вступає в сексуальні стосунки”.⁴⁶⁹ Відповідно, сексуальне рабство передбачає здійснення виконавцем права власності над сексуальною автономією людини.⁴⁷⁰ Сексуальне рабство

⁴⁶⁴ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 977; Рішення суду у справі *Тейлора*, п. 420.

⁴⁶⁵ Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 120-123.

⁴⁶⁶ Рішення суду у справі *Онґвена*, п. 2714; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 121.

⁴⁶⁷ Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 122.

⁴⁶⁸ Рішення суду у справі *Тейлора*, п. 421, посилаючись на Рішення суду у справі *Сесай та ін.*, п. 162.

⁴⁶⁹ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 978; *Прокурор МКС проти Катанги та Чуї*, ICC-01/04-01/07, Рішення про підтвердження обвинувачень, 30 вересня 2008 року, п. 432, посилання. 582.

⁴⁷⁰ Рішення суду у справі *Нтаґанди*, п. 1204; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 975, 981, 1013; *Прокурор проти Онґвен*, ICC-02/04-01/15 А А2, Зауваження *Amici Curiae* щодо злочинів на сексуальному та гендерному ґрунті, 23 грудня 2021 року, п. 15.

може також охоплювати ситуації, коли жінки та дівчата змушені розділяти існування (тобто співіснувати) з особою, з якою їх примушують вступати в акти сексуального характеру.⁴⁷¹

Сексуальне рабство може охоплювати примусовий статевий акт (наприклад, зґвалтування - див. розділ 3.2.7),⁴⁷² а також інші фізичні та нефізичні дії сексуального характеру (наприклад, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація або будь-які інші форми сексуального насильства - див. розділи 3.2.9-3.2.11).⁴⁷³ “Сексуальний” характер діяння може стосуватися дій, які здійснюються за допомогою засобів сексуального характеру, або дій, спрямованих на сексуальність особи.⁴⁷⁴

Оскільки у вчиненні злочину сексуального рабства може бути задіяно більше одного виконавця, сексуальні дії не обов’язково мають бути вчинені особою, яка реалізувала права, що впливають з права володіння.⁴⁷⁵

3.2.8.3 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Нарешті, фахівці-практики також повинні шукати інформацію, щоб встановити загальний контекстуальний елемент, спільний для всіх злочинів проти людяності, і елементи суб’єктивної сторони за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елемент	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець здійснював будь-які або всі повноваження, пов’язані з правом власності, щодо однієї або декількох осіб, наприклад, шляхом купівлі, продажу, позики або обміну такої особи або осіб,	<ul style="list-style-type: none"> • Чи здійснював виконавець деякі або всі повноваження власника, наприклад, купуючи, продаючи, позичаючи або обмінюючи потерпілого (потерпілих)? • Чи позбавляв виконавець потерпілого свободи, зокрема свободи пересування та вибору? • Чи вимагав виконавець примусової праці від потерпілої особи (потерпілих)? • Чи зводив виконавець потерпілу особу до підневільного стану (наприклад, через боргову кабалу, 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка, що її позбавили волі і звели до підневільного стану, змушуючи виконувати різні домашні обов’язки, як-от приготування їжі, носіння води, прання та збирання дров. • Журнал обліку ув’язнених у слідчому ізоляторі з описом робіт, які виконував кожен ув’язнений. • Показання свідка про те, що вона чула, як виконавець обговорював продаж іншого ув’язненого своєму товаришеві по службі. • Документи, що свідчать про

⁴⁷¹ Рішення суду у справі Катанги, п. 976.

⁴⁷² Рішення суду у справі Онгвена, п. 3047; Рішення суду у справі Нтаганди, п. 955.

⁴⁷³ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2716. Див. також, Прокурор проти Акайесу, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 року, п. 688; Прокурор проти Фурунджія, IT-95-17/1-T, Рішення суду, 10 грудня 1998 року, п. 186; Рішення суду у справі Бріма та інших, п. 720; Прокурор проти Мілутиновича та ін., IT-05-87-T, Рішення суду, 26 лютого 2009 року, п. 194-5, 199; Прокурор проти Рукундю, ICTR-2001-70-T, Рішення суду, 27 лютого 2009 року, п. 380; МКС ОП, “Аналітичний документ щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів 2014 року” (червня 2014 року), с. 3; ЕКОСОР, ‘Сучасні форми рабства: Систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та практики, подібні до рабства, під час збройного конфлікту’ (22 червня 1998 року) E/CN.4/Sub.2/1998/13 (‘ЕКОСОР, ‘Сучасні форми рабства: Систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та практики, подібні до рабства, під час збройного конфлікту’), п. 21-22.

⁴⁷⁴ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2716; ЕКОСОР, ‘Сучасні форми рабства: Систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та практики, подібні до рабства, під час збройного конфлікту’, п. 21.

⁴⁷⁵ Рішення суду у справі Нтаганди, п. 980. Див. також, Елементи злочинів МКС, посилання 17, 52, 65.

<p>або шляхом застосування до них аналогічного позбавлення волі?</p>	<p>кріпацтво, примусовий шлюб, експлуатацію дітей тощо)?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи здійснював виконавець торгівлю потерпілою особою (потерпілими)? • Які заходи вживав виконавець, щоб утримати потерпілу особу від втечі? • Чи був потерпілий особливо вразливим? • За яких соціально-економічних умов виконавець здійснював право власності над потерпілим? 	<p>купівлю або продаж потерпілого виконавцем.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Ланцюги та інші засоби зв'язування, які використовував виконавець для обмеження свободи пересування потерпілого (потерпілих). • Відеозаписи ринку, де потерпілі були продані або куплені виконавцем в обмін на гроші або інші товари. • Звіт, який свідчить про те, що місія виявила докази того, що російські солдати примушували деяких жінок до сексуального рабства.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець примусив одну чи більше осіб до вчинення одного чи більше актів сексуального характеру?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Яким був характер дій, вчинених щодо потерпілого? Де, коли і ким були вчинені такі дії? • Чи були дії сексуального характеру? • Чи була об'єктом нападу частина тіла, що асоціюється з сексуальністю? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення потерпілих про те, що після нападу на село їх утримували як дружин солдатів, під час якого вони були змушені брати участь в актах сексуального характеру, як-от пенетрація, із виконавцем. • Щоденник солдата, в якому він описує участь у сексуальних діях з потерпілою, яку він утримував у полоні. • Показання потерпілої щодо того, що російські солдати окупували її будинок, не відпускали її звідти, змушували виконувати домашні обов'язки та неодноразово гвалтували. • Звіт про медичне обстеження потерпілої, яку силоміць утримували у центрі затримання, що свідчить про те, що вона була згвалтована. • Звіт ООН, який свідчить про те, що російські збройні сили вчиняли сексуальне насильство над українськими чоловіками та жінками, які перебували під їхньою владою, часто вдаючись до примусового оголення в принизливому середовищі, що принижує гідність. • Звіти НУО про жінок, яких поневолили і примушували виконувати дії сексуального характеру, зокрема, вагінальне та

Таблиця 16: Стаття 7(1)(g)-2 Підказки для фахівців-практиків

3.2.9 Злочин проти людяності примушування до зайняття проституцією (стаття 7(1)(g)-3, Римський статут)

Стаття 7(1)(g) Римського статуту забороняє злочин проти людяності примушування до зайняття проституцією, коли той вчинено в контексті широкомасштабного і систематичного нападу на цивільних осіб.⁴⁷⁶

Примушування до зайняття проституцією як злочин проти людяності наразі не заборонено українським законодавством. Однак, така поведінка може бути криміналізована як звичайний злочин сутенерства або втягнення особи в заняття проституцією відповідно до статті 303 Кримінального кодексу України (“ККУ”), яка забороняє “втягнення особи в заняття проституцією або примушування до заняття проституцією з використанням обману, шантажу чи уразливого стану особи, із застосуванням насильства чи погрози його застосування, а також сутенерство”. Однак, на відміну від злочину проти людяності примушування до зайняття проституцією, положення ККУ не вимагає, щоб втягнення в заняття проституцією було вчинено в контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент).

Законопроект №7290 впровадить (якщо і коли він набуде чинності) конкретний злочин проти людяності примушування до зайняття проституцією відповідно до загальної статті 442-1.1(4) Кримінального кодексу України. Це положення загалом узгоджуються з контекстуальними елементами і конкретними елементами злочину проти людяності примушування до зайняття проституцією, що містяться в Римському статуті МКС і Елементах злочинів.

Елементи цього злочину такі:⁴⁷⁷

1. Виконавець змусив одну або декілька осіб вчинити одну або декілька дій сексуального характеру шляхом застосування сили або погрози застосування сили або примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічним пригніченням або зловживанням владою щодо такої особи, або осіб, або іншої особи, або шляхом використання примусового середовища чи нездатності такої особи або осіб дати справжню згоду.
2. Виконавець або інша особа отримали або очікували отримати матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними.
3. Діяння було скоєно як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.

⁴⁷⁶ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998, набрав чинності 1 липня 2001) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 7(1)(g). Злочин проти людяності у вигляді примушування до зайняття проституцією також заборонено Статутом СССЛ. Резолюцію 1315 Ради Безпеки ООН: Статут спеціального суду по Сьєрра-Леоне (16 січня 2000 року) S/RES/1315 (“Статут СССЛ”), стаття 2(g). Примушування до зайняття проституцією також заборонено як військовий злочин згідно Римського статуту, стаття 8(2)(b)(xxii) і 8(2)(c)(vi).

⁴⁷⁷ Міжнародний кримінальний суд (“МКС), Елементи злочинів (2 листопада 2000 (з поправками)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), стаття 7(1)(g)-3.

4. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел, щоб це діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.⁴⁷⁸

3.2.9.1 Елемент перший: виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб, або змусив таку особу чи осіб вчинити дію сексуального характеру шляхом застосування сили або погрозою застосування сили чи примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічного пригнічення або зловживання владою, проти такої особи/осіб чи іншої особи, або шляхом використання примусового середовища або нездатності такої особи чи осіб надати справжню згоду

Щоб довести наявність цього елементу, фахівець-практик має встановити, що:

1. Виконавець або: (а) вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або кількох осіб; або (б) змусив особу (осіб) вчинити дію сексуального характеру; і
2. Виконавець застосував силу, погрозу застосування сили чи примус, або скористався середовищем примусу, або вчинив сексуальний акт щодо особи (осіб), не здатної дати справжню згоду.

3.2.9.1.1 Виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї чи декількох осіб або змусив таку особу чи осіб вчинити дію сексуального характеру

Спершу фахівці мають довести те, що виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб, або те, що виконавець змусив особу чи осіб вчинити дію сексуального характеру.⁴⁷⁹ Це може охоплювати зґвалтування, а також інші фізичні та нефізичні дії сексуального характеру.⁴⁸⁰

Поведінка сексуального характеру охоплює як фізичні, так і нефізичні (тобто психологічні) дії з сексуальним елементом.⁴⁸¹ Таким чином, такі дії, як-от примусове оголення, можуть бути прирівняні до дій сексуального характеру навіть за відсутності фізичного контакту.⁴⁸²

⁴⁷⁸ Елементи Злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-3.

⁴⁷⁹ О. Трифтерер і К. Амбос (ред.), Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (3-тє вид., С.Н. Beck, Hart, Nomos 2016) ("Triffterer & Ambos, Commentary"), с. 215.

⁴⁸⁰ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-3; Triffterer & Ambos, Коментар, с. 215.

⁴⁸¹ Прокурор проти Жан-Поля Акайесу, ICTR-96-4-Т, Рішення суду, 2 вересня 1998 ("Рішення суду у справі Акайесу"), п. 688; Прокурор проти Анто Фурундзіджа IT-95-17/1-Т, Рішення суду, 10 грудня 1998 ("Рішення суду у справі Фурундзіджа"), п. 186; Прокурор проти Бріма та ін., SCSL-04-16-Т, Рішення суду, 20 червня 2007, п. 720; Прокурор проти Мілутіновича та ін., IT-05-87-Т, Рішення суду, 26 лютого 2009, пп. 194-195, 199; Прокурор проти Емануеля Рукундо, ICTR-2001-70-Т, Рішення суду, 27 лютого 2009, п. 380. Див. також, Офіс Прокурора МКС, Програмний документ про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті, червень 2014 ("Програмний документ МКС про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті"), с. 3; УВКБ ООН, Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібна до рабства практика під час збройних конфліктів: Заключна Доповідь, пп. 21-22.

⁴⁸² Рішення суду у справі Акайесу, п. 688; Прокурор проти Кунарача та ін. Рішення суду, 22 лютого ("Рішення суду у справі Кунарача та ін."), пп. 769, 772; Прокурор проти Квочка та ін., IT-98-30/1-Т, Рішення суду, 2 листопада 2001, п. 170; Прокурор проти Радослава Брданіна, IT-99-36-Т, Рішення суду, 1 вересня 2004, п. 1013; Прокурор проти Бріма

Дії сексуального характеру можуть бути вчинені будь-якою особою і щодо будь-якої особи, незалежно від її віку, статі чи гендеру. Це охоплює і одностатеві акти.⁴⁸³ Виконавець може вчинити дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб, або змусити цю особу вчинити дію сексуального характеру щодо себе або третьої сторони.⁴⁸⁴

Гаазькі принципи щодо сексуального насильства дають корисні рекомендації стосовно того, що, в контексті, робить насильство “сексуальним”, особливо з точки зору потерпілих.⁴⁸⁵ Розуміння того, що може бути кваліфіковано як дія сексуального характеру, буде важливим для фахівців, щоб повністю оцінити широкий спектр поведінки, яка може бути кваліфікована як сексуальне насильство в Україні. (див. розділ 7.1)

3.2.9.1.2 Виконавець застосував силу, погрозу застосування сили або примусу, чи скористався середовищем примусу, або вчинив сексуальну дію щодо особи (осіб), не здатної надати справжню згоду

Крім того, фахівець має також встановити, що виконавець вчинив вищезазначені дії сексуального характеру із застосуванням сили, або з погрозою застосування сили або примусу, або скориставшись середовищем примусу чи нездатністю такої особи або осіб надати справжню згоду

Немає необхідності доводити відсутність згоди потерпілої особи,⁴⁸⁶ і немає вимоги, щоб потерпіла особа чинила опір.⁴⁸⁷ Насправді, відсутність фізичного опору є звичним явищем з

та ін., SCSL-2004-16-A, Рішення суду, 22 лютого 2008, п. 184. Див. також, УВКБ ООН, Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібна до рабства практика під час збройних конфліктів: Заключна Доповідь, п. 21: Сексуальне насильство включає в себе такі дії, як “примушування людини роздягатися догола на публіці”; Звіт про діяльність за попередньою оцінкою 2016 р. (14 листопада 2016), п. 94: “Крім того, затриманих насильно утримували в стані примусової наготи, змушуючи виконувати фізичні вправи оголеними [...]”; Програмний документ МКС про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті, с. 3: “Дія сексуального характеру не обмежується фізичним насильством і може не включати ніякого фізичного контакту – наприклад, примусове оголення”. Раніше, МКС, у Рішенні про ордер на арешт *Бемби* не заперечував той факт, що примусова нагота являє собою сексуальне насильство; скоріше, в рішенні зазначалося, що передбачувані дії примусової наготи не були достатньо серйозними для судового переслідування: *Прокурор проти Бемби*, ICC-01/05-01/08, Ордер на арешт Жан-П’єра Бемби Гомбо, 23 травня 2008, пп. 39-40; Жіноча ініціатива за гендерну справедливість, “Гаазькі принципи щодо сексуального насильства”, сс. 13-14.

⁴⁸³ *Прокурор проти Жан-П’єра Бемби Гомбо*, ICC-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 (“Рішення суду у справі Бемби”), п. 100; *Прокурор проти Боско Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019 (“Рішення суду у справі Нтаганди”), г. 933. Див. також, Програмний документ МКС про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті, зноска 6.

⁴⁸⁴ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 8; Елементи Злочинів МКС, Статті 7(1)(g)-6, 8(2)(b)(xxii)-6, і 8(2)(e)(vi)-6, Елемент Перший. Див. напр., *Прокурор проти Делаліча та ін.* Рішення суду, 16 листопада 1998 (“Рішення суду у справі Делаліча та ін.”), п. 1065; *Прокурор проти Тодоровича*, IT-95-9/1-S, Обвинувальний вирок, 31 липня 2001, пп. 38-40.

⁴⁸⁵ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства

⁴⁸⁶ *Прокурор проти Домінніка Онгвена*, ICC-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Судове рішення у справі Онгвена”), п. 2709 (цитуючи Рішення суду у справі Нтаганди, п. 934; *Прокурор проти Жермеїна Катанги*, ICC-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014 (Рішення суду у справі Катанги), п. 965. Див. також, Правила Процедури і Доказів МКС, Правила 70 і 71).

⁴⁸⁷ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2709; *Прокурор проти Чарльза Тейлора*, SCSL-03-01-1281, Рішення суду, 18 травня 2012 (“Рішення суду у справі Тейлора”), п. 416; *Прокурор проти Кунарача та ін.*, IT-96-23& IT-96-23/1-A, Апеляційне рішення, 12 червня 2002 (“Апеляційне рішення у справі Кунарача та ін.”), п. 128. Див. також, *Фернандез Ортега та ін. проти Мексики*, Series C No. 215, Рішення суду, 30 серпня 2010, п. 115).

огляду на низку психологічних чинників або ж тому, що потерпілі бояться подальшого насильства з боку виконавця.⁴⁸⁸ Достатньо встановити лише одну з обставин або умов примусу, викладених вище.⁴⁸⁹ Дії із застосуванням примусу або середовище примусу можуть бути спрямовані проти потерпілої особи або третьої особи.⁴⁹⁰

Застосування фізичної сили не є необхідним.⁴⁹¹ Обставини примусу не обов'язково повинні підтверджуватися демонстрацією фізичної сили, оскільки погрози, залякування, вимагання та інші форми примусу, засновані на страху або відчаю, можуть становити примус.⁴⁹² Крім того, примус може бути притаманний певним обставинам, як-от збройному конфлікту або окупації, чи військовій присутності ворожих сил серед цивільного населення.⁴⁹³

Фахівцям слід розглянути контекст, в якому відбулися дії сексуального характеру, щоб оцінити, чи був примус або чи дії були вчинені в середовищі примусу. Декілька чинників можуть сприяти створенню середовища примусу: наприклад, кількість людей, залучених до вчинення злочину, або те, чи була дія сексуального характеру здійснена під час або відразу після бойових дій, або була здійснена разом з іншими злочинами.⁴⁹⁴

3.2.9.2 Елемент другий: виконавець або інша особа отримали або очікували отримати матеріальну чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку із ними

По-друге, має бути доведено, що виконавець або інша особа отримали або очікували отримати грошову або іншу форму оплати або вигоди в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку із ними.⁴⁹⁵ Злочин примушування до зайняття проституцією може також

⁴⁸⁸ *М.С. проти Болгарії*, Заява № 39272/98, Рішення, 4 грудня 2003 ("*М.С. проти Болгарії*"), п. 164.

⁴⁸⁹ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2709; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 934; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 965.

⁴⁹⁰ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 47; Елементи Злочинів МКС, Статті 7(1)(g)-3; Див. також, Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 944; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 130; Рішення суду у справі *Кунарач та ін.*, п. 711.

⁴⁹¹ Елементи Злочинів МКС, Стаття 7(1)(g)-3; Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 934; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 103; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 688; Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 937; Апеляційне рішення у справі *Кунарач та ін.*, п. 129; Рішення суду у справі *Тейлора*, п. 416; *Прокурор проти Прліча та ін.*, IT-04-74-T, Рішення суду, 29 травня 2013, п. 70; Рішення суду у справі *Фурундзіджа*, п. 82; *Прокурор проти Мікаелі Мухімана*, ICTR-95-1B-T, Рішення суду, 28 квітня 2005, п. 297. Див. також, Рада Європи ("РЄ") Конвенція про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (прийнято 11 Маю 2011, набрала чинності 01 August 2014) CETS No.210 ("*Стамбульська конвенція*"), Стаття 36; Пояснювальна доповідь РЄ до Конвенції про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу із цими явищами (11 травня 2011) CETS No. 210 ("*Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції*"), Стаття 36, п. 192; *М.С. проти Болгарії*, пп. 161, 163; Комітет ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок, "Загальна рекомендація №35 з гендерно-обумовленого насильства над жінками, що є оновленням загальної рекомендації №19" (14 липня 2017) CEDAW/C/GC/35, п. 33.

⁴⁹² Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, пп. 934-935; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 965; Рішення суду у справі *Бемби*, пп. 105-106.

⁴⁹³ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 935.

⁴⁹⁴ Судове рішення у справі *Онгвена*; п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, пп. 935, 945; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 104.

⁴⁹⁵ О. Тріфферер і К. Амбос (ред.), *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3^є вид., С.Н. Бек, Харт, Номос 2016) ("*Тріфферер і Амбос, Коментар*"), с.с. 215, 497.

вчинятися тоді, коли особа змушена вчиняти сексуальні дії, щоб отримати щось необхідне для виживання або уникнення подальшої шкоди.⁴⁹⁶

3.2.9.3 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або змусив таку особу чи осіб до вчинення дії сексуального характеру?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи примушував виконавець потерпілу особу (потерпілих осіб) до будь-якої фізичної або нефізичної дії сексуального характеру з виконавцем? • Чи змушував виконавець потерпілу особу (потерпілих осіб) здійснювати будь-які фізичні або нефізичні дії сексуального характеру з самим собою або іншою особою? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпіла особа дає свідчення про те, що солдат змусив її роздягнутися догола перед іншими солдатами. • Вебсайт, на якому розміщувалися фотографії потерпілих осіб із рекламою сексуальних послуг. • Поліцейські звіти, в яких описується, як потерпілу особу змушували мастурбувати на очах у солдатів. • Відеодокази, записані на мобільний телефон, на яких жінки танцюють оголеними і торкаються себе. • Доповідь спеціального доповідача ООН, що містить свідчення осіб, яких змушували займатися оральним сексом з багатьма солдатами, які відвідували будинок, де їх утримували.
<p>Чи здійснював це виконавець:</p>	<ul style="list-style-type: none"> • із застосуванням сили; • шляхом погрози застосування сили або примусу (наприклад, страх, насильство, тиск, затримання, психологічне пригнічення або зловживання владою щодо такої особи чи іншої особи); • використовуючи переваги середовища примусу; або • проти іншої особи, не здатної дати справжню згоду, якщо вона має природну, набуту або вікову недієздатність? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпіла особа, що свідчить про те, що її змусив роздягнутися російський солдат, який погрожував побити її, якщо вона цього не зробить. • Відео, на якому російський солдати зі зброєю заганяють жінок в кімнату, де вчиняли сексуальне насильство. • Потерпіла особа, яка свідчить про те, що вона здійснювала дії сексуального характеру, тому що в іншому разі чоловік, який її утримував, не дав би їй їжі. • Звіт правозахисної організації, в якому вказується, що потерпілі особи були затримані солдатами і примушені до вчинення дій сексуального характеру під час утримання у в'язниці. • Протокол (звіт) медичного огляду,

⁴⁹⁶ Тріффтерер і Амбос, *Коментар*, с. 215.

		який описує, що у потерпілої особи були численні синці по всьому тілу і сліди мотузки на зап'ясті, які вказують на те, що вона була зв'язана.
Чи свідчать докази про те, що в обмін на ці дії сексуального характеру або у зв'язку із ними була отримана чи очікувалася грошова або інша оплата чи вигода?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи отримував виконавець або інша особа фінансову вигоду (або очікував отримати вигоду) в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпілі особи, які свідчать про те, що від них вимагали брати гроші з кожного чоловіка, якого до них приводили, і що вони повинні були заробляти певну суму грошей за вечір своїми сексуальними діями. • Банківські перекази між виконавцем і 'клієнтом', який займався сексом з потерпілою особою. • Фотографії автомобіля, який, як стверджується, був подарований виконавцю в обмін на те, що він доставляв дівчат третій особі для здійснення сексуальних дій. • Звіти міжнародних організацій або НУО, які описують систему, в межах якої виконавці отримували гроші або послуги від клієнтів в обмін на дії сексуального характеру з боку потерпілої особи.

Таблиця 17: Стаття 7(1)(g)-3 Підказки для фахівців-практиків

3.2.10 Злочин проти людяності примусової вагітності (стаття 7(1)(g)-4, Римський статут)

Стаття 7(1)(g) Римського статуту забороняє злочин проти людяності примусової вагітності, коли він вчиняється в контексті широкомасштабного і систематичного нападу, спрямованого проти цивільних осіб.⁴⁹⁷ Примусова вагітність визначається як "незаконне утримання жінки, яку примусово зробили вагітною, з умислом вплинути на етнічний склад будь-якого населення або вчинити інші серйозні порушення міжнародного права. Це визначення жодним чином не повинно тлумачитися як таке, що впливає на національне законодавство з питань вагітності".⁴⁹⁸ Зауважте, що застереження визначення про те, що "це визначення жодним чином не повинно тлумачитися як таке, що впливає на національне законодавство, пов'язане з вагітністю", не додає нового елемента до складу злочину, а навпаки, розвіює побоювання, що злочин примусової вагітності може сприйматися як легалізація абортів.⁴⁹⁹

⁴⁹⁷ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998, набрав чинності 1 липня 2001) 2187 UNTS 3 ("Римський статут"), Стаття 7(1)(g). Злочин проти людяності примусової вагітності також заборонено в наступних міжнародно-правових документах: Резолюція 1315 Ради Безпеки ООН: Статут спеціального суду по Сьєрра-Леоне (16 January 2000) S/RES/1315 ("Статут СССЛ"), Стаття 2(g). Примусова вагітність також заборонена як військовий злочин за Римським статутом, Статті 8(2)(b)(xxii) і 8(2)(c)(vi).

⁴⁹⁸ Римський Статут, Стаття 7(2)(f).

⁴⁹⁹ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2721.

Примусова вагітність як злочин проти людяності станом наразі не заборонена українським законодавством. Однак, таке діяння може бути криміналізоване як звичайний злочин торгівлі людьми відповідно до статті 149 Кримінального кодексу України (“ККУ”), яка забороняє “торгівлю людьми [...] з метою експлуатації [...]”. Згідно з приміткою 1 до цього положення, експлуатація людини охоплює, зокрема, примусову вагітність. Однак, на відміну від злочину проти людяності примусової вагітності, положення ККУ не вимагає, щоб акт торгівлі людьми був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто, контекстуальний елемент).

Крім того, законопроект №7290 (якщо і коли він набуде чинності) запровадить конкретний злочин проти людяності примусової вагітності відповідно до статті 442-1.1(4) Кримінального кодексу України. Це положення загалом узгоджується із контекстуальними та конкретними елементами злочину проти людяності примусової вагітності, що містяться в Римському статуті МКС і Елементах злочинів.

Злочин проти людяності примусової вагітності містить такі елементи:⁵⁰⁰

1. Виконавець утримував одну або декількох жінок, яких примусово зробили вагітними, з умислом вплинути на етнічний склад будь-якого населення або вчинити інші серйозні порушення міжнародного права.
2. Діяння було скоєно в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
3. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел, аби це діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення.

3.2.10.1 Елемент перший: виконавець утримував одну або декількох жінок, яких примусово зробили вагітними, з умислом вплинути на етнічний склад будь-якого населення або вчинити інші серйозні порушення міжнародного права

Щоб довести цей елемент, фахівці мають спочатку показати, що виконавець незаконно утримував одну або декількох жінок,⁵⁰¹ тобто що потерпіла особа була позбавлена фізичної свободи всупереч нормам міжнародного права.⁵⁰² Позбавлення фізичної свободи може охоплювати, наприклад, ув'язнення, домашній арешт, обмеження в закритому місті або подібні обмеження, зокрема інтернування в концентраційні табори або табори для затриманих.⁵⁰³ Мінімальна тривалість утримання відсутня.⁵⁰⁴ Для отримання додаткової інформації про позбавлення свободи *див.* статтю 7(1)(е) “Ув'язнення” вище. Однак, зауважте,

⁵⁰⁰ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 (з поправками)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи Злочинів МКС”), стаття 7(1)(g)-4.

⁵⁰¹ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2724.

⁵⁰² Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2724.

⁵⁰³ Рішення суду у справі *Кордича і Черкеза*, п. 299; Рішення суду у справі *Бласкіча*, п. 684, 691, 700; Рішення суду у справі *Нтагерури та інших*, п. 702.

⁵⁰⁴ Рішення суду у справі *Онгвена*, пар. 2724.

що в Елементах злочинів МКС не зазначено, що позбавлення свободи має бути ‘суворим’, як того вимагає стаття 7(1)(e).⁵⁰⁵

По-друге, фахівці-практики мають встановити, що насильно утримувана жінка або жінки примусово завагітніли від виконавця або іншої особи.⁵⁰⁶ Зверніть увагу, що примусове зачаття могло статися до або під час незаконного утримання.⁵⁰⁷ Фахівцям слід шукати інформацію, що вказує, що виконавці примушували потерпілих під страхом насильства, тиском, затримання, психологічним пригніченням або зловживання владою щодо потерпілої особи або іншої особи, або використання середовища примусу, або що жінка, яку зробили вагітною, була особою, не здатною надати справжню згоду.⁵⁰⁸

Нарешті, фахівці мають встановити, що виконавець, утримуючи насильно жінку, яка завагітніла,⁵⁰⁹ мав конкретний умисел.⁵¹⁰

1. Вплинути на етнічний склад будь-якого населення, *або*
2. Вчинити інші серйозні порушення міжнародного права, як-от використання потерпілої особи для примусового шлюбу, зґвалтування, сексуального рабства, катувань або іншого злочину відповідно до Римського статуту, незалежно від того, чи мав виконавець умисел спеціально зберегти вагітність жінки.⁵¹¹

3.2.10.2 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб’єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець утримував одну або декількох жінок, яких примусово зробили вагітними?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була потерпіла особа позбавлена своєї фізичної свободи? • Чи було утримання незаконним? • Чи завагітніла потерпіла особа до такого утримання або в будь-який момент під час утримання? • Чи була її вагітність примусовою, тобто, чи була вона пов’язана із застосуванням сили, зокрема насильства або іншого примусу чи погрози застосування сили? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпіла особа, яка свідчить про те, що під час вагітності її “розмістили” в будинку виконавця із посиленою охороною, і сказали, що її вб’ють, якщо вона спробує втекти. • Докази, зібрані під час огляду потерпілої особи, яка була замкнена в будинку виконавця, і які вказують на те, що вона була неодноразово зґвалтована і вагітніла. • Фотографії вагітної потерпілої з солдатом, який зґвалтував і запліднив її, на яких вона зображена.

⁵⁰⁵ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2724.

⁵⁰⁶ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2725.

⁵⁰⁷ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2723.

⁵⁰⁸ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2725.

⁵⁰⁹ Цей спеціальний намір не відноситься до самої дії насильницького запліднення потерпілої особи. Див. Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Онгвена*, п. 99.

⁵¹⁰ Рішення суду у справі *Онгвена*, пп. 2726-2727.

⁵¹¹ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2729.

		<ul style="list-style-type: none"> • Доповідь спеціального доповідача ООН, в якій стверджується, що коли опитані жінки були примусово зроблені вагітними, то виконавці сказали їм, що вони повинні перебувати під вартою до тих пір, поки не досягнуть шестимісячного строку вагітності.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець утримував насильно запліднену жінку з умислом вплинути на етнічний склад будь-якого населення <u>або</u> вчинити інші серйозні порушення міжнародного права?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи відрізнялася етнічність виконавця і потерпілої особи? Чи усвідомлював виконавець цю відмінність? • Чи визнавав виконавець будь-коли словами чи діями свій умисел вплинути на етнічний склад населення, утримуючи потерпілу особу (осіб)? • Чи змінився етнічний склад населення? Чи знав виконавець про цю зміну? • Чи є будь-які докази дискримінації за етнічною ознакою, яка відбувалася приблизно в той же час, коли стався злочин? Чи знав виконавець про цю етнічну дискримінацію? • Чи здійснювалося утримання поряд з іншими серйозними порушеннями міжнародного права? • Чи визнавав виконавець будь-коли словами або діями свій умисел вчинити будь-яке серйозне порушення міжнародного права, утримуючи потерпілу особу (осіб)? • Чи був виконавець членом групи або організації, що проводила політику, спрямовану на вчинення серйозних порушень міжнародного права? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпіла особа, яка свідчить про те, що вона завагітніла втричі внаслідок зґвалтувань виконавцем під час її утримання в будинку виконавця без можливості втечі. • Показання члена охорони злочинця, які свідчать про те, що вагітні жінки, яких вони охороняли, були “дружинами” виконавця. • Докази, зібрані під час огляду потерпілої особи, яка утримувалася в будинку виконавця, що вказують на те, що вона була неодноразово зґвалтована і вагітніла. • Документи, як-от дані перепису населення, що свідчать про зміну етнічного складу місцевості, де здійснювалася примусова вагітність. • Звіт НУО, який вказує, що після того як опитаних жінок примусово зробили вагітними, виконавці сказали їм, що їхня дитина буде тієї ж етнічності, що і виконавець.

Таблиця 18: Стаття 7(1)(g)-4 Підказки для фахівців-практиків

3.2.11 Злочин проти людяності сексуального насильства (стаття 7(1)(g)-6, Римський статут)

Стаття 7(1)(g) Римського статуту забороняє злочин проти людяності сексуального насильства, коли той вчиняється в контексті широкомасштабного і систематичного нападу на цивільних осіб.⁵¹²

Сексуальне насильство як злочин проти людяності наразі не заборонено українським законодавством. Однак, таке діяння підпадає під ознаки злочину сексуального насильства, передбаченого статтею 153 Кримінального кодексу України (“ККУ”), яка забороняє “вчинення будь-якого насильства сексуального характеру, не пов’язаного з проникненням в організм іншої особи, без добровільної згоди потерпілої особи (сексуальне насильство)”. Однак, на відміну від злочину проти людяності сексуального насильства, положення ККУ не вимагає, щоб акт сексуального насильства був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого на цивільне населення (тобто, контекстуальний елемент).

Законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набуде чинності) конкретний злочин проти людяності сексуального насильства відповідно до загальної статті 442-1.1(4) Кримінального кодексу України. Це положення загалом відповідає контекстуальним і конкретним елементам злочину проти людяності сексуального насильства, що містяться в Римському статуті МКС і Елементах злочинів. Однак, як обговорюється нижче, цей законопроект охоплює ширше коло діянь, ніж положення Римського статуту, оскільки вони не містять вимоги щодо мінімального рівня тяжкості (Другий і Третій Елементи з Елементів злочинів МКС).

Елементами цього злочину є:⁵¹³

1. Виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб чи змусив таку особу або осіб вчинити дію сексуального характеру. Дія сексуального характеру або примушування до вчинення дії сексуального характеру були здійснені із застосуванням сили або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічного пригнічення або зловживанням владою проти потерпілої особи або іншої особи, чи шляхом використання середовища примусу чи нездатності такої особи або осіб надати справжню згоду.
2. Таке діяння за рівнем тяжкості було схоже на інші злочини, згадані в статті 7, абзаци 1(g) Статуту.
3. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про серйозність діяння.
4. Діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.

⁵¹² Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998, набрав чинності 1 липня 2001) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 7(1)(g). Злочин проти людяності сексуального насильства також заборонено Статутом СССЛ. Див. Резолюцію 1315 Ради Безпеки ООН: Статут спеціального суду по Сьєрра-Леоне (16 січня 2000) S/RES/1315 (“Статут СССЛ”), стаття 2(g). Сексуальне насильство також заборонено як військовий злочин за Римським статутом, статті 8(2)(b)(xxii) і 8(2)(c)(vi).

⁵¹³ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи Злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи Злочинів МКС”), Стаття 7(1)(g)-6.

5. Виконавець знав, що діяння було частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел, щоб воно було частиною такого нападу.

3.2.11.1 Елемент перший: виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб чи змусив таку особу або осіб вчинити дію сексуального характеру. Дія сексуального характеру або примушування до вчинення дії сексуального характеру були здійснені із застосуванням сили або погрози застосування сили чи примусу, наприклад, викликаного страхом насильства, тиску, затримання, психологічного пригнічення або зловживанням владою проти потерпілої особи або іншої особи, чи шляхом використання середовища примусу чи нездатності такої особи або осіб надати справжню згоду

Щоб довести наявність цього елемента, фахівець має встановити:

1. Що виконавець або: (а) вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб; або (б) змусив особу (осіб) вчинити дію сексуального характеру; і
2. Що виконавець застосував силу, погрозу застосування сили або примусу, або скористався середовищем примусу, або вчинив статевий акт щодо особи (осіб), не здатної надати справжню згоду.

3.2.11.1.1 Виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї чи декількох осіб або змусив таку особу чи осіб вчинити дію сексуального характеру

По-перше, фахівці повинні довести або те, що виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї або декількох осіб, або те, що виконавець змусив особу або осіб вчинити дію сексуального характеру.⁵¹⁴ Фахівцям слід враховувати таке:

- Такі діяння охоплюють як фізичні, так і нефізичні дії.⁵¹⁵ Див. розділ 7.1.1 для отримання додаткової інформації щодо того, як ідентифікувати акти сексуального характеру.
- Дії сексуального характеру можуть бути вчинені будь-якою особою і проти будь-якої особи, незалежно від віку, статі чи гендеру. Це стосується і дій між особами однієї статі.⁵¹⁶

⁵¹⁴ Прокурор проти Дордевіча, IT-05-87/1-T, Рішення суду, 23 лютого, п. 1768; Прокурор проти Делаліча та ін., IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 (“Рішення суду у справі Делаліча та ін.”), п. 1065; Прокурор проти Тодоровича, IT-95-9/1-S, Рішення щодо вироку, 31 липня 2001 (“Обвинувальний вирок у справі Тодоровича”), пп. 37-40.

⁵¹⁵ Прокурор проти Жан-Поля Акайєсу, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 (“Рішення суду у справі Акайєсу”), п. 688; Прокурор проти Фурундзіджа, IT-95-17/1-T, Рішення суду, 10 грудня 1998 (“Рішення суду у справі Фурундзіджа”), п. 186; Прокурор проти Бріма та ін., SCSL-04-16-T, Рішення суду, 20 червня 2007, п. 720; Прокурор проти Мілутіновича та ін., IT-05-87-T, Рішення суду, 26 лютого 2009, пп. 194-195, 199; Прокурор проти Рукундо, ICTR-2001-70-T, Рішення суду, 27 лютого 2009, п. 380. Див. також, Офіс Прокурора МКС, Програмний документ про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті, червень 2014 (“Програмний документ МКС про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті”), с. 3; УВКБ ООН, Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібна до рабства практика під час збройних конфліктів: Заключна Доповідь, пп. 21-22.

- Виконавці можуть змусити потерпілу особу вчинити дію сексуального характеру щодо себе чи третьої сторони.⁵¹⁷

Сексуальне насильство може бути вчинене шляхом багатьох різноманітних дій, це зокрема охоплює:⁵¹⁸

1. Дії, вчинені з сексуальними мотивами або для сексуального задоволення виконавця;
2. Сценарії, в яких двоє або більше учасників (які не висловлювали згоду на це) примушені здійснювати сексуальні дії один з одним;
3. Дії, вчинені з метою приниження або знущання, як-от примусове публічне оголення; або
4. Дії, спрямовані проти статевих органів або статевої функції потерпілої особи, як-от насильницька кастрація, пошкодження геніталій або катування з елементами сексуального насильства.

3.2.11.1.2 Виконавець застосував силу, погрожував застосуванням сили або примусу, або скористався середовищем примусу, чи вчинив дію сексуального характеру щодо особи (осіб), не здатної надати вільну згоду

До того ж, фахівці мають також встановити, що виконавець вчинив вищезазначену дію (дії) сексуального характеру із застосуванням сили, або погрожував застосуванням сили чи примусу, або з використанням середовища примусу чи нездатності такої особи або осіб надати вільну згоду.⁵¹⁹ Для поглибленого обговорення цього елемента практикуючим фахівцям слід звернутися до еквівалентного елемента злочину проти людяності - примусової проституції (див. розділ 3.2.9.1.2).

3.2.11.2 Елемент другий: тяжкість такого діяння схоже із тяжкістю інших злочинів, згаданих у статті 7, абзаці 1(g) Статуту

Щоб задовольнити цей елемент, фахівці мають також встановити, що тяжкість діяння виконавця було схожим (порівнянню) із тяжкістю інших дій сексуального насильства, закріплених у статті 7(1)(g) (наприклад, зґвалтування; сексуальне рабство; примусова

⁵¹⁶ Прокурор проти Жан-П'єра Бемби Гомбо, ІСС-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 р. ("Рішення суду у справі Бемби"), п. 100; Прокурор проти Боско Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019 ("Рішення суду у справі Нтаганди"), п. 933. Див. також, Програмний документ МКС про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті, зноска 6.

⁵¹⁷ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 8; Елементи Злочинів МКС, Статті 7(1)(g)-6, 8(2)(b)(xxii)-6, і 8(2)(e)(vi)-6, Елемент перший. Див. напр., Рішення суду у справі Делаліча та ін., п. 1065; Обвинувальний вирок у справі Тодоровіча, пп. 38-40.

⁵¹⁸ Рішення суду у справі Акайєсу, п. 688; Рішення суду у справі Кунарача та ін., пп. 769, 772; Рішення суду у справі Квочка та ін. п. 170; Рішення суду у справі Брданіна, п. 1013; Апеляційне рішення у справі Бріми та ін., п. 184. Див. також, УВКБ ООН, Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібна до рабства практика під час збройних конфліктів: Заключна Доповідь, п. 21; Офіс Прокурора МКС, Звіт про діяльність за попередньою оцінкою 2016 р. (14 листопада 2016), п. 94; Програмний документ МКС про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті, с. 3; О. Трифтерер і К. Амбос (ред.), Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (3^є вид., С.Н. Бек, Харт, Номос 2016) ("Трифтерер і Амбос, Коментар"), с. 217; Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, сс. 13-14.

⁵¹⁹ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(g)-6, Елемент 1.

проституція; примусова вагітність; і примусова стерилізація).⁵²⁰ Однак, критерій тяжкості не слід тлумачити як такий, що не охоплює дії, які не пов'язані з проникненням або фізичним контактом.⁵²¹

Слід зазначити, що вимога “порівняного рівня тяжкості” є унікальною для Римського статуту, оскільки в інших європейських юрисдикціях, зокрема в Україні, не потрібно доводити, що діяння сексуального насильства було “порівняного рівня тяжкості” з іншими злочинами проти людяності.⁵²² Стаття 442-1.1(4) не містить вимоги, щоб сексуальне насильство було ‘порівнюваного рівня тяжкості’, що залишає простір для більш широкого застосування цього положення. Отже, цей елемент не потрібно було б встановлювати для доведення вчинення злочину проти людяності сексуального насильства відповідно до законопроекту №7290.

3.2.11.3 Елемент третій: виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про тяжкість діяння

Фахівці мають також встановити, що виконавець був обізнаний про фактичні обставини, які свідчили про тяжкість діяння. Цей елемент зосереджений на усвідомленні фактичних елементів, що свідчать про тяжкість поведінки, і немає необхідності, щоб виконавець здійснював будь-яку правову оцінку того, що акт сексуального насильства був за ступенем тяжкості порівнянний з іншими актами сексуального насильства, визначеними статтею 7(1)(g).⁵²³

⁵²⁰ Римський статут, стаття 7(1)(g).

⁵²¹ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 216. На сьогоднішній день єдина судова практика, пов'язана з критерієм “порівняної тяжкості”, відноситься до відповідного злочину проти людяності і випливає з рішення про ордер на арешт Бемби, в якому Досудова Палата встановила, що насильницьке роздягання незрівнянно по тяжкості з іншими злочинами, передбаченими в статті 7(1)(g): Ордер на арешт у справі Бемби, п. 40. Однак судова практика спеціальних трибуналів підтверджує, що примусова нагота повинна розглядатися як акт сексуального насильства: Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 688; Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*, пп. 769, 772; Рішення суду у справі *Квочка та ін.*, п. 170; Рішення суду у справі *Брданіна*, п. 1013; Апеляційне рішення у справі *Бріми та ін.*, п. 184. Див. також, УВКБ ООН, Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібна до рабства практика під час збройних конфліктів: Заключна Доповідь, п. 21; Офіс Прокурора МКС, Звіт про діяльність за попередньою оцінкою 2016 р. (14 листопада 2016), п. 94; Програмний документ МКС про злочини на сексуальному та гендерному ґрунті, с. 3.

⁵²² Див., Рада Безпеки ООН, Резолюція 827: Статут Міжнародного Кримінального Трибуналу по Колишній Югославії (25 травня 1993 р., остання поправка внесена 9 липня 2009 р.) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), Стаття 5(g); Рада Безпеки ООН, Резолюція 955: Статут Міжнародного Кримінального Трибуналу Для Судового Переслідування Осіб, Відповідальних за Геноцид та Інші Серйозні Порушення Міжнародного Гуманітарного Права, Вчинені на Території Руанди, і Громадян Руанди, Відповідальних за Геноцид та Інші Подібні Порушення, Скоєні на Території Сусідніх Держав, у період з 1 січня 1994 р. по 31 грудня 1994 р. (8 листопада 1994 р., остання поправка внесена 14 серпня 2002 р.) S/RES/955 (“Статут МКТР”), стаття 3(g); Рада Безпеки ООН, Резолюція 1315: Статут Спеціального Суду По Сьєрра-Леоне (16 січня 2000 р.) S/RES/1315 (“Статут СССЛ”), Стаття 2(g); Німеччина, *Закон про Введення Кодексу про Міжнародні Злочини*, 2002 рік, Розділ 7(1)(6); Хорватія, *Кримінальний кодекс*, 1997 рік (з поправками, внесеними в 2006 році), стаття 157а.

⁵²³ Див., М. Кламберг і Я. Нільссон (ред.), *Коментар до права Міжнародного кримінального суду - Римського статуту*, стаття 7(1)(e).

3.2.11.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець вчинив дію сексуального характеру щодо однієї чи кількох осіб або змусив таку особу чи осіб вчинити дію сексуального характеру?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи спричинив виконавець залучення потерпілої особи (потерпілих осіб) до будь-якої фізичної або нефізичної дії сексуального характеру з виконавцем? • Чи спричинив виконавець залучення потерпілої особи (потерпілих осіб) до будь-якої фізичної або нефізичної дії сексуального характеру з самим собою (потерпілою особою) або іншою особою? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпіла особа, яка свідчить про те, що російський солдат торкався до її геніталій, хапав її за груди і погрожував її зґвалтувати. • Потерпіла особа, яка розповіла, що солдати її змусили роздягнутися під час обшуку, і вони також торкалися до її грудей і знущалися над нею в сексуальний спосіб. • Судово-медичні докази, що свідчать про те, що потерпіла особа була побита, понівечена і піддалася удару електричним струмом по геніталіях під час допиту. • Доповідь ООН про те, що російські збройні сили затримали священика, повністю роздягли його, побили і наказали йому пройти голим протягом години вулицями його села. • Відеодокази, записані на мобільний телефон, в яких солдати змушують оголених затриманих шикуватися в чергу. • Показання свідків про те, що під час затримання російськими силовиками їх роздягали догола і змушували годинами стояти перед іншими. • Доповідь Спеціального доповідача ООН з описом свідчень осіб, до яких тюремні охоронці сексуально торкалися.
<p>Чи здійснював це виконавець:</p>	<ul style="list-style-type: none"> • із застосуванням сили; • шляхом погрози застосування сили або примусу (наприклад, страху, насильства, тиску, затримання, психологічного пригнічення або зловживання владою щодо такої особи або іншої особи); • використовуючи переваги середовища примусу; або 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпіла особа, яка свідчить про те, що під час утримання під вартою її змушували роздягатися і ходити перед охоронцями в'язниці. • Відео, на якому солдати зі зброєю заганяють жінок в кімнату, де відбулося сексуальне насильство. • Звіт Amnesty International, в якому описуються продовжувані бойові дії і вчинення інших злочинів в селі, де

	<ul style="list-style-type: none"> проти іншої особи, не здатної надати вільну згоду, якщо вона має природну, набуту або вікову недієздатність? 	<p>імовірно здійснювалися акти сексуального насильства.</p> <ul style="list-style-type: none"> Доповідь ООН, що описує ситуацію, коли двоє російських солдатів увійшли в будинок, кілька разів зґвалтували 22-річну жінку, вчинили акти сексуального насильства над її чоловіком і змусили подружжя вступити в статевий зв'язок у їхній присутності.
--	--	---

Таблиця 19: Стаття 7(1)(g)-6 Підказки для фахівців-практиків

3.2.12 Злочин проти людяності переслідування (стаття 7(1)(h), Римський статут)

Стаття 7(1)(h) Римського статуту забороняє “переслідування будь-якої групи чи спільноти, які можна ідентифікувати, на підставі політичних, расових, національних, етнічних, культурних, релігійних, гендерних чи інших ознак, переслідування за які є загально визнано недопустимим за міжнародним правом”.⁵²⁴ Римський статут визначає ‘переслідування’ як “умисне та грубе позбавлення основоположних прав групи осіб через їх приналежність до тієї чи іншої групи або спільноти”.⁵²⁵

Наразі українське законодавство не криміналізує переслідування як злочин проти людяності. Проте, законопроект №7290 (якщо та коли він набуде чинності) запровадить злочин проти людяності переслідування у статті 442-1.1(1) ККУ. У законопроекті ‘переслідування’ визначено як “обмеження основних прав людини за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, статевими чи іншими ознаками дискримінації, визначеними міжнародним правом”. Відтак, це положення інтегрує контекстуальні та конкретні елементи злочину проти людяності переслідування, які містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Цей злочин містить такі елементи:⁵²⁶

1. Виконавець грубо позбавив одну чи кілька осіб основоположних прав всупереч міжнародному праву.
2. Виконавець переслідував таку особу або осіб своєю як ціль через їхню приналежність до певної групи чи спільноти, або переслідував групу чи колектив загалом.
3. Таке переслідування здійснювалося за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними (як це визначено в пункті 3 статті 7 Статуту), або за іншими ознаками, переслідування за якими загально визнано неприпустимим за міжнародним правом.

⁵²⁴ Римський статут, стаття 7(1)(h). Злочин проти людяності переслідування також заборонено такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, Стаття 5(h); Статут МКТР, Стаття 3(h); Статут СССЛ, Стаття 2(h); Закон про НСПК, стаття 5.

⁵²⁵ Римський статут, стаття 7(2)(g).

⁵²⁶ МКС Елементи злочинів, стаття 7(1)(h).

4. Таке діяння було вчинене у зв'язку з будь-яким діянням, зазначеним у пункті 1 статті 7 Статуту, або будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду.
5. Діяння було скоєне як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
6. Виконавець знав, що це діяння було частиною широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, чи мав умисел зробити діяння частиною такого нападу.

3.2.12.1 Елемент перший: виконавець грубо позбавив одну чи кілька осіб основоположних прав всупереч міжнародному праву

Щоб задовольнити елемент перший, фахівці мають довести, що одна або декілька осіб були позбавлені своїх основоположних прав усупереч міжнародному праву.⁵²⁷ Основоположні права – це права людини, закріплені відповідно до звичаєвого міжнародного права та міжнародних договорів з прав людини.⁵²⁸

Загалом, вони містять порушення, які спричиняють: (i) серйозну тілесну та психічну шкоди; (ii) порушення свобод; та (iii) напади на власність.⁵²⁹ Це може охоплювати різноманітні права, як-от право на життя, право на особисту свободу та особисту недоторканність, право не піддаватися катуванням чи жорстокому, нелюдському чи такому, що принижує гідність поводженню, право не піддаватися свавільному арешту, затриманню чи висланню, а також право на приватну власність.⁵³⁰ Позбавлення основоположних прав має суперечити міжнародному праву, а це означає, що не повинно бути обставин, які би виправдовували порушення певного права за міжнародним правом.⁵³¹

⁵²⁷ *Прокурор проти Домініка Онгвена*, ICC-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Рішення суду у справі Онгвена”), п. 2733.

⁵²⁸ *Прокурор проти Боско Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019 (“Рішення суду у справі Нтаганди”), п. 991; *Прокурор проти Тіхоміра Блашкіча*, IT-95-14-A, Рішення Апеляційної палати, 29 липня 2004 (“Апеляційне рішення у справі Блашкіча”), п. 139; *Прокурор проти Радована Караджіча*, IT-95-5/18-T, Рішення, 24 березня 2016, п. 499; У. Шабас, *Міжнародний Кримінальний Суд: Коментар до Римського Статуту* (2-е вид., OUP, 2016) (“Шабас, МКС: Коментар”), с. 196. *Прокурор проти Боско Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, Рішення про підтвердження звинувачень, 9 червня 2014 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Нтаганди”), п. 58. Відповідні міжнародні документи включають: (i) Загальну декларацію прав людини; (ii) Міжнародний пакт про громадянські та політичні права; (iii) Міжнародний пакт про економічні, соціальні та культурні права; (iv) Європейську конвенцію з прав людини; (v) Американську конвенцію з прав людини; і (vi) Африканську хартію прав людини і народів.

⁵²⁹ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2733: “основоположні права [...] можуть включати різноманітні права, як-от право на життя, право на особисту свободу, право не перебувати в рабстві чи підневільному стані, право не піддаватися катуванням чи жорстокому поводженню, нелюдському чи такому, що принижує гідність поводженню, і право на приватну власність.” Див. також Рішення суду у справі Нтаганди, п. 991; *Прокурор проти Тіхоміра Блашкіча*, IT-95-14-T, Рішення, 3 березня 2000 (“Рішення у справі Блашкіча”), п. 220; О. Тріфтерер і К. Амбос, *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3-е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) (“Тріфтерер і Амбос, Коментар”), с. 276.

⁵³⁰ Рішення суду у справі Онгвена, п. 2733; Рішення суду у справі Нтаганди, п. 991. Див. також Рішення суду у справі Блашкіча, п. 220.

⁵³¹ Рішення суду у справі Нтаганди, п. 993.

Якщо вони здійснюються на дискримінаційних підставах, розглядаються в сукупності з іншими діями та мають місце контекстуальні ознаки злочинів проти людяності, такі дії, серед іншого, можуть становити “переслідування”:

- вбивства;⁵³²
- напади на цивільне населення;⁵³³
- катування (наприклад, фізичне насильство, психологічне насильство, сексуальне насильство тощо);⁵³⁴
- розкрадання;⁵³⁵
- відмова у свободі пересування;⁵³⁶
- відмова у працевлаштуванні;⁵³⁷
- вторгнення у приватне життя через свавільні обшуки житла;⁵³⁸
- незаконні арешти та затримання;⁵³⁹
- відмова у праві на судовий процес;⁵⁴⁰ та
- відмова у рівному доступі до державних послуг (наприклад, медичної допомоги).⁵⁴¹

Крім того, має бути продемонстровано, що таке позбавлення було тяжким,⁵⁴² тобто серйозною, грубою або кричущою відмовою в основних правах.⁵⁴³ Будь-яке діяння, яке саме

⁵³² Прокурор проти Стакіча, ІТ-97-24-Т, Рішення суду, 31 липня 2003 року (‘Рішення суду у справі Стакіча’), п. 747; Апеляційне рішення у справі Кордіча та Церкеза, п. 106-109; Апеляційне рішення у справі Блашкіча, п. 143.

⁵³³ Апеляційне рішення у справі Кордіча та Церкеза, п. 104-105; Апеляційне рішення у справі Блашкіча, п. 156-159.

⁵³⁴ Прокурор проти Брданіна, ІТ-99-36-Т, Рішення суду, 1 вересня 2004 року (‘Рішення суду у справі Брданіна’), п. 1012; Рішення суду у справі Стакіча, п. 748-760; Рішення суду у справі Караджича, п. 505-513; Апеляційне рішення у справі Блашкіча, п. 154-155.

⁵³⁵ Рішення суду у справі Стакіча, п. 762-764; Рішення суду у справі Брданіна, п. 1045; Апеляційне рішення у справі Кордіча та Церкеза, п. 108-109; Рішення суду у справі Караджича, п. 527-529; Апеляційне рішення у справі Блашкіча, п. 144-148.

⁵³⁶ Рішення суду у справі Стакіча, п. 770-773; Прокурор проти Младіча, ІТ-09-92-Т, Рішення суду, 22 листопада 2017 року (‘Рішення суду у справі Младіча’), п. 3263-3266; Рішення суду у справі Брданіна, п. 1042-1043, 1049; Прокурор проти Брданіна, ІТ-99-36-А, Апеляційне рішення, 3 квітня 2007 року (‘Апеляційне рішення у справі Брданіна’), п. 292-297; Рішення суду у справі Караджича, п. 535-536.

⁵³⁷ Рішення суду у справі Стакіча, п. 770-773; Рішення суду у справі Младіча, п. 3263-3266; Рішення суду у справі Брданіна, п. 1032-1041, 1049; Апеляційне рішення у справі Брданіна, п. 292-297; Рішення суду у справі Караджича, п. 535-536.

⁵³⁸ Рішення суду у справі Младіча, п. 3263-3266; Апеляційне рішення у справі Брданіна, п. 292-297; Рішення суду у справі Караджича, п. 535-536.

⁵³⁹ Рішення суду у справі Младіча, п. 3263-3266; Рішення суду у справі Брданіна, п. 1044-1045, 1049; Апеляційне рішення у справі Брданіна, п. 292-297; Рішення суду у справі Караджича, п. 517-521, 535-536.

⁵⁴⁰ Рішення суду у справі Стакіча, п. 770-773; Рішення суду у справі Младіча, п. 3263-3266; Рішення суду у справі Брданіна, п. 1044-1045, 1049; Апеляційне рішення у справі Брданіна, п. 292-297; ; Рішення суду у справі Караджича, п. 535-536.

⁵⁴¹ Рішення суду у справі Стакіча, п. 770-773; Рішення суду у справі Младіча, п. 3263-3266; Рішення суду у справі Брданіна, п. 1046-1049; Апеляційне рішення у справі Брданіна, п. 292-297; Рішення суду у справі Караджича, п. 535-536.

⁵⁴² Рішення суду у справі Онгвена, п. 2733.

по собі є злочином проти людяності, буде розглядатися як серйозне позбавлення основних прав.⁵⁴⁴ Встановлюючи цей елемент, фахівці повинні оцінити, чи були права явно порушені, скільки людей піддалося нападу і в якій мірі люди були позбавлені своїх прав.⁵⁴⁵

3.2.12.2 Елемент другий: виконавець переслідував таку особу або осіб через їхню приналежність до певної групи або спільноти або переслідував групу чи спільноту загалом

Щоб довести наявність другого елемента, фахівці мають встановити, що виконавець переслідував потерпілих осіб через їхню приналежність до певної групи або спільноти.⁵⁴⁶ Така група може бути визначена як позитивно, так і негативно, тобто виконавець може переслідувати певних осіб або групу за **не** належність до певної групи.⁵⁴⁷

Члени групи або колективу повинні бути просто “ідентифіковані”, виходячи або з об’єктивних критеріїв, або з суб’єктивних уявлень чи переконань виконавця щодо приналежності потерпілого до відповідної групи або колективу.⁵⁴⁸

3.2.12.3 Елемент третій: таке переслідування здійснювалося за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними (як це визначено в пункті 3 статті 7 статуту), або іншими ознаками, переслідування за якими загально визнано неприпустиме за міжнародним правом

Щоб встановити наявність третього елемента, фахівці мають шукати інформацію, щоб показати, що виконавець переслідував потерпілих через їх дискримінацію за однією з таких підстав:⁵⁴⁹

- **Політична:** групу можна охарактеризувати як політичну, якщо її учасники — члени політичної партії, поділяють ідеологічні політичні переконання, фактичну чи уявну опозицію або погляди, розбіжні із поглядами певного політичного режиму.⁵⁵⁰ Ця підстава охоплює переслідування через особисту політичну приналежність, незалежно від того, чи є вона реальною чи просто сприймається як така виконавцем.⁵⁵¹ Переслідування за політичними мотивами “може охоплювати різні

⁵⁴³ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 992; Прокурор проти *Купрешикіча та ін.*, IT-95-16-T, Рішення суду, 14 січня 2000 (“Рішення суду *Купрешикіча та ін.*”), пп. 619-621.

⁵⁴⁴ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 991; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Нтаганди*, п. 220.

⁵⁴⁵ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 992; Рішення суду *Купрешикіча та ін.*, п. 621.

⁵⁴⁶ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2734; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 988.

⁵⁴⁷ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2735; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 1009.

⁵⁴⁸ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2736; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 1010-1011; у справі щодо *ситуація в Бангладеш/М’янмі* Рішення про надання дозволу у справі щодо *ситуація в Бангладеш/М’янмі*, п. 102; Тріфтерер та Амбос, *Коментар*, с. 221.

⁵⁴⁹ Римський статут, стаття 7(1)(h).

⁵⁵⁰ Прокурор проти *Каліксте Мбарушімани*, ICC-01/04-01/10, Рішення про підтвердження звинувачень, 16 грудня 2011 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Мбарушімани”), п. 37; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Руто і Санга*, п. 273, 347;

МКС, “Звіт про Діяльність за Попередньою Оцінкою” (5 грудня 2019), п. 80.

⁵⁵¹ Рішення у справі *Онгвена*, п. 2737 (що цитує Рішення про дозвіл на відкриття розслідування щодо ситуації в Бурунді, п. 133; Прокурори проти *Каїнга Гуека (псевдонім Дук)*, 001/18-07-2007-ЕССС/СС, Апеляційне рішення, 3 лютого 2012, п. 272).

категорії осіб, наприклад: посадовців та політичних активістів; осіб, які мають певні думки, переконання чи вірування; осіб певної етнічності чи національності”.⁵⁵²

- **Расова:** расова група “ґрунтується на спадкових фізичних ознаках, які часто асоціюються з географічною місцевістю”.⁵⁵³ Переслідування за расовою ознакою охоплює “будь-які розрізнення, винятки, обмеження чи переваги на основі раси, кольору шкіри, родового, національного чи етнічного походження”.⁵⁵⁴
- **Національна:** визначення групи за національною ознакою впливає з характеристик, які “ширші, ніж громадянство, і охоплюють ознаки групи, яка вважає, що вона є нацією, навіть якщо члени групи перебувають в більш ніж одній державі”.⁵⁵⁵ Наприклад, група осіб у державі може бути цілком нападу тому, що вони є громадянами іншої держави.⁵⁵⁶
- **Етнічна:** етнічну групу можна визначити як групу, яка має “спільну мову та культуру”,⁵⁵⁷ або групу, яка виділяє себе як таку (самоідентифікація); або групу, яку інші, зокрема виконавці, ідентифікували як окрему (ідентифікація іншими).⁵⁵⁸ Наприклад, етнічна група може бути визначена на основі її спільної мови, племінних звичаїв і традиційних зв'язків з її землями.⁵⁵⁹
- **Культурна:** культурну групу можна охарактеризувати як групу, яка поділяє спільні звичаї, мистецтво та соціальні інститути.⁵⁶⁰
- **Релігійна:** релігійну групу можна визначити як групу, члени якої сповідують однакову релігію, належать до однієї конфесії, поділяють спосіб поклоніння або

⁵⁵² Апеляційне Рішення у справі *Дутя*, п. 272.

⁵⁵³ *Прокурор проти Кайшеми та інших*, ICTR-95-1-T, Рішення, 21 травня 1999 (“Рішення суду у справі *Кайшеми та ін.*”), п. 98; *Прокурор проти Жан-Пола Акайесу*, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 (“Рішення суду у справі *Акайесу*”), п. 514.

⁵⁵⁴ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 224 (цитуює Міжнародну конвенцію про ліквідацію всіх форм расової дискримінації (прийняту а Резолюцією ГА 2106 А (XX) 21 грудня 1965, набула чинності 4 січня 1969), Стаття 1).

⁵⁵⁵ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 224.

⁵⁵⁶ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Гбагбо*, п. 205; *Прокурор проти Бле Гуде*, ICC-02/11-02/11, Рішення про підтвердження звинувачень, 11 грудня 2014 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бле Гуде*”), п. 123; *Прокурор проти Сімоні Гбагбо*, ICC-02/11-01/12, Рішення за заявою прокурора за статтею 58 про видачу ордеру на арешт Сімоні Гбагбо, 2 березня 2012 (“Рішення про ордер на арешт Сімоні Гбагбо”), п. 16. *Див. також*, Робінсон, “Короткий виклад рішень Міжнародного кримінального суду” (лютий 2022 р.), с. 73

⁵⁵⁷ Рішення про дозвіл на відкриття розслідування щодо ситуації в Бангладеш/М'янмі, п. 103; Рішення суду у справі *Кайшеми та ін.*, п. 98; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 513.

⁵⁵⁸ Рішення суду у справі *Кайшеми та ін.*, п. 98.

⁵⁵⁹ *Прокурор проти Башира*, ICC-02/05-01/09, Рішення щодо клопотання Прокурора про видачу ордеру на арешт Омара Хасана Ахмада Аль Башира, 4 березня 2009, п. 137; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Нтаганди, п. 58; *Прокурор проти Ахмада Мухаммада Харуна (“Амада Харуна”) та Алі Мухаммада Аль Абд-аль-Рахмана (“Алі Кушайба”)*, ICC-02/05-01/07-1, Рішення за заявою прокуратури відповідно до Статті 58(7) Статуту, 27 квітня 2007, п. 74; *Прокурор проти Абделя Рахіма Мухаммеда Хусейна*, ICC-02/05-01/12, Публічна відредагована версія Рішення за заявою прокурора за статтею 58 щодо Абдель Рахіма Мухаммеда Хусейна, 1 березня 2012, п. 11.А.

⁵⁶⁰ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 224.

спільні вірування.⁵⁶¹ Переслідування за релігійними ознаками охоплює напади на осіб на основі: обраної ними релігійної приналежності або такої приналежності за сприйняттям виконавця; недотримання ними релігійних переконань або приписів, яких дотримується виконавець; або відсутності у них релігії.⁵⁶²

- **Гендерна:** згідно з Римським статутом, “термін “гендер” стосується двох статей, чоловічої та жіночої, у суспільному контексті”.⁵⁶³ Загалом вважається, що це охоплює переслідування через сексуальну орієнтацію або гендерну ідентичність.⁵⁶⁴
- **Інші підстави:** фраза “або за іншими ознаками” дозволяє враховувати переслідування і за ознаками, які не є прямо перераховані, за умови, що переслідування за такими ознаками “загально визнано неприпустиме згідно з міжнародним правом”. “Загально визнані” слід розуміти як “широковизнані”; це не означає, що всі держави повинні визнати переслідування за певною ознакою неприпустимим, аби переслідування за такою ознакою було забороненим.⁵⁶⁵ Такими ознаками можуть бути вік, сексуальна орієнтація або інвалідність.⁵⁶⁶

Таким чином, необхідно встановити, що виконавець умисно переслідував потерпілу/их особу/осіб на підставі того або тому, що він вважав її/їх належними до певної групи чи спільноти.⁵⁶⁷ Іншими словами, грубе позбавлення основоположних прав мало бути здійснене з умислом дискримінувати особу/осіб за однією з вищезазначених ознак.⁵⁶⁸ Про такий умисел можна свідчити загальна поведінка виконавця, а також обставини вчинення злочину.⁵⁶⁹

⁵⁶¹ Рішення про дозвіл на відкриття розслідування щодо ситуації в Бангладеш/М'янмі, п. 103; Рішення суду у справі *Кайшеми та ін.*, п. 98; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 515.

⁵⁶² Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 224. Див., наприклад, Рішення про підтвердження звинувачень у справі Гбагбо, п. 205; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бле Гуде, п. 123; Рішення про ордер на арешт Сімоне Гбагбо, п. 16.

⁵⁶³ Римський статут, Стаття 7(3).

⁵⁶⁴ Програмний документ МКС щодо сексуальних і гендерно зумовлених злочинів 2014 р., с. 3; Р. Грей *та ін.* Переслідування за Ознакою Статі Як Злочин Проти Людності: Шлях Попереду, (2019) *Journal of International Criminal Justice*, с. 14.

⁵⁶⁵ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 226.

⁵⁶⁶ Шабас, МКС: *Коментар*, с. 198.

⁵⁶⁷ Рішення у справі Онгвена, п. 2739 (цитує *Прокурор проти Аль Гасаана Аг Абдула Азіз Аг Могамеда Аг Магмуда*, ICC-01/12-01/18-461-Corr-Red, Рішення про підтвердження звинувачень, 13 November 2019 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Аль Гасаана”), п. 671; *Прокурор проти Поповіча та інших*, IT-05-88-T, Рішення, 10 червня 2010 (“Рішення у справі Поповіча”), п. 968). Див. також Шабас, МКС: *Коментар*, с. 172; *Прокурор проти Радована Караджича*, МІСТ-13-55-А, Рішення, 20 березня 2019, п. 500; *Прокурор проти Душка Тадіча*, IT-94-1-А, Апеляційне рішення, 15 липня 1999, п. 305; Апеляційне рішення у справі Блашкіча, п. 129.

⁵⁶⁸ Рішення у справі Онгвена, п. 2739.

⁵⁶⁹ Рішення у справі Онгвена, п. 2739 (відсилаючись на Рішення про підтвердження звинувачень у справі Аль Гасаана, п. 671; Рішення у справі Поповіча, п. 969; *Прокурор проти Квочка та інших*, IT-98-30/1-А, Апеляційний рішення, 28 лютого 2005 (“Апеляційний рішення у справі Квочка та ін.”), п. 460).

3.2.12.4 Елемент четвертий: таке діяння було вчинене у зв'язку з будь-яким діянням, зазначеним у пункті 1 статті 7 Статуту, або будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію суду

Діяння виконавця, яке позбавило потерпілих їхніх основоположних прав, повинна була бути вчинена у зв'язку з іншим діянням, перерахованим у статті 7(1) (тобто іншим злочином проти людяності, зазначеним у Римському статуті) або будь-яким злочином, що належить до юрисдикції Суду (тобто геноцидом, воєнними злочинами чи агресією).⁵⁷⁰

По суті, це означає, що якщо певне діяння самостійно не є злочином згідно з Римським статутом, але здійснюється у зв'язку з такими злочинами (або шляхом вчинення цих злочинів), Суд все одно може вирішити, що таке діяння становило акт переслідування.⁵⁷¹ Наприклад, обмеження, накладені на певну групу з метою перешкоджання здійсненню її прав на участь у громадському житті (тобто відвідування громадських парків, театрів чи бібліотек) або ворожі висловлювання, спрямовані проти частини населення на дискримінаційних підставах, не є достатньо суворими, аби становити переслідування. Однак, вони можуть вважатися актами переслідування, якщо розглядати їх у контексті широкомасштабного нападу на цивільне населення, під час якого вчиняються інші злочини проти людяності, і їх необхідно враховувати для оцінки сукупного впливу.⁵⁷² Проте, будь-який дискримінаційний захід, який не має такого зв'язку з іншими злочинами, не буде вважатися злочином проти людяності переслідування.⁵⁷³

3.2.12.5 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що виконавець грубо позбавив одну чи декілька осіб основоположних прав всупереч міжнародному праву?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи позбавив виконавець одну чи декілька осіб їхніх основоположних прав? • Яких основоположних прав була/и позбавлена/і потерпіла/і особа/и? Чи закріплені ці права в міжнародних документах з прав людини або в міжнародному звичаєвому 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що вони зазнавали нелюдських умов життя під час перебування в центрах утримання, яким управляли російські солдати – їм не надавали достатньої кількості їжі, води чи медичної допомоги, вони утримувались у надзвичайно тісних та негігієнічних умовах – що є позбавленням основного права на свободу від нанележного поводження.

⁵⁷⁰ Римський статут, Стаття 7(1)(h); МКС Елементи злочинів, Стаття 7(1)(h), Елемент 4. Див. також Рішення про дозвіл на відкриття розслідування щодо ситуації в Бурунді, п. 131; Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2730; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 1023.

⁵⁷¹ Шабас, МКС: *Коментар*, сс. 199-200; *Прокурор проти Нагімани на інших*, ICTR-99-52-A, Апеляційне рішення, 28 листопада 2007 ("Апеляційне рішення у справі *Нагімани на ін.*"), п. 985-988; Апеляційний рішення у справі *Квочка та ін*, п. 321; Рішення у справі *Купрешкича та інших*, п. 615(e), 622.

⁵⁷² Апеляційне рішення у справі *Нагімани на ін.*, 985-988; Рішення у справі *Купрешкича та інших*, п. 615(e), 622.

⁵⁷³ Рішення про дозвіл на відкриття розслідування щодо ситуації в Бурунді, п. 131.

	<p>праві?</p> <ul style="list-style-type: none"> • За яких обставин виконавець позбавив потерпілу/их особу/осіб прав? • Чи було позбавлення прав грубим? • Скільки осіб переслідував виконавець? • До якої міри потерпілі були позбавлені прав? 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційний звіт міської влади, в якому зазначено, що українських цивільних тероризували шляхом вбивств, зґвалтувань, свавільних обшуків будинків та розграбувань, що є позбавленням низки основних прав, зокрема права на життя. • Судово-медичні докази з двох захоронень, які свідчать про смерть сотень чоловіків. • Відео, на якому видно, як російські солдати руйнують будинки українських цивільних осіб, які проживають у селі, порушуючи право цивільних осіб на власність. • Доповідь ООН про систему “фільтрації”, яка використовувалася для обробки евакуйованих, переміщених на контрольовану Росією територію з Маріуполя, під час якої цивільні особи довільно затримувалися і піддавалися тортурам.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець переслідував особу або осіб через їхню належність до групи чи спільноти або переслідував групу чи спільноту в цілому?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи були потерпілі членами якоїсь групи чи спільноти? • Якими є ідентифікаційні характеристики групи/спільноти, до яких належали потерпілі? • Чи переслідувалися потерпілі через їхню приналежність до групи/спільноти? • Чи переслідував виконавець групу чи спільноту в цілому? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілих про те, що їх катували та піддавали тривалим допитам російські силовики через їхню проукраїнську позицію (росіяни також називають їх “нацистами”, “фашистами” та “бандерівцями”). • Наказ російського військового командування про те, що мешканці населеного пункту, які ідентифікували себе як українці, мають бути вбиті, зґвалтовані, а їхнє майно розграбоване. • Ексгумація, проведена в братських могилах, яка виявила, що виконавцями були вбиті лише представники певної етнічної групи. • Відео, на яких російські силовики ходять по домівках, вишукуючи усіх чоловіків-мешканців міста та забираючи їх до спеціальних центрів утримання під вартою, створених окупаційною адміністрацією. • Доповідь ООН про переслідування українських громадян, які вважаються пов’язаними з українськими військовими та урядом, російськими силами, які викрадали та затримували цих громадян, катували та допитували їх для отримання інформації про збройні сили України.

<p>Чи свідчать докази про те, що таке переслідування ґрунтувалося на політичних, расових, національних, етнічних, культурних, релігійних, гендерних ознаках, як це визначено в пункті 3 статті 7 Статуту, або здійснювалося за іншими ознаками, переслідування за якими загальноновизнано неприпустимим за міжнародним правом?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Якими були причини позбавлення прав потерпілих? • Чи були потерпілі переслідувані за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними чи гендерними ознаками? Якщо ні, то чи ґрунтувалось позбавлення прав на інших подібних підставах? • Які ознаки свідчать про те, що позбавлення прав відбувалось за однією з ознак, переслідування за якою заборонено? • Чи є якісь ознаки того, що виконавець мав умисел дискримінувати потерпілих, нападаючи на них? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що місцева окупаційна адміністрація наказувала виконавцям вбивати українських громадян, оскільки останні підтримували Україну. • Політика окупаційної влади щодо арештів та утримання під вартою ЛГБТКІ+ осіб. • Доповідь ООН про переслідування українських громадян, які вважаються пов'язаними з українськими військовими та урядом, російськими силами, які викрадали та затримували цих громадян, катували та допитували їх для отримання інформації про Збройні Сили України.
<p>Чи свідчать докази про те, що таке діяння було вчинене у зв'язку з будь-яким діянням, зазначеним у пункті 1 статті 7 Статуту, або будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Яким було основне діяння, яке позбавило потерпілих основоположних прав? • Чи було позбавлення основоположних прав одним актом чи низкою діянь? • Чи було діяння виконавця пов'язане з діяннями, що становлять злочин згідно з Римським статутом? Якщо так, то з яким/и? 	<ul style="list-style-type: none"> • Звіт про розслідування, який вказує на те, що потерпілі були зґвалтовані російськими солдатами, щоб перешкодити їм мати українських дітей, що свідчить про те, що їх переслідування здійснювалося у зв'язку зі злочином зґвалтування. • Експертиза, проведена щодо тіл потерпілих після ексгумації, показала, що вони були піддані катуванням перед тим, як їх убили виконавці. Це може свідчити про те, що потерпілі переслідувалися у зв'язку зі злочином катування. • Фотографії, на яких зображені вбиті потерпілі зі слідами від зброї, яка зазвичай використовується російськими силовиками, що вказує на те, що виконавці вчинили переслідування у зв'язку зі злочином вбивства.

Таблиця 20: Стаття 7(1)(h) Підказки для фахівців-практиків

3.2.13 Злочин проти людяності насильницького зникнення (Конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень; стаття 7(1)(i), Римський статут)

Насильницькі зникнення заборонені Міжнародною конвенцією для захисту всіх осіб від насильницьких зникнень,⁵⁷⁴ учасницею якої є Україна.⁵⁷⁵ Конвенція визначає насильницьке зникнення як “арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі в будь-якій іншій формі представниками держави або особами чи групами осіб, що діють з дозволу, підтримки чи згоди держави, при подальшій відмові визнати факт позбавлення волі або приховуванні даних про долю чи місцезнаходження зниклої особи, внаслідок чого ця особа залишається без захисту закону”.⁵⁷⁶

Крім того, стаття 7(1)(i) Римського статуту забороняє злочин проти людяності насильницького зникнення,⁵⁷⁷ який визначається як “арешт, затримання або викрадення осіб державою чи політичною організацією, або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи за їхньою мовчазною згодою, з подальшою відмовою визнати факт такого позбавлення волі чи надати інформацію про долю або місце перебування таких осіб з умислом позбавити їх правового захисту на тривалий час”.⁵⁷⁸

Наразі українське законодавство не криміналізує злочин проти людяності насильницького зникнення. Однак, насильницьке зникнення як звичайний злочин міститься у статті 146-1 ККУ. Визначення, наведене у статті 146-1, подібне до визначення у Римському статуті і Міжнародній конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень. Зокрема, злочин насильницького зникнення на національному рівні становить “арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі, вчинене представником держави, зокрема іноземної, з подальшою відмовою визнати факт такого арешту, затримання, викрадення або позбавлення волі людини в будь-якій іншій формі або приховуванням даних про долю такої людини чи її місцеперебування”. Однак положення ККУ не вимагає, щоб акт насильницького зникнення був вчинений у контексті широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (тобто контекстуальний елемент). Крім того, відповідно до Міжнародної конвенції для захисту всіх осіб від насильницьких зникнень, але на відміну від Римського статуту, стаття 146-1 не містить вимоги щодо умислу вивести потерпілого з-під захисту закону *на тривалий період часу*. Тим не менш, необхідно довести, що потерпілий був залишений “поза захистом закону”.⁵⁷⁹

Крім того, законопроект №7290 передбачає (якщо і коли він набуде чинності) злочин проти

⁵⁷⁴ Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень (23 грудня 2010 року, Генеральна Асамблея ООН у своїй резолюції 47/133).

⁵⁷⁵ УВКПЛ, “Ратифікація 18 міжнародних договорів з прав людини”.

⁵⁷⁶ Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, стаття 2.

⁵⁷⁷ Римський статут, стаття 7(1)(i). Див. також Міжамериканська конвенція про насильницькі зникнення осіб (1994) OASTS 80; Генеральна асамблея ООН, “Декларація про захист усіх осіб від насильницьких зникнень”, 18 грудня 1992, UN Doc. A/Ref/47/133

⁵⁷⁸ Римський статут, стаття 7(2)(i).

⁵⁷⁹ Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, стаття 2. Див. також, Р. Краер та інші (2015), с. 260.

людяності насильницького зникнення, передбачений п. 6 ч. 1 ст. 442-1 ККУ. У примітці 2 до статті 442-1 зазначено, що “під насильницьким зникненням у цій статті слід розуміти діяння, передбачені статтею 146-1 цього Кодексу”. Елементи цього злочину слід тлумачити відповідно до Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, Римського статуту та Елементів злочинів МКС.

Цей злочин містить такі елементи:⁵⁸⁰

1. Виконавець:
 - (a) Заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб; або
 - (b) Відмовився визнати факт арешту, затримання чи викрадення, або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб.
2.
 - (a) Такий арешт, затримання, або викрадення передували відмові визнати факт позбавлення волі чи надати інформацію про долю або місце перебування особи чи супроводжувалися такою відмовою; або
 - (b) Такий відмові передувало позбавлення волі або відмова супроводжувалась таким позбавленням волі.
3. Виконавець був обізнаний про те, що:
 - (a) За таким арештом, затриманням або викраденням за нормального перебігу подій слідувала б відмова визнати це позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб; або
 - (b) Такий відмові передувало позбавлення волі, або вона супроводжувалась ним.
4. Такий арешт, затримання чи викрадення було здійснено державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи мовчазної згоди.
5. Така відмова визнати факт позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місцеперебування такої особи чи осіб була здійснена державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу чи за їхньої підтримки.
6. Виконавець мав умисел позбавити таку особу чи осіб правового захисту на тривалий час.
7. Діяння було скоєно як частина широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
8. Виконавець знав, що його дії були частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, або мав умисел, щоб вони були частиною такого нападу.

Як видно з вищенаведеного опису доказів, злочин насильницького зникнення є складним, і наразі не існує детальної судової практики з міжнародного кримінального права для пояснення елементів.

Злочин насильницького зникнення за Римським статутом дозволяє притягнути до відповідальності одну або кількох осіб на різних стадіях зникнення.⁵⁸¹ Злочин охоплює два

⁵⁸⁰ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи Злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи Злочинів МКС”), Стаття 7(1)(i).

основні альтернативні види діянь – позбавлення волі (Елемент 1(a) або Елемент 2(b)) та приховування інформації (Елемент 1(b) або Елемент 2(a)). Відтак, є два основні способи, як виконавець може бути залучений до насильницького зникнення, що призведе до відповідальності за злочин (за умови наявності решти необхідних елементів):

1. **Виконавець заарештував, затримав чи викрав ще одну особу** (Елемент 1(a)), якщо таке діяння передувало відмові визнати факт позбавлення волі чи надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб, або супроводжувалось такою відмовою (елемент 2.a), і виконавець знав, що така відмова трапиться за нормального перебігу подій (Елемент 3(a)).
2. **Виконавець відмовився визнати арешт, затримання чи викрадення або надати інформацію про долю чи місцеперебування такої особи** (Елемент 1(b)), якщо цьому діянню передувало позбавлення волі, або це діяння супроводжувалось позбавленням волі (Елемент 2(b)), про що виконавець знав (Елемент 3(b)).

Відповідно, ухвалюючи рішення про обвинувачення, національний або міжнародний фахівець залежно від фактів застосовуватиме Елементи 1(a), 2(a) та 3(a) АБО Елементи 1(b), 2(b) та 3(b) (див. нижче).

3.2.13.1 Виконавець, який заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб

3.2.13.1.1 Елемент 1(a): виконавець заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб

Щоб довести наявність першого елемента, фахівці повинні встановити, що діяння виконавця позбавило особу або осіб їхньої волі. Формулювання Римського статуту передбачає, що таке позбавлення волі здійснюється шляхом “арешту, затримання або викрадення”, хоча воно також може охоплювати “будь-яку форму позбавлення волі людини проти її волі”.⁵⁸² Це стосується зокрема ситуацій, коли особа спершу була заарештована або затримана на законних підставах, але пізніше зникла під вартою.⁵⁸³

Слово “затримав” стосується і виконавців, які продовжують утримувати особу під вартою.⁵⁸⁴ Іншими словами, виконавець не повинен бути залучений до початкового арешту чи викрадення.

⁵⁸¹ К. Кітгічайсарі, *Міжнародне кримінальне право* (OUP, 2001) с. 123.

⁵⁸² *Ситуація у Республіці Бурунді*, ІСС-01/17-Х-9-US-Ехр, Рішення відповідно до статті 15 Римського статуту про дозвіл на розслідування в Республіці Бурунді, 25 жовтня 2017 (“Рішення про дозвіл на розслідування в Бурунді”), п. 118. Див. також *Ситуація у Кот-д’Івуарі*, ІСС/02/11, Виправлення рішення відповідно до Статті 15 Римського статуту про дозвіл на розслідування ситуації в Республіці Кот-д’Івуар, 15 листопада 2011, п. 77-82.

⁵⁸³ МКС Елементи злочинів, зноска 26; Рішення відповідно про дозвіл на розслідування в Бурунді, п. 118.

⁵⁸⁴ МКС Елементи злочинів, зноска 25.

3.2.13.1.2 Елемент 2(a): такі арешт, затримання чи викрадення передували відмові визнати це позбавлення волі чи надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб, або супроводжувались такою відмовою

Фахівцям слід продемонструвати, що позбавлення волі супроводжувалося “відмовою це визнати чи надати інформацію”, що включає ситуації, в яких виконавець прямо заперечує, що мав місце арешт, затримання або викрадення, і ситуації, в яких він надає оманливу або заплутану інформацію щодо долі чи місця перебування особи.⁵⁸⁵

3.2.13.1.3 Елемент 3(a): виконавець усвідомлював, що після арешту, затримання чи викрадення за нормального перебігу подій слідуватиме відмова визнати це позбавлення волі або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи (осіб)

Щоб довести наявність цього елемента, необхідно встановити, що виконавець усвідомлював, що за арештом чи затриманням за нормального перебігу подій слідуватиме відмова визнати позбавлення волі чи надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб. Тим не менш, для того, щоб цей злочин було вчинено, виконавець повинен був вчинити дії насильницького зникнення з умислом і обізнаністю, а також з усвідомленістю, яка викладає в цьому елементі.

Необхідний рівень усвідомлення виключав би із сфери застосування цього елемента офіцера поліції, який діє добросовісно, але стосувався б тих, хто знає про ймовірність “зникнення” особи, навіть якщо вони не знають конкретно про будь-яку подальшу відмову в наданні інформації.⁵⁸⁶ Якщо виконавець продовжує утримувати особу під вартою (навіть не будучи причетним до початкового затримання), цей елемент буде задоволений, якщо виконавець знає, що відмова вже трапилась.⁵⁸⁷

3.2.13.2 Виконавець, який відмовився визнати арешт, затримання чи викрадення або надати інформацію про долю чи місце перебування особи/осіб

3.2.13.2.1 Елемент 1(b): виконавець відмовився визнати арешт, затримання чи викрадення або надати інформацію про долю чи місце перебування такої особи чи осіб

Цей елемент наявний, коли виконавець, який не був причетний до первинного арешту, затримання чи викрадення, згодом відмовляється надати підтвердження затримання чи інформацію про долю чи місце перебування потерпілого.

Для отримання додаткової інформації про встановлення цього елемента див. Елемент 2(a).

3.2.13.2.2 Елемент 2(b): така відмова передувала або супроводжувалася позбавленням волі

Фахівці мають довести, що відмові виконавця визнати факт арешту, затримання чи викрадення чи надати інформацію про долю чи місце перебування потерпілої особи передувало позбавлення волі або ж позбавлення волі супроводжувало таку відмову.

⁵⁸⁵ Рішення про дозвіл на розслідування в Бурунді, п. 118.

⁵⁸⁶ Георг Вітшель і Вібке Рюкерт у Рой С. Лі, Міжнародний Кримінальний Суд. Елементи злочинів і правила процедури і доказування, с. 103

⁵⁸⁷ МКС Елементи злочинів, зноска 28.

Для отримання додаткової інформації про встановлення цього елемента *див.* Елемент 1(а).

3.2.13.2.3 Елемент 3(b): Виконавець усвідомлював те, що такій відмові передувало позбавлення волі, або що вона супроводжувалась позбавленням волі

Щоб встановити наявність цього елемента, необхідно продемонструвати, що виконавець усвідомлював, що відмові передувало позбавлення волі, або що вона супроводжувалась позбавленням волі.

Для отримання додаткової інформації про встановлення цього елемента *див.* Елемент 3(а).

3.2.13.3 Спільні елементи

Незалежно від того, чи особа є відповідальною за арешт, затримання чи викрадення, АБО за відмову визнати долю зниклої особи чи надати точну інформацію, мають бути встановлені такі елементи:

3.2.13.3.1 Елемент четвертий: такий арешт, затримання чи викрадення було здійснено державою чи політичною організацією або з їхнього дозволу, за їхньої підтримки чи за їхньої мовчазної згоди

Цей елемент вимагає, щоб арешт, затримання чи викрадення були вчинені державою чи політичною організацією або за їхньої підтримки чи з їхнього дозволу.⁵⁸⁸ Фахівцям слід встановити, що насильницьке зникнення пов'язане з діями поліції чи збройних сил, або державної служби безпеки, чи груп, які реалізують державну політику.⁵⁸⁹

3.2.13.3.2 Елемент п'ятий: така відмова визнати позбавлення свободи або надати інформацію про долю чи місцезнаходження такої особи чи осіб було здійснено державою чи політичною організацією або з їх дозволу чи підтримки

Разом з четвертим елементом, цей елемент вимагає, щоб держава або політична організація також здійснили, санкціонували або підтримали відмову визнавати позбавлення волі.

Наприклад, у справі “Веласкес-Родрігес проти Гондурасу” Міжамериканський суд з прав людини встановив, що зникнення Веласкеса “було здійснено агентами, які діяли під прикриттям державної влади”.⁵⁹⁰ Діяння органів влади, на яку посилається Суд, охоплюють: систематичне заперечення органами влади будь-яких відомостей про затримання, місцезнаходження або долю потерпілого на запити його родичів, адвоката тощо; нездатність військових або державних службовців запобігти/розслідувати зникнення, покарати винних та допомогти зацікавленим особам встановити місцезнаходження та долю потерпілого або місцезнаходження останків нездатність військових або державних службовців запобігти/розслідувати зникнення, покарати винних або допомогти

⁵⁸⁸ Рішення про дозвіл на розслідування в Бурунді, п. 119.

⁵⁸⁹ Встановлюючи зв'язок з державою/організацією, слід підкреслити, що внутрішня політична нестабільність або будь-яка інша надзвичайна ситуація не може бути використана для виправдання діяння державних службовців: Рішення про дозвіл на розслідування в Бурунді, п. 119.

⁵⁹⁰ Веласкес-Родрігес проти Гондурасу, Міжамериканський суд з прав людини, Рішення суду від 29 липня 1988 року (“Рішення суду у справі Веласкес-Родрігес проти Гондурасу”), п. 182.

зацікавленим особам з'ясувати місцезнаходження та долю потерпілого або місцезнаходження останків; відсутність результатів роботи слідчої комісії, створеної урядом та військовими; а також той факт, що порушені судові справи розглядалися повільно, з явною відсутністю зацікавленості, або були повністю закриті.⁵⁹¹

3.2.13.3.3 Елемент шостий: виконавець мав умисел позбавити таку особу або осіб правового захисту на тривалий період часу

Фахівці-практики повинні встановити, що виконавець умисно позбавив особу/осіб волі, щоб усунути їх з-під правового захисту. Усунення з-під правового захисту включає ситуації, коли потерпілий не може отримати доступ до судової допомоги або судових процедур.⁵⁹² Це часто можна встановити, розглянувши засоби, за допомогою яких особа була позбавлена волі. Викрадення в немаркованих автомобілях з тонованими вікнами;⁵⁹³ захоплення або тримання під вартою в безлюдних районах⁵⁹⁴ або неофіційних в'язницях;⁵⁹⁵ або, наприклад, відсутність реєстрації імен затриманих, може бути важливим фактором у цьому відношенні.⁵⁹⁶ Аналогічно, інші індикатори можуть включати, наприклад, відсутність будь-якого ордеру на арешт, відсутність записів, що стосуються затримання, відсутність будь-яких кримінальних обвинувачень, відсутність доказів того, що будь-який потерпілий був переданий до компетентного суду або притягнута до відповідальності (серед інших).⁵⁹⁷

По-друге, умисел має полягати в тому, щоб позбавити потерпілого правового захисту на тривалий період часу. Хоча точний період, який задовольнить цю вимогу, не був авторитетно встановлений МКС, Суд постановив, що кілька місяців або років безсумнівно відповідають цьому елементу.⁵⁹⁸

Однак, як зазначено в зеленій рамці вище, ця вимога про те, що виконавець мав умисел вивести потерпілу особу з-під захисту закону на тривалий період часу, є унікальною для Римського статуту.⁵⁹⁹ Дійсно, Робоча група з насильницьких зникнень рекомендувала, щоб “визначення насильницького зникнення, передбачене Римським статутом, тлумачилося національними органами влади відповідно до більш адекватного визначення, передбаченого статтею 2 Міжнародної конвенції для захисту всіх осіб від насильницьких зникнень”,⁶⁰⁰ яка вимагає лише того, щоб особа (особи) перебувала “поза захистом закону”.⁶⁰¹

⁵⁹¹ Рішення суду у справі *Веласкес-Родрігес проти Гондурасу*, п. 118, 147(d)(iv), 147(d)(v). Аналогічно, *Див., Годінес-Крус проти Гондурасу*, Міжамериканський суд з прав людини, Рішення суду від 28 січня 1989, п. 124, 153(d)(iv), 153(d)(v), 192.

⁵⁹² Рішення про дозвіл на розслідування в Бурунді, п. 120, зноска 305 і джерела в ньому.

⁵⁹³ *Веласкес-Родрігес проти Гондурасу*, п. 99-100; *Годінес-Крус проти Гондурасу*, п. 106, 110.

⁵⁹⁴ *Годінес-Крус проти Гондурасу*, п. 154(b)(iii).

⁵⁹⁵ *Годінес-Крус проти Гондурасу*, п. 153(d)(iii).

⁵⁹⁶ Рішення про дозвіл на розслідування в Бурунді, п. 120.

⁵⁹⁷ Trial International, “Насильницькі Зникнення”.

⁵⁹⁸ Рішення про дозвіл на розслідування в Бурунді, para.120.

⁵⁹⁹ Римський статут, стаття 7(2)(i).

⁶⁰⁰ Звіт Робочої групи з насильницьких або недобровільних зникнень “Найкращі практики щодо насильницьких зникнень у національному кримінальному законодавстві” (28 грудня 2010 року) A/HRC/16/48/Add.3, п. 15.

⁶⁰¹ Міжнародна конвенція про захист усіх осіб від насильницьких зникнень, стаття 2.

При цьому слід зазначити, що це суперечить більшості міжнародної судової практики з прав людини, згідно з якою *будь-яке* затримання, яке передбачає позбавлення особи правового захисту, навіть у короткостроковому періоді, буде достатнім, щоб підпадати під визначення насильницького зникнення.⁶⁰² Отже, у цьому відношенні навіть періоду в кілька днів може бути достатньо, особливо якщо метою затримання було, наприклад, здійснення страти цієї особи.

3.2.13.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Варіант перший: виконавець, який заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб (Елементи 1(а), 2(а), 3.(а))		
Чи свідчать докази, що виконавець заарештував, затримав чи викрав особу/осіб?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була особа заарештована? Якими були обставини арешту? • Чи особу викрали? Якими були обставини викрадення? • Чи була особа затримана? Як довго та де її утримували? • Чи була особа заарештована та утримувана на законних підставах, що потім припинили бути такими / зникли під час перебування під вартою? 	<ul style="list-style-type: none"> • Військовий документ, в якому перераховані імена всіх осіб, які були заарештовані та утримувалися протягом певного періоду часу в російських центрах утримання. • Показання свідків про те, як російські солдати накинули людині на голову чорний мішок і силоміць заштовхали її в машину, коли вона йшла вулицею. • Супутникові зображення в'язниці чи слідчого комплексу. • Показання свідків (родичів або друзів потерпілого), які описують, як вони не бачили потерпілого протягом кількох тижнів. • Фотографія особи, якій російські солдати надягли наручники. • Звіти щодо викрадення російськими солдатами депутата Корабельної районної ради. Дружині потерпілого повідомили, що його відпустять на наступний день після викрадення, але він досі вважається зниклим безвісти.
Чи свідчать докази, що після позбавлення волі послідувала відмова надати точну	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була надана будь-яка інформація щодо статусу чи місцезнаходження потерпілої особи після її арешту? • Чи зверталися родичі 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків від родича потерпілого, які описують, як вони неодноразово зверталися до відповідних органів російської влади з проханням про інформацію про місцеперебування потерпілого, але їм

⁶⁰² УВКБ ООН, Робоча група з насильницьких або недобровільних зникнень 'Злочини проти людяності: інформація, надана Комісії міжнародного права' (2019), 71-а сесія Комісії міжнародного права.

<p>інформацію?</p>	<p>потерпілої особи з будь-якими офіційними запитам на інформацію до правоохоронних органів?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи правоохоронці публічно заперечували, що потерпіла особа була заарештована чи затримана? • Чи відомо зараз місцеперебування потерпілої особи? • Як довго приховувалась доля потерпілої особи? • Чи була надана неправдива інформація про долю чи місце перебування потерпілої особи? 	<p>неодноразово відмовляли.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Свідчення родини зниклого українського активіста про те, що вони не отримували жодної офіційної інформації про його місцезнаходження. • Лист російського командира, який заперечував, що потерпілий перебував у ізоляторі тимчасового утримування. • Запис прес-конференції, де російський правоохоронець публічно заперече будь-яку інформацію про місцеперебування потерпілого. • Звіт ООН з детальною інформацією про осіб, які були заарештовані та зникли безвісти. • Показання свідків, які описують неправдиву інформацію про місцеперебування їхнього сина, надану військовослужбовцем російських збройних сил. • Доповідь Моніторингової місії ООН з прав людини про 43 випадки насильницьких зникнень у Криму з початку російської окупації, яка вказує на те, що деякі випадки починалися з нібито законного арешту на початкових етапах позбавлення волі, але в кінцевому підсумку завершилися неоголошеним затриманням і приховуванням місцезнаходження потерпілої особи.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець знав, що після позбавлення волі за звичайного перебігу подій послідує відмова надати інформацію про позбавлення потерпілої особи волі чи її місцеперебування?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи знав виконавець, що місцеперебування потерпілої особи приховується? • Чи свідчать обставини, що існувала ймовірність того, що матиме місце відмова надати інформацію про позбавлення потерпілої особи волі чи її місцеперебування? 	<ul style="list-style-type: none"> • Записи, які показують, що російська влада доставили потерпілого в центр ув'язнення за сотні кілометрів від місця, де він був заарештований. • Показання свідків, що російські військові використовували автомобіль із затонованими вікнами для здійснення затримання. • Наказ начальника російського центру утримання виконавцю, який затримував потерпілого, про те, що вони відмовилися надати інформацію родинам потерпілого. • Докази того, що насильницькі зникнення широкомасштабно скоювались підрозділом виконавців.
<p>АБО Варіант другий: виконавець, який відмовився визнати арешт, затримання чи викрадення особи або надати інформацію про її долю чи місцеперебування (Елементи 1 (b), 2(b), 3(b))</p>		

<p>Чи свідчать докази, що виконавець відмовився визнати арешт, затримання чи викрадення особи, або надати інформацію про її долю чи місцеперебування?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була надана будь-яка інформація щодо статусу чи місцеперебування особи/осіб після їх арешту? • Чи запитували родичі потерпілого будь-яку інформацію про долю чи місцеперебування потерпілої особи? • Чи заперечував виконавець публічно, що потерпіла особа була заарештована та/або утримувана? • Чи доля / місцеперебування потерпілої особи досі невідомі? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків – родичів потерпілої особи – які описують, як вони неодноразово зверталися до російської влади з проханням про інформацію про місцеперебування потерпілого, але їм неодноразово відмовляли. • Лист з підписом виконавця до родини потерпілої особи з наданням неправдивої інформації про місцеперебування потерпілої особи. • Показання свідків про те, що представник російської влади надав їм неправдиву інформацію про місцезнаходження їхнього сина.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець заарештував, затримав чи викрав особу / осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була особа заарештована? Якими були обставини арешту? • Чи особу викрали? Якими були обставини викрадення? • Чи була особа затримана? Як довго та де її утримували? • Чи була особа заарештована та утримувана на законних підставах, що потім припинили бути такими / зникли під час перебування під вартою? 	<ul style="list-style-type: none"> • Військовий документ з переліком імен усіх осіб, які були заарештовані та затримані протягом певного періоду часу у російському центрі утримання. • Показання свідків, які описують, як поліцейські натягнули людині на голову чорний пакет та затягнули її в машину, коли вона йшов вулицею. • Супутникові зображення в'язниці чи слідчого комплексу. • Показання свідків від родичів або друзів потерпілого, які описують, як вони не бачили потерпілого протягом кількох тижнів. • Фотографія особи, якій правоохоронці надягли наручники.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець знав, що відмові передувало позбавлення волі, або що вона супроводжувалась позбавленням волі?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи знав виконавець, що потерпіла особа була заарештована, затримана чи викрадена? • Чи дозволяють обставини зробити висновок, що виконавець міг знати про позбавлення волі? 	<ul style="list-style-type: none"> • Журнал центру утримання, підписаний російським командиром із зазначенням імені потерпілого. • Показання свідків-інсайдерів про те, що виконавець знав, що потерпілу особу затримали правоохоронні органи. • Повідомлення місцевих новин, що описують резонансне викрадення потерпілої особи. • Показання свідків про те, що російський солдат зустрів потерпілу особу під час ув'язнення останньої, перш ніж відмовити у наданні інформації про його місцеперебування. • Наказ, підписаний російським

		командиром, який наказує його підрозділу заперечувати будь-яку інформацію про затримання потерпілої особи.
Спільні елементи		
Чи свідчать докази, що держава чи політична організація були причетні до позбавлення волі та подальшої відмови у наданні інформації?	<ul style="list-style-type: none"> • Хто заарештував потерпілу особу? Вони були в уніформі? Чи вони належали до одного з офіційних правоохоронних органів держави? • Чи була потерпіла особа заарештована та затримана членами політичної організації? • Чи був потерпілому наданий ордер на арешт до того, як його затримали? • Куди була доставлена особа після того, як її спочатку заарештували? Чи її доставили до відділку поліції? • Якою мовою розмовляли заарештовані? Чи говорили вони мовою окупаційної влади? • Хто відмовився надати інформацію про місцеперебування потерпілої особи? Чи належали вони до державної влади? 	<ul style="list-style-type: none"> • Фотографія людини в наручниках, яку особи в російській військовій формі заводять в автомобіль без маркування. • Показання свідка – члена сім'ї потерпілого – який описував, як офіцер, який заарештував потерпілого, продемонстрував офіційний жетон чи документ перед затриманням потерпілого в його будинку. • Супутникові зображення, які показують, як російський військовий автомобіль поїхав у приховане місце після затримання людини. • Відеозапис солдата, який описує, що місцеперебування потерпілого невідоме. • Офіційний звіт держбезпеки з деталями затримання потерпілої особи, місцезнаходження якої наразі невідоме. • Звіт НУО, що описує деталі режиму “фільтрації”, який систематично здійснювався окупаційними російськими військами, в рамках якого деякі цивільні особи були затримані та зникли безвісти. • Доповіді ООН та інших міжнародних організацій, що описують широкомасштабний характер насильницьких зникнень, наприклад, доповідь УВКПЛ, в якій обговорюються випадки насильницьких зникнень у багатьох географічних регіонах України.
Чи мав умисел виконавець позбавити потерпілого правового захисту на тривалий період часу?	<ul style="list-style-type: none"> • Як потерпілу особу позбавили волі? Наприклад, чи її помістили в автомобіль без маркування? • Куди доставили потерпілу особу? • Чи було зафіксовано арешт в будь-яких офіційних документах? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як потерпілу особу забрали люди в російській військовій формі, які помістили потерпілого в машину з затемненими вікнами. • Супутникові знімки неофіційного слідчого ізолятора. • Звіт, написаний місцевою організацією громадянського

	<ul style="list-style-type: none"> • Чи утримували потерпілу особу в неофіційному ізоляторі? • Чи була потерпіла особа доставлена до ізольованого чи віддаленого місця? • Чи з'явився потерпілий до суду? Чи надали йому можливість мати представника там? 	<p>суспільства, в якому фіксуються численні випадки арешту та вивезення осіб у віддалені місця.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків – родичів потерпілого – які розповідають, як вони не бачили потерпілої особи кілька місяців. • Офіційні тюремні документи, в яких зазначено, що потерпіла особа перебуває в певному ізоляторі, де вона до цього не перебувала. • Новини та відеодокази щодо викрадення мера Мелітополя російськими силовиками, які увірвалися до мерії, надягли на голову мера чорний мішок, силоміць вивели його з кабінету, посадили в машину і відвезли в невідомому напрямку.
--	---	---

Таблиця 21: Стаття 7(1)(i) Підказки для фахівців-практиків

3.2.14 Злочин проти людяності інших нелюдських діянь (стаття 7(1)(k), Римський статут)

Стаття 7(1)(k) Римського статуту забороняє злочин проти людяності “[інших] нелюдських діянь подібного характеру, які умисно спричиняють сильні страждання або тяжкі ушкодження тілу, психічному чи фізичному здоров’ю”.⁶⁰³

Кримінальний кодекс України (ККУ) наразі не передбачає кримінальну відповідальність за інші нелюдські діяння, як злочин проти людяності. Проте законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо і коли він набуде чинності) злочин проти людяності “нанесення середньої тяжкості або тяжких тілесних ушкоджень” за статтею 442-1.1(9) ККУ. Попри те, що формулювання дещо відрізняється від того, що міститься в Римському статуті (тобто “помірне або тяжке тілесне ушкодження” порівняно з “сильними стражданнями або серйозним ушкодженням тіла або психічного чи фізичного здоров’я”), це положення по суті слід тлумачити як таке, що інтегрує як контекстуальні елементи, так і конкретні елементи злочину проти людяності інших нелюдських діянь, які містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁶⁰⁴

1. Нелюдським діянням виконавець завдав сильних страждань або тяжких ушкоджень тілу, психічному чи фізичному здоров’ю.
2. Таке діяння мало характер, подібний до будь-якого іншого акту, зазначеного в абзаці 1 статті 7 Статуту.

⁶⁰³ Римський статут, стаття 7(1)(k). Злочин проти людяності інших нелюдських діянь також заборонено такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 5(i); Статут МКТР, стаття 3(i); Нюрнберзький статут, принцип VI(c); Токійський Статут, стаття 5(c). Інші нелюдські діяння також заборонені як військовий злочин відповідно до статті 8(2)(a)(ii) Римського статуту.

⁶⁰⁴ МКС Елементи злочинів, стаття 7(1)(k).

3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, що встановлювали характер діяння.
4. Діяння було скоєне як частина широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.
5. Виконавець знав, що це діяння було частиною широкомасштабного чи систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, чи мав умисел зробити діяння частиною такого нападу.

3.2.14.1 Елемент перший: нелюдським діянням виконавець завдав сильних страждань або тяжких ушкоджень тілу, психічному чи фізичному здоров'ю

Щоб встановити цей елемент, фахівці-практики повинні ознайомитися з інформацією, що демонструє, що: (i) потерпіла особа зазнала тяжкої тілесної або психічної шкоди; і (ii) страждання були наслідком дії або бездіяльності виконавця.⁶⁰⁵

Потерпіла особа повинна була зазнати *тяжких* тілесних або психічних ушкоджень, які виходять за рамки тимчасового нещастя, збентеження чи приниження.⁶⁰⁶ Крім того, хоча завдана шкода не має бути постійною або непоправною, вона має призвести до серйозної та довготривалої шкоди для здатності людини вести нормальне та конструктивне життя.⁶⁰⁷

Для оцінки тяжкості страждань або травми слід враховувати наступне:⁶⁰⁸

- Характер, тривалість та контекст заподіяння болю;
- Умисел у застосуванні жорстокого поводження чи його та “інституціоналізація” (тобто перетворення на норму чи практику);
- Спосіб і метод, використаний виконавцем для заподіяння болю;
- Вік, стать і стан здоров'я потерпілого;
- Позиція підлеглих чи нижчого становища потерпілого;
- Фізичні і психічні наслідки поводження для потерпілого; і
- Специфічне соціальне, культурне та релігійне походження потерпілої особи.

3.2.14.2 Елемент другий: таке діяння мало характер, подібний до будь-якого іншого акту, зазначеного в абзаці 1 статті 7 Статуту

Другий елемент вимагає, щоб діяння, про яке йдеться, було подібним (тобто, характером і тяжкістю) з іншими злочинами проти людяності, переліченими відповідно до статті 7(1) Римського статуту (тобто вбивство, катування, винищення, поневолення, депортація або примусове переміщення населення, ув'язнення, сексуальне насильство тощо).⁶⁰⁹

⁶⁰⁵ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї, п. 454; Прокурор проти Кордіча та Черкеза, IT-95-14/2-A, Апеляційне рішення, 17 грудня 2004, п. 117.

⁶⁰⁶ Прокурор проти Крстіча, IT-98-33-T, Рішення, 2 August 2001 (“Рішення у справі Крстіча”), п. 513.

⁶⁰⁷ Рішення у справі Крстіча, п. 513; Прокурор проти Жан-Пола Акайесу, ICTR-96-4-T, Судове рішення, 2 вересня 1998 (“Рішення суду у справі Акайесу”), п. 502.

⁶⁰⁸ Прокурор проти Мілорада Крноєлача, IT-97-25, Рішення суду, 15 березня 2002 (“Рішення суду у справі Крноєлача”), п. 182; Прокурор проти Квочка та інших, IT-98-30/1-T, Судове рішення, 2 листопада 2001 (“Судове рішення у справі Квочка та ін.”), п. 143, 149, 151.

⁶⁰⁹ МКС Елементи злочинів, Стаття 7(1)(к), зноска 30. Див. також Прокурор проти Домініка Онгвена, ICC-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Рішення суду у справі Онгвена”), п. 2747.

Аналогічно, МТКЮ і МКТР вимагають, щоб діяння було прирівняне до злочину проти людяності, воно повинно бути подібним за ступенем тяжкості до інших злочинів проти людяності, перелічених у статуті кожного трибуналу.⁶¹⁰ Зазвичай для цього потрібно, щоб діяння становило серйозне порушення звичаєвого міжнародного права або основних норм міжнародного права прав людини.⁶¹¹ Такий невичерпний перелік діянь кваліфікувався як нелюдські акти міжнародними трибуналами:

- Примусове обрізання та ампутація статевого члена;⁶¹²
- Переслідування потерпілого і удари з використанням мачете;⁶¹³
- Примушування бути свідком вбивства членів сім'ї;⁶¹⁴
- Снайперська стрільба по цивільному населенню;⁶¹⁵
- Примусовий шлюб;⁶¹⁶
- Утримання під вартою в суворих умовах (наприклад, відсутність належного харчування, гігієни та медичної допомоги);⁶¹⁷
- Примусове роздягання в громадських місцях і примушування потерпілого сидіти в багнюці, або маршувати, або виконувати вправи;⁶¹⁸
- Відкрите приниження, побиття та нанесення тілесних ушкоджень;⁶¹⁹
- Завдання каліцтв мертвому тілу, що завдало душевних страждань очевидцям;⁶²⁰ і
- Осквернення мертвих тіл.⁶²¹

3.2.14.3 Елемент третій: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали характер діяння

Фахівці-практики повинні показати, що виконавець знав фактичні обставини, які встановлювали характер (тобто природу і тяжкість) нелюдського діяння, вчиненого проти потерпілої особи чи осіб. Однак це не вимагає від виконавця усвідомлення правового

⁶¹⁰ Рішення суду у справі *Благовіч та Йокіч*, п. 626; Апеляційне рішення у справі *Кордіч і Церкез*, п. 117; *Прокурор проти Кайішеми та інших*, ICTR-95-1-T, Рішення суду, 21 травня 1999 року, п. 150-151; *Прокурор проти Муунія*, ICTR-2000-55A-T, Рішення за клопотанням Муунія про винесення виправдувального вироку, 13 жовтень 2005 року, п. 72.

⁶¹¹ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги та Чуї*, п. 448.

⁶¹² *Прокурор проти Кен'ятти та інших*, ICC-01/09-02/11, Рішення про підтвердження звинувачень, 23 січня 2012 ("Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Кен'ятти*"), п. 270.

⁶¹³ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Кен'ятти*, п. 272.

⁶¹⁴ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Кен'ятти*, п. 274-277.

⁶¹⁵ *Прокурор проти Станіслава Галіча*, IT-98-29-A, Апеляційне рішення, 30 листопада 2006, п. 158.

⁶¹⁶ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2741, 2744; *Прокурор проти Нуона Чі та Кхю Самфана*, 002/19-09-2007-ECCC-TC, Рішення, 16 листопада 2018, п. 740-749.

⁶¹⁷ *Прокурор проти Прліча*, IT-04-74-T, Рішення суду, 29 травня 2013, п. 80; Рішення суду у справі *Крноєлача*, п. 133; Судове рішення у справі *Квочка та ін.*, п. 209; *Прокурор проти Канга Кека Іеу (відомого як Дуть)*, 001/18-07-2007/ECCC/TC, Рішення, 26 липня 2010, п. 372.

⁶¹⁸ Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 697.

⁶¹⁹ *Прокурор проти Тарціссе Мууні*, ICTR-2000-55A-T, Рішення і Вирок, 12 вересня 2006, п. 530.

⁶²⁰ *Прокурор проти Жувенала Каджеліджелі*, ICTR-98-44A-T, Рішення і Вирок, 1 грудня 2003, п. 934-936.

⁶²¹ *Прокурор проти Багосори й Нсенгіюми*, ICTR-98-41-A, Апеляційне рішення, 14 грудня 2011, п. 729.

характеру діяння, про яке йдеться, тобто виконавця не потрібно знати, що діяння, про яке йдеться, є злочином проти людяності або нелюдським діянням.⁶²²

3.2.14.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази, що виконавець умисно завдав сильних страждань або тяжких ушкоджень тілу, психічному чи фізичному здоров'ю шляхом вчинення нелюдського діяння?</p> <p>Чи було діяння виконавця подібним до інших злочинів проти людяності?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи зазнала одна чи декілька осіб сильних страждань, тяжкої шкоди тілу, психічному чи фізичному здоров'ю? • Чи була заподіяна шкода тяжкою за способом чи обставинами її заподіяння? • Яких страждань чи ушкоджень завдав потерпілому виконавець? Фізичних, психічних чи обох? • Яка стать/вік/фізичний стан потерпілого? Чи мали він/вона якісь фізичні характеристики (дитина, літні люди, вагітні, інваліди тощо), які робили його/її особливо вразливим? • Чи шкода, завдана потерпілій особі, негативно та довгостроково вплинула на їхню здатність вести нормальну життєдіяльність? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпілий свідчить, що після затримання російськими солдатами їх помістили в тісні та переповнені приміщення разом з іншими українськими цивільними особами, не надали доступу до їжі, води та медичної допомоги, а також утримували в антисанітарних умовах. • Медичний висновок із переліком випадків поранення (порізи, вогнепальні поранення та удари тупим предметом), які підлягали лікуванню в лікарні. • Потерпілий свідчить, що під час затримання російськими збройними силами їх змушували роздягатися догола і годинами стояти на очах у інших. • Відео, на якому російські солдати залякують та принижують українських затриманих осіб. • Звіт міжнародної організації про те, що 365 українських цивільних осіб, зокрема 70 дітей, були ув'язнені російськими збройними силами протягом 28 днів у підвалі місцевої школи.
<p>Чи докази показують, що виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали характер діяння?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи є обставини вчинення нелюдського діяння, які свідчать про те, що виконавець знав фактичні обставини, які встановлюють характер діяння? • Чи виконавець особисто вчинив нелюдське діяння? • Чи був виконавець на місці злочину під час вчинення нелюдського діяння? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідки, які свідчать, що виконавець був присутній на місці злочину, коли потерпілі були понівечені нападниками. • Перехоплені телефонні розмови між російськими солдатами, в яких вони обговорюють, як їм наказували допитувати і катувати українських солдатів і цивільних осіб перед тим, як розстрілювати їх. • Фотографії та відеодокази, що зображують виконавця на місці злочину

⁶²² Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2753.

	<ul style="list-style-type: none"> • Чи взаємодіяв виконавець із потерпілими чи чітко бачив, хто вони? 	<p>після розправи, скоєної в цивільному селі.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Кадри, показані на національному російському каналі новин, на яких зображено, як цивільних осіб б'ють і морять голодом у місці затримання. • Відеоматеріали, на яких російські солдати звертаються до українських цивільних осіб, використовуючи образливі слова (“нацисти” або “бандерівці”). • Медіа повідомлення про те, що російський командир знав про звірства, вчинені його підлеглими проти цивільного населення, яке було змушене покинути свої домівки.
--	---	---

Таблиця 22: Стаття 7(1)(к) Підказки для фахівців-практиків

3.2.15 Воєнний злочин умисного вбивства (стаття 8(2)(а)(і), Римський статут)

Стаття 8(2)(а)(і) Римського статуту забороняє умисне вбивство захищеної особи під час міжнародного збройного конфлікту.⁶²³

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“ККУ”) не визначає умисне вбивство як воєнний злочин, це діяння охоплюється “іншими порушеннями правил ведення війни, передбаченими міжнародними договорами”, як зазначено в статті 438(1). “[У]мисне вбивство” особи, яка перебуває під захистом, кваліфікується як серйозне порушення Женевських конвенцій.⁶²⁴ Описане діяння, як таке, охоплюється статтею 438 Кримінального кодексу України (ККУ) у широкому розумінні. Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, який передбачатиме “вчинення у зв’язку з міжнародним збройним конфліктом чи збройним конфліктом неміжнародного характеру умисного вбивства особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права” за статтею 438.3 ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину умисного вбивства, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁶²⁵

1. Виконавець убив одну чи декілька осіб, або спричинив їй/їм смерть.

⁶²³ Римський статут, стаття 8(2)(а)(і). Римський статут також криміналізує вбивство як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах відповідно до статті 8(2)(с)(і) і як злочин проти людяності відповідно до статті 7(1)(а). Воєнний злочин вбивства також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Нюрнберзький статут, стаття 6(b); Токійський Статут, стаття 5(b); Статут МТКЮ, стаття 2(a); Статут МКТР, стаття 4(a); Статут СССЛ, стаття 3(a); Закон про НСПК, стаття 6. Крім того, воєнний злочин вбивства носить звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 89. Заборона вбивства.

⁶²⁴ Перша Женевська конвенція, стаття 50; Друга Женевська конвенція, стаття 50; і Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁶²⁵ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(а)(і).

2. Така особа або особи були захищені однією або кількома Женевськими конвенціями 1949 року.
3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.15.1 Елемент перший: виконавець убив одну чи декілька осіб, або спричинив їй/їм смерть

По-перше, фахівці-практики повинні шукати інформацію, щоб довести, що одна або кілька осіб були вбиті виконавцем, тобто що виконавець спричинив їхню смерть.⁶²⁶ Щоб встановити, що виконавець *убив або спричинив смерть однієї чи кількох осіб*, докази повинні свідчити, що: (i) особа є мертвою; і (ii) існує причинно-наслідковий зв'язок між протиправною дією чи бездіяльністю виконавця та смертю цієї особи.⁶²⁷

Смерть потерпілого може бути встановлена або шляхом впізнання трупа потерпілої особи,⁶²⁸ або шляхом висновку з обставин, як-от:⁶²⁹

- Відсутність контакту потерпілої особи з родиною чи друзями;
- Той факт, що потерпілу особу востаннє бачили в районі, який зазнав нападу;
- Наявність практики жорстокого поводження з іншими потерпілими з боку виконавців; і
- Точний або приблизний збіг часу смерті інших потерпілих.

Якщо справа будується на непрямих доказах, що підтверджують, що вбивство сталося, не потрібно вказувати ні точну кількість,⁶³⁰ ні точні особи ймовірних потерпілих,⁶³¹ оскільки їхня смерть є єдиним обґрунтованим висновком, який можна зробити з цієї інформації.⁶³²

Доведення того, що виконавець вбив або спричинив смерть однієї або кількох осіб, може бути здійснене шляхом виявлення доказів як прямих, так і непрямих способів заподіяння

⁶²⁶ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(a)(i), зноска 31.

⁶²⁷ Прокурор проти Онгвена, ІСС-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 ("Рішення суду у справі Онгвена"), п. 2696; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 ("Рішення суду у справі Бемби"), п. 87-88; Прокурор проти Катанги, ІСС-01/04-01/07, Рішення, 7 березня 2014 ("Рішення суду у справі Катанги"), п. 767-769; Прокурор проти Катанги, Чуї та інших, ІСС-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 ("Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї"), п. 287; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення про підтвердження звинувачень, 15 червня 2009 ("Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби"), п. 132.

⁶²⁸ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби, п. 132.

⁶²⁹ Прокурор проти Лукіча та Лукіча, ІТ-98-32/1-Т, Рішення, 20 липня 2009 ("Рішення у справі Лукіча"), п. 904.

⁶³⁰ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби, п. 134.

⁶³¹ Рішення суду у справі Бемби, п. 88; Рішення суду у справі Онгвена, п. 2698; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї, п. 22

⁶³² Рішення суду у справі Бемби, п. 88; Рішення суду у справі Катанги, п. 768; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби, п. 132.

смерті. Прямі методи вбивства, серед іншого, можуть означати постріли, побиття або вбивство гранатою.⁶³³ Непрямі методи вбивства можуть включати:

- Створення певних умов життя, які спричинили смерть, наприклад ув'язнення великої кількості людей в одному місці та обмеження їхніх життєвих потреб (наприклад, харчування, медичної допомоги тощо);
- Розповсюдження смертельного вірусу серед населення та недопущення медичної допомоги;⁶³⁴
- Відсутність належного житла, одягу, гігієни, а також надмірна робота чи фізичні навантаження, внаслідок яких загинула одна або багато людей;⁶³⁵ або
- Зменшення харчових пайків ув'язнених, що призводить до їх голодної смерті.⁶³⁶

3.2.15.2 Елемент другий: така особа або особи були захищені однією або кількома Женевськими конвенціями 1949 р.

По-друге, фахівці-практики повинні визначити, чи є потерпілі особи “захищеними особами” за будь-якою з Женевських конвенцій. Захищеними особами є: (i) цивільні особи, які перебувають під владою сторони міжнародного збройного конфлікту, зокрема окупації, чийми громадянами вони не є; (ii) поранені, хворі та особи, які зазнали корабельної аварії, з числа збройних сил; (iii) військовополонені (“полонені”) та інші затримані особи; (iv) медичний та релігійний персонал; (v) парламентарі (тобто особи, уповноважені вступати в переговори з ворогом); (vi) персонал цивільної оборони; та (vii) персонал, призначений для охорони культурних цінностей.⁶³⁷

3.2.15.3 Елемент третій: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус

Фахівцям-практикам слід також шукати інформацію, яка свідчить про те, що виконавець був обізнаний про фактичні обставини, які встановлювали захищений статус потерпілої особи. Однак від виконавця не вимагається правового встановлення того, що потерпіла особа була захищеною особою.⁶³⁸ Потрібно лише продемонструвати, що виконавець був “обізнаний з фактичними обставинами, які встановлювали захищений статус”.⁶³⁹ Наприклад, що особа виявилася дитиною, цивільною особою, лікарем і т. д.

Стосовно цивільних осіб, фахівцям-практикам достатньо показати, що виконавець мав знати, що потерпіла особа належала до супротивної сторони. Знання громадянства потерпілої особи або тлумачення поняття громадянства не потрібні.⁶⁴⁰

⁶³³ Прокурор проти Нтагерури та інших, ICTR-99-46-T, Рішення і вирок, 25 лютого 2004, п. 794.

⁶³⁴ Прокурор проти Баґлішеми, ICTR-95-1A-T, Рішення, 7 червня 2001, п. 90.

⁶³⁵ Прокурор проти Каїшеми та інших, ICTR-95-1-T, Рішення, 21 травня 1999, п. 115.

⁶³⁶ Прокурор проти Канга Кека Іеу (відомого як Дуть), 001/18-07-2007/ЕССС/ТС, Рішення, 26 липня 2010, п. 437.

⁶³⁷ МКЧХ, Захищені Особи; Перша Женевська конвенція, Статті 13, 15, 24-27; Друга Женевська конвенція, Статті 12, 13, 36, 37; Третя Женевська конвенція, Статті 4, 33; Четверта Женевська Конвенція, Стаття 4, 13 і 20.

⁶³⁸ Прокурор проти Катанги, ICC-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014, п. 793, зноска 1831.

⁶³⁹ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(a)(iii), п. 3.

⁶⁴⁰ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(a)(i), зноска 33.

3.2.15.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази (прямі чи непрямі), що виконавець вбив одну чи більше осіб або спричинив їм смерть?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи загинули одна чи декілька осіб? Якщо так, то скільки, коли, де і як? • Чи є прямі докази того, що виконавець убив потерпілу особу (наприклад, через акт насильства)? • Чи є непрямі докази того, що виконавець убив потерпілу особу та/або інших невідомих осіб? • Яким було місце та дата вбивства? • Якими були обставини злочину? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який дав показання, що його житловий будинок був зруйнований, коли члени його сім'ї (цивільні особи) перебували вдома, а їхні тіла не було знайдено. • Свідок, який дав показання, що член його сім'ї був присутній у місці, де солдати стріляли в натовп протестувальників, і відтоді його не бачили. • Фотографії масових поховань, виявлених в Ізюмі після звільнення міста від російської окупації. • У соцмережах опубліковано відео, на якому на вулиці лежить бездиханне тіло. • Фотографія мертвого тіла потерпілого. • Свідоцтво про смерть потерпілого. • Показання свідків, які описують, як російські збройні сили затримали кількох місцевих мешканців і забрали чоловіків на свою базу. Родичі чули крики і постріли з місця, де солдати утримували потерпілих. Наступного дня вони побачили тіла шістьох чоловіків, що лежали на вулиці, де стався інцидент.
<p>Чи вказують докази на причинно-наслідковий зв'язок між діями виконавця та смертю потерпілої особи?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи спричинив виконавець смерть однієї чи кількох потерпілих через дію чи бездіяльність? • Якими були засоби, за допомогою яких була вчинена дія чи бездіяльність? • Чи були дії виконавця істотною причиною смерті потерпілої особи? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який дав показання, що беззбройні мирні жителі були розстріляні солдатами. • Судово-медичний розтин, який встановив причину смерті потерпілого (потерпілих) – смертельний удар по голові. • Доповідь ООН свідчить про те, що тіла кількох людей були знайдені похованими поруч з будівлею, яка використовувалася російськими збройними силами під час окупації міста. • Свідок, який дав показання, що військовополонених, які померли в

		<p>ув'язненні, жорстоко катували та не давали їм їжі.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Відео, на якому солдати стріляють у цивільних, які тікають через поле.
<p>Чи докази свідчать, що потерпіла особа чи особи була/и захищена/і однією або кількома Женевськими конвенціями 1949 р., а виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ким була потерпіла особа? • Чи належали потерпілі до однієї з категорій захищених осіб? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи був потерпілий хворим, пораненим чи постраждалим від корабельної аварії членом збройних сил, який припинив участь у бойових діях? ○ Чи була потерпіла особа військовополоненим чи затриманою особою? ○ Чи була потерпіла особа цивільною особою, яка опинилася під владою іноземної держави через конфлікт чи окупацію? ○ Чи належала потерпіла особа до медичного чи релігійного персоналу? ○ Чи була потерпіла особа парламентом? ○ Чи була потерпіла особа працівником цивільного захисту? ○ Чи було доручено потерпілій особі охороняти культурні цінності? • Чи є обставини, що вказують на те, що виконавець знав, що потерпіла особа має статус захищеної особи? • Чи свідчать обставини злочину про те, що виконавець міг знати про статус потерпілої особи як захищеної особи? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який дав показання про те, що потерпіла особа був одягнений у цивільний одяг. • Свідчення потерпілих про те, що їм було доручено охороняти культурні цінності. • Фото та відео, на яких зображено страчених цивільних осіб. • Доповідь ООН, яка вказує на те, що потерпілими від страт без належного судового розгляду були цивільні особи. • Відео, на якому зображено потерпілу особу, одягнену в одяг священика, яку солдати відтягували від церкви, а згодом вбили. • На тілі потерпілої особи знайдено сумку з медикаментами, медичне посвідчення та халат лікаря. • Свідок, який дав показання, що потерпілий був одягнений в одяг або мав емблеми, які ідентифікували його як медичного працівника.

Таблиця 23: Стаття 8(2)(а)(і) Підказки для фахівців-практиків

3.2.16 Воєнний злочин катування (стаття 8(2)(а)(іі)-1, Римський статут)

Стаття 8(2)(а)(іі) Римського статуту забороняє воєнний злочин катування та нелюдського поводження (див. статтю 8(2)(а)(іі)-2, нижче),⁶⁴¹ який полягає в заповіданні виконавцем

⁶⁴¹ Римський статут, стаття 8(2)(а)(іі). Римський статут також криміналізує катування як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах відповідно до статті 8(2)(с)(і) і як злочин проти людяності відповідно

тяжкого фізичного чи психічного болю чи страждань одній чи кільком особам у рамках міжнародного збройного конфлікту. Каткування вимагає додаткового елемента, а саме, щоб воно вчинялося з конкретною метою “отримання інформації чи зізнання, покарання, залякування чи примусу або з будь-якої підстави, що ґрунтується на будь-якій формі дискримінації”.⁶⁴² Цей злочин є серйозним порушенням Женевських конвенцій.⁶⁴³

У статті 438 Кримінального кодексу України (“ККУ”) прямо йдеться про “жорстоке поводження з військовополоненими або цивільними особами”, під яке підпадає військовий злочин каткування. Цей злочин є серйозним порушенням Женевських конвенцій,⁶⁴⁴ і тому охоплюється “іншими порушеннями правил ведення війни, передбаченими міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Таким чином, таке діяння покривається статтею 438 Кримінального Кодексу України (“ККУ”). На додаток, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) запровадить окремий військовий злочин каткування чи нелюдського поводження в частині 9 статті 438.2 ККУ. Це положення охоплює ті самі контекстуальні елементи та конкретні елементи злочину каткування, що й військовий злочин, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁶⁴⁵

1. Виконавець завдав тяжкого фізичного чи душевного болю чи страждань одній чи кільком особам.
2. Виконавець заподіяв біль чи страждання з такою метою, як: отримання інформації чи зізнання, покарання, залякування чи примус, або з будь-якої підстави, що ґрунтується на будь-якій формі дискримінації.
3. Така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р..
4. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус.
5. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язано з ним.
6. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

достатті 7(1)(f). Військовий злочин каткування та нелюдського поводження також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 2(b); Статут МКТР, стаття 4(a); Статут СССЛ, стаття 3(a); Перша Женевська конвенція, статті 3, 12; Друга Женевська конвенція, статті 3, 12; Третя Женевська конвенція, статті 3, 13, 20, 46, Четверта Женевська конвенція, статті 3, 27, 32; Перший Додатковий протокол, стаття 75. А Крім того, військовий злочин каткування та нелюдського поводження носить звичайний характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 90. Каткування, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження.

⁶⁴² МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(a)(ii)-1.

⁶⁴³ Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁶⁴⁴ Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁶⁴⁵ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(a)(ii)-1.

3.2.16.1 Елемент перший: виконавець завдав тяжкого фізичного чи душевного болю чи страждань одній чи декільком особам

Відправною точкою доказування катувань є встановлення факту, що одній або кільком особам було завдано сильного болю або страждань. Такий біль або страждання можуть бути спричинені як дією, так і бездіяльністю виконавця.⁶⁴⁶ Страждання можуть бути як фізичними, так і моральними, і не обов'язково доводити, що біль або страждання пов'язані з конкретною фізичною травмою, порушенням функції організму або смертю.⁶⁴⁷

Міжнародні суди та трибунали визнали катуванням такі види дій:

- **Фізичні страждання:** побиття; спалення; нанесення каліцтв; нанесення ножових поранень; повішення; утримання людини в болісній позі; ураження електричним струмом; надмірний вплив тепла або холоду; голодування; згвалтування та інші види сексуального насильства.⁶⁴⁸
- **Психологічні страждання:** психологічні знущання; поміщення людини в надзвичайно стресову ситуацію, як-от ув'язнення, ізоляція або темрява; погрози стосовно благополуччя людини або її сім'ї; примушування потерпілих спостерігати за стратами інших людей або ховати тіла своїх сусідів і друзів; позбавлення сну.⁶⁴⁹

Хоча немає вимоги, щоб біль або страждання були видимими або постійними,⁶⁵⁰ вони повинні відповідати певному рівню тяжкості, що призводить до серйозного і довготривалого порушення здатності людини вести нормальне і конструктивне життя, виходячи за рамки тимчасового нещастя, збентеження або приниження.⁶⁵¹ Вимога тяжкості передбачає “значний ступінь болю та страждань, які можуть бути спричинені окремим діям або сукупністю діянь, якщо їх розглядати в цілому”.⁶⁵²

Для оцінки тяжкості болю та страждань слід враховувати наступне:⁶⁵³

- Характер, тривалість та контекст заподіяння болю;
- Навмисність та інституціоналізацію жорстокого поведіння;
- Спосіб та метод, який використовував виконавець для заподіяння болю;

⁶⁴⁶ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2700; *Делаліч*, п. 468.

⁶⁴⁷ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2701.

⁶⁴⁸ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2984-2985, 3027-3028, 3073; Рішення у справі *Делаліча*, п. 481-486, 937-943, 963-965, 970-974; *Прокурор проти Акайесу*, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 року, п. 597.

⁶⁴⁹ Рішення у справі *Делаліча*, п. 938-942, 958-964, 993-998.

⁶⁵⁰ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2703; Рішення суду у справі *Квочка та ін.*, п. 148; *Прокурор проти Лімая та інших*, IT-03-66-T, Рішення суду, 30 лютого 2005 року (“Рішення суду у справі *Лімая та інших*”), п. 236.

⁶⁵¹ Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2701; *Прокурор проти Налетіліча та Мартиновича*, IT-98-34-T, Рішення суду, 31 березня 2005 року, п. 342; *Прокурор проти Мркішича та інших*, IT-95-13/1-T, Рішення суду, 27 вересня 2007 року (“Рішення суду у справі *Мркішич та ін.*”), п. 514; Рішення суду у справі *Квочка та ін.*, п. 149; Рішення суду у справі *Лімая та інших*, п. 236.

⁶⁵² Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2701.

⁶⁵³ Рішення суду у справі *Лімая та інших*, п. 237; Рішення суду у справі *Мркішич та ін.*, п. 514; *Прокурор проти Крноїлаца*, IT-97-25, Рішення суду, 15 березня 2002 року, п. 182; *Прокурор проти Харіданаджа та інших*, IT-04-84 bis-T, Рішення суду, 29 листопада 2012 року, п. 417; Рішення суду у справі *Квочка та ін.*, п. 143.

- Вік, стать та стан здоров'я потерпілої особи;
- Становище неповноцінності потерпілої особи;
- Фізичний та психологічний вплив поводження на потерпілого; та
- Специфічне соціальне, культурне та релігійне походження потерпілої особи.

3.2.16.2 Елемент другий: виконавець заподіяв біль чи страждання з такою метою, як: отримання інформації чи зізнання, покарання, залякування чи примус, або з будь-якої підстави, що ґрунтується на будь-якій формі дискримінації

Фахівці-практики також повинні визначити, чи заподіяв виконавець біль або страждання за “заборонену мету”, що передбачає: отримання інформації чи зізнання, покарання, залякування чи примус чи з будь-якої підстави, що ґрунтується на будь-якій формі дискримінації. Заборонена мета не обов'язково повинна бути єдиною або основною ціллю заподіяння сильного болю чи страждання.⁶⁵⁴

3.2.16.3 Елемент третій: така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р.

Див. детальні пояснення цього елемента наведено в розділі 3.2.15.2 вище.

3.2.16.4 Елемент четвертий: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус

Див. детальні пояснення цього елемента наведено в розділі 3.2.15.2 вище.

3.2.16.5 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки фахівцям	Приклади доказів
Чи докази підтверджують, що потерпіла особа зазнала сильного фізичного чи психічного болю чи страждань?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи було потерпілій особі завдано фізичного чи психологічного болю чи страждань? • Якими були обставини, що супроводжували завдання болю чи страждань? • Який метод був використаний, щоб заподіяти біль або страждання? • Як довго тривала дія чи бездіяльність, що заподіяли біль чи страждання? • Чи шкода, завдана потерпілій особі, негативно та довгостроково вплинула на його/її здатність вести нормальний 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення потерпілої особи, що його/її змушували дивитись на акт сексуального насильства щодо його/її подруги, що завдало серйозного психологічного болю. • Медичні висновки з описом травм, завданих побиттям потерпілої особи. • Зброя, зібрана з місця злочину, наприклад кийки, ножі та інші інструменти, які

⁶⁵⁴ Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 470-471. Див. також Рішення суду у справі *Крноєлача*, п. 184; Прокурор проти *Квочка та інших*, IT-98-30/1-T, Судове рішення, 2 листопада 2001, п. 153.

	<p>спосіб життя?</p>	<p>використовуються для заподіяння болю потерпілій особі.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Фотографії, на яких зображено знущання слідчого над затриманими, наприклад, умови в яких проводився допит, сліди крові в кімнаті та на одязі потерпілої особи, синці. • Відео, як потерпілу особу змушують стояти в напруженій позі та б'ють. • Психіатричний висновок щодо стану потерпілої особи з детальним описом психічних наслідків побиття потерпілої особи та імітації страти солдатами. • У новинах повідомляється про систему катівень, створену російськими силами в Херсоні, де тих, кого вважали проукраїнськи налаштованими, піддавали фізичному побиттю, ураженню електричним струмом, тортурам, а також змушували вчити і декламувати проросійську пропаганду.
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець заподіяв біль або страждання з такою метою, як: отримання інформації чи зізнання, покарання, залякування чи примус чи з будь-якої підстави, що ґрунтується на будь-якій формі дискримінації?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Якими були обставини інциденту? • З якою метою було заподіяно душевний чи фізичний біль чи страждання? • Чи допитували, опитували чи примушували до зізнання потерпілого? • Чи вказує характер болю чи страждань, що вони використовувалися з метою покарання, залякування, приниження тощо? • Чи були біль або страждання завдані з метою примусити потерпілу особу? • Чи виявляв виконавець умисел дискримінувати потерпілу особу? • Чи була потерпіла особа ображена або принижена під час катувань? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілої особи щодо того що його/її катували протягом трьох годин, після чого він/вона були змушені підписати неправдиве зізнання. • Показання потерпілої особи щодо того що його/її роздягали, піддали сексуальному насильству та побили на очах солдатів, які знущались та принижували. • Військові щоденники, де детально описується допит потерпілої особи, під час якого її/його катували з метою отримання інформації. • Розслідування ЗМІ, які повідомляють про допити політичних опонентів з

		<p>використанням побиття, практик позбавлення сну та катування з використанням води.</p> <ul style="list-style-type: none"> Міжнародна організація повідомляє про інтенсивні допити та побиття, яким піддаються ті, кого вважають пов'язаними з українськими військовими.
<p>Чи докази підтверджують, що потерпіла/і особа/и були захищеними згідно з однією чи кількома Женевськими конвенціями 1949 р., і що виконавець знав про такий статус?</p>	<ul style="list-style-type: none"> Ким була потерпіла особа? Чи належали потерпілі до однієї з категорій захищених осіб? <ul style="list-style-type: none"> Чи належав потерпілий до категорії поранених, хворих чи осіб, які зазнали корабельної аварії та припинили участь у бойових діях? Чи був потерпілий військовополоненим чи затриманою особою? Чи була потерпіла особа цивільною особою, яка опинилась в руках іноземної держави через конфлікт чи окупацію? Чи належала потерпіла особа до медичного чи релігійного персоналу? Чи була потерпіла особа парламентаром? Чи належала потерпіла особа до персоналу цивільної оборони? Чи було потерпілому доручено охороняти культурні цінності? Чи є щось, що вказує на те, що виконавець знав, що потерпілий має статус захищеної особи? Чи свідчать навколишні обставини, що виконавець мав знати про статус потерпілого? 	<ul style="list-style-type: none"> Показання свідка про те, що потерпіла особа була одягнена в цивільний одяг. Реєстр лікарні, в якому зберігаються імена персоналу, який отримав важкі травми, що свідчать про катування. Свідчення потерпілого про те, що їм було доручено охороняти культурні цінності. Фото та відео, на яких зображено побиття цивільних. Звіт ООН, у якому вказується, що потерпілими від катувань були цивільні особи. Відео, на якому зображено як потерпілу особу, одягнену в одяг священика, солдати (які згодом її катували) відтягують від церкви.

Таблиця 24: Стаття 8(2)(а)(іі)-1 Підказки для фахівців-практиків

3.2.17 Воєнний злочин нелюдського поводження (стаття 8(2)(а)(іі)-2, Римський статут)

Стаття 8(2)(а)(іі) Римського статуту забороняє воєнний злочин катування (див. статтю 8(2)(а)(іі)-1, вище) та нелюдського поводження,⁶⁵⁵ яка полягає у заподіянні виконавцем тяжкого фізичного чи психічного болю чи страждань одній чи кільком особам у міжнародному збройному конфлікті. Цей злочин є серйозним порушенням Женевських Конвенцій.⁶⁵⁶

Стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“ККУ”) прямо вказує на “жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням”, під яке підпадає воєнний злочин нелюдського поводження. Катування також є серйозним порушенням Женевських конвенцій,⁶⁵⁷ а отже, підпадає під “інші порушення правил та звичаїв ведення війни, передбачених міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Таким чином, ця поведінка може бути кваліфікована як жорстоке поводження з цивільним населенням або катування за статтею 438(1) ККУ.

Крім того, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) запровадить окремий воєнний злочин катування чи нелюдського поводження в частині 9 статті 438.2 ККУ. Це положення охоплює ті самі контекстуальні елементи та конкретні елементи нелюдського поводження, що й воєнний злочин, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁶⁵⁸

1. Виконавець завдав тяжкого фізичного чи душевного болю чи страждань одній чи кільком особам.
2. Така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р..
3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус.
4. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язано з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

⁶⁵⁵ Римський статут, стаття 8(2)(а)(іі). Римський статут також криміналізує нелюдське поводження як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах відповідно до статті 8(2)(с)(і) і як злочин проти людяності відповідно до Статті 7(1)(f). Воєнний злочин катування та нелюдського поводження також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 2(b); Статут МКТР, стаття 4(a); Статут СССЛ, стаття 3(a); Перша Женевська конвенція, статті 3, 12; Друга Женевська конвенція, статті 3, 12; Третя Женевська конвенція, статті 3, 13, 20, 46, Четверта Женевська конвенція, статті 3, 27, 32; Перший Додатковий протокол, стаття 75. А Крім того, воєнний злочин катування та нелюдського поводження носить звичайний характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 90. Катування, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження.

⁶⁵⁶ Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁶⁵⁷ Перша Женевська конвенція, стаття 50; Друга Женевська конвенція, стаття 50; Третя Женевська конвенція, стаття 130; і Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁶⁵⁸ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(а)(іі)-2.

3.2.17.1 Елемент перший: виконавець завдав тяжкого фізичного чи душевного болю чи страждань одній чи кільком особам

Фахівці-практики повинні спочатку встановити, що виконавець завдав сильного фізичного чи психічного болю чи страждань одній чи кільком особам. “Нелюдське поводження” прямо не визначено в Римському статуті; однак сутність цього злочину тлумачиться як дії чи бездіяльність проти осіб, які перебувають під захистом, з метою спричинити серйозні психічні чи фізичні страждання чи травми, або якщо такі дії становлять серйозний замах на людську гідність.⁶⁵⁹

- **Фізичний біль або страждання** охоплює такі дії, серед іншого: побиття, нанесення колючих ран, підвішування, утримання людини в позиції, що завдає болю, каліцтво, ураження електричним струмом, надмірне піддання особи холоду чи теплу.
- **Психологічний біль або страждання** може бути результатом таких дій, як, серед іншого: поміщення особи(осіб) у надзвичайно стресову ситуацію, таку як ув'язнення, ізоляція або темрява; поміщення особи (осіб) у ситуацію, що загрожує її добробуту чи добробуту сім'ї; примушування особи (осіб) спостерігати за стратами інших або ховати тіла своїх сусідів і друзів; і недосипання.⁶⁶⁰

3.2.17.2 Елемент другий: така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р.

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.2.

3.2.17.3 Елемент третій: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.3.

3.2.17.4 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (*див.* розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки фахівцям	Приклади доказів
Чи докази підтверджують, що потерпіла особа зазнала сильного	<ul style="list-style-type: none">• Чи було потерпілій особі завдано фізичних чи психологічного болю чи страждань?• Якими були обставини, що	<ul style="list-style-type: none">• Свідчення потерпілих, про те, що їх поміщали в одиночні камери, розраховані на одну особу, разом з іншими особами одночасно (до 18 осіб), що унеможливило пересування по

⁶⁵⁹ Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 442 та 543; *Прокурор проти Кордіча та Черкеза*, IT-95-14/2-A, Апеляційне рішення, 17 грудня 2004 (“Апеляційне рішення у справі *Кордіча та Черкеза*”), п. 39. *Див. також* Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 335.

⁶⁶⁰ У. Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту* (2е вид., ОУР 2016), п. 76; База МКЧХ – Звичаєве МП, *Правило 90. Каткування, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження*. Зауважте, що МТКЮ відкинув аргумент про те, що для того, щоб дія прирівнювалася до каткування, вона має призвести до болю, який прирівнюється до відмови органів, порушення функції тіла або смерті. *Прокурор проти Радослава Брданіна*, IT-99-36-A, Апеляційне рішення, 3 квітня 2007, п. 247.

<p>фізичного чи психічного болю чи страждань?</p>	<p>супроводжували завдання болю чи страждань?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Який метод був використаний, щоб заподіяти біль або страждання? • Як довго тривала дія чи бездіяльність, що заподіяли біль чи страждання? • Чи шкода, завдана потерпілій особі, негативно та довгостроково вплинула на його/її здатність вести нормальний спосіб життя? 	<p>камері чи сон лежачи.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Поліцейські звіти, що детально описують випадки жорстокого побиття затриманих, що спричиняють травми, які впливають на життя. • Фото, які зображують забиті і негігієнічні умови в камерах. • Відео, як потерпілих, із зав'язаними очима, змушують стояти в напруженій позі, б'ють прикладами гвинтівок і катують електричним струмом. • Зброя, зібрана з місця злочину, наприклад кийки, ножі та інші інструменти, які використовуються для заподіяння болю потерпілому. • Звіт УВКПЛ ООН, у якому зазначено, що цивільні особи зазнали ураження електричним струмом і були позбавлені сну.
<p>Чи докази підтверджують, що потерпіла/і особа/и були захищеними особами, згідно з однією чи кількома Женевськими конвенціями 1949 р., і що виконавець знав про такий статус?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Хто був потерпілою особою? • Чи належали потерпілі до однієї з категорій захищених осіб? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи належала потерпіла особа до категорії поранених, хворих чи осіб, які зазнали корабельної аварії та припинили участь у бойових діях? ○ Чи була потерпіла особа військовополоненим чи затриманою особою? ○ Чи була потерпіла особа цивільною особою, яка опинилась в руках іноземної держави через конфлікт чи окупацію? ○ Чи належала потерпіла особа до медичного чи релігійного персоналу? ○ Чи була потерпіла особа парламентаром? ○ Чи належала потерпіла особа до персоналу цивільної оборони? ○ Чи було потерпілому доручено охороняти культурні цінності? • Чи є щось, що вказує на те, що 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що потерпіла особа була одягнена в цивільний одяг. • Реєстр лікарні, в якому зберігаються імена персоналу, який отримав важкі травми, що свідчать про негуманне поводження. • Свідчення потерпілого про те, що їм було доручено охороняти культурні цінності. • Фото та відео, на яких зображено побиття цивільних. • Звіт ООН, у якому вказується, що потерпілими від катувань були цивільні особи. • Відео, на якому зображено як потерпілу особу, одягнену в одяг священика, солдати (які згодом його били) відтягують від церкви.

	<p>виконавець знав, що потерпіла особа має статус захищеної особи?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи свідчать навколишні обставини, що виконавець мав знати про статус потерпілого як захищеної особи? 	
--	---	--

Таблиця 25: Стаття 8(2)(а)(іі)-2 Підказки для фахівців-практиків

3.2.18 Воєнний злочин умисного заподіяння сильних страждань (стаття 8(2)(а)(ііі), Римський статут)

Стаття 8(2)(а)(ііі) Римського статуту забороняє навмисне заподіяння сильних страждань або серйозних ушкоджень тілу чи здоров'ю одній або кільком особам під час міжнародного збройного конфлікту.⁶⁶¹

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“ККУ”) не називає умисне заподіяння сильних страждань воєнним злочином, ця поведінка підпадає під “інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). “Умисне заподіяння сильних страждань або серйозної шкоди тілу чи здоров'ю” особи, яка перебуває під захистом, є серйозним порушенням Женевських конвенцій,⁶⁶² а тому підпадає під “інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1).

Крім того, законопроектом № 7290 буде впроваджено (якщо і коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, який передбачатиме заподіяння середньої тяжкості або тяжкого тілесного ушкодження за статтею 438.2(10) ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину навмисного заподіяння тяжких страждань, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁶⁶³

1. Виконавець заподіяв сильного фізичного чи душевного болю чи страждань, чи тяжких ушкоджень тілу чи здоров'ю одній чи кільком особам.
2. Така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р..

⁶⁶¹ Римський статут, стаття 8(2)(а)(ііі). Воєнний злочин умисного заподіяння тяжких страждань також заборонено такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 2(с); Статут МКТР, стаття 4(а); і Статут СССЛ, стаття 3(а). Статuti МКТР і СССЛ називають злочин умисного заподіяння тяжких страждань як “насильство над життям, здоров'ям і фізичним або психічним благополуччям людей, зокрема вбивство, а також жорстоке поводження, таке як катування, каліцтва чи будь-які форми тілесних покарань”. Див. також Перша Женевська конвенція, стаття 12; Друга Женевська конвенція, стаття 12; Третя Женевська конвенція, стаття 13; Четверта Женевська конвенція, стаття 32. Крім того, воєнний злочин катування та нелюдського поводження носить звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 90. Катування, жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність поводження.

⁶⁶² Перша Женевська конвенція стаття 50; Друга Женевська конвенція, стаття 50; Третя Женевська конвенція, стаття 130; та Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁶⁶³ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(а)(ііі).

3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.18.1 Елемент перший: виконавець заподіяв сильного фізичного чи душевного болю чи страждань, чи тяжких ушкоджень тілу чи здоров'ю одній чи кільком особам

Щоб встановити цей елемент, фахівці-практики мають встановити, що виконавець заподіяв один або обидва з наступних типів шкоди одній чи кільком особам:⁶⁶⁴

1. Сильний фізичний чи душевний біль чи страждання; або
2. Тяжке ушкодження тілу або здоров'ю.

Приклади діянь, які, як було встановлено, спричиняють сильні страждання, передбачають: жорстоке поводження, як-от колоті рани, опіки та побиття; зґвалтування, примус до оголення тіла та інші форми сексуального насильства; створення середовища терору щодо затриманих осіб, наприклад, через примушування їх бути свідками жорстокого поводження з іншими та постійний страх бути вбитими або підданими фізичному насильству; нелюдські умови життя, наприклад позбавлення достатньої кількості їжі, води, медичної допомоги та засобів; примусове переміщення.⁶⁶⁵

3.2.18.2 Елемент другий: така особа або особи були захищені однією або кількома Женевськими конвенціями 1949 р.

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.2.

3.2.18.3 Елемент третій: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.3.

3.2.18.4 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (*див.* розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи докази свідчать, що виконавець	<ul style="list-style-type: none"> • Чи потерпіла особа зазнала неналежного поводження з боку виконавця? Якого саме? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка, що його били щодня (зазвичай бейсбольною битою), тоді як його руки були

⁶⁶⁴ Прокурор проти Делаліча та інших, IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 ("Рішення суду у справі Делаліча та ін."), п. 511.

⁶⁶⁵ *Див.*, наприклад, Рішення у справі Крстіча, п. 513; Рішення у справі Налетіліча і Мартіновіча, п. 350-351; Рішення суду у справі Делаліча та ін, пп. 1012-1018, 1027-1035, 1086-1111.

<p>заподіяв сильного фізичного чи душевного болю чи страждань, чи тяжких ушкоджень тілу чи здоров'ю одній чи кільком особам?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • У якому контексті відбулося неналежне поводження? • Чи зазнала потерпіла особа будь-яких постійних фізичних чи психічних травм внаслідок неналежного поводження? • Чи стала потерпіла особа недієздатною через неналежне поводження? Якщо так, то наскільки тривало? • Які довгострокові наслідки неналежного поводження для потерпілої особи? Чи зможе вона вести “нормальне та конструктивне життя”? • Чи були у потерпілої особи якісь особисті обставини, які посилюють наслідки неналежного поводження для неї? 	<p>прив'язані до балки, і змушували пити сечу.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Медичні записи, які свідчать про те, що потерпіла особа лікувалася від психічних та фізичних страждань, які виникли в результаті поганого поводження, якого вони зазнали. • Предмети або знаряддя, які використовуються для заподіяння сильних страждань, наприклад, бейсбольна бита, якою били потерпілу особу. • Фотографія потерпілої особи, зроблена після того, як виконавець жорстоко поводився з нею, на якій зображені травми, які така особа отримала. • Звіт Amnesty International, в якому встановлено, що сили, якими командував виконавець, систематично чинили сексуальне насильство над жінками під час своєї військової кампанії. • Доповідь ООН про те, що російські збройні сили затримали священника, повністю роздягли його, побили і наказали йому пройти голим протягом години вулицями його села.
<p>Чи докази свідчать, що потерпіла особа чи особи була/и захищена/и однією або кількома Женевськими конвенціями 1949 р., а виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус?</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Ким була потерпіла особа? <input type="checkbox"/> Чи належали потерпілі до однієї з категорій захищених осіб? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи була потерпіла особа хворим, пораненим чи постраждалим від корабельної аварії членом збройних сил, який припинив участь у бойових діях? ○ Чи була потерпіла особа військовополоненим чи затриманою особою? ○ Чи була потерпіла особа цивільною особою, яка опинилася під владою іноземної держави через конфлікт чи окупацію? ○ Чи належала потерпіла особа до медичного чи релігійного 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який дав показання, що потерпілий був одягнений у цивільний одяг. • Реєстр лікарні, що містить імена її співробітників, які зазнали тяжких поранень, що свідчить про неналежне поводження. • Свідчення потерпілих про те, що їм було доручено охороняти культурні цінності. • Фото та відео, на яких зображено побиття цивільних осіб. • Звіт ООН, у якому вказується, що потерпілими від катувань були цивільні особи. • Відео, на якому зображено потерпілу особу, одягнену в одяг священника, яку солдати відтягували від церкви, а згодом побили.

	<p>персоналу?</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи була потерпіла особа парламентаром? ○ Чи була потерпіла особа працівником цивільного захисту? ○ Чи було доручено потерпілій особі охороняти культурні цінності? □ Чи є обставини, що вказують на те, що виконавець знав, що потерпіла особа має статус захищеної особи? □ Чи свідчать обставини злочину про те, що виконавець міг знати про статус потерпілого як захищеної особи? 	
--	---	--

Таблиця 26: Стаття 8(2)(а)(iii) Підказки для фахівців-практиків

3.2.19 Воєнний злочин широкомасштабного руйнування та привласнення майна (стаття 8(2)(а)(iv), Римський статут)

Стаття 8 (2)(а)(iv) Римського статуту забороняє широкомасштабне знищення і привласнення майна, не виправдане воєнною необхідністю і здійснюване незаконно і безпідставно.⁶⁶⁶

Стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“ККУ”) посилається на “застосування методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами”, під які підпадає воєнний злочин, що полягає у масовому знищенні та привласненні майна. “Інтенсивне знищення та привласнення майна, не виправдане воєнною необхідністю і здійснене незаконно та безглуздо” проти захищеної власності, є серйозним порушенням Першої, Другої та Четвертої Женевських конвенцій.⁶⁶⁷ Оскільки Україна є учасницею Першої, Другої та Четвертої Женевських конвенцій, ця дія, якщо вона вчинена проти власності, яка охороняється цими Конвенціями, може бути інкримінована як знищення та привласнення майна у великих розмірах відповідно до статті 438(1) ККУ.

⁶⁶⁶ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998, набрав чинності 1 липня 2001) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 8(2)(а)(iv). Заборона на знищення або захоплення ворожої власності відповідно до міжнародного гуманітарного права давно встановлена. Зокрема, ця неправомірність поведінки заборонена: Кодексом Лібера 1863 р., стаття 15; Брюсельською Декларацією, стаття 13(g); IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі, 18 жовтня 1907 (‘Гаазьке положення’), стаття 23(g). Заборона знищення або захоплення майна противника в якості воєнного злочину також криміналізується в ситуаціях неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статей 8(2) (b) (xiii) і 8(2) (e) (xii) Римського статуту і визначено в таких міжнародно-правових документах: ООН, Статут Міжнародного військового трибуналу – додаток до Договору про судове переслідування і покарання головних військових виконавців країн Європейської осі (8 серпня 1945 р.) UNTS 280 р. 1951 (‘Нюрнберзький статут’), стаття 6(b); Рада Безпеки ООН, Резолюція 827: Статут Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (25 травня 1993 року, остання поправка від 9 липня 2009 року) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), стаття 2(d); Перша Женевська конвенція, стаття 50; Друга Женевська конвенція, стаття 51; Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁶⁶⁷ Перша Женевська конвенція, стаття 50; Друга Женевська конвенція, стаття 50; та Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набудуть чинності) війсьний злочин, що полягає в “умисному, у зв’язку з міжнародним збройним конфліктом або збройним конфліктом неміжнародного характеру, захопленні, пошкодженні або знищенні майна, якщо це не виправдано військовою необхідністю” відповідно до статті 438-1 КК України. Це положення об’єднує контекстуальні елементи і конкретні елементи злочину широкомасштабного знищення і привласнення майна в якості воєнного злочину, що міститься в Римському статуті МКС і Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁶⁶⁸

1. Виконавець зруйнував або привласнив певне майно.
2. Руйнування або привласнення не було виправдано військовою необхідністю.
3. Руйнування або привласнення було масштабним і здійснювалося безглуздо.
4. Така власність була захищена відповідно до однієї або декількох Женевських конвенцій 1949 р.
5. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про цей захищений статус.
6. Діяння сталося в контексті міжнародного збройного конфлікту і було пов’язане з ним.
7. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

3.2.19.1 Елемент перший: виконавець зруйнував або привласнив певне майно

Щоб встановити цей елемент, фахівцям-практикам слід спочатку визначити, чи було знищено або присвоєно майно, що належить супротивнику в конфлікті.⁶⁶⁹

Знищення майна: таке майно було частково або повністю знищено в результаті дії або бездіяльності.⁶⁷⁰ Дійсно, “сильно пошкоджене майно може бути схоже на часткове руйнування і, таким чином, підпадати під визначення знищення”.⁶⁷¹ Наприклад: підпал; знесення; або інше пошкодження майна.⁶⁷²

Привласнення майна: контроль над даним майном був переданий від власника до виконавця.⁶⁷³ Це стосується як державної, так і приватної власності, а також систематичних конфіскацій майна або окремих актів привласнення солдатами в своїх особистих інтересах.⁶⁷⁴

⁶⁶⁸ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи Злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/ Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), Стаття 8(2)(a)(iv).

⁶⁶⁹ Прокурор проти Катанги, ІСС-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014 (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 892.

⁶⁷⁰ Рішення суду у справі Катанги, п. 891; Прокурор проти Катанги і Чуї, ІСС-01/04-01/07, Рішення про Підтвердження Звинувачень, 30 вересня 2008 (“Рішення про Підтвердження Звинувачень у справі Катанги і Чуї”), п. 310; Прокурор проти Мбарушімана, ІСС-01/04-01/10, Підтвердження Звинувачень, 16 грудня 2011, п. 171.

⁶⁷¹ Рішення суду у справі Катанги, п. 891.

⁶⁷² Рішення суду у справі Катанги, п. 891.

⁶⁷³ Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016, п. 115.

⁶⁷⁴ Прокурор проти Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019, п. 1152; Прокурор проти Прліча та ін., ІТ-04-74-Т, Рішення суду, п. 129; Прокурор проти Кордіча і Черкеза, ІТ-95-14/2-Т, Рішення суду, 26 лютого 2001 (“Рішення суду у справі Кордіча і Черкеза”), п. 352.

3.2.19.2 Елемент другий: руйнування або привласнення не було виправдано військовою необхідністю

Щоб встановити цей елемент, фахівець-практик має розглянути, чи не було у виконавця іншого вибору, окрім як вчинити акт знищення або привласнення.⁶⁷⁵ Воєнна необхідність буде застосовуватися там, де:

- (i) Знищене або привласнене майно було військовим об'єктом до того, як потрапило в руки нападаючої сторони; і
- (ii) Після того, як воно потрапило в руки нападаючої сторони, його знищення або захоплення все ще були необхідні з військових причин.⁶⁷⁶

Воєнна необхідність виправдовує напади на військові об'єкти, тобто ті, які за самою своєю природою дають певну військову перевагу, включаючи майно, що використовується безпосередньо збройними силами, таке як обладнання, споруди, що забезпечують укриття для збройних сил, склади або центри зв'язку.⁶⁷⁷

У випадках, коли є сумніви щодо військового характеру пошкодженого / зруйнованого об'єкта, який зазвичай призначений для цивільних цілей, таких як місця відправлення культу, житлові будинки або школи, передбачається, що такі об'єкти *не* є військовими об'єктами.⁶⁷⁸

3.2.19.3 Елемент третій: руйнування або привласнення було масштабним і здійснювалося безглуздо

Третій елемент встановлює додаткові вимоги про те, щоб збиток був значним і був нанесений незаконно і безглуздо. Руйнування або привласнення вважаються незаконними і безглуздими, якщо вони не виправдані військовою необхідністю (*див.* Елемент другий) і здійснюються навмисно і у великих масштабах.⁶⁷⁹ Будь-який збиток, невідповідний прямій і конкретній военній перевазі, буде кваліфікуватися як незаконний і безглуздий.⁶⁸⁰ Масштабний означає руйнування або привласнення значної кількості об'єктів або одного об'єкта достатньої цінності.⁶⁸¹ Наприклад, одиночний акт, такий як руйнування лікарні, кваліфікується як широкомасштабний.⁶⁸²

⁶⁷⁵ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 894.

⁶⁷⁶ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги і Чуї*, п. 318; *Прокурор проти Мбарушімана*, ІСС-01/04-01/10, Підтвердження Звинувачень, 16 грудня 2011, п. 171; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 892.

⁶⁷⁷ Рішення суду у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 686; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 894.

⁶⁷⁸ *Прокурор проти Прліча*, ІТ-04-74, Рішення суду, 29 травня 2013 ("Рішення суду у справі *Прліча*"), п. 123.

⁶⁷⁹ *Обвинувач проти Хаджихасановича і Кубури*, ІТ-01-47-Т, Рішення, 15 березня 2006, п. 48.

⁶⁸⁰ *Прокурор проти Бошкоскі та ін.*, ІТ-04-82-Т, Рішення суду, 10 липня 2008 ("Рішення суду у справі *Бошкоскі та ін.*"), п. 357.

⁶⁸¹ Рішення суду у справі *Бошкоскі та ін.*, п. 352.

⁶⁸² *Прокурор проти Тихомир Блашкіча*, ІТ-95-14-Т, Рішення суду, 3 березня 2000 ("Рішення суду у справі *Блашкіча*"), пара. 157; Рішення суду у справі *Прліча*, п. 126; *Прокурор проти Брданіна*, ІТ-99-36-Т, Рішення суду, 1 вересня 2004 ("Рішення суду у справі *Брданіна*"), п. 587.

3.2.19.4 Елемент четвертий: така власність була захищена відповідно до однієї або декількох Женевських конвенцій 1949 р.

Зруйноване або привласнене майно має бути або: (i) майном, що перебуває під загальним захистом Женевських конвенцій; або (ii) майном, що перебуває на окупованій території.⁶⁸³ Як приватна, так і державна власність, як правило, захищена від руйнування або привласнення.⁶⁸⁴ Наприклад, цивільні лікарні та наземні, морські та повітряні медичні транспортні засоби користуються загальним захистом, незалежно від статусу території, на якій вони розташовані.⁶⁸⁵

3.2.19.5 Елемент п'ятий: виконавець знав про фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус

Див. розділ 3.2.15.3 для детального пояснення цього елемента.

3.2.19.6 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець зруйнував або привласнив певне майно?	<ul style="list-style-type: none">• Чи була знищена певна власність? Якщо так, то чи було руйнування частковим або повним?• Чи було привласнено певне майно?• За яких обставин відповідне майно було зруйновано або привласнено?• Які були наслідки привласнення майна?• Чи була власність приватною або державною за своїм характером?	<ul style="list-style-type: none">• Свідок, що описує систематичну практику противника по виселенню людей з їх будинків і вилученню їх майна в ході військових операцій.• Звіти військової поліції, що підтверджують, що цивільні особи були вигнані зі своїх будинків, а їхні квартири були пограбовані виконавцями.• Наявність "слідів" (тобто попадання снаряда) на житлових будинках.• Свідок, директор школи в Гостомелі, засвідчив, що російські збройні сили, які окупували селище, знищили понад 250 комп'ютерів, меблі та практично всі вікна і двері в школі, і поділився фотографіями руйнувань.• Відеозапис під час і після обстрілу, що підтверджує, що лікарня та низка житлових будинків були зруйновані.• Доповідь ООН, в якій зазначається,

⁶⁸³ Рішення суду у справі *Прліча*, пп. 122, 129; Рішення суду у справі *Блашкича*, п. 149; Рішення суду у справі *Кордіча і Черкеза*, п. 341; Рішення суду у справі *Брданіна*, зноски 1490-1491.

⁶⁸⁴ Рішення суду у справі *Прліча*, п. 129.

⁶⁸⁵ Рішення суду у справі *Брданіна*, зноска 1490.

		що під час свого візиту до Чернігова представники місії побачили десятки будинків та інших будівель, які були зруйновані або пошкоджені під час спроби російських збройних сил захопити місто.
Чи свідчать докази про те, що руйнування або привласнення не було виправдане воєнною необхідністю?	<ul style="list-style-type: none"> • Яке майно було зруйновано або привласнено? • Де була розташована відповідна власність? • Якою була мета / використання відповідного майна? Як воно використовувалось потерпілими? • Яку військову перевагу отримав виконавець, зруйнувавши або привласнивши майно? • Чи сприяло привласнення або руйнування майна військовим зусиллям виконавця? Як? • Наскільки важливим було зруйноване або привласнене майно для отримання військової переваги в конкретному нападі / операції? 	<ul style="list-style-type: none"> • Спостерігач міжнародної місії свідчить, що солдати розбивали вітрини магазинів і грабували все, що знаходили, включаючи автомобілі, хліб, ручки і папір, меблі і побутову техніку, предмети, які, як вважається, не мають прямого військового призначення. • Оперативні військові звіти, що підтверджують, що відбувалися необмежені грабежі, і підрозділи не контролювалися після звільнення міста, що унеможливлювало реєстрацію всієї військової здобичі. • Супутникові знімки, що показують руйнування, які сталися в цивільному районі, без видимих військових цілей у цьому районі. • Свідчення місцевих жителів про те, що вони бачили, як російські солдати, які окупували їхнє місто, крали з магазинів і будинків продукти харчування та алкоголь, особисті речі, коштовності, комп'ютери та побутову техніку, таку як пральні машини та мікрохвильові печі. • Вивішений розклад руху поїздів, який свідчить про те, що на момент руйнування залізнична станція використовувалася в цивільних цілях.
Чи свідчать докази про те, що руйнування або привласнення було масштабним і здійснювалося незаконно і безглуздо?	<ul style="list-style-type: none"> • Який був масштаб руйнування або привласнення? • Скільки одиниць майна було зруйновано або присвоєно? • Яку цінність мало зруйноване чи привласнене майно? • Як масштаб зруйнованих або привласнених об'єктів/власності співвідноситься із загальним масштабом таких об'єктів/власності в даному місті/селищі/селі? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення місцевих жителів про те, що російські окупанти чинили масові мародерства, а подекуди і безглузді руйнування. Мешканці бачили, як солдати крадуть з магазинів і будинків продукти харчування та алкоголь, особисті речі, коштовності, комп'ютери та побутову техніку, наприклад, пральні машини та мікрохвильові печі. • Звіти військової поліції, які свідчать про те, що виконавець здійснював

	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була власність цивільною за своїм характером або використовувалася в цивільних цілях? • Чи був виконавець спеціально націлений на руйнування майно або це було випадковим? • Яку військову перевагу отримав виконавець, зруйнувавши відповідне майно? Чи було це пропорційно? 	<p>нагляд і віддавав накази про розграбування і привласнення майна.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Сліди від ударів снарядів, що вказують на масштаб руйнувань і відсутність поблизу військових об'єктів. • Доповідь ООН свідчить, що під час свого візиту до Чернігова, Місія побачила великі воронки і руйнування, які вказують на те, що щонайменше шість боєприпасів впали в радіусі близько 130 метрів, завдавши значної шкоди навколишній інфраструктурі. • Супутникові знімки, що показують руйнування цивільного села. • Європейська моніторингова місія, МКЧХ і ООН повідомляють, що 90% мусульманських будинків муніципалітету і його мечеть були зруйновані.
<p>Чи свідчать докази про те, що знищене майно було захищено відповідно до однієї або декількох Женевських конвенцій?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Яке майно було знищено або привласнено виконавцем? • Чи було відповідне майно лікарнею або іншим стаціонарним медичним закладом? • Чи було відповідне майно наземним, морським або повітряним медичним транспортом? • Чи знаходилося зруйноване або привласнене майно на окупованій території? • Чи існує якась закономірність щодо того, які види майна стали ціллю виконавця? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, що пояснює мету захоплення деяких цивільних поселень, які згодом були зруйновані. • Міністерство юстиції України повідомило, що “майже 4000 українських підприємств або організацій втратили власність” в окупованому Росією Криму. • Свідок засвідчив, що зруйнована будівля була лікарнею, яка була чітко позначена як така. • Європейська моніторингова місія повідомляє, що приватні будинки були спалені дотла. • У новинах повідомляється, що біля маріупольського театру, який був обстріляний російськими збройними силами, на землі зовні було написано російською мовою “дети” (діти). • Звіти Human Rights Watch, що описують знищення цивільного майна збройною групою.

Таблиця 27: Стаття 8(2)(а)(iv) Підказки для фахівців-практиків

3.2.20 Воєнний злочин примусу до служби у ворожих силах (стаття 8(2)(а)(v), Римський статут)

Стаття 8(2)(а)(v) Римського статуту забороняє примус до служби у ворожих силах,⁶⁸⁶ який відбудеться, коли виконавець примушуватиме одну чи більше осіб через дії чи погрози брати участь у військових операціях проти власної країни чи її сил чи іншим чином служити в силах ворожої держави під час міжнародного збройного конфлікту.

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“ККУ”) не називає примус до служби у ворожих військах воєнним злочином, це діяння підпадає під категорію “інших порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). “Примушування [військовополоненого або особи, яка перебуває під захистом] до служби у військах ворожої держави” є серйозним порушенням Третьої та Четвертої Женевських конвенцій. Оскільки Україна є стороною Третьої та Четвертої Женевських конвенцій, така поведінка, якщо вона вчинена проти осіб, які перебувають під захистом цих конвенцій, може бути кваліфікована як примушування до служби у військах ворожої держави за статтею 438(1) ККУ.

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набуде чинності) спеціальний воєнний злочин “примушування військовополоненого або іншої особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, служити в збройних силах протилежної сторони конфлікту” за частиною 2 статті 438 ККУ. Це положення загалом узгоджується з контекстуальними елементами та конкретними елементами воєнного злочину примусової служби у ворожих силах, які містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁶⁸⁷

1. Виконавець шляхом дії чи погроз примусив одну чи більше осіб брати участь у військових операціях проти власної країни чи її сил чи іншим чином служити в силах ворожої держави.
2. Така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р..
3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

⁶⁸⁶ Римський статут, Стаття 8(2)(а)(v). Римський статут також криміналізує “примушування громадян ворожої сторони до участі у операціях війни, спрямованих проти їхньої власної країни” відповідно до Статті 8(2)(b)(xv). Воєнний злочин примусу до служби у ворожих силах також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, Стаття 2(e); Закон про НСПК, Стаття 6.

⁶⁸⁷ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(а)(v).

3.2.20.1 Елемент перший: виконавець примусив одну або більше осіб, дією або погрозою, взяти участь у військових операціях проти власної країни або сил цієї особи або іншим чином служити в силах ворожої держави

Щоб встановити цей елемент, фахівці-практики повинні спробувати ідентифікувати дію або погрозу, які змусили потерпілу особу вступити до ворожих сил.⁶⁸⁸ Примус шляхом дії може включати викрадення, побиття або використання наркотичних засобів щодо захищених особи/осіб.⁶⁸⁹ Примус шляхом погрози має місце, коли “такі погрози, які можуть бути явними або неявними, викликають у потерпілої особи обґрунтований страх, що вона чи третя особа піддадуться насильству, затриманню, примусу чи психологічному пригніченню”.⁶⁹⁰

Воєнний злочин примусу до військової служби матиме місце, якщо особа або особи змушені брати участь у військових операціях чи роботі військового характеру *проти своєї власної країни або іншим чином служити в силах ворожої держави*. Це також стосується ситуацій, коли потерпіла особа змушена служити у збройних силах, які є союзними силами для виконавця.⁶⁹¹ Цей елемент не обмежується ситуаціями, коли громадяни окупованої території змушені *служити* проти власної країни. Наприклад, цивільних осіб не можна реквізувати на такі роботи, як “будівництво укріплень, траншей або повітряних баз”, а також не можна виконувати примусову роботу в стратегічних або тактичних інтересах армії”.⁶⁹²

3.2.20.2 Елемент другий: така особа або особи були захищені однією або кількома Женевськими конвенціями 1949 р.

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.2.

3.2.20.3 Елемент третій: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.3.

3.2.20.4 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (*див.* розділи 3.1 і 3.3).

⁶⁸⁸ О. Триффтерер і К. Амбос, *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3-е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) (“Триффтерер і Амбос, Коментар”), с. 293.

⁶⁸⁹ Матриця справи, Засоби Обробки Доказу, Стаття 8(2)(а)(v).

⁶⁹⁰ *Прокурор проти Анто Фурунджії*, IT-95-17/1-T, Рішення, 10 грудня 1998, п. 174.

⁶⁹¹ Триффтерер і Амбос, *Коментар*, с. 344.

⁶⁹² *Прокурор проти Сіміча*, IT-95-9-T, Рішення, 17 жовтня 2003, п. 88 (цитує Четверту Женевську конвенцію, статтю 51(2); *Див. також* Ж. Пікте (ред.), *Коментар до Четвертої Женевської конвенції: Конвенція (IV) Про захист цивільного населення під час війни* (МКЧХ 1958) (“Коментар до Четвертої Женевської конвенції”), с. 294, і Д. Флек (ред.), *Довідник з гуманітарного права у збройних конфліктах* (2-е видання, OUP 1999); розділ 564, п. 3, с. 264).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи докази встановлюють, що виконавець шляхом дії чи погроз примусив одну чи більше осіб брати участь у військових операціях проти власної країни чи її сил чи іншим чином служити в силах ворожої держави?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи проходила потерпіла особа військову службу в силах ворожої держави? • Чому потерпіла особа проходила військову службу в силах ворожої держави? • Які юридичні та/або фактичні наслідки існували для такої особи у разі не проходження військової служби? • Чи застосовувалась якась пропаганда та/або тиск, спрямовані на забезпечення добровільного вступу до військ ворожої держави? • Чи виконавець примусив потерпілу особу дією до проходження військової служби? Якщо так, то яким чином? • Чи надходили потерпілій особі погрози від виконавця? Якщо так, то які? • Яку роботу просили/вимагали виконати від потерпілої особи, і де? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпілий свідчив про те, що його примушували виконувати завдання на користь ворожих сил, пов'язані з транспортуванням їжі та боеприпасів, збором тіл, а також проведенням пошукових операцій. • Позання свідків про примусовий призов чоловіків російськими військами, що відбувався на окупованих територіях, зокрема, в Криму, Донецькій, Херсонській та Запорізькій областях. • Військові накази, видані виконавцем/ виконавцями щодо примусу однієї чи кількох осіб до служби в силах ворожої держави. • Документальний відеофільм зі свідченнями, фотографіями та іншими доказами примусового залучення дітей-солдатів до збройного угруповання. • Супутникові знімки казарм, де утримувалися військовополонені до участі в операціях проти власної країни. • Звіти ЮНІСЕФ, які вказують на те, що збройне угруповання змушувало дітей вчиняти насильницькі дії та приєднуватися до їхніх сил в обмін на збереження їхнього життя.
<p>Чи докази свідчать, що потерпіла особа чи особи була/и захищена/і однією або кількома Женевськими конвенціями 1949 р., а виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус?</p>	<ul style="list-style-type: none"> <input type="checkbox"/> Ким була потерпіла особа? <input type="checkbox"/> Чи належали потерпілі до однієї з категорій захищених осіб? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи була потерпіла особа хворим, пораненим чи постраждалим від корабельної аварії членом збройних сил, який припинив участь у бойових діях? ○ Чи була потерпіла особа військовополоненим чи затриманою особою? ○ Чи була потерпіла особа цивільною особою, яка опинилася під владою іноземної держави через конфлікт чи окупацію? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що виконавці перевозили цивільних осіб на вантажівках до районів, де велися активні бойові дії, і примушували їх виконувати такі завдання, як збирання трупів та збір розвідувальних даних. • Звіт командира з навчань про те, що військовополонених змусили рити окопи. • Відео із зображенням повстанців, які змушують цивільних осіб переносити важкі вантажі награвованого під дулом зброї в інше місце. • Звіти ЮНІСЕФ, які вказують на те, що збройне угруповання змусило персонал цивільного захисту вчинити насильницькі дії та

	<ul style="list-style-type: none"> ○ Чи належала потерпіла особа до медичного чи релігійного персоналу? ○ Чи була потерпіла особа парламентарем? ○ Чи була потерпіла особа працівником цивільного захисту? ○ Чи було доручено потерпілій особі охороняти культурні цінності? ● Чи є обставини, що вказують на те, що виконавець знав, що потерпіла особа має статус захищеної особи? ● Чи свідчать обставини злочину про те, що виконавець міг знати про статус потерпілого як захищеної особи? 	<p>приєднатися до їхніх сил в обмін на збереження їхнього життя.</p>
--	---	--

Таблиця 28: Стаття 8(2)(а)(v) Підказки для фахівців-практиків

3.2.21 Воєнний злочин позбавлення права на справедливий суд (стаття 8(2)(а)(vi), Римський статут)

Стаття 8(2)(а)(vi) забороняє воєнний злочин, що полягає в умисному позбавленні військовополоненого або іншої особи, що перебуває під захистом, права на справедливий і звичайний суд під час міжнародного збройного конфлікту.⁶⁹³

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить відмову у справедливому судовому розгляді до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1) КК України. Умисне позбавлення військовополоненого або особи, що перебуває під захистом, права на справедливий і регулярний суд є серйозним порушенням Третьої та Четвертої Женевських конвенцій,⁶⁹⁴ а також Додаткового протоколу I.⁶⁹⁵ Оскільки Україна є учасницею Третьої та Четвертої Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I, такі дії, якщо вони

⁶⁹³ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 8(2)(а)(vi). Римський статут також криміналізує в неміжнародних збройних конфліктах винесення вироків і виконання смертних вироків без попереднього судового рішення, винесеного постійно діючим судом, забезпечуючи всі судові гарантії, які, як правило, визнаються необхідними згідно зі статтею 8(2)(с)(iv). Воєнний злочин, що полягає у позбавленні права на справедливий суд, також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Рада Безпеки ООН, Резолюція 827: Статут Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (25 травня 1993 року, остання поправка внесена 9 липня 2009 року) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), стаття 2(f); Рада Безпеки ООН, Резолюція 1315: Статут Спеціального суду для Сьєрра-Леоне (16 січня 2000 року) S/RES/1315 (“Статут СССЛ”), стаття 3(g); ООН та Королівський уряд Камбоджі, Закон про створення надзвичайних палат у судах Камбоджі для переслідування злочинів, скоєних у період демократичної Кампучії (27 жовтня 2004 року) NS/RKM/1004/006 (“Закон про надзвичайні палати”), стаття 6.

⁶⁹⁴ Третя Женевська конвенція, стаття 130; Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁶⁹⁵ Додатковий протокол I, стаття 85(4)(e).

вчиняються проти осіб, які перебувають під захистом Женевських конвенцій, можуть бути кваліфіковані як умисне позбавлення права на справедливий суд за ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набуде чинності) спеціальний склад воєнного злочину “позбавлення особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, права на справедливе і належне судочинство” відповідно до ч. 4 ст. 438.2 КК України. Це положення охоплює по суті ті ж самі контекстуальні елементи та конкретні елементи злочину позбавлення права на справедливий суд, що містяться у Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁶⁹⁶

1. Виконавець позбавив одну або більше осіб справедливого і регулярного суду шляхом відмови в судових гарантіях, визначених, зокрема, у Третій і Четвертій Женевських конвенціях 1949 року.
2. Така особа або особи перебували під захистом однієї або декількох Женевських конвенцій 1949 року.
3. Виконавець знав про фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус.
4. Діяння відбулося в контексті міжнародного збройного конфлікту і було пов'язана з ним.
5. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що встановлюють наявність збройного конфлікту.

3.2.21.1 Елемент перший: виконавець позбавив одну або більше осіб справедливого і звичайного суду шляхом відмови в судових гарантіях, визначених, зокрема, у Третій і Четвертій Женевських конвенціях 1949 року

Конкретні гарантії справедливого судового розгляду, про які йдеться в цьому елементі, викладені в численних положеннях Третьої та Четвертої Женевських конвенцій.⁶⁹⁷ Ці гарантії можна підсумувати таким чином:⁶⁹⁸

3.2.21.1.1 Право обвинуваченого бути судимим незалежним і неупередженим судом

Стаття 84(2) Третьої Женевської конвенції захищає право військовополонених бути судимими незалежним і неупередженим судом.⁶⁹⁹ Це право буде порушено, якщо справа

⁶⁹⁶ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 року (зі змінами)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), стаття 8(2)(a)(vi).

⁶⁹⁷ Див. Третя Женевська конвенція, статті 71-75, 99-108; Четверта Женевська конвенція, стаття 126.

⁶⁹⁸ О. Тріфтерер і К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3е вид., С.Н. Веєк, Hart, Nomos 2016), с. 344, п. 138.

⁶⁹⁹ Третя Женевська конвенція, стаття 48(2). Див. також, *Прокурор проти Каїнга Гука Еава (псевдонім Дуть)*, 001/18-07-2007/ЕССС/ТС, Судове рішення, 26 липня 2010 р., п.п. 458-459.

військовополоненого буде розглядатися судом (військовим або цивільним), який не відповідає мінімальним стандартам незалежності та неупередженості.⁷⁰⁰

- **“Незалежність”** визначається як “функціональний атрибут, який означає, що установа або особа, яка нею володіє, не підпорядковується зовнішній владі і має повну свободу у прийнятті рішень”.⁷⁰¹
- **“Неупередженість”** має два аспекти: (i) судді повинні бути вільними від особистої упередженості або заангажованості;⁷⁰² і (ii) Суд повинен бути *об’єктивно* неупередженим, тобто він повинен здаватися об’єктивному спостерігачеві неупередженим.⁷⁰³

3.2.21.1.2 *Право обвинуваченого бути негайно повідомленим про правопорушення, у вчиненні якого він обвинувачується*

Це право захищене Третьою та Четвертою Женевськими конвенціями.⁷⁰⁴ Відповідно до Третьої Женевської конвенції, повідомлення має бути зроблено якнайшвидше і містити таку інформацію:⁷⁰⁵

1. Ім’я та звання військовополоненого;
2. Місце інтернування або ув’язнення;
3. Детальний виклад обвинувачення, включно із застосовними правовими положеннями; і
4. Суд, в якому має розглядатися справа, включно з датою і місцем проведення засідання

3.2.21.1.3 *Права та засоби захисту*

Відповідно до Женевських конвенцій, жодна особа, яка перебуває під захистом, не може бути засуджена “без надання їй можливості захищати себе особисто та користуватися допомогою кваліфікованого захисника або консультанта”.⁷⁰⁶ Якщо обвинувачений не обирає

⁷⁰⁰ Коментар Міжнародного комітету Червоного Хреста 2020 року до Женевської конвенції (III) про поводження з військовополоненими (12 серпня 1949 року) (“Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020)”), стаття 48, п.п. 3596-3597.

⁷⁰¹ Прокурор проти Нахімани та ін., справа № ICTR-99-52-A, Апеляційне рішення, 28 листопада 2007 року (“Апеляційне рішення у справі Нахімани”), п. 19; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), п. 3611.

⁷⁰² Комітет ООН з прав людини (“КПЛ”), “Загальний коментар 32: Стаття 14: Право на рівність перед судами і трибуналами та на справедливий судовий розгляд”, ССРР/С/ГС/32, 23 серпня 2007 р., п. 21; ЄСПЛ, справа “Інкал проти Туреччини” (*Incal v. Turkey*), заява № 22678/93, Рішення, 9 червня 1998 р., п. 65.

⁷⁰³ КПЛ, “Загальний коментар 32: стаття 14: Право на рівність перед судами і трибуналами та на справедливий судовий розгляд”, ССРР/С/ГС/32, 23 серпня 2007 р., п. 21; Прокурор проти Фурунджії (*Prosecutor v. Furundžija*), IT-95-17/1-A, Апеляційне рішення, 21 липня 2000 р., п.п. 189-191; Прокурор проти Галіча, IT-98-29-A, Апеляційне рішення, 30 листопада 2006 року, п.п. 37-41; Прокурор проти Акаїєсу, ICTR-96-4-T, Апеляційне рішення, 23 листопада 2001 року, п.п. 203-207; Апеляційне рішення у справі Нахімани, п.п. 47-50.

⁷⁰⁴ Третя Женевська конвенція, стаття 104; Четверта Женевська конвенція, стаття 71(2).

⁷⁰⁵ Третя Женевська конвенція, стаття 104.

⁷⁰⁶ Третя Женевська конвенція, статті 99; 105; Четверта Женевська конвенція, стаття 72. Див. також, Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини, з поправками), ETS №

захисника, держава, що тримає в полоні, повинна призначити його в інтересах такої особи.⁷⁰⁷ Військовополоненим також гарантується право викликати свідків і користуватися послугами перекладача, якщо це необхідно.⁷⁰⁸

3.2.21.1.4 *Принцип індивідуальної кримінальної відповідальності*

Відповідно до статті 33 Четвертої Женевської конвенції, “жодну особа, що перебуває під захистом, не може бути покарано за злочин, якого вона не вчиняла особисто”.⁷⁰⁹ Відповідно до принципу індивідуальної кримінальної відповідальності, колективні покарання заборонені.⁷¹⁰ Колективні покарання перелічені як воєнні злочини у статутах Міжнародного трибуналу щодо Руанди та Спеціального суду по Сьєрра-Леоне (“СССЛ”).⁷¹¹ Апеляційна палата СССЛ визначила об’єктивну сторону колективного покарання як “невибіркове покарання, що накладається колективно на осіб за дії або бездіяльність, за які деякі з них, або ніхто з них могли, або не могли нести відповідальність”.⁷¹²

3.2.21.1.5 *Принцип nullo in crimine sine lege*

Відповідно до принципу *nullo in crimine sine lege*, “жоден військовополонений не може бути судимий або засуджений за діяння, яке не заборонено законом держави, що тримає в його полоні, або міжнародним правом, чинним на час вчинення цього діяння”.⁷¹³ Важливо, що особа може бути притягнута до відповідальності за міжнародний злочин, навіть якщо відповідне діяння не було кримінально караним згідно з внутрішнім законодавством держави, що тримає в полоні, на момент вчинення такого діяння.⁷¹⁴ У такому разі злочин має бути передбачений міжнародним правом, тобто договірним правом або міжнародним

005, Відкрита для підписання 4 листопада 1950 року, набула чинності 3 вересня 1953 року (“ЄКПЛ”), стаття 6(3); Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (прийнятий і відкритий для підписання, ратифікації та приєднання резолюцією 2200А (XXI) Генеральної Асамблеї від 16 грудня 1966 року, набув чинності 23 березня 1976 року, відповідно до статті 49) 999 UNTS 171 (“МПГПП”), стаття 14(3)(b). Крім того, правило “Ніхто не може бути засуджений або покараний інакше як на підставі справедливого судового розгляду з наданням усіх необхідних судових гарантій” є нормою звичаєвого МПП, МКЧХ, База даних звичаєвого МПП, Правило 100.

⁷⁰⁷ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), п. 4083.

⁷⁰⁸ Третя Женевська конвенція, стаття 105; Четверта Женевська конвенція, стаття 72.

⁷⁰⁹ Четверта Женевська конвенція, стаття 33; Третя Женевська конвенція, стаття 87.

⁷¹⁰ Третя Женевська конвенція, стаття 87; Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), п.п. 3688-3696.

⁷¹¹ Рада Безпеки ООН, Резолюція 955: Статут Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, скоєні на території Руанди, та громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, скоєні на території сусідніх держав, у період з 1 січня 1994 року по 31 грудня 1994 року (8 листопада 1994 року, остання поправка внесена 14 серпня 2002 року) S/RES/955 (“Статут МКТР”), стаття 4(b); Статут МКТР, стаття 3(b). *Див. також, Прокурор проти Фофани та Кондеви*, SCSL-04-14-A, Апеляційне рішення, 28 травня 2008 року (“Апеляційне рішення у справі Фофани та Кондеви”), с. 190-191, п. 7; *Прокурор проти Сесая та ін.*, SCSL-04-15-T, Судове рішення, 2 березня 2009 року, с. 684, п. 2.

⁷¹² Апеляційне рішення у справі Фофани та Кондеви, п.п. 223-224.

⁷¹³ Третя Женевська конвенція, стаття 99; Четверта Женевська конвенція, стаття 67.

⁷¹⁴ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), стаття 99, п. 3959: “Посилання на міжнародне право в статті 99(1) чітко вказує на те, що військовополонений може бути притягнутий до відповідальності за міжнародний злочин, навіть якщо поведінка, про яку йдеться, не була заборонена внутрішнім законодавством держави, що тримає в полоні, на момент вчинення діяння. [...] Це положення не є винятком з принципу законності, а скоріше поширенням цього принципу на міжнародні правові норми, тим самим також захищаючи військовополонених від ретроактивного застосування міжнародних кримінальних норм.”

звичаєвим правом.⁷¹⁵ Якщо міжнародний злочин ґрунтується на договірному праві, цей договір має бути обов'язковим як для держави, що тримає в полоні, так і для держави, від якої військовополонений залежав на момент його вчинення.⁷¹⁶ На міжнародне звичаєве право також можна посилатися за умови, що норма, на яку посилаються, є “чіткою і однозначною”.⁷¹⁷

3.2.21.1.6 Принцип non bis in idem

Також відомий як заборона “подвійного притягнення до відповідальності”, принцип *non bis in idem* означає, що “жоден військовополонений або інтернований “не може бути покараний більше одного разу за одне і те ж діяння або за одним і тим же звинуваченням””.⁷¹⁸ Часто однакова поведінка (або “діяння”) може становити низку різних міжнародних злочинів.⁷¹⁹ Наприклад, якщо особа вбила іншу особу, ця поведінка може переслідуватися у судовому порядку як воєнний злочин у вигляді умисного вбивства, злочин проти людяності у вигляді вбивства або злочин геноциду, вчиненого шляхом вбивства членів угруповання.⁷²⁰ За таких обставин принцип *non bis in idem* захищає обвинуваченого від множинних звинувачень, засуджень або покарань за одне й те саме діяння.

3.2.21.1.7 Право бути повідомленим про право на оскарження

Стаття 106 Третьої Женевської конвенції та стаття 73 Четвертої Женевської конвенції передбачають, що засудженим особам гарантується право на оскарження будь-якого вироку “з метою скасування або перегляду вироку чи поновлення судового розгляду”.⁷²¹ Це право має бути доведено до відома обвинуваченого, включно зі всією необхідною інформацією для своєчасного початку апеляційного провадження.⁷²²

3.2.21.1.8 Інші базові гарантії, передбачені статтею 75 Додаткового протоколу I

Включення слів “зокрема” в Елемент перший означає, що воєнний злочин позбавлення справедливого суду, може бути скоєний, якщо відмовлено в інших гарантіях, ніж ті, що містяться в Третій і Четвертій Женевських конвенціях.⁷²³

Зокрема, стаття 75 Додаткового протоколу I встановлює низку основних судових гарантій, які застосовуються до всіх, хто потрапляє до рук ворога і не користується більш

⁷¹⁵ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), стаття 99, п. 3956.

⁷¹⁶ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), стаття 99, п. 3960.

⁷¹⁷ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), стаття 99, п. 3960.

⁷¹⁸ Третя Женевська конвенція, стаття 86; Четверта Женевська конвенція, стаття 117. Див. також, МПГПП, стаття 14(7).

⁷¹⁹ Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), стаття 99, п. 3650.

⁷²⁰ Римський статут, статті 8(2)(a)(i), 7(1)(a), і 6(a), відповідно.

⁷²¹ Третя Женевська конвенція, стаття 106; Четверта Женевська конвенція, стаття 73.

⁷²² Коментар МКЧХ до Женевської конвенції III (2020), стаття 99, п. 4161.

⁷²³ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(a)(vi), Елемент перший; О. Трифтерер і К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3^є вид., С.Н. Веєк, Hart, Nomos 2016), с. 345, п. 139.

сприятливим режимом відповідно до МГП.⁷²⁴ До них відносяться такі права, які не загадуються в Женевських конвенціях:

- Презумпція невинуватості;⁷²⁵
- Право обвинуваченого бути присутнім на судовому процесі;⁷²⁶
- Право обвинуваченого не свідчити проти себе і не визнавати себе винним;⁷²⁷ і
- Право обвинуваченого на публічне оголошення вироку.⁷²⁸

3.2.21.2 Елемент другий: така особа або особи були захищені відповідно до однієї або декількох Женевських конвенцій 1949 року

Детальне пояснення цього елемента наведено в розділі 3.2.15.2.

3.2.21.3 Елемент третій: виконавець знав про фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус

Детальне пояснення цього елемента наведено в розділі 3.2.15.3.

3.2.21.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівці-практики повинні також шукати інформацію про загальний контекстуальний елемент, спільний для всіх воєнних злочинів, а також про елементи суб'єктивної сторони, передбачені статтею 30 (див. розділи 3.1 та 3.3).

Елемент	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець позбавив одну або більше осіб права на справедливий суд?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи було відмовлено особі у праві на справедливий суд? Наприклад: • Чи були обвинувачені притягнуті до відповідальності без повідомлення про висунуті проти них обвинувачення? • Чи було відмовлено обвинуваченому в доступі до правової допомоги? • Чи було відмовлено обвинуваченому в можливості викликати свідків? • Чи примушували обвинуваченого визнати свою вину або обмовити себе? • Чи було обвинуваченому пред'явлено обвинувачення у злочині, який не був 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення потерпілого про те, що він постав перед судом без надання правової допомоги кваліфікованого адвоката. • Стенограми судових засідань, які свідчать про те, що потерпілому було відмовлено у можливості викликати свідка. • Відеозапис судового засідання, на якому видно, що обвинувачений (потерпілий) не був присутній на судовому засіданні, без будь-яких вказівок на те, що він відмовився від свого права бути присутнім. • Копія обвинувального акту, з якого вбачається, що потерпілий обвинувачується у вчиненні

⁷²⁴ Додатковий протокол I, стаття 75.

⁷²⁵ Додатковий протокол I, стаття 75(4)(d).

⁷²⁶ Додатковий протокол I, стаття 75(4)(e).

⁷²⁷ Додатковий протокол I, стаття 75(4)(f).

⁷²⁸ Додатковий протокол I, стаття 75(4)(i).

	<p>передбачений законодавством держави, що тримає в полоні, на момент його вчинення?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи було відмовлено обвинуваченому в можливості бути присутнім на судовому процесі над ним? 	<p>злочину, який на момент його вчинення не був передбачений національним законодавством або міжнародним правом.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілих про те, що вони були затримані російськими військами після окупації їхнього міста, їм не повідомили про причини затримання, і їхнє затримання ніколи не переглядалося судовим органом. • Звіт наглядача за судовим процесом, в якому зафіксовано декілька порушень права потерпілого на справедливий судовий розгляд під час суду.
--	---	---

Таблиця 29: Стаття 8(2)(a)(vi) Підказки для фахівців

3.2.22 Воєнний злочин незаконної депортації та переміщення (стаття 8(2)(a)(vii)-1, Римський статут)

Стаття 8(2)(a)(vii)-1 Римського статуту забороняє воєнний злочин незаконної депортації та переміщення,⁷²⁹ який трапляється, коли виконавець депортує або переміщує одну або більше осіб до іншої держави або в інше місце під час міжнародного збройного конфлікту.⁷³⁰

У статті 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) йдеться про “вигнання цивільного населення для примусових робіт”. Однак цей воєнний злочин буде застосовуватися лише тоді, коли метою депортації є залучення цивільного населення до примусової праці. Тим не менш, депортація та переміщення з будь-якою незаконною метою, а не лише для примусової праці, також охоплюються “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Дійсно, “незаконна депортація або переміщення” осіб, які перебувають під захистом, вважається серйозним порушенням Четвертої Женевської конвенції.⁷³¹ Оскільки Україна є учасницею Четвертої Женевської конвенції, така поведінка, якщо вона вчинена проти осіб, які перебувають під захистом цієї Конвенції, може бути кваліфікована як незаконна депортація або переміщення за ст. 438(1) КК України.

⁷²⁹ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 8(2)(a)(vii).

⁷³⁰ Воєнний злочин незаконної депортації та передачі також заборонений у таких міжнародно-правових документах: ООН, Статут Міжнародного військового трибуналу - Додаток до Угоди про переслідування і покарання головних військових виконавців європейської “осі” (8 серпня 1945 р.) UNTS 280 р. 1951 р. (“Нюрнберзький статут”), ст. 6(b); ООН, Статут Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу (19 січня 1946 р.), TIAS 1589 (“Токійський статут”), ст. 5(b); Рада Безпеки ООН, Резолюція 827: Статут Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (25 травня 1993 року, остання поправка внесена 9 липня 2009 року) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), стаття 2(g); та ООН і Королівський уряд Камбоджі, Закон про створення надзвичайних палат у судах Камбоджі для судового переслідування злочинів, скоєних у період демократичної Кампучії (27 жовтня 2004 року) NS/RKM/1004/006 (“Закон про надзвичайні палати”), стаття 6.

⁷³¹ Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набуде чинності) специфічний склад воєнного злочину “депортація населення, тобто примусове, і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) однієї чи кількох осіб з місцевості, на території якої вони законно перебували, на територію іншої держави” за статтею 438.2(1) та “насильницьке переміщення населення, тобто, примусове і за відсутності підстав, передбачених міжнародним правом, переміщення (виселення) однієї чи кількох осіб з місцевості, на території якої вони законно перебували, до іншої місцевості у межах однієї держави” за статтею 438.2(2) КК України. Це положення охоплює ті ж самі контекстуальні елементи та специфічні ознаки злочину незаконної депортації та переміщення як воєнного злочину, що містяться у Римському статуті та Елементах злочинів МКС.

Елементами цього злочину є:⁷³²

1. Виконавець депортував або перемістив одну чи більше осіб до іншої держави або в іншу місцевість.
2. Така особа або особи перебували під захистом однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.
3. Виконавець знав про фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус.
4. Діяння відбулося в контексті міжнародного збройного конфлікту і була пов'язана з ним.
5. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що встановлюють наявність збройного конфлікту.

3.2.22.1 Елемент перший: виконавець депортував або перемістив одну чи більше осіб до іншої держави або в іншу місцевість

Для того, щоб задовольнити перший елемент, докази повинні встановити, що особи, які перебувають під захистом (див. Елемент 2), були депортовані в іншу державу або переведені в інше місце. Переміщення або переселення повинно бути насильницьким,⁷³³ що розуміється як застосування не тільки фізичної сили, а й інших засобів фізичного або нефізичного примусу.⁷³⁴ Це означає, що воєнний злочин депортації не буде встановлений, якщо особи виїхали добровільно.⁷³⁵ Прості погрози застосування сили, фізичного або

⁷³² Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 року (зі змінами)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), стаття 8(2)(a)(vii)-1.

⁷³³ Четверта Женевська конвенція, стаття 49(1): “Забороняється, незалежно від мотивів, здійснювати примусове індивідуальне чи масове переселення або депортацію осіб, що перебувають під захистом, з окупованої території на територію окупаційної держави або на територію будь-якої іншої держави, незалежно від того, окупована вона чи ні”.

⁷³⁴ Прокурор проти Налетіліча та Мартиновича, IT-98-34-T, Судове рішення, 31 березня 2003 року (“Судове рішення у справі Налетіліча та Мартиновича”), п.п. 519; Прокурор проти Крстіча, IT-98-33-T, Судове рішення, 2 серпня 2001 року (“Судове рішення у справі Крстіча”), п. 528; Прокурор проти Прліча та ін., IT-04-74-T, Судове рішення, 29 травня 2013 року (“Судове рішення у справі Прліча та ін.”), п. 50.

⁷³⁵ О. Тріфтерер і К. Амбос (ред.), Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар (3е вид., С.Н. Векс, Hart, Nomos 2016) (“Тріфтерер і Амбос, Коментар”), с.с. 347-348; Ж. Пікте (ред.), Коментар до Четвертої Женевської конвенції: Конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни (МКЧХ 1958 р.) (“Коментар до Четвертої Женевської конвенції”), с. 279.

психічного примусу може бути достатньо для виконання цього елемента, “якщо населення, проти якого спрямована депортація, зіткнувшись з цією обстановкою примусу або цими погрозами, не має іншого вибору, окрім як покинути свою територію”.⁷³⁶ Військові командири або політичні лідери не можуть давати згоду від імені особи, наприклад, під час укладання угод про обмін населенням.⁷³⁷

Окрім демонстрації певної форми сили або примусу, докази повинні також вказувати, що сама депортація/переміщення була “незаконною”.⁷³⁸ Справді, не всі ситуації депортації/переміщення населення заборонені міжнародним гуманітарним правом. Тому фахівці повинні оцінити, чи може конкретна ситуація бути виправдана одним із законних винятків, передбачених Женевськими конвенціями.

Стаття 49(2) Четвертої Женевської конвенції передбачає, що “Держава, що окупує, може провести повну або часткову евакуацію даної місцевості, якщо цього вимагають інтереси безпеки населення або особливо вагомі причини військового характеру”.⁷³⁹ Якщо переміщення населення здійснюється на будь-якій з цих підстав - безпека населення або вагомі військові причини - це не може становити злочин депортації або насильницького переміщення.⁷⁴⁰ Насильницькі депортації або переміщення населення презюмуються як незаконні. Відповідно, тягар доведення наявності причин, пов’язаних з безпекою населення або у зв’язку з особливо вагомими причинами військового характеру, покладається на відповідну сторону.⁷⁴¹

У випадках, коли депортація або переміщення були виправдані з міркувань забезпечення безпеки населення або з особливо вагомих причин військового характеру, переміщені особи повинні бути повернуті до своїх домівок, як тільки це дозволить ситуація.⁷⁴² Таким чином, депортація, здійснена з законними цілями, може, тим не менш, стати незаконною, якщо населення не буде повернуто, як тільки бойові дії в цьому районі припиняться.

Ці виправдання, у свою чергу, будуть розглянуті нижче.

⁷³⁶ Судове рішення у справі *Прліча та ін.*, п. 50.

⁷³⁷ Судове рішення у справі *Налетіліча та Мартиновича*, п.п. 522-523.

⁷³⁸ Див. Четверта Женевська конвенція, стаття 147: “незаконна депортація чи переміщення...” (курсив додано).

⁷³⁹ Четверта Женевська конвенція, стаття 49(2); *Коментар до Четвертої Женевської конвенції*, с. 280: “Якщо в результаті воєнних операцій місцевість опиняється в небезпеці або може піддатися інтенсивному бомбардуванню, Держава, що окупує, має право і, за умови дотримання положень статті 5, зобов’язана евакуювати його частково або повністю, розмістивши жителів у місцях притулку. Те ж саме застосовується, коли присутність осіб, що перебувають під захистом, у певному районі перешкоджає військовим міркуванням.” Див. також, *Прокурор проти Стакіча*, ІТ-97-24-А, Апеляційне рішення, 22 березня 2006 (“Апеляційне рішення у справі Стакіча”), п. 284; Судове рішення у справі *Крстіча*, п. 524; *Прокурор проти Поповіча та ін.*, ІТ-05-88-Т, Судове рішення, 10 червня 2010 (“Судове рішення у справі Поповіча та ін.”), п. 901; *Прокурор проти Толіміра*, ІТ-05-88/2-Т, Судове рішення, 12 грудня 2012, п. 798; *Прокурор проти Станішича та Сіматовича*, ІТ-03-69-Т, Судове рішення, 30 травня 2013, (“Судове рішення у справі Станішича та Сіматовича”), п. 994.

⁷⁴⁰ Апеляційне рішення у справі *Стакіча*, п. 284.

⁷⁴¹ *Коментар до Четвертої Женевської конвенції*, с. 280.

⁷⁴² Четверта Женевська конвенція, стаття 49(2); Судове рішення у справі *Станішича та Сіматовича*, п. 994; Судове рішення у справі *Крстіча*, п. 524; *Прокурор проти Благовіча та Йокіча*, ІТ-02-60-Т, Судове рішення, 17 січня 2005 року (“Судове рішення у справі Благовіча та Йокіча”), п. 599; *Прокурор проти Крайшніка*, ІТ-00-39-Т, Судове рішення, 27 вересня 2006 року, п. 725.

3.2.22.1.1 Безпека населення

Евакуація дозволяється, якщо це необхідно для забезпечення безпеки населення, коли місцевість, в якій вони знаходяться, є небезпечним в результаті “військових дій” або “інтенсивного бомбардування”.⁷⁴³ Допускається тимчасове переміщення населення з метою запобігання нараженню його на серйозну небезпеку.⁷⁴⁴ Переміщення населення, однак, “не є виправданим, якщо гуманітарна криза, яка спричинила переміщення, сама по собі є результатом власної протиправної діяльності обвинуваченого”.⁷⁴⁵

3.2.22.1.2 Особливо вагомі причини військового характеру

Евакуація населення також є законною відповідно до МГП, коли “цього вимагають особливо вагомі причини військового характеру”.⁷⁴⁶ Вагомою причиною військового характеру може бути необхідність очищення зони бойових дій.⁷⁴⁷ МКЧХ чітко вказав, що таке виправдання має бути суворо обмеженим.⁷⁴⁸ МКЧХ також уточнив, що “особливо вагомі причини військового характеру не можуть бути виправдані політичними мотивами. Наприклад, було б заборонено переміщення населення з метою здійснення більш ефективного контролю над дисидентською етнічною групою”.⁷⁴⁹ При розгляді питання про те, чи застосовується це виправдання, фахівці повинні враховувати, чи дійсно існувала “військова або інша значна загроза фізичній безпеці населення, і чи була військова операція, про яку йдеться, “особливо вагомою”.⁷⁵⁰

Якщо є посилання на виправдання “особливо вагомих причин військового характеру”, фахівці мають розглянути фактичний мотив виконавців, щоб визначити, чи справжня мета полягала у вигнанні населення. Якщо метою було примусове виселення населення, то цей виняток не може бути застосований. У справі *Крстіча* Судова палата МТКЮ встановила, що середовища терору, в якій проводилася евакуація, доводить, що вона здійснювалася в рамках добре організованої політики, метою якої було вигнання боснійського мусульманського населення, а не захист цивільного населення або з вагомих причин військового характеру.⁷⁵¹

⁷⁴³ Коментар до Четвертої Женевської конвенції, с. 280; Судове рішення у справі *Благоєвіча та Йокіча*, п. 598.

⁷⁴⁴ Коментар до Четвертої Женевської конвенції, с. 280. Див. також, Коментар до Додаткових протоколів від 8 червня 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року (МКЧХ 1987) (“Коментар до Додаткових протоколів”), Додатковий протокол II, стаття 17, п. 4853. Зауважимо, що Додатковий протокол II застосовується лише до міжнародних збройних конфліктів - він згадується тут лише для того, щоб полегшити тлумачення виправдання “безпеки”.

⁷⁴⁵ Апеляційне рішення у справі *Стакіча*, п. 287.

⁷⁴⁶ Четверта Женевська конвенція, стаття 49(2).

⁷⁴⁷ МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 129.

⁷⁴⁸ Коментар до Додаткових протоколів, Додатковий протокол II, стаття 17, п. 4853; Коментар до Четвертої Женевської конвенції, с. 283.

⁷⁴⁹ Коментар до Додаткових протоколів, Додатковий протокол II, стаття 17, п. 4854; Коментар до Четвертої Женевської конвенції, с. 283.

⁷⁵⁰ Судове рішення у справі *Благоєвіча та Йокіча*, п. 598. Див. також Судове рішення у справі *Крстіча*, п. 526.

⁷⁵¹ Судове рішення у справі *Крстіча*, п. 527.

3.2.22.2 Елемент другий: така особа або особи перебували під захистом однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року

Детальне пояснення цього елемента наведено в розділі 3.2.15.2.

3.2.22.3 Елемент третій: виконавець знав про фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус

Детальне пояснення цього елемента наведено в розділі 3.2.15.3.

3.2.22.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівці-практики повинні також шукати інформацію про загальний контекстуальний елемент, спільний для всіх воєнних злочинів, а також про елементи суб'єктивної сторони, передбачені статтею 30 (див. розділи 3.1 та 3.3).

Елемент	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець депортував або перемістив одну або більше осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи були одна або більше осіб переміщені до іншої держави або переміщені в інше місце в межах держави? • Якими були обставини такого переміщення (коли, куди, ким і т.д.)? • Чи були потерпілі вислані злочинцем? • Чи спричинив виконавець переміщення шляхом фізичного насильства або інших примусових дій, як-от страх перед насильством, примус, затримання, психологічне пригнічення, зловживання владою або використання переваг обстановки примусу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення багатьох мешканців міста про те, що вони були змушені виїхати після серії невибіркових нападів. • Військовий документ, підписаний злочинцем, про те, що всі мешканці мають бути вивезені з певного регіону. • Аерофотознімки, що показують довгі черги людей, які залишають місто після нападу. • Звіт гуманітарної організації, що описує, як усіх місцевих мешканців примушували покинути місто після серії свавільних арештів/затримань членами окупаційної адміністрації. • Показання свідків про те, що їх утримували в ізоляторі тимчасового тримання до того, як перевезти через державний кордон. • Звіт міжнародної організації про примусове переміщення цивільного населення з Маріуполя на окуповані Росією території України та Росії. Ці переміщення відбувалися в примусовому середовищі через залучення військових, перебування Маріуполя в облозі і той факт, що там, де цивільні особи були готові виїхати, їм, тим не менш, не дозволяли виїхати на підконтрольні українській владі території.
<p>Чи свідчать докази про те, що переміщення</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи існували в міжнародному праві підстави, що дозволяли примусове переміщення або депортацію відповідної особи 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення представників депортованого населення про те, що військовослужбовці збройних формувань супротивника примусово

<p>було незаконним?</p>	<p>(осіб)?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи були потерпілі переміщені з міркувань безпеки або з вагомих причин військового характеру? Якщо так, то чи змогли переміщені особи повернутися до своїх домівок, як тільки криза була врегульована або бойові дії закінчилися? • Чи були потерпілі переміщені з будь-яких інших гуманітарних причин, які не були викликані діями виконавця? 	<p>вивозили їх з їхніх домівок, не надаючи жодних обґрунтувань.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Аерофотознімки місцевості, з якої було депортовано цивільне населення, які свідчать про відсутність військових об'єктів. • Звіт щодо військового аналізу, який свідчить про відсутність особливо вагомих причин військового характеру для переміщення. • Звіт ООН, в якому зазначено, що переміщення було спричинене солдатами, які залякували місцеве населення, і що не було жодних причин, пов'язаних з безпекою, гуманітарними або особливо вагомими причинами військового характеру. • Доповідь про те, що “евакуація” цивільного населення з Маріуполя російськими силами була ініційована у відповідь на облогу міста, здійснену самими російськими військами.
<p>Чи свідчать докази про те, що потерпіла особа (потерпілі) були особами, які перебували під захистом однієї або декількох Женевських конвенцій 1949 року, і що виконавець знав про такий статус?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Хто був потерпілою особою? • Чи підпадав потерпілий (потерпілі) під одну з категорій захищених осіб?? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи була потерпіла особа хворою, пораненою або потерпілою від корабельної аварії членом збройних сил, яка припинив брати участь у бойових діях? ○ Чи була потерпіла особа військовополоненою або затриманою? ○ Потерпіла особа була цивільною особою, яка опинилася в руках іноземної держави внаслідок конфлікту або окупації? ○ Потерпіла особа був медичним або релігійним працівником? ○ Потерпіла особа була парламентарем(кою)? ○ Потерпіла особа була співробітником цивільної оборони? ○ Потерпіла особа була 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення одного з потерпілих про те, що він працював лікарем у місті, звідки їх вивезли. • Фотографія, на якій військовополонених силоміць саджають в автобуси за межами місць тримання під вартою. • Звіт неурядової організації про те, що весь персонал певної лікарні покинув місто після неодноразових обстрілів у районі, прилеглому до місця їхньої роботи. • Офіційні документи окупаційної адміністрації про те, що в районі, звідки були депортовані потерпілі, не дислокувалися військовослужбовці. • Супутникові знімки пункту утримання, де цивільні особи утримувалися до переміщення.

	<p>призначена для захисту культурних цінностей?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи є що-небудь, що вказує на те, що виконавець знав про те, що потерпіла особа є особою, яка перебуває під захистом? • Чи вказують навколишні обставини на те, що виконавець повинен був знати, що потерпіла особа є особою, яка перебуває під захистом? 	
--	---	--

Таблиця 30: Стаття 8(2)(a)(vii)-1 Підказки для фахівців

3.2.23 Воєнний злочин незаконного ув'язнення (стаття 8(2)(a)(vii)-2, Римський статут)

Стаття 8(2)(a)(vii)-2 Римського статуту забороняє незаконне ув'язнення, яке має місце, коли виконавець ув'язнює або продовжує ув'язнювати одну чи більше осіб у певному місці, якщо таке ув'язнення не можна вважати правомірним.⁷⁵²

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить незаконне позбавлення волі до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). “Незаконне позбавлення волі захищеної особи” є серйозним порушенням Четвертої Женевської конвенції.⁷⁵³ Оскільки Україна є учасницею Четвертої Женевської конвенції, таке діяння, якщо воно вчинене проти осіб, які перебувають під захистом цієї Конвенції, може бути кваліфіковано як незаконне ув'язнення за ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин ‘незаконного позбавлення волі’ за статтею 438.2(7) ККУ. Попри те, що формулювання дещо відрізняється, положення законопроекту №7290 по суті слід тлумачити як такі, що інтегрують як контекстуальні елементи, так і конкретні елементи воєнного злочину незаконного ув'язнення, які містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁷⁵⁴

1. Виконавець ув'язнив або продовжував ув'язнювати одну чи більше осіб у певному місці.
2. Така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р..

⁷⁵² Римський статут, стаття 8(2)(a)(vii)-2. Воєнний злочин незаконного ув'язнення також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 2(g). Заборона свавільного позбавлення волі є частиною міжнародного звичаєвого права. Див., База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 99. Позбавлення волі. Незаконне ув'язнення також заборонено як злочин проти людяності (тобто ув'язнення або інше суворе позбавлення фізичної свободи) відповідно до статті 7(e) Римського статуту.

⁷⁵³ Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁷⁵⁴ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(a)(vii)-2.

3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.23.1 Елемент перший: виконавець ув'язнив або продовжував ув'язнювати одну чи більше осіб у певному місці

Для того, щоб встановити цей елемент, фахівці-практики повинні встановити, що виконавець ув'язнив або продовжував ув'язнювати одну чи більше осіб у певному місці. Ув'язнення в цьому контексті означає позбавлення волі однієї чи кількох осіб, зокрема шляхом тримання під вартою.⁷⁵⁵

Фахівці повинні враховувати:⁷⁵⁶

- у ситуаціях міжнародного збройного конфлікту, чи особи, позбавлені волі, були ув'язнені з причин *абсолютної необхідності для безпеки держави, яка їх утримує*; або
- у ситуаціях окупації, чи особи, позбавлені волі, були ув'язнені з *імперативних міркувань безпеки*.

Наступні види діяльності, серед іншого, можуть вважатися діяльністю, яка може виправдати ув'язнення з міркувань безпеки: безпосередня участь у бойових діях; шпигунство; диверсії; і обмін розвідувальними даними з ворожою державою або її громадянами.⁷⁵⁷ Тим не менш, тримання під вартою буде законним лише в тому випадку, якщо затриманим надаються необхідні процесуальні гарантії, викладені у Статтях 43 і 78 Четвертої Женевської конвенції.⁷⁵⁸

3.2.23.2 Елемент другий: така особа або особи були захищені однією або кількома женеvськими конвенціями 1949 р.

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.2.

⁷⁵⁵ Див., наприклад, Прокурор проти Делаліча та інших, IT-96-21-A, Апеляційне рішення, 20 лютого 2001 (“Апеляційне рішення у справі Делаліча та ін.”), п. 321.

⁷⁵⁶ Четверта Женевська конвенція, Статті 27, 41, 78. Див. також Прокурор проти Мілорада Крнослача, IT-97-25, Рішення суду, 15 березня 2002, п. 123; Прокурор проти Делаліча та інших, IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 (“Рішення суду у справі Делаліча та ін.”), п. 576-577; Прокурор проти Прліча, IT-04-74-T, Рішення, 29 травня 2013, п. 134; МКЧХ, “Інтернування в умовах збройного конфлікту: основні правила і проблеми” (25 листопада 2014 р.), с. 3.

⁷⁵⁷ Рішення у справі Прліча, п. 65; МКЧХ, “Інтернування в умовах збройного конфлікту: основні правила та проблеми” (25 листопада 2014), с. 4.

⁷⁵⁸ Четверта Женевська конвенція, Статті 43 і 78. Див. також Рішення суду у справі Делаліча та ін., п. 583; Апеляційне рішення у справі Делаліча та ін., п. 322; Рішення у справі Прліча, п. 136; О. Тріфтерер і К. Амбос, Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар (3-е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016), с. 350.

3.2.23.3 Елемент третій: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей захищений статус

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.3.

3.2.23.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (*див.* розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи докази свідчать, що виконавець ув'язнив або продовжував ув'язнювати одну чи більше осіб у певному місці?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи виконавець утримував одну чи декілька осіб у певному місці? Де і коли це відбувалось? • Скільки тривало позбавлення волі? • Чому ця особа або особи були ув'язнені? • Чи становили діяльність, знання чи кваліфікація особи реальну загрозу теперішній чи майбутній безпеці виконавця (або його держави)? • Чому виконавець продовжував піддавати захищених осіб такому ув'язненню? Чи були якісь обґрунтовані підстави чи докази для продовження ув'язнення? • Чи продовжував виконавець тримати в ув'язненні захищених осіб, коли таке ув'язнення більше не вважалось необхідним з міркувань безпеки? • Чи забезпечив виконавець процесуальні права ув'язнених? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілої особи, що її утримували військовослужбовці в будинку протягом трьох тижнів. • Показання свідка про те, що в Гостомелі російські солдати утримували 40 осіб, зокрема вагітну жінку, в маленькій квартирі. • Звіт збройних сил про арешт і утримування сорока цивільних осіб. • Аерофотознімки таборів для ув'язнення. • - Звіт Моніторингової місії ООН свідчить, що російські солдати утримували 365 цивільних осіб у підвалі школи в Ягідному протягом 28 днів. • Військовий звіт, який встановлював, що затриманих безпідставно тримали 40 днів. • Реєстр слідчого ізолятора свідчить про те, що затриманих тримали без пред'явлення обвинувачення. • Супутниковий знімок показує систему з 21 місця утримання в Донецькій області, яку російські військові та сепаратисти, яких підтримувала Росія, використовують для утримання та допитів цивільних осіб і військовополонених
<p>Чи докази свідчать, що потерпіла особа чи особи була/и захищена/и однією або кількома Женевськими конвенціями</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ким була потерпіла особа? • Чи належали потерпілі до однієї з категорій захищених осіб? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи була потерпіла особа хворим, пораненим чи постраждалим від корабельної аварії членом збройних сил, який 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що цивільним особам не давали покинути село, яке контролювалося солдатами та снайперами, розміщеними на навколишніх схилах. • Підписане прохання про звільнення 10 військовополонених, які були затримані. • Фотографія медичного персоналу,

<p>1949 р., а виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус?</p>	<p>припинив участь у бойових діях?</p> <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи була потерпіла особа військовополоненим чи затриманою особою? ○ Чи була потерпіла особа цивільною особою, яка опинилася під владою іноземної держави через конфлікт чи окупацію? ○ Чи належала потерпіла особа до медичного чи релігійного персоналу? ○ Чи була потерпіла особа парламентарем? ○ Чи була потерпіла особа працівником цивільного захисту? ○ Чи було доручено потерпілій особі охороняти культурні цінності? <ul style="list-style-type: none"> • Чи є обставини, що вказують на те, що виконавець знав, що потерпіла особа має статус захищеної особи? • Чи свідчать обставини злочину про те, що виконавець міг знати про статус потерпілого як захищеної особи? 	<p>утримуваного в будівлі біля лікарні.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Повідомлення Комісії з прав людини про те, що приблизно 150 цивільних осіб були зібрані та утримувані в школі. • Військовий командир повідомив, що бойовики утримували трьох парламентарів у сховищі, що більше не використовувалось.
---	---	--

Таблиця 31: Стаття 8(2)(а)(vii) Підказки для фахівців

3.2.24 Воєнний злочин захоплення заручників (стаття 8(2)(а)(viii), Римський статут)

Стаття 8(2)(а)(viii) Римського статуту забороняє захоплення заручників під час міжнародного збройного конфлікту,⁷⁵⁹ що матиме місце коли затриманим особам

⁷⁵⁹ Римський статут, стаття 8(2)(а)(viii). Заборона захоплення заручників як воєнний злочин також криміналізовано в ситуаціях неміжнародного збройного конфлікту відповідно до статті 8(2)(с)(iii). Взяття заручників також заборонено такими міжнародно-правовими документами: Четверта Женевська конвенція, стаття 34; Перший Додатковий протокол, стаття 75(2)(с); Статут МТКЮ, стаття 2(н); Статут МКТР, стаття 4(с); Статут СССЛ, стаття 3(с); Нюрнберзький Статут, стаття 6(б). Відповідно до МГП заборона захоплення заручників розглядається як звичаєве міжнародне право, яке застосовується як у міжнародних, так і в неміжнародних збройних конфліктах: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 96. Захоплення заручників.

погрожують смертю, пораненням або продовженням утримання під вартою, щоб змусити третю сторону зробити щось або утриматися від чогось як умова звільнення цієї особи.⁷⁶⁰

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить захоплення заручників до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). “Захоплення заручників” є серйозним порушенням Четвертої Женевської конвенції.⁷⁶¹ Оскільки Україна є учасницею Четвертої Женевської конвенції, таке діяння, якщо воно вчинено проти осіб, які перебувають під захистом цієї Конвенції, може бути кваліфіковано як захоплення заручників за ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) запровадить окремий воєнний злочин захоплення заручників в частині 6 статті 438.2 ККУ. Це положення охоплює ті самі контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину захоплення заручників, що й воєнний злочин, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁷⁶²

1. Виконавець захопив, затримав чи іншим чином взяв у заручники одну чи декілька осіб.
2. Виконавець погрожував убити, поранити чи продовжувати утримувати таку особу чи осіб.
3. Виконавець мав на меті змусити державу, міжнародну організацію, фізичну чи юридичну особу чи групу осіб діяти або утриматися від дій як явну чи приховану умову безпеки чи звільнення такої особи чи осіб.
4. Така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р..
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус.
6. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язано з ним.
7. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

3.2.24.1 Елемент перший: виконавець захопив, затримав чи іншим чином взяв у заручники одну чи декілька осіб

Щоб встановити цей елемент, фахівець-практик повинен визначити, чи виконавець захопив, затримав чи іншим чином утримував у заручниках одна чи декілька осіб. По суті, це означає, що виконавець повинен був позбавити потерпілої особи її свободи.⁷⁶³

⁷⁶⁰ Міжнародна конвенція про боротьбу із захопленням заручників (17 грудня 1979), стаття 1. Див. також *Прокурор проти Тіхоміра Блашкіча*, IT-95-14-A, Апеляційне рішення, 29 липня 2004 (“Апеляційне рішення у справі Блашкіча”), п. 639; Рішення у справі *Караджича*, п. 468.

⁷⁶¹ Четверта Женевська конвенція, стаття 147.

⁷⁶² МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(a)(viii).

3.2.24.2 Елемент другий: виконавець погрожував убити, поранити чи продовжувати утримувати таку особу чи осіб

Фахівці-практики також повинні встановити, що виконавець погрожував затриманим смертю, пораненням або продовженням утримання під вартою.⁷⁶⁴ Погроза затриманим має бути протиправною.⁷⁶⁵ Погрози вбити або поранити затриманих самі по собі є незаконними. Однак деякі погрози продовжити тримання під вартою можуть бути законними. Наприклад, якщо комусь, “хто законно затриманий і чие звільнення не вимагається за законом, погрожують продовженням затримання в рамках переговорів щодо обміну полоненими чи інших переговорів, це не буде вважатися захопленням заручників”.⁷⁶⁶ З іншого боку, якщо затриманому погрожують продовженням тримання під вартою без будь-яких правових підстав, тобто якщо його звільнення вимагалось за законом, то така погроза була б протиправною.⁷⁶⁷

3.2.24.3 Елемент третій: виконавець мав на меті змусити державу, міжнародну організацію, фізичну чи юридичну особу чи групу осіб діяти або утриматися від дій як явну чи приховану умову безпеки чи звільнення такої особи чи осіб

Фахівці мають також довести, що окрім затримання та погрози одній чи кільком особам, виконавець мав на меті змусити піти на поступки чи отримати перевагу.⁷⁶⁸ Приклади поступок або переваг, яких може прагнути виконавець, охоплюють запобігання нападу протилежної сторони або міжнародної організації або отримання сприятливих положень угоди про припинення вогню.⁷⁶⁹ Хоча повідомлення третьої сторони про погрозу не є обов'язковим елементом, це вказує на умисел виконавця примусити цю третю сторону.⁷⁷⁰

3.2.24.4 Елемент четвертий: така особа або особи були захищеними особами відповідно до однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 р.

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.2.

3.2.24.5 Елемент п'ятий: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють цей захищений статус

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.15.3.

⁷⁶³ Прокурор проти Кордіча та Черкеза, IT-95-14/2-T, Рішення, 26 лютого 2001 (“Рішення у справі Кордіча та Черкеза”), п. 311 (цитуючи Ж. Пікте (ред.), Коментар До Четвертої Женевської Конвенції: Конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни (МКЧХ 1958), с. 600-601).

⁷⁶⁴ Апеляційне рішення у справі Блашкіча, п. 639.

⁷⁶⁵ Тріфтерер і Амбос, Коментар, с. 353.

⁷⁶⁶ Тріфтерер і Амбос, Коментар, с. 353.

⁷⁶⁷ Тріфтерер і Амбос, Коментар, с. 353.

⁷⁶⁸ Рішення у справі Кордіча та Черкеза, п. 309, 313.

⁷⁶⁹ *Див.*, наприклад, Рішення у справі Кордіча та Черкеза, п. 784, 788; Рішення у справі Караджича, п. 5872; Прокурор проти Ратко Младіча, IT-09-92-T, Рішення, 22 листопада 2017, п. 2232.

⁷⁷⁰ Прокурор проти Сесая та інших., SCSL-04-15-T, Рішення, 2 березня 2009, п. 598.

3.2.24.6 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець захопив, затримав чи іншим чином взяв у заручники одну чи декілька осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи захопив чи затримав виконавець одну чи декілька осіб? • Якими були обставини первинного затримання потерпілого? • Чи були законні підстави для затримання потерпілого? Якщо так, то які це були підстави? • Якщо потерпіла особа спочатку була затримана на законних підставах, чи згодом виконавець зробив щось, що зробило затримання незаконним? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпілий свідчить, що його утримували в заручниках російські силовики упродовж 90 днів, протягом яких його били, і він чув, як б'ють інших затриманих. • Наказ, відданий виконавцем, який вимагає роззброєння та затримання певної кількості цивільних осіб у відповідь на бомбардування на його території. • Відео на місцевому телеканалі, на якому видно людину зі зв'язаними мотузкою руками, яку виконавець захопив у заручники. • Звіт ООН про ситуацію, в якому зазначено, що виконавці сказали дев'яти членам команди ООН, що їм не дозволено залишати своє житло.
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець погрожував убити, поранити чи продовжувати утримувати таку особу чи осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи виконавець погрожував убити чи поранити одну чи більше затриманих осіб? • Чи виконавець погрожував продовжувати утримувати одну чи більше затриманих осіб? • Чи було якимось юридичне обґрунтування для виконавця щоби продовжувати утримання потерпілого? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що виконавець вказав, що в разі нових ударів з боку ворога один із затриманих буде розстріляний, а в разі повітряного удару по радіолокаційній станції всі інші затримані будуть страчені. • Протокол переговорів, у якому зазначено, що виконавець погрожував завдати шкоди заручникам. • Відеоінтерв'ю одного із виконавців із погрозами, що виживання заручників залежить від дій ворога. • Репортаж новин, який вказує, що виконавець сказав, що три заручники будуть убиті, якщо повітряні удари продовжаться.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець мав умисел примусити державу, міжнародну організацію, фізичну чи</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чому виконавець погрожував вбити, нанести тілесні ушкодження або продовжувати утримувати заручників? • Що вимагав виконавець в обмін на звільнення затриманих осіб? • Чи передавав виконавець цю 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що виконавець сказав йому, що він повинен виконувати їхні накази, і що він був узятий в полон для того, щоб змусити противника припинити повітряні удари. • Угода про припинення вогню, в якій зазначено, що виконавці погодилися звільнити заручників в обмін на поступки іншої сторони.

<p>юридичну особу або групу осіб вчинити дію або утриматися від дії як пряму чи непряму умову безпеки або звільнення такої особи чи осіб?</p>	<p>вимогу третій стороні?</p> <ul style="list-style-type: none"> • До кого виконавець звертався з вимогою? • Чи використовував виконавець заручників як розмінну монету під час переговорів із супротивником? • Чи отримав би виконавець якусь перевагу, якби його вимога була виконана? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпілий свідчить, що його утримували в заручниках російські війська протягом 90 днів і що його звільнили лише після кількох місяців переговорів між його батьком, місцевим українським чиновником, і російськими солдатами, які хотіли обміняти потерпілого на особу, що цікавила російських військових. • Відеозапис, на якому зафіксовані моменти, коли виконавці говорили заручникам, що вони будуть вбиті, якщо їх супротивник не виконає їхні вимоги. • Звіт ООН, в якому зазначено, що виконавець змусив одного із заручників зробити заяву місцевим журналістам, в якій засуджував авіаудари, що наносилися державою заручника по збройним силам злочинця, і вказував, що якщо вони не припиняться, то він та інші заручники будуть вбиті.
<p>Чи докази підтверджують, що потерпіла/і особа/и були захищеними особами, захищеними згідно з однією чи кількома Женевськими конвенціями 1949 р., і що виконавець знав про такий статус?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ким була потерпіла особа? • Чи належали потерпілі до однієї з категорій захищених осіб? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи належала потерпіла особа до категорії поранених, хворих чи осіб, які зазнали корабельної аварії та припинили участь у бойових діях? ○ Чи була потерпіла особа військовополоненим чи затриманою особою? ○ Чи була потерпіла особа цивільною особою, яка опинилась в руках іноземної держави через конфлікт чи окупацію? ○ Чи належала потерпіла особа до медичного чи релігійного персоналу? ○ Чи була потерпіла особа парламентаром? ○ Чи належала потерпіла особа до персоналу цивільної оборони? ○ Чи було потерпілому доручено охороняти культурні цінності? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що заручники були одягнені в цивільний одяг. • Реєстр лікарні, в якому зберігаються імена персоналу, який було взято в заручники. • Свідчення заручника про те, що їм було доручено охороняти культурні цінності. • Фотографії та відеозаписи, які зображують цивільних осіб, які перебувають у заручниках. • Звіт ООН, в якому зазначено, що заручниками були цивільні особи. • Відео із зображенням заручника, одягненого в одяг священика.

	<ul style="list-style-type: none"> • Чи є щось, що вказує на те, що виконавець знав, що потерпіла особа має статус захищеної особи? • Чи свідчать навколишні обставини, що виконавець мав знати про статус потерпілого як захищеної особи? 	
--	--	--

Таблиця 32: Стаття 8(2)(a)(viii) Підказки для фахівців-практиків

3.2.25 Воєнний злочин нападу на цивільних осіб (стаття 8(2)(b)(i), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(i) Римського статуту забороняє воєнний злочин нападу на цивільне населення,⁷⁷¹ який станеться коли цивільне населення або цивільні особи, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях, будуть навмисно обстріляні під час нападів у міжнародному збройному конфлікті.

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить напад на цивільне населення до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Таке діяння заборонено статтею 51(2) Додаткового протоколу I, яка передбачає, що “цивільне населення як таке, а також окремі цивільні особи не повинні бути об’єктом нападу”. Оскільки Україна є учасницею Додаткового протоколу I, ці дії можуть бути кваліфіковані як такі, що роблять цивільне населення об’єктом нападу за статтею 438(1) КК України.

Крім того, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) запровадить окремий воєнний злочин ‘нападу на цивільне населення чи окремих цивільних осіб, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях’ в частині 2(б) статті 438.2 ККУ. Це положення охоплює ті самі контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину навмисного спрямування нападів на цивільних осіб, що й воєнний злочин, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁷⁷²

1. Виконавець вдався до нападу.
2. Об’єктом нападу було цивільне населення як таке або окремі цивільні особи, які не брали безпосередньої участі у бойових діях.
3. Виконавець мав на меті зробити об’єктом нападу цивільне населення як таке або окремих цивільних осіб, які не брали безпосередньої участі у бойових діях.
4. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язано з ним.

⁷⁷¹ Римський статут, стаття 8(2)(b)(i). Воєнний злочини нападу на цивільне населення також заборонений під час неміжнародних збройних конфліктів відповідно до статті 8(2)(e)(i) Римського статуту.

⁷⁷² МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(i).

5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

3.2.25.1 Елемент перший: виконавець вдався до нападу

Щоб задовольнити цей елемент, фахівці-практики мають встановити:

1. Що був “напад”; і
2. Нападом керував відповідний виконавець.

“Напад” визначається як “акти насильства проти супротивника, будь-то частиною нападу чи оборони”.⁷⁷³ Цей елемент вважається виконаним коли такий напад скоєно. Підтвердження смерті, поранення чи будь-якого іншого результату не вимагається.⁷⁷⁴ Прикладами нападу можуть бути артилерійські обстріли, постріли ракетами або встановлення мін. Це також може включати кібератаки через віруси або шкідливе програмне забезпечення, які можуть призвести до фізичної шкоди людям або об’єктам,⁷⁷⁵ або відкриття шлюза дамби, що призводить до смерті та пошкодження в затоплених районах, незважаючи на те, що жодна з цих дій не включає застосування збройної сили.⁷⁷⁶ З іншого боку, нефізичні форми психологічної, політичної чи економічної війни, наприклад поширення пропаганди чи ембарго, не підпадають під визначення “нападу”.⁷⁷⁷

Як тільки факт нападу встановлений, фахівцям-практикам слід шукати інформацію, яка свідчить про те, що виконавець(-ці) здійснив або направив напад.⁷⁷⁸ Це означає вибір передбачуваної мети і прийняття рішення про напад. Встановлення того, хто керував нападом, може виявитися непростим. Фахівці повинні мати на увазі, що відповідальність часто буде розділена між окремими особами на місцях, які вчиняють напад, та іншими вищестоящими посадовими особами.⁷⁷⁹

При встановленні того, які особи, військовий підрозділ або воєнізована група вчинили напад на цивільних осіб, фахівцям слід опитати потерпілих/свідків, які можуть згадати цінні подробиці про нападників. Ці деталі можуть включати уніформу або емблеми, які були на нападниках,⁷⁸⁰ їх мову/акцент⁷⁸¹ або етнічну приналежність.⁷⁸² Військово-логістичні документи можуть показати, які військові підрозділи проводили конкретну операцію, метою якої були цивільні особи.⁷⁸³ Як тільки організація, відповідальна за проведення

⁷⁷³ Перший Додатковий протокол, Стаття 49(1); Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2758; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 799.

⁷⁷⁴ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 799; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 904.

⁷⁷⁵ Тріффтерер і Амбос, *Коментар*, с. 355.

⁷⁷⁶ Тріффтерер і Амбос, *Коментар*, с. 355.

⁷⁷⁷ Тріффтерер і Амбос, *Коментар*, с. 355.

⁷⁷⁸ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 744.

⁷⁷⁹ Див. Розділ 8.2.3.

⁷⁸⁰ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 732.

⁷⁸¹ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 735.

⁷⁸² Рішення суду у справі *Катанги*, пп. 842-849.

⁷⁸³ Керівництво для слідчих ПСИ, с. 105. Див. також *Тагаєва та інші проти Росії*, Заява № 26562/07, Рішення, 13 квітня 2017 р., пп. 588-589, в якому Європейський суд з прав людини зміг пов’язати застосування сили державними агентами зі смертями цивільного населення. У резолютивній частині Суд постановив, що

нападу на місцях, буде встановлена, практикуючі фахівці повинні проаналізувати її *де-юре* ланцюжок командування/структурну ієрархію, щоб визначити будь-яких виконавців середнього і вищого рівня (див. розділ 3.4).⁷⁸⁴

3.2.25.2 Елемент другий: об'єктом нападу було цивільне населення як таке або окремі цивільні особи, які не брали безпосередньої участі у бойових діях

Докладне обговорення термінів “цивільна особа” і “цивільне населення” для цілей встановлення цього елемента див. у розділі 2.1.3.1.

Цей елемент буде задоволений, якщо є інформація про те, що виконавець безпосередньо націлювався на цивільних осіб.

Цей елемент також буде доведено, якщо виконавець розпочав напад з двома різними цілями: (i) вдарити по військовому об'єкту; та (ii) одночасно спрямувати напад на цивільне населення чи окремих цивільних, які не беруть безпосередньої участі у бойових діях і проживають поблизу.⁷⁸⁵ Таким чином, цей злочин може статися навіть коли військова операція була спрямована проти військового об'єкта.⁷⁸⁶ Однак важливо встановити, що основним об'єктом нападу було цивільне населення або окремі цивільні особи.⁷⁸⁷ З іншого боку, ситуації, коли напад спрямований на військову ціль, і нападники знають, що цей напад призведе до випадкової втрати життя або поранення цивільного населення, охоплюються статтею 8(2)(b)(iv), про яку йдеться нижче.⁷⁸⁸

Крім того, невибіркові напади можуть кваліфікуватися як навмисні напади на цивільне населення або окремих цивільних осіб, особливо якщо шкода, заподіяна цивільному населенню, настільки велика, що здається, що виконавець мав на меті спрямувати напад на цивільних осіб.⁷⁸⁹ Наприклад, якщо виконавець спрямовував напад на законний військовий об'єкт, але використовував зброю, яка має невибірковий ефект, то можна зробити висновок, що напад був спрямований на цивільне населення або окремих цивільних осіб.⁷⁹⁰

“незалежно від того, чи застосовувалася зброя невибіркової дії, така як танкова гармата, гранатомети і вогнемети, до або після 6 години вечора 3 вересня, залишається неясним, як агенти, які їх використали, змогли переконатися у відсутності заручників в приміщеннях, які зазнали нападу”, і що “докази на перший погляд підтверджують скаргу про те, що державні агенти застосовували зброю невибіркового дії по будівлі, в той час як терористи і заручники були перемішані”.

⁷⁸⁴ Керівництво для слідчих ПСІ сс. 107-110; *Прокурор проти Галіча*, ІТ-98-29-Т, Рішення суду, 5 грудня 2003, пп. 733-736. Див. Розділ 8.2.3 Встановлення Зв'язку.

⁷⁸⁵ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги та Чуї*, п. 273; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Мбарушімани*, п. 142.

⁷⁸⁶ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 801,

⁷⁸⁷ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 801,

⁷⁸⁸ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 801,

⁷⁸⁹ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 802; *Прокурор проти Станіслава Галіча*, ІТ-98-29-А, Апеляційне рішення, 30 листопада 2006, п. 132.

⁷⁹⁰ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 802.

3.2.25.3 Елемент третій: виконавець мав на меті зробити об'єктом нападу цивільне населення як таке або окремих цивільних осіб, які не брали безпосередньої участі у бойових діях

Цей елемент вимагає від фахівця-практика встановити, що виконавець мав умисел зробити цивільне населення як таке або окремих цивільних осіб, які не брали безпосередньої участі у бойових діях, об'єктом нападу.⁷⁹¹ Фахівцям слід встановити різні фактори, які встановлюють, що об'єктом нападу були цивільні особи, які не брали участь у бойових діях, як-от засоби та методи, використані під час нападу, кількість і статус потерпілих, дискримінаційний характер нападу або, залежно від випадку, характер діяння, що становить напад.⁷⁹²

3.2.25.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи докази підтверджують, що було скоєно напад, і що виконавець керував цим нападом?	<ul style="list-style-type: none"> • Коли і де відбулася діяння, про яке йдеться? • Яким був характер цього діяння? • Чи мало таке діяння насильницький характер? • Чи включало це діяння будь-яку форму насильства чи фізичної сили? • Чи були потерпілі (вбиті чи поранені) серед цивільного населення в результаті цього діяння? • Яка зброя, методи або план були використані для здійснення нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що напад на житловий будинок стався, коли члени їх сімей перебували вдома, а їх тіла не були знайдені. • Офіційний звіт про розслідування, відповідно до якого було встановлено, що постріли велися з вулиці, і було знайдено окопи, які могли бути використані як місце вогню. • Фотографії з місця подій. • Показання свідків про те, що вони бачили, як російські солдати у військовій колонії на шосе відкрили вогонь по чотирьох цивільним особам, які намагалися втекти через поля. • Судово-балістичні докази, що надають інформацію про зброю, яка була використана під час нападу, та напрямом стрільби.
Чи докази підтверджують, що виконавець спрямував або почав напад проти цивільного населення чи окремих	<ul style="list-style-type: none"> • Чи стався напад у контексті конфлікту, що триває або нещодавніх воєнних дій між сторонами конфлікту? • Яка зброя, метод чи план були використані для здійснення нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що вони бачили, як виконавці фізично здійснили напад. • Звіти спеціалістів зі зброї, які вказують на те, що шум, створений при стрільбі з міномету може слугувати для визначення приблизного напрямку

⁷⁹¹ Рішення суду у справі Катанги, п. 806.

⁷⁹² Рішення суду у справі Катанги, п. 807.

<p>цивільних?</p>		<p>вогню.</p> <ul style="list-style-type: none"> Документи від відповідних джерел про те, що як цивільні, так і солдати загинули або отримали поранення під час спроби перетнути злітно-посадкову смугу.
<p>Чи докази підтверджують, що цивільні були основною ціллю нападу?</p>	<ul style="list-style-type: none"> Хто були основними цілями нападу? Що вони робили під час нападу? Чи були об'єктами нападу представники будь-яких збройних сил? Чи були комбатанти присутні серед цивільних, які були об'єктом нападу? Скільки? Що вони робили під час атаки? Чи перевозили потерпілі зброю поблизу бойових дій? Чи був розмір шкоди, завданої цивільному населенню таким, щоб можна було зробити висновок, що цивільні були основним об'єктом нападу? Чи свідчать докази про те, що цивільні особи, які зазнали нападу, не брали безпосередньої участі у бойових діях? 	<ul style="list-style-type: none"> Показання свідка про те, що беззбройні мирні жителі були розстріляні і вбиті солдатами. Фотографії, які демонструють, що в результаті мінометного обстрілу жінка загинула, а інші мирні жителі отримали поранення. Звіт про те, що обстріли призвели до значної кількості потерпілих серед цивільного населення за останні місяці. Показання свідка про те, що під час нападу цивільні особи не займалися мирною діяльністю. Фотографії, на яких зображені наслідки нападу, на яких потерпілі одягнені в цивільний одяг. Звіт ООН, що описує інцидент, коли цивільні особи, одягнені в цивільний одяг, натрапили на російські військові колони, і російські солдати розстріляли цивільних осіб з автоматів або зброї, встановленої на транспортних засобах.
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець умисно спрямував напад на цивільне населення?</p>	<ul style="list-style-type: none"> Показання свідків про те, що напад на житловий будинок стався, коли члени їх сімей перебували вдома, а їх тіла не були знайдені. Які ознаки вказують на той факт, що виконавець мав умисел зробити об'єктом нападу цивільне населення або окремих цивільних осіб? Які засоби та методи були використані під час нападу? Чи мав напад дискримінаційний характер? Чи вживав виконавець будь-яких запобіжних заходів, щоб забезпечити відсутність цивільних осіб у зоні нападу? Скільки мирних жителів було вбито в результаті нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> Показання свідка про те, що виконавці не тільки стріляли в мирних жителів, які втікали, зокрема жінок і дітей, а й били їх мачете. Звіт із висновком про відсутність військових позицій у районах, які були обстріляні. Супутникові знімки села, в якому відбувся обстріл, демонструють, що поблизу немає військових об'єктів. Офіційні військові документи, що містять наказ розпочати атаку на населений пункт, де мешкають цивільні.

Таблиця 33: Стаття 8(2)(b)(i) Підказки для фахівців-практиків

3.2.26 Воєнний злочин умисного спрямування нападу на цивільні об'єкти (стаття 8(2)(b)(ii), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(ii) Римського статуту забороняє “умисні напади на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є воєнними цілями” у випадку міжнародного збройного конфлікту.⁷⁹³

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить напад на цивільні об'єкти до воєнних злочинів, ця поведінка охоплюється “іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Ці дії заборонені статтею 52(1) Додаткового протоколу I, в якій йдеться, що “цивільні об'єкти не повинні бути об'єктом нападу або репресалій”. Оскільки Україна є учасницею Додаткового протоколу I, ці дії можуть бути кваліфіковані як такі, що роблять цивільні об'єкти об'єктом нападу за статтею 438(1) КК України.

Крім того, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) запровадить окремий воєнний злочин, що полягає у “нападах на незахищені та такі, що не є воєнною ціллю, населені пункти або будівлі” (п. 1 ч. 2 ст. 438). Це положення загалом узгоджується із контекстуальними та спеціальними елементами воєнного злочину умисного спрямування нападу на цивільні об'єкти, передбаченими у Римському статуті та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁷⁹⁴

1. Виконавець спрямував напад.
2. Об'єктом атаки були цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями.
3. Виконавець умисно обрав об'єктом нападу такі цивільні об'єкти.
4. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язано з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

3.2.26.1 Елемент перший: виконавець здійснив напад

Див. розділ 3.2.25.1 для детальнішого опису цього елемента.

3.2.26.2 Елемент другий: об'єктом атаки були цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є військовими цілями

Необхідно довести, що об'єкт, на який було скоєно напад, був цивільним по суті.⁷⁹⁵ Докладне обговорення того, що є “цивільним об'єктом” відповідно до цього елемента, і як такі об'єкти можна відрізнити від “військових об'єктів”, див. у розділі 2.1.3.1.

Щоб задовольнити цей елемент, цивільний об'єкт повинен бути основною ціллю нападу.⁷⁹⁶ Якщо основною ціллю нападу був військовий об'єкт, а цивільний об'єкт було пошкоджено

⁷⁹³ Римський статут, стаття 8(2)(b)(ii).

⁷⁹⁴ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(ii).

⁷⁹⁵ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(ii).

побічно, такий напад не вважається злочином відповідно до статті 8(2)(b)(iv), про що йдеться нижче.⁷⁹⁷

3.2.26.3 Елемент третій: виконавець умисно обрав об'єктом нападу такі цивільні об'єкти

Врешті, необхідно довести, що виконавець умисно обрав об'єктом нападу цивільний об'єкт. Існування умислу можна довести у двох випадках:

- (i) Коли виконавець “цілеспрямовано бажає чи хоче досягти забороненого наслідку”.⁷⁹⁸ У такому разі необхідно продемонструвати, що виконавець навмисне діяв, щоб досягнути такого наслідку.⁷⁹⁹
- (ii) Коли виконавець усвідомлює, що наслідок (тобто обрання цивільного об'єкта як цілі) наступить при звичайному розвитку подій.⁸⁰⁰ Хоч і немає необхідності доводити “абсолютну впевненість”, необхідно доказово підтвердити, що існувала “дуже велика вірогідність” (“практично повна впевненість”), що такий наслідок може настати в результаті дій виконавця.⁸⁰¹

Умисел може бути проаналізований з огляду на різні фактори, серед яких природа нападу, конкретні дії, які здійснював виконавець, щоб вчинити атаку, а також вид озброєнь, які використовувались під час нападу.⁸⁰²

3.2.26.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, практикуючим фахівцям слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх злочинів проти людяності, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи є докази на підтвердження того, що напад відбувся, і що його здійснював виконавець?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи був напад спрямований проти супротивника? • Чи мав місце напад? Який характер він мав – наступальний чи захисний? • Виконавець здійснював чи направляв напад? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що у багатоквартирну будівлю влучили ракети чи вибухові елементи. • Офіційні військові документи, у яких містяться накази здійснити напад. • Відео, розповсюджені у мережі, на яких солдати обстрілюють будівлі. • Фотографії, які зображують зруйнований міст у Києві.

⁷⁹⁶ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 802.

⁷⁹⁷ Римський статут, Стаття 8(2)(b)(iv) (“Здійснення умисного нападу, коли відомо, що такий напад стане причиною випадкової загибелі чи поранень цивільних осіб, або шкоди цивільним об'єктам, або широкомасштабної, довгострокової і суттєвої шкоди навколишньому середовищу, яка буде явно неспівмірною з конкретною і безпосередньо очікуваною загальною військовою перевагою”).

⁷⁹⁸ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бемби*, п. 358.

⁷⁹⁹ Рішення суду у справі *Катанги*, пп. 774, 781.

⁸⁰⁰ Римський статут, Стаття 30(2)(b); Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бемби*, п. 359.

⁸⁰¹ *Прокурор проти Томаса Лубанги Дійло*, ІСС-01/04-01/06 А 5, Апеляційне рішення, 1 грудня 2014, п. 447-450; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 776; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бемби*, п. 362-363.

⁸⁰² Див., наприклад, Рішення суду у справі *Катанги*, п. 806, 807; *Прокурор проти Мілана Мартіча*, ІТ-95-11-R61, Рішення, 8 березня 1996, п. 23-31.

		<ul style="list-style-type: none"> • Експертиза, яка підтверджує, що залізничний міст було зруйновано міною. • Повідомлення про те, що місто було обстріляне ракетними ударами, які пошкодили або зруйнували десятки житлових будинків та життєво важливих об'єктів цивільної інфраструктури, зокрема низку енергетичних об'єктів.
<p>Чи є докази на підтвердження того, що об'єкт, на який було здійснено напад, не був військовою ціллю?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи надавав вказаний об'єкт явну воєнну перевагу по своєму характеру (до прикладу, військовий штаб чи склад із озброєннями)? • Чи надавав вказаний об'єкт явну воєнну перевагу якимось іншим шляхом (до прикладу, через його розміщення, призначення чи використання)? • Чи знищення такого об'єкта надавало тому, хто здійснює напад, визначену та конкретну воєнну перевагу (до прикладу, взяття під контроль території чи послаблення сил супротивника)? • Чи був цивільний об'єкт основною ціллю нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що будівля, на яку було здійснено атаку, використовувались суто для цивільних потреб (до прикладу, як школа чи лікарня). • Документальне підтвердження, що шкільний реєстр було знищено. • Фотографії, які зображують атаковані будівлі для проживання. • Супутникові знімки, які підтверджують, що в районі зруйнованого житлового будинку не було військових цілей. • Доповідь ООН, в якій задокументовано руйнування трьох лікарень у Чернігові.
<p>Чи є докази на підтвердження того, що виконавець мав умисел здійснити напад на цивільний об'єкт?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи можна зробити висновок з дій виконавця, що він мав умисел атакувати саме цивільний об'єкт? • Чи метод(и), який (які) виконавець використовував під час атаки, свідчив (свідчили), що виконавець мав умисел атакувати саме цивільний об'єкт? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як службовці збройних сил навмисно встановлюють міни чи вибухівку на об'єкти, які використовуватися для проживання. • Фотографії, які зображують, що навколо атакованого об'єкта не було військових цілей. • Відео, яке зображує артилерійський обстріл школи, на якому зрозуміло, що будівля є саме школою. • Балістична експертиза, що доводить використання високоточної зброї під час нападу.

Таблиця 34: Стаття 8(2)(b)(ii) Підказки для фахівців-практиків

3.2.27 Воєнний злочин нападу на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги (стаття 8(2)(b)(iii), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(iii) Римського статуту забороняє “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” в умовах МЗК.⁸⁰³

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги, до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1) КК України. Це діяння є серйозним порушенням Додаткового протоколу I, статті 70(4), яка передбачає, що “сторони, що перебувають у конфлікті, забезпечують захист поставок допомоги і сприяють їх швидкому розподіленню”, та статті 71(2), яка передбачає, що “[персонал, який бере участь у наданні гуманітарної допомоги], користується повагою та захистом”.⁸⁰⁴ По відношенню до окупованої території таке діяння також є серйозним порушенням статті 59 Четвертої Женевської конвенції, яка передбачає, що “усі Договірні Сторони повинні дозволити вільне перевезення [гуманітарної допомоги] посилок і забезпечити їхню охорону”.⁸⁰⁵ Оскільки Україна є учасницею Додаткового протоколу I та Четвертої Женевської конвенції, таке діяння може бути кваліфіковано як напад на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги, відповідно до ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набуде чинності) воєнний злочин “[заподіяння удару] по персоналу, об'єкту, матеріалах, обладнанню, підрозділу або транспортному засобу, залученим до надання гуманітарної допомоги або місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй у час, коли вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи або цивільні об'єкти відповідно до норм міжнародного права” згідно зі статтею 438-4.1(1) КК України. Це положення охоплює по суті ті ж самі контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину нападу на персонал, установки, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁸⁰⁶

1. Виконавець спрямував напад.

⁸⁰³ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 8(2)(b)(iii). Ця заборона також є частиною міжнародного звичаєвого права: МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 31. Персонал з надання гуманітарної допомоги, Правило 32. Об'єкти гуманітарної допомоги та Правило 33. Персонал та об'єкти, залучені до миротворчої місії.

⁸⁰⁴ Додатковий протокол I, статті 70(4) та 71(2).

⁸⁰⁵ Четверта Женевська конвенція, стаття 59.

⁸⁰⁶ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(iii).

2. Об'єктом нападу був персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в місії з надання гуманітарної допомоги в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй.
3. Виконавець мав умисел зробити об'єктом нападу такий персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, що беруть участь у такій місії.
4. Такий персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби мали право на захист, що надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з міжнародним правом збройних конфліктів.
5. Виконавець знав про фактичні обставини, які встановлювали такий захист.
6. Діяння відбулося в контексті міжнародного збройного конфлікту і було пов'язане з ним.
7. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, які встановлюють наявність збройного конфлікту.

3.2.27.1 Елемент перший: виконавець спрямував напад

Див. розділ 3.2.25.1 для детальнішого опису цього елементу.

3.2.27.2 Елемент другий: об'єктом нападу був персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в місії з надання гуманітарної допомоги в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй.

Цей елемент вимагає, щоб фахівець встановив, що напад був спрямований на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні у: (i) місії з надання гуманітарної допомоги; або (ii) в місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй. Як і в інших злочинах, пов'язаних з нападами на осіб та об'єкти, що перебувають під захистом, не вимагається заподіяння фактичної шкоди або шкоди здоров'ю в результаті нападу, а персонал або об'єкти, що належать гуманітарній або миротворчій місії, повинні бути основним або єдиним об'єктом нападу (*див.* розділи 3.2.25.2 та 3.2.26.2 для більш детального роз'яснення цього елементу).⁸⁰⁷

3.2.27.2.1 Місії з надання гуманітарної допомоги

Місії з надання гуманітарної допомоги - це "організації, завданням яких є запобігання та/або полегшення людських страждань у збройних конфліктах, [які] зазвичай займаються пошуком, збором і транспортуванням поранених і хворих, зниклих безвісти і загиблих; наданням медичної допомоги пораненим і хворим; наданням допомоги військовополоненим; і наданням допомоги цивільному населенню шляхом безпосереднього надання гуманітарної допомоги".⁸⁰⁸

⁸⁰⁷ Прокурор проти Сесая та ін., SCSL-04-15- Т, Судове рішення, 2 березня 2009 р. ("Судове рішення у справі Сесая та ін."), п. 220; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарда, п. 65.

⁸⁰⁸ Словник МКЧХ, "Гуманітарні організації".

“Гуманітарна допомога”, що надається такими місіями, складається з предметів постачання, необхідних для виживання цивільного населення, як-от продукти харчування, медикаменти, одяг та засоби захисту.⁸⁰⁹ Відповідно, Елемент другий захищає від нападу об’єкти, як-от установки, будівлі та транспортні засоби, а також осіб, як-от адміністративний персонал, координаторів, експертів з матеріально-технічного забезпечення, лікарів, медсестер, працівників з надання допомоги та інших фахівців, які працюють у таких місіях.⁸¹⁰

Під час збройного конфлікту до складу гуманітарних місій, як правило, належать:

- (i) МКЧХ та національні товариства Червоного Хреста або Червоного Півмісяця;
- (ii) Медичні підрозділи нейтральних країн, що діють за згодою власного уряду та сторони конфлікту, якій вони надають допомогу, за умови, що протилежна сторона конфлікту заздалегідь поінформована про це;
- (iii) Міжнародні організації, як-от ООН; та
- (iv) Неурядові організації, як-от “Лікарі без кордонів” (Médecins Sans Frontier).⁸¹¹

Для того, щоб користуватися захистом від нападів, гуманітарні місії повинні: (i) бути гуманітарними та неупередженими за своїм характером і діяти без будь-якої дискримінації сторін конфлікту; (ii) утримуватися від участі у військових діях або здійснення недружніх актів; та (iii) утримуватися від втручання у внутрішні справи сторін збройного конфлікту, в якому вони діють.⁸¹²

3.2.27.2.2 Місії з підтримання миру відповідно до Статуту ООН

Захист за цим положенням також поширюється на персонал, об’єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби миротворчих місій, створених відповідно до Статуту ООН. Однак, оскільки на зараз в Україні не діє жодної миротворчої місії, цей аспект даного воєнного злочину далі розглядатися не буде.

3.2.27.3 Елемент третій: виконавець мав умисел зробити об’єктом нападу такий персонал, об’єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, що беруть участь у такій місії.

Див. розділ 3.2.25.3 для детальнішого опису цього елементу.

⁸⁰⁹ Додатковий протокол I, стаття 69. Див. також, О. Трифтерер і К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3е вид., С.Н. Веєк, Нарт, Nomos 2016) (“Трифтерер і Амбос, Коментар”), с. 369.

⁸¹⁰ Трифтерер і Амбос, *Коментар*, с. 369.

⁸¹¹ Словник МКЧХ, “Гуманітарні організації”.

⁸¹² Додатковий протокол I, стаття 70(1); Трифтерер і Амбос, *Коментар*, с. 369.

3.2.27.4 Елемент четвертий: такий персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби мали право на захист, що надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з міжнародним правом збройних конфліктів.

Гуманітарні місії захищені від нападу за умови, що вони “мають право на захист, який надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з міжнародним правом збройних конфліктів”. Це означає, що якщо об'єкти гуманітарної місії (наприклад, її обладнання, транспортні засоби тощо) використовуються у військових цілях (тобто їх характер, місцезнаходження, призначення або використання вносить ефективний внесок у військові дії сторони конфлікту, а їх повне або часткове знищення, захоплення або нейтралізація дає певну військову перевагу), вони є військовими об'єктами і, як такі, втрачають захист від нападу (див. розділ 2.1.3.1.2).⁸¹³

Аналогічно, якщо гуманітарний персонал залучається до ведення бойових дій, тобто бере безпосередню участь у воєнних діях, він втрачає захист від нападу (див. розділ 2.1.3.1.1).⁸¹⁴ При цьому персонал, залучений до місій з надання гуманітарної допомоги, має право застосовувати силу з метою самозахисту, не втрачаючи при цьому свого захисту.⁸¹⁵

3.2.27.5 Елемент п'ятий: виконавець знав про фактичні обставини, які встановлювали такий захист

Насамкінець, цей елемент вимагає від фахівців доведення того, що виконавець знав про фактичні обставини, які встановлювали захищений статус об'єктів або осіб, залучених до місії з надання гуманітарної допомоги. Не обов'язково доводити, що виконавець фактично володів необхідними правовими знаннями щодо захисту, на який персонал та об'єкти мають право відповідно до МПП, але він повинен був знати про фактичні обставини, які вказують на такий захист (наприклад, одяг гуманітарного персоналу або емблеми на його об'єктах або транспортних засобах).⁸¹⁶

3.2.27.6 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівці-практики також повинні шукати інформацію, щоб встановити загальний контекстуальний елемент, спільний для всіх воєнних злочинів, і елементи суб'єктивної сторони за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елемент	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець спрямував напад?	<ul style="list-style-type: none">• Чи здійснили виконавці фактичний напад?• Чи полягав напад у застосуванні фізичної сили?• Чи включав напад артилерійський обстріл, запуск	<ul style="list-style-type: none">• Показання свідка, який бачив, як російський авіаудар зруйнував будівлю, яка, як відомо, була штаб-квартирою “Лікарів без кордонів” (MSF).• Відеозапис пошкодження центру

⁸¹³ Прокурор проти Абу Гарда, ІСС-02/05-02/09, Рішення про підтвердження звинувачень, 8 лютого 2010 року (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарда”), п. 89.

⁸¹⁴ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарда, п. 83; Судове рішення у справі Сесай та ін., п. 233.

⁸¹⁵ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарда, п. 83.

⁸¹⁶ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Абу Гарда, п. 94; Судове рішення у справі Сесай та ін., п. 235.

	ракету або встановлення мін?	гуманітарної допомоги та волонтерського автомобіля (обидва позначені символом Червоного Хреста) в результаті обстрілу з боку Росії. <ul style="list-style-type: none"> • Фотографія, на якій зафіксовано пошкодження, завдані під час нападу на центр гуманітарної допомоги.
Чи свідчать докази про те, що об'єктом нападу був персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в місії з надання гуманітарної допомоги?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи був напад спрямований на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби, задіяні в місії з надання гуманітарної допомоги? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що він бачив, як авіабомба влучила у склад з гуманітарною допомогою. • Заява Українського Червоного Хреста про те, як їхні волонтери, які їхали на гуманітарну місію в Київську область, потрапили під артилерійський обстріл, і фотографії осколкових пробоїн в їхньому автомобілі. • Супутниковий знімок, на якому зображено пошкодження об'єкта МКЧХ. • Відеозапис, на якому зафіксовано, як виконавці обстрілюють персонал гуманітарної допомоги в колоні. • Заява "Лікарів без кордонів" із засудженням нападу російських збройних сил, в результаті якого постраждали четверо її представників. • Звіт МКЧХ про те, як склад Червоного Хреста (позначений червоним хрестом на даху) в Маріуполі був двічі обстріляний.
Чи свідчать докази про те, що виконавець мав умисел зробити об'єктом нападу такий персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи був напад точно спрямований на захищений персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи або транспортні засоби? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які бачили, як виконавці без розрізнення обстрілювали цивільне населення та гуманітарний персонал. • Звіт ООН, в якому описується, що напад був ретельно спланований для ураження гуманітарних об'єктів, наприклад, напад не був орієнтований на розташування сил противника. • Експертний звіт щодо об'єкту нападу/матеріалу з описом ризиків, пов'язаних з нападом на такі об'єкти. • Звіт МКЧХ про те, як склад Червоного Хреста (позначений червоним хрестом на даху) в Маріуполі був двічі обстріляний.
Чи свідчать	<ul style="list-style-type: none"> • Чи використовувалися об'єкти 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що

<p>докази про те, що такий персонал, установки, об'єкти, підрозділи або транспортні засоби мали право на захист, який надається цивільним особам або цивільним об'єктам згідно з міжнародним правом збройних конфліктів?</p>	<p>гуманітарної місії (наприклад, її обладнання, транспортні засоби тощо) у військових цілях/чи брав гуманітарний персонал безпосередню участь у веденні бойових дій?</p>	<p>виконавці без суду і слідства розстрілювали осіб, які мали знаки розрізнення Червоного Хреста на формі, щоб перешкодити їм доставити продукти харчування.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Фотографія, на якій зображені захоплені в полон некомбатанти, зокрема медичні працівники в медичній формі. • Відео, на якому виконавці обстрілюють гуманітарний конвой з емблемою Червоного Хреста. • Звіт МКЧХ про те, як склад Червоного Хреста (позначений червоним хрестом на даху) в Маріуполі був двічі обстріляний.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець знав про фактичні обставини, які встановили такий захист?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи знав виконавець про те, що персонал/об'єкти, проти яких були спрямовані напади, мають право на спеціальний захист згідно з міжнародним правом збройних конфліктів? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що сили противника без розрізнення обстрілювали шляхи евакуації в дні, коли евакуація була узгоджена. • Доповідь ООН про те, що, незважаючи на наявні розвідувальні дані, сили супротивника навмисно обстріляли школу, в якій утримувалися та лікувалися поранені. • Доповідь ООН про те, що в результаті російського обстрілу під час роздачі гуманітарної допомоги в школі у Вугледарі загинуло четверо людей і ще кілька отримали поранення. • Звіт Amnesty International, в якому проаналізовано фотографії та відео з соціальних мереж, на яких зображено російський ракетний обстріл, що призвів до загибелі 25 цивільних осіб у гуманітарному конвої в Запоріжжі. • Відео, на якому виконавці без суду і слідства розстрілюють членів гуманітарної місії, які носили захисні емблеми на формі.

Таблиця 35: Стаття 8(2)(b)(iii) Підказки для фахівців

3.2.28 Воєнний злочин надмірної випадкової смерті, поранення або пошкодження (стаття 8(2)(b)(iv), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(iv) Римського статуту забороняє навмисне здійснення нападу зі обізнаністю про те, що такий напад призведе до випадкової втрати життя або поранення цивільного

населення або пошкодження цивільних об'єктів або широкомасштабної, довготривалої і серйозної шкоди довкіллю, які будуть явно надмірними по відношенню до очікуваної конкретної та прямої загальної військової переваги.⁸¹⁷

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України ("КК України") не називає воєнним злочином умисне здійснення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі або поранення цивільних осіб або пошкодження цивільних об'єктів або широкомасштабної, довготривалої і серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, це діяння охоплюється "іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами", як зазначено у статті 438(1). Це діяння є серйозним порушенням МГП відповідно до статті 57(2)(a)(iii) Додаткового протоколу I, яка передбачає, що "утримуються від прийняття рішень про здійснення будь-якого нападу, який, як можна очікувати, викличе випадкові втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб і завдасть випадкової шкоди цивільним об'єктам або те й інше разом, що було б надмірним щодо конкретної і прямої воєнної переваги, яку передбачається одержати".⁸¹⁸

"Шкода природному середовищу" також заборонена Додатковим протоколом I, статтями 35(3) та 55(1), які забороняють "Заборонено застосовувати методи або засоби ведення воєнних дій, які мають на меті завдати або, як можна очікувати, завдадуть широкої, довгочасної і серйозної шкоди природному середовищу". Оскільки Україна є стороною Додаткового протоколу I, таке діяння може бути кваліфіковано як напади, які, як можна очікувати, спричинять випадкові втрати життя серед цивільного населення, поранення цивільних осіб, шкоду цивільним об'єктам або широкомасштабну, довготривалу і серйозну шкоду природному середовищу, яка була б надмірною порівняно з конкретною і безпосередньою очікуваною військовою перевагою, за статтею 438(1) КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, який передбачатиме "напад, що завідомо становить небезпеку загибелі або поранення цивільних осіб, заподіяння шкоди цивільним об'єктам або широкомасштабної, довгострокової та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка є явно непропорційною порівняно з конкретною і прямою очікуваною загальною військовою перевагою" за статтею 438-2.2(2) ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину надмірної випадкової смерті, поранення або пошкодження, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁸¹⁹

1. Виконавець здійснив напад.
2. Напад був таким, що він спричинив випадкову смерть чи поранення цивільного населення або пошкодження цивільних об'єктів чи широкомасштабну, довготривалу та серйозну шкоду довкіллю, і такі смерть, поранення чи пошкодження були такого

⁸¹⁷ Римський статут, стаття 8(2)(b)(iv). Воєнні злочини, пов'язані з надмірною випадковою смертю, пораненнями або пошкодженням, також заборонені такими міжнародно-правовими документами: Перший Додатковий протокол, статті 35(3), 51(5)(b), 55(1) і 85(3)(b); Конвенція про заборону військового або будь-якого ворожого використання засобів впливу на природне середовище, 10 грудня 1976, 1108 UNTS 151. Крім того, воєнний злочин надмірної випадкової смерті, поранення або пошкодження носить звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 14. Пропорційність у нападі.

⁸¹⁸ Додатковий протокол I, стаття 57(2)(a)(iii). Див. також Додатковий протокол I, стаття 85(3)(a).

⁸¹⁹ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(iv).

масштабу, що був явно надмірним по відношенню до очікуваної конкретної та прямої загальної військової переваги.

3. Виконавець знав, що напад спричинить випадкову смерть чи поранення цивільного населення або пошкодження цивільних об'єктів чи широкомасштабну, довготривалу та серйозну шкоду довкіллю, і що такі смерть, поранення чи пошкодження були такого масштабу, що був явно надмірним по відношенню до очікуваної конкретної та прямої загальної військової переваги.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.28.1 Елемент перший: виконавець здійснив напад

Див. розділ 3.2.25.1 для детального опису цього елемента.

3.2.28.2 Елемент другий: напад був таким, що спричинив випадкову смерть чи поранення цивільного населення або пошкодження цивільних об'єктів чи широкомасштабну, довготривалу та серйозну шкоду довкіллю, і такі смерть, поранення чи пошкодження були такого масштабу, що був явно надмірним по відношенню до очікуваної конкретної та прямої загальної військової переваги

Щоб задовольнити цей елемент, фахівець-практик повинен показати, що напад спричинив: (i) випадкову смерть чи поранення цивільного населення; (ii) пошкодження цивільних об'єктів; чи (iii) широкомасштабну, довготривалу та серйозну шкоду довкіллю.⁸²⁰

Цей елемент вимагає, щоб убиті чи поранені особи чи пошкоджені об'єкти були цивільними. Різниця між комбатантами і цивільними особами, а також військовими і цивільними об'єктами обговорюється вище в розділі 2.1.3.

Крім того, відповідний злочин також може охоплювати “широкомасштабну, довготривалу та серйозну шкоду довкіллю” як одну з можливих форм заподіяної шкоди. Поняття “довкілля” слід розуміти в максимально широкому сенсі як таке, що охоплює біологічне середовище, в якому живе населення, включаючи,⁸²¹ наприклад, воду, повітря, ґрунт тощо. Воно складається, наприклад, з об'єктів, необхідних для виживання населення, таких як сільськогосподарські угіддя, питна вода та худоба, а також з лісів та іншої рослинності, фауни, флори та інших біологічних чи кліматичних елементів.⁸²² Крім того, згідно з цим елементом всі три характеристики шкоди мають бути присутніми одночасно, тобто шкода має бути широкомасштабною, *та* довготривалою, *та* тяжкою:⁸²³

⁸²⁰ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(iv).

⁸²¹ Ю. Сандос та ін. (ред.), Коментар до Додаткових протоколів від 8 червня 1977 р. до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р. (МКЧХ, 1987), с. 663.

⁸²² Ю. Сандос та ін. (ред.), Коментар до Додаткових протоколів від 8 червня 1977 р. до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р. (МКЧХ, 1987), с. 663.

⁸²³ Тріффтерер і Амбос, Коментар, с. 378.

- **Широкомасштабність:** шкода буде широкомасштабною, наприклад, коли її наслідки простягаються за межі території в кілька сотень квадратних кілометрів;⁸²⁴
- **Довготривалість:** шкода є довготривалою, коли вона триває “десятиліттями (принаймні двома-трьома), а не місяцями чи сезонами”;⁸²⁵
- **Серйозність:** шкода є серйозною, коли вона загрожує подальшому виживанню цивільного населення або передбачає ризик серйозних проблем зі здоров’ям.⁸²⁶

Фахівець-практик також повинен довести, що така смерть, поранення або пошкодження були такого масштабу, що були явно надмірними по відношенню до очікуваної конкретної та прямої загальної військової переваги.⁸²⁷ Це означає, що фахівець-практик повинен розглядати передбачувану військову перевагу з точки зору виконавця/ів, а не потерпілих.⁸²⁸

У підсумку, цей елемент встановлює тест на пропорційність. Це вимагає врахування наступного:⁸²⁹

1. Очікувана шкода чи поранення цивільного населення;
2. Очікувана військова перевага; і
3. Чи були очікувана шкода чи поранення, завдані цивільним об’єктам/особам, “явно надмірними” по відношенню до очікуваних військових збитків.

Наступні фактори можуть мати значення при розгляді того, чи задовольняє діяння виконавця критерій пропорційності в конкретному контексті:⁸³⁰

- Чи були перевірені обрані цілі;
- Чи консультували військові юристи тих, хто розпочав напад;
- Чи були вжиті зусилля для зменшення випадкових наслідків;
- Чи були вжиті запобіжні заходи для зменшення наслідків; і

⁸²⁴ Тріффтерер і Амбос, *Коментар*, с. 379.

⁸²⁵ Тріффтерер і Амбос, *Коментар*, с. 379.

⁸²⁶ Тріффтерер і Амбос, *Коментар*, с. 379.

⁸²⁷ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(iv).

⁸²⁸ ОП МКС, “Ситуація з Зареєстрованими Судами Коморських Островів, Греції та Камбоджі: Доповідь За Статтею 53 (1)”, 6 листопада 2014 р., с. 102; В. Шабас, *Міжнародний Кримінальний Суд: Коментар До Римського Статуту* (2-е вид., ОУР 2016), с. 265. Див. також *Прокурор проти Готавіни та інших*, IT-06-90-T, Рішення, 15 квітня 2011, п. 1755.

⁸²⁹ ОП МКС, “Ситуація з Зареєстрованими Судами Коморських Островів, Греції та Камбоджі: Доповідь За Статтею 53 (1)”, 6 листопада 2014 р., с. 102; В. Шабас, *Міжнародний Кримінальний Суд: Коментар До Римського Статуту* (2-е вид., ОУР 2016), с. 265. Тоді як МТКЮ постановив, при визначенні пропорційності нападу “необхідно вивчити, чи могла розумно поінформована особа за обставин фактичного злочинця, розумно використавши доступну їй інформацію, очікувати надмірні втрати серед цивільного населення внаслідок нападу” (Див., наприклад, *Прокурор проти Галіча*, IT-98-29-T, Рішення, 5 грудня 2003, п. 58), МКС приймає вищі стандарти. Зокрема, Римський статут вимагає, щоб кримінальна заборона поширювалася лише на ті випадки, коли шкода явно надмірна. (див. ОП МКС, “Ситуація з Зареєстрованими Судами Коморських Островів, Греції та Камбоджі: Доповідь За Статтею 53 (1)”, 6 листопада 2014 р., п. 103).

⁸³⁰ ОП МКС, Відповідь на повідомлення, що стосуються ситуації в Іраку, 10 лютого 2006, сс. 6-7; Р. Крайер, Х. Фріман, Д. Робінсон та Е. Вілмсхерст, *Вступ До Міжнародного Кримінального Права та Процесу* (3^є вид., СУР 2014), с. 543.

- Чи використовувалася високоточна зброя під час нападу.

3.2.28.3 Елемент третій: виконавець знав, що напад спричинить випадкову смерть чи поранення цивільного населення або пошкодження цивільних об'єктів чи широкомасштабну, довготривалу та серйозну шкоду довкіллю, і що такі смерть, поранення чи пошкодження були такого масштабу, що був явно надмірним по відношенню до очікуваної конкретної та прямої загальної військової переваги

Фахівець-практик також повинен довести, що виконавець знав про наслідки нападу і про те, що вони будуть явно надмірним по відношенню до очікуваної військової переваги.⁸³¹ Простіше кажучи, цей елемент встановлюється, коли виконавець усвідомлює масштаби передбачуваної шкоди та співвіднесену військову перевагу, і, тим не менш, вирішує почати напад.⁸³²

3.2.28.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію для встановлення загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, і для встановлення суб'єктивної сторони, передбаченої статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що напад мав місце і що виконавець здійснив напад?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи мав місце акт насильства щодо супротивника? • Чи мав місце напад, наступальний чи оборонний? • Чи був виконавець відповідальний за здійснення нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що він бачив житлові будинки, зруйновані або пошкоджені внаслідок російських авіаударів у Харкові. • Офіційні військові документи, які свідчать про те, що виконавець віддав наказ обстрілювати місто. • Поширене у соцмережах відео про обстріл касетними боеприпасами, здійснений російськими збройними силами, в результаті якого одна цивільна особа загинула і двоє отримали поранення на вулиці в Харківській області. • Відео з камер спостереження, поширене українськими ЗМІ, показує момент, коли щонайменше дві ракети влучили в автобусну зупинку біля вугільної фабрики, в результаті чого загинуло щонайменше 10 осіб. • Балістичні докази того, що будівля була зруйнована ракетами. • Фотографії, на яких зображені нерозірвані боеприпаси, розкидані

⁸³¹ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(iv).

⁸³² Р. Крайер, Х. Фріман, Д. Робінсон та Е. Вілмсхерст, *Вступ До Міжнародного Кримінального Права та Процесу* (3^є вид., CUP 2014), с.540.

		<p>навколо міста в Січеславському районі.</p> <ul style="list-style-type: none"> Доповідь ООН, що документує використання касетних боеприпасів, некерованих ракет і авіаударів російськими збройними силами для захоплення міст і невеликих населених пунктів.
<p>Чи свідчать докази, що напад спричинив випадкову смерть чи поранення цивільного населення, чи пошкодження цивільних об'єктів, чи широкомасштабну, довготривалу та серйозну шкоду довкіллю?</p>	<ul style="list-style-type: none"> Чи були цивільні особи вбиті чи поранені під час нападу? Чи були цивільні об'єкти, як-от школи чи лікарні, знищені чи пошкоджені під час нападу? Які елементи довкілля зазнали шкоди внаслідок нападу? Наскільки обширною була територія довкілля, уражена шкодою? Чи уражена територія простягалась, наприклад, на більш ніж сотні квадратних кілометрів? Наскільки довготривалими були шкідливі наслідки для довкілля? Чи можна обґрунтовано припускати, що вони триватимуть, наприклад, десятиліттями? Чи спричинила шкода довкіллю серйозні наслідки для людського життя та здоров'я, природних, економічних чи інших ресурсів? Які саме? 	<ul style="list-style-type: none"> Показання потерпілих, які були поранені в результаті ракетного удару, а деякі їхні родичі загинули. У соціальних мережах поширюються відеозаписи обстрілу касетними боеприпасами, здійсненого російськими збройними силами, в результаті якого одна цивільна особа загинула і двоє отримали поранення на вулиці в Харківській області. Фотографії, що зображують наслідки російського авіаудару, який влучив у Маріуполь, де сотні цивільних осіб переховувалися від російських повітряних атак, а на землі ззовні гігантськими літерами було написано російською мовою “дети” (“дети”). Кадри з камер відеоспостереження, на яких видно, як російська ракета підірвала адміністративну будівлю, у результаті чого загинуло семеро цивільних осіб і 22 отримали поранення. Супутникові знімки, які показують руйнування сільськогосподарських угідь після нападу на дамбу, що спричинило повінь. Доповідь ООН вказує на те, що кілька боеприпасів, зокрема некеровані ракети (які неможливо точно націлити), влучили в район Чернігова, де понад 200 цивільних осіб стояли в черзі за хлібом біля супермаркету, в результаті чого загинуло щонайменше 14 цивільних осіб і 26 отримали поранення.
<p>Чи свідчать докази, що смерть, поранення або пошкодження були такого масштабу, що були явно надмірними щодо</p>	<ul style="list-style-type: none"> Яку військову перевагу передбачав/очікував виконавець? Чи була військова перевага конкретною та прямою? Чи була завдана смерть, 	<ul style="list-style-type: none"> Перехоплення розмов військових командирів, які обговорюють військову перевагу здійснення нападу на військовий об'єкт поруч із госпіталем. Повідомлення військових про те, що міст був замінований, аби не

<p>очікуваної конкретної та прямої загальної військової переваги?</p>	<p>поранення або пошкодження явно надмірними щодо цієї переваги?</p>	<p>допустити переходу ворога, і що його підірвали вдень, коли мирні жителі намагалися перейти через нього.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Аналіз зброї, який показує, що під час нападу застосовувалася невибіркова зброя. • Фотографії, на яких зображені наслідки влучання російських крилатих ракет у торговий центр і танцювальну студію у Вінницькій області, в результаті чого загинуло щонайменше 23 людини, включно з трьома дітьми. • Доповідь ООН, де вказано, що під час нападу було вбито понад 100 людей.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець знав, що напад спричинить надмірну випадкову смерть, поранення або пошкодження у відношенні до очікуваної військової переваги?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи свідчить поведінка виконавця, що він знав про присутність цивільних осіб або цивільних об'єктів у безпосередній близькості від об'єкта, який був ціллю нападу? • Чи свідчать методи, застосовані під час нападу, про те, що виконавець знав, що може завдати шкоди цивільному населенню? • Які обставини нападу свідчать про те, що виконавець міг зробити оціночне судження щодо передбачуваної смерті, поранення або пошкодження? 	<ul style="list-style-type: none"> • Військові документи, які були представлені виконавцю перед нападом, що містять інформацію про ймовірність випадкової шкоди цивільному населенню. • Російський пілот зізнається, що отримав наказ атакувати цивільні будівлі. • Фотографії, зроблені перед нападом, чітко показують присутність школи поряд з військовим об'єктом. • Балістичні докази, які свідчать про те, що замість високоточної зброї використовувалися дуже руйнівні вибухові речовини. • Супутникові зображення, надані виконавцю перед нападом, чітко показують безпосередню близькість між військовим об'єктом і житловим будинком. • Доповідь ООН, що засуджує напади на залізничний вокзал в Краматорську та Маріупольський драматичний театр і вказує на те, що російські збройні сили не вживають заходів для запобігання випадкових людських втрат серед цивільного населення.

Таблиця 36: Стаття 8(2)(b)(iv) Підказки для фахівців-практиків

3.2.29 Воєнний злочин нападу на незахищені місця (стаття 8(2)(b)(v), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(v) Римського статуту забороняє “[н]апади на або бомбардування будь-якими засобами міст, сіл, поселень чи будівель, які є незахищеними та не є військовими об’єктами”.⁸³³

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“ККУ”) не визначає напад на незахищені місця як воєнний злочин, ця дія охоплюється “іншими порушеннями правил ведення війни, передбаченими міжнародними договорами”, як зазначено згідно зі статтею 438(1). Така поведінка є серйозним порушенням статті 59(1) Додаткового протоколу I, яка забороняє “сторонам конфлікту [від] нападати будь-якими засобами на незахищені місця”.⁸³⁴ Крім того, “перетворення незахищених місцевостей і демілітаризованих зон на об’єкт нападу” є серйозним порушенням Додаткового протоколу I, “якщо воно вчинене навмисно [...] і спричиняє смерть або серйозне ушкодження тіла чи здоров’я”.⁸³⁵ Оскільки Україна є учасницею Додаткового протоколу I, таке діяння можна інкримінувати як напад на незахищені місця згідно зі статтею 438(1) ККУ.

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набуде чинності) воєнний злочин “нападу на незахищені та невійськові об’єкти, населені пункти чи споруди” за статтею 438-2.2(1) ККУ. Це положення охоплює практично ті самі контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину у вигляді нападу на незахищені місця, які містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁸³⁶

1. Виконавець здійснив напад на одне чи декілька міст, сіл, поселень чи будівель.
2. Такі міста, села, поселення чи будівлі були доступні для зайняття без опору.
3. Такі міста, села, поселення чи будівлі не були військовими об’єктами.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.29.1 Елемент перший: виконавець здійснив напад на одне чи декілька міст, сіл, поселень чи будівель

Див. розділ 3.2.25.1. для детального опису цього елемента.

⁸³³ Римський статут, Стаття 8(2)(b)(v). Воєнний злочин нападу на незахищені місця також заборонено такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, Стаття 3(с); Четверта Женевська конвенція, Статті 14 і 53. Крім того, воєнний злочин нападу на незахищені місця має звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 37. Відкриті міста та необоронні населені пункти.

⁸³⁴ Додатковий протокол I, стаття 59(1) Див. також Конвенцію (IV) про закони і звичаї сухопутної війни та додаток до неї: Положення про закони і звичаї сухопутної війни від 18 жовтня 1907 року (“Гаазьке положення”), стаття 25.

⁸³⁵ Додатковий протокол I, стаття 85(3)(d).

⁸³⁶ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(v).

3.2.29.2 Елемент другий: такі міста, села, поселення чи будівлі були доступні для зайняття без опору

Другий елемент цього злочину вимагає, щоб місто, село, поселення чи будівля, які стали цілями нападу, були відкритими для безперешкодного зайняття, або іншими словами, незахищеними. Щоб місто, село, поселення чи будівля, які стали ціллю, кваліфікувалися як “незахищені”, мають бути виконані такі умови:

- Усі комбатанти, а також мобільна (тобто рухома) зброя та військова техніка повинні бути евакуйовані;
- Нерухомі військові об’єкти чи установки не повинні використовуватись ворогом;
- Влада чи населення не повинні вчиняти ворожих актів; і
- Не повинна здійснюватись жодна діяльність на підтримку військових операцій.⁸³⁷

Незахищене місце може втратити свій захищений статус (за МГП), якщо ці умови більше не виконуються.⁸³⁸ При цьому присутність поліцейських сил, єдиною метою яких є підтримка правопорядку, або присутність осіб, яким надається особливий захист Женевськими конвенціями, не призводить до того, що місце втрачить статус “незахищеного”.⁸³⁹

3.2.29.3 Елемент третій: такі міста, села, поселення чи будівлі не були військовими об’єктами

Щоб встановити третій елемент, інформація має вказувати, що місце, яке стало ціллю нападу, не було військовим об’єктом. Військові об’єкти детально обговорюються в розділі 2.1.3.

Цивільні об’єкти тимчасово втрачають захист від нападу на той час, коли вони вважаються військовими об’єктами.⁸⁴⁰ Отже, фахівцю-практику важливо встановити, що на момент розслідуваного нападу об’єкт не був військовим.⁸⁴¹

3.2.29.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію, що встановлює загальні контекстуальні елементи, загальні для всіх воєнних злочинів, а також елементи суб’єктивної сторони, передбачені статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що напад мав місце і що виконавець здійснив напад?	<ul style="list-style-type: none">• Чи мав місце акт насильства щодо супротивника?• Чи застосував виконавець збройну силу проти одного чи кількох міст, сіл, поселень чи будівель?	<ul style="list-style-type: none">• Мешканці Маріуполя розповідають, як вони були змушені тижнями ховатися в театрі під час постійних обстрілів з боку російських збройних сил.• Російський пілот зізнався, що

⁸³⁷ Перший Додатковий протокол, стаття 59(2).

⁸³⁸ База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 37. Відкриті міста та необоронні населені пункти.

⁸³⁹ Перший Додатковий протокол, стаття 59(3).

⁸⁴⁰ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 893.

⁸⁴¹ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 893.

	<ul style="list-style-type: none"> • Чи був напад частиною військової операції? 	<p>отримав наказ атакувати цивільні будівлі.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Опублікований в мережі запис з мобільного телефону, на якому члени збройних сил координують запланований напад на будівлю. • Висновок судової експертизи, який показує, що будівля була зруйнована ракетами. • Звіт Моніторингової місії ООН, що описує великі воронки та руйнування, які Місія спостерігала в Чернігові після того, як кілька некерованих бомб влучили в житловий район.
<p>Чи свідчать докази, що місто, село, житло чи будівля, які стали цілями, були незахищеними під час нападу?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи були місто, село, житло чи будівля населеними під час нападу? • Чи можна було зайняти відповідне місце без будь-якого опору? • Чи розташовувались ворожі комбатанти в населеному пункті, який став об'єктом нападу? • Чи розташовувалось мобільне (рухоме) озброєння або військова техніка в місці, яке стало ціллю нападу? • Чи відбувалися якісь ворожі дії з військових установок у місці, яке стало ціллю нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання очевидців, які бачили, що військовослужбовці відвідали будівлю перед нападом і побачили, що вона не служила військовим цілям. • Фотографії, на яких зображені наслідки російського авіаудару, що влучив у театр у Маріуполі, який укривав сотні цивільних осіб від російських повітряних атак, і на стінах якого гігантськими літерами було написано російською мовою “дети” (“дети”). • Докази судової експертизи, взяті з місця нападу, що показують, що до нападу в будівлі не було зброї чи іншого військового обладнання. • Відеозаписи виїзду військовослужбовців із села, які забрали з собою всі військові установки та обладнання. • Звіт Amnesty International, в якому повідомляється, що 21 людина загинула в результаті російського авіаудару по житловому району Сергіївки і не виявлено жодних доказів присутності українських військових об'єктів поблизу.
<p>Чи свідчать докази, що місто, село, житло чи будівля, на яке було спрямовано напад, не було</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи використовувалось місце якимось чином збройними силами однієї зі сторін конфлікту? • Чи були якісь військові об'єкти поблизу? • Кому належав об'єкт, який став 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що їм довелося тікати з автобусної зупинки, на якій вони чекали зі своїми друзями, тому що стався російський ракетний обстріл, в результаті якого загинули їхні друзі. • Фотографії, поширені з соціальних

<p>військовим об'єктом на момент нападу?</p>	<p>ціллю нападу?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Яку військову перевагу, якщо така була, надавав об'єкт стороні, якій він належав? 	<p>мереж, новинних каналів та неурядових організацій, різних будівель перед тим, як вони були атаковані, на яких чітко видно відсутність будь-якої військової техніки.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Фотографії, на яких зображені наслідки російського авіаудару по театру в Маріуполі, який прихистив сотні цивільних осіб від російських повітряних атак, а на землі ззовні гігантськими літерами було написано російською мовою “діти” (“дети”). • Відео, на якому зафіксовано пошкодження центру гуманітарної допомоги та волонтерського автомобіля (обидва позначені символом Червоного Хреста) внаслідок російського артилерійського обстрілу. • Звіт з відкритих джерел, підготовлений неурядовою організацією, що документує напад на будівлю виключно цивільного призначення, наприклад школу. • Офіційний військовий документ, який повідомляє, що місто було ретельно обшукано, і до нападу не виявлено жодних ворожих комбатантів чи військової техніки. • Доповідь ООН, що засуджує напади на залізничний вокзал у Краматорську та Маріупольський драматичний театр і вказує на те, що російські збройні сили не вживають заходів для запобігання випадковим людським втратам серед цивільного населення.
---	--	---

Таблиця 37: Стаття 8(2)(b)(v) Підказки для фахівців-практиків

3.2.30 Воєнний злочин вбивства або поранення осіб *hors de combat* (осіб, що вибули зі строю під час збройного конфлікту) (стаття 8(2)(b)(vi), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(vi) Римського статуту забороняє “[в]бивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю або не маючи більше засобів захисту, здався”.⁸⁴² Цей воєнний злочин стається, коли виконавець вбиває або поранює осіб, які більше не беруть участі у боях, які стають беззахисними або чітко вказали на свій умисел здатися.

Стаття 438 Кримінального кодексу України (“КК України”) прямо посилається на “застосування методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами”, під які підпадає воєнний злочин у вигляді вбивства або поранення осіб, які склали зброю. Таке діяння є серйозним порушенням статті 41 Додаткового протоколу I, яка передбачає, що “Заборонено нападати на особу, яку визнано чи яку за даних обставин належить визнати особою, яка вибула із строю”.⁸⁴³ Крім того, “вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припинила брати участь у воєнних діях”, є серйозним порушенням Додаткового протоколу I, коли воно вчиняється “навмисне і є причиною смерті або серйозного тілесного пошкодження чи шкоди здоров’ю”.⁸⁴⁴ Оскільки таке діяння є методом ведення війни, забороненим міжнародним документом, воно може бути кваліфіковано за ч. 1 ст. 438 КК України як вчинення нападу на особу, коли відомо, що вона припинила брати участь у воєнних діях.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, який передбачатиме “поранення особи, зазначеної в підпункті 3 примітки 2 до цієї статті”, до якої належать особи *hors de combat*, за статтею 438.2(11) ККУ. Хоча цей злочин сформульовано дещо інакше, ніж відповідник Римського статуту, головним чином, оскільки “вбивство” прямо не згадується, *hors de combat* все ще захищені використанням слова “травма”, яке може охоплювати як вбивство, так і поранення. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину вбивства або поранення осіб *hors de combat*, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁸⁴⁵

1. Виконавець убив чи поранив одну чи більше осіб.
2. Така особа або особи були *hors de combat* (особами, що вибули зі строю (склали зброю) під час збройного конфлікту).
3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали цей статус.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.

⁸⁴² Римський статут, стаття 8(2)(b)(vi). Див. також Перша Женевська конвенція, Стаття 3(1). Воєнний злочин, пов’язаний із вбивством і пораненням *hors de combat* також заборонений звичаєвим міжнародним правом: Див. База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 47. Напади на осіб *hors de combat*.

⁸⁴³ Додатковий протокол I, стаття 41(1). Див. також Конвенцію (IV) про закони і звичаї сухопутної війни та додаток до неї: Положення про закони і звичаї сухопутної війни від 18 жовтня 1907 року (“Гаазьке положення”), стаття 23(с).

⁸⁴⁴ Додатковий протокол I, стаття 85(3)(е).

⁸⁴⁵ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(vi).

5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.30.1 Елемент перший: виконавець убив або поранив одну або більше осіб

По-перше, фахівці-практики повинні встановити, що виконавець поранив або вбив одну чи більше осіб. Виконавець повинен був спричинити вбивство чи поранення своєю дією чи бездіяльністю.⁸⁴⁶

Смерть однієї або кількох осіб може бути доведена шляхом віднайдення мертвих тіл або за допомогою непрямих доказів за умови, що смерть особи є єдиним обґрунтованим висновком, що випливає з таких доказів.⁸⁴⁷

Крім того, **поранення або завдання травм** означають фізичні ушкодження, які можуть включати ушкодження, спричинені ненаданням необхідної медичної допомоги, відмовою у їжі або воді військовополоненим або неможливістю врятувати осіб, які зазнали корабельної аварії (за умови, що немає небезпечних воєнних обставин).⁸⁴⁸

3.2.30.2 Елемент другий: така особа або особи були *hors de combat* (особами, що склали зброю під час збройного конфлікту)

По-друге, необхідно встановити, що потерпілий був *hors de combat*. Комбатант буде вважатися *hors de combat*, якщо:

- (i) Він перебуває під владою супротивної сторони;⁸⁴⁹
- (ii) Чітко висловив намір здатися; або
- (iii) Став беззахисним через непритомність, корабельну аварію, поранення або хворобу.

Комбатанти першої категорії, які потрапляють під владу супротивної сторони, вважаються військовополоненими (“полоненими”).⁸⁵⁰ Полонені залишаються захищеними відповідно до цього положення “з моменту потраплення під владу ворога і до остаточного звільнення та репатріації”.⁸⁵¹

⁸⁴⁶ Прокурор проти Онгвена, ІСС-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Рішення суду у справі Онгвена”), п. 2696; Прокурор проти Бемби, 21 березня 2016 (“Рішення суду у справі Бемби”), п. 87-88; Прокурор проти Катанги, ІСС-01/04-01/07, Рішення, 7 березня 2014 (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 767-769; Прокурор проти Катанги, Чуї та інших, ІСС-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї”), п. 287; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення про підтвердження звинувачень, 15 червня 2009 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби”), п. 132.

⁸⁴⁷ Рішення суду у справі Катанги, п. 786; Рішення суду у справі Бемби, п. 88.

⁸⁴⁸ О. Тріфтерер і К. Амбос, Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар (3е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) (“Тріфтерер і Амбос”, Коментар), сс. 390-391, 395 (“термін “травма” зазвичай використовується для охоплення фізичних ран або пошкоджень, а не шкоди психічному здоров'ю”).

⁸⁴⁹ Перший Додатковий протокол, стаття 41(2); База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 47. Напади на осіб *hors de combat*.

⁸⁵⁰ Перший Додатковий протокол, стаття 45(1); Третя Женевська конвенція, стаття 5. Див. також Третя Женевська конвенція, стаття 4.

⁸⁵¹ Третя Женевська конвенція, стаття 5.

Щодо другої категорії, “чіткий вияв беззастережної капітуляції” робить комбатанта особою *hors de combat*.⁸⁵² Це можна виразити кількома способами, зокрема шляхом складання зброї, підняття рук або демонстрації білого прапора.⁸⁵³

Під третьою категорією “поранені чи хворі” означають комбатантів, які “через травму, хворобу чи інший фізичний чи психічний розлад чи інвалідність потребують медичної допомоги чи догляду”.⁸⁵⁴ “Особи, що зазнали корабельної аварії” відносяться до комбатантів, “які перебувають у небезпеці на морі чи в інших водах у результаті лиха, яке сталося з ними на судні або літаку, які їх перевозили”.⁸⁵⁵

Що стосується всіх трьох категорій, комбатанти, які стали *hors de combat*, будуть захищені від нападу лише за умови, що вони утримаються від будь-яких ворожих актів і не намагатимуться втекти.⁸⁵⁶

3.2.30.3 Елемент третій: виконавець знав фактичні обставини, які встановили такий захищений статус

Щоб задовольнити цей елемент, необов'язково доводити, що виконавець після оцінки ситуації дійшов висновку, що відповідна особа чи особи були *hors de combat*.⁸⁵⁷ Необхідно лише продемонструвати, що виконавець “знав фактичні обставини, які встановлюють захищений статус”.⁸⁵⁸ Наприклад, про те, що людина була видимо поранена або втратила дієздатність, або махала білим прапором на знак капітуляції.

3.2.30.4 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також вони мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 Римського статуту (див. розділ 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що виконавець убив чи поранив одну чи більше осіб?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи одна чи декілька осіб були вбиті? За яких обставин настала їх смерть? • Чи одна чи декілька осіб отримали фізичні травми? За яких обставин були спричинені травми? • Які дії чи бездіяльність 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як полонені ворожі солдати регулярно зазнавали насильства під час ув'язнення. • Розтин тіла померлого військовополоненого, який вказує на те, що він помер від голоду під час ув'язнення.

⁸⁵² База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 47. Напади на осіб *hors de combat*.

⁸⁵³ База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 47. Напади на осіб *hors de combat*.

⁸⁵⁴ Перший Додатковий протокол, Стаття 8(а).

⁸⁵⁵ Перший Додатковий протокол, Стаття 8(б).

⁸⁵⁶ Перший Додатковий протокол, Стаття 41(2); МКЧХ, “Hors de combat”.

⁸⁵⁷ Див. Рішення суду у справі Катанги, п. 900; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї, п. 316. Зауважте, палата попереднього розгляду та судова палата роблять такий висновок стосовно еквівалентного елемента статті 8(2)(b)(viii), а саме, що виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали захищений статус майна. Див. МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(viii), Елемент 4.

⁸⁵⁸ Римський статут, стаття 8(2)(а)(і), п. 3; МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(а)(і), зноска 33.

	<p>виконавця спричинили смерть чи поранення?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Де і коли відбулася смерть або поранення? 	<ul style="list-style-type: none"> • Відеозапис розстрілу російськими військовими полоненого українського солдата з декількох автоматів у неглибокому окопі після того, як він вигукнув “Слава Україні”. • Звіт міжнародної організації в якому описується, як військовополонених, затриманих російською стороною, регулярно позбавляли необхідної медичної допомоги, що призводило до серйозних травм.
<p>Чи свідчать докази, що потерпіла особа була особою <i>hors de combat</i> і що виконавець знав про такий статус?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була потерпіла особа під владою супротивної сторони? • Чи була потерпіла особа військовополоненим(ою)? • Чи потерпіла особа чітко вказала на свій намір здатися, наприклад, склавши зброю на землю і піднявши руки в повітря? • Чи була потерпіла особа пораненою, хворою чи такою, яка зазнала корабельної аварії? 	<ul style="list-style-type: none"> • Список імен усіх військовополонених, утримуваних у певному місці, що підтверджує їх статус військовополонених. • Колишній військовополонений свідчить, що був свідком смерті щонайменше одного військовополоненого від руки російського солдата під час “процедури прийому” у виправній колонії поблизу Оленівки. • Розтин одягненої у військову форму особи, яка загинула під час затримання ворожими силами, показав, що вона померла від нелікованих ран. • Опублікований в мережі відеозапис, на якому групу солдатів обстріляли, попри те, що вони кинули зброю на землю, що свідчило про капітуляцію. • Свідок, який дав показання, що виконавець вистрілив і вбив потерпілу особу, яка була явно небоєздатною через поранення і не могла захиститися. • Звіт Комісії, в якому робиться висновок, що російські збройні сили вчинили умисні вбивства осіб, які перебували в стані бойової готовності, на територіях, що перейшли під їхній контроль.

Таблиця 38: Стаття 8(2)(b)(vi) Підказки для фахівців-практиків

3.2.31 Воєнний злочин неналежного використання прапора перемир'я (стаття 8(2)(b)(vii)-1, Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(vii)-1 Римського статуту забороняє неналежне використання прапора перемир'я, яке призводить до смерті або серйозних тілесних ушкоджень.⁸⁵⁹ Цей злочин охоплює ситуації, коли особа виставляє прапор перемир'я, що вказує на бажання вести переговори або призупинити військові дії, з прихованою метою отримати військову перевагу або почати напад на ворога, що потім призводить до смерті або серйозних травм.

Стаття 438 Кримінального кодексу України ("КК України") прямо посилається на "застосування методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами", під які підпадає воєнний злочин неналежного використання прапора перемир'я. Таке діяння заборонено статтею 38(1) Додаткового протоколу I, в якій зазначено, що "забороняється [...] навмисне зловживати під час збройних конфліктів іншими міжнародно визнаними захисними емблемами, знаками та сигналами, включно з прапором перемир'я". Оскільки таке діяння є методом ведення війни, забороненим міжнародним документом, воно може бути кваліфіковано як умисне використання прапора перемир'я за ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, який передбачатиме "незаконне використання [...] відмітної емблеми або розпізнавального знаку, встановлених міжнародним гуманітарним правом, прапора парламентаря або прапора, військових знаків розрізнення або форми одягу ворога чи Організації Об'єднаних Націй, якщо це заподіяло тяжке тілесне ушкодження або спричинило смерть потерпілої особи" за статтею 438-4.3 ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину неналежного використання прапора перемир'я, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁸⁶⁰

1. Виконавець використав прапор перемир'я.
2. Виконавець зробив це, щоб удати намір вести переговори, коли такого наміру у виконавця не було.
3. Виконавець знав або повинен був знати про заборонений характер такого використання прапора перемир'я.
4. Таке діяння призвело до смерті або тяжких тілесних ушкоджень.
5. Виконавець знав, що таке діяння може призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень.
6. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.

⁸⁵⁹ Римський статут, Стаття 8(2)(b)(vii). Воєнний злочин, пов'язаний з неналежним використанням прапора перемир'я, також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Гаазьке положення 1907, Стаття 23(f); Перший Додатковий протокол, Стаття 38(1). Крім того, воєнний злочин неналежного використання прапора перемир'я є звичаєвим за своєю природою: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 58. Неналежне використання прапора перемир'я.

⁸⁶⁰ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(vii)-1.

7. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.31.1 Елемент перший: виконавець використав прапор перемир'я

Щоб задовольнити цей елемент, фахівець-практик повинен встановити, що виконавець використав прапор перемир'я. Перемир'я настає, коли дві ворогуючі сторони домовилися припинити бої, як правило, на певний час.⁸⁶¹ Традиційно прапор перемир'я – це фізичний білий прапор, який використовується для позначення бажання особи, яка його несе, спілкуватися з противником.⁸⁶² Однак, оскільки сучасна війна часто ведеться за допомогою сучасних засобів технологічного зв'язку, таких як радіоповідомлення або скидання повідомлень з літака, такі способи зв'язку за статусом можуть вважатися рівними прапору перемир'я у повідомленні про готовність вести переговори, брати участь у мирних перемовинах, здатися або припинити бойові дії.⁸⁶³

3.2.31.2 Елемент другий: виконавець використав прапор перемир'я, щоб удати намір вести переговори, коли такого наміру у виконавця не було

Щоб задовольнити цей елемент, фахівець-практик повинен продемонструвати, що виконавець неналежним чином використав прапор перемир'я, щоб удати намір вести переговори, коли він не мав такого наміру. Термін “неналежне використання” слід розуміти як “будь-яке використання, крім власне того, для якого був призначений прапор перемир'я, тобто прохання про переговори для того, щоб домовитися про припинення вогню або про капітуляцію”.⁸⁶⁴ Таким чином, “неналежне використання” включає використання прапора перемир'я для отримання військової переваги або для вчинення іншого діяння, забороненого МГП.⁸⁶⁵ Наприклад:

- Німецький військовий посібник передбачає, що “прапор перемир'я використовується неправомірно, наприклад, якщо солдати підходять до позиції противника під захистом прапора перемир'я з метою нападу”,⁸⁶⁶
- У Польовому посібнику армії США сказано, що прапори перемир'я не повинні використовуватись таємно для того, щоб “отримати військову інформацію або просто отримати час, щоб вплинути на відступ або убезпечити підкріплення або імітувати капітуляцію, щоб застати ворога зненацька”.⁸⁶⁷

⁸⁶¹ О. Тріфферер і К. Амбос, *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) (“Тріфферер і Амбос, Коментар”), с. 397.

⁸⁶² Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 397. Див., наприклад, Гаазьке положення 1907, стаття 32.

⁸⁶³ Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 397 (що цитує Положення про спільні служби Німеччини, No. 1019, у ред. Флека, Довідник № 230 (1999)). Див. також Армія США, Польовий посібник 27-10 (1956), No. 458(1) (друге речення)).

⁸⁶⁴ База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 58. Неналежне використання прапора перемир'я. Див. також Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 395 (що цитує Другий Елемент Статті 8(2)(b)(vii)-2 до -4. Елемент 2 Статті 8(2)(b)(vii)-1 передбачає подібне).

⁸⁶⁵ База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 58. Неналежне використання прапора перемир'я; Тріфферер, с. 395.

⁸⁶⁶ Німецький військовий посібник, п. 230.

⁸⁶⁷ Департамент армії США FM 27-10, *Право Сухопутної Війни* (Департамент Армії, липень 1956), № 53.

3.2.31.3 Елемент третій: виконавець знав або повинен був знати про заборонений характер такого використання прапора перемир'я

Щоб задовольнити цей елемент, необхідно встановити, що виконавець знав або повинен був знати про заборонений характер такого використання прапора перемир'я.

Наведені нижче фактори будуть мати значення для розгляду фахівцем-практиком того, чи виконавець знав/повинен був знати про заборонений характер використання прапора перемир'я:

- Чи пройшов виконавець певну підготовку з правил МГП. Сполучене Королівство, наприклад, підготувало навчальний відеоролик з МГП, у якому пояснюється, яке використання певних прапорів і емблем є забороненим;⁸⁶⁸
- Чи пояснювалися такі заборонені цілі в будь-яких військових посібниках, якими користується збройне угруповання, до якого належить виконавець;⁸⁶⁹
- Посада виконавця в збройній групі, тобто чи був він командиром.

3.2.31.4 Елемент четвертий: діяння призвело до смерті чи тяжких тілесних ушкоджень

Щоб становити воєнний злочин неналежного використання прапора перемир'я повинно призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень. Важливо те, що вбивство або заподіяння тяжких тілесних ушкоджень не обов'язково повинні бути заподіяні самим виконавцем.⁸⁷⁰ Хоча ні Римський статут, ні судова практика не визначають що таке “тяжкі тілесні ушкодження” у цьому контексті, коментарі МКЧХ до Додаткових протоколів стверджують, що “наслідок має бути таким, що, навіть якщо він не спричинить смерть, він вплине на людей у тривалий або вирішальний спосіб в аспекті як їх фізичної цілісності, так і їхнього фізичного та психічного здоров'я”.⁸⁷¹

3.2.31.5 Елемент п'ятий: виконавець знав, що таке діяння може призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень

Щоб задовольнити цей елемент, виконавцю не потрібно бути впевненим, що його діяння призведе до смерті або серйозних тілесних ушкоджень: вимагається лише те, що така смерть чи поранення *могли трапитись* “за звичного розвитку подій”.⁸⁷² Відповідно, фахівці-практики мають оцінити обставини, пов'язані з використанням виконавцем прапора перемир'я, щоб визначити, чи можна зробити висновок, що виконавець усвідомлював, що його використання прапора перемир'я таким чином могло призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень. Наприклад, якщо прапор перемир'я був використаний для несподіваного нападу з використанням важкої артилерії, можна зробити висновок, що виконавець знав, що це може призвести до смерті або серйозних тілесних ушкоджень.

⁸⁶⁸ Див. База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 58. Неналежне використання прапора перемир'я.

⁸⁶⁹ Щоб отримати перелік відповідних витягів з військових посібників, див. База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 58. Неналежне використання прапора перемир'я.

⁸⁷⁰ Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 395.

⁸⁷¹ МКЧХ, *Коментар до Додаткових Протоколів*, п. 3474.

⁸⁷² Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 396.

3.2.31.6 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також вони мають довести суб'єктивний склад злочину (див. розділ 3.1 і 3.3)

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази, що виконавець використав прапор перемир'я?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи виконавець продемонстрував білий прапор? Коли і де був продемонстрований такий прапор? • Чи використовував виконавець будь-який інший спосіб комунікації, наприклад, радіоповідомлення, щоб повідомити про готовність до переговорів? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання членів опозиційних збройних сил, які описують, як вони бачили членів збройних сил супротивної сторони, які наближалися до їхньої позиції з білим прапором. • Запис перехопленого радіоповідомлення, під час якого обговорювалося припинення вогню. • Військовий документ, який описує, як під час операції використовувався прапор перемир'я. • Рукописні нотатки, написані солдатом перед операцією, в яких детально описано, як прапор перемир'я буде вивішений для влаштування засідки для опозиції. • Брошури, скинуті ворожою авіацією, із проханням до обох сторін вступити в переговори. • Показання очевидців, що група солдатів підійшла до ворожої позиції з білим прапором, а потім відкрила вогонь.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець використав прапор перемир'я, щоб удати намір вести переговори?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи є якісь докази того, що виконавець мав намір ввести в оману учасників конфлікту, використовуючи прапор перемир'я (або іншу форму комунікації)? • З якою метою виставили прапор перемир'я? Що сталося опісля? • Чи отримав виконавець військову перевагу, використовуючи прапор перемир'я? • Чи відбувся напад після запиту про комунікацію? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання групи солдатів, що описують, як вони отримали радіоповідомлення із проханням про перемир'я, за яким невдовзі послідував раптовий напад сторони, яка зробила відповідний запит. • Свідок, який дав показання, що після перехоплення радіоповідомлення, у якому ворог просив про переговори, незабаром послідував обстріл з їхньої позиції. • Військові щоденники з детальним описом зустрічей, що відбулися до вивішування прапора перемир'я, які демонструють, що намір за таким діянням полягав у тому, щоб удати намір вести переговори. • У мережі опубліковано відео, як солдати наближаються до лінії

		зіткнення з білим прапором, але відкривають вогонь, щойно протилежна сторона опустила зброю.
Чи свідчать докази, що виконавець знав або повинен був знати, що використання прапора перемир'я заборонено МГП?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи був виконавець членом збройного формування? Якщо так, то як довго і яким був його ранг/посада? • Чи брав виконавець участь у будь-яких військових тренуваннях, які охоплювали питання використання прапорів перемир'я? • Чи можна з обставин зробити висновок про те, що виконавець знав про заборонений характер такого використання прапора перемир'я? • Чи військовий посібник сторони конфлікту, до якої належав виконавець, покривав тему неналежного використання прапорів перемир'я? • Чи мав виконавець військовий посібник? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків-солдатів про те, що вони пройшли навчання щодо правильного використання прапорів перемир'я. • Військовий посібник, що містить відповідні правила щодо використання прапорів перемир'я, знайдений в особистих речах виконавця. • Навчальний відеоролик, показаний всім членам збройних сил, до складу яких належав виконавець, з детальним описом застосовних правил щодо правильного використання прапорів перемир'я. • Фотографія учасників тренувальної сесії військових зборів, на якому був присутній виконавець.
Чи свідчать докази, що використання прапора перемир'я призвело до смерті або серйозних тілесних ушкоджень?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи одна чи декілька осіб загинули? Якщо так, то за яких обставин? • Чи одна чи декілька осіб отримали тяжкі поранення? • Які травми отримали потерпілі? Чи вони були тяжкими? Чи були такі особи в результаті госпіталізовані? Чи зазнали вони якихось довгострокових негативних наслідків? • Що спричинило ушкодження потерпілих? • Хто були потерпілі? Чи належали вони до протилежної сторони конфлікту? • Чи існує зв'язок між використанням прапора перемир'я та смертю та/або смертю чи травмами, заподіяними потерпілим? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як військові контингенту ООН були вбиті виконавцем після того, як він виставив прапор перемир'я. • Відео, опубліковане в соціальних мережах, яке демонструє групу солдатів, що показували прапор перемир'я, а потім почали напад. • Військовий щоденник, що описує стратегію використання прапора перемир'я, що призвело до загибелі та поранення супротивника, але водночас до військової переваги для збройного формування злочинця. • Фотографії солдатів у військовому госпіталі з серйозними пораненнями. • Медичний висновок з описом довгострокових і серйозних наслідків поранень солдата.
Чи свідчать докази, що виконавець знав, що таке діяння може	<ul style="list-style-type: none"> • Які військові обставини переважали на той час, коли виконавець підняв прапор перемир'я? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків – інших солдатів у підрозділі виконавця – які описують, як виконавець сказав їм, що знає про ймовірні наслідки.

<p>призвести до смерті або серйозних тілесних ушкоджень?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи сприйняли б демонстрацію прапора серйозно протиборчі сили, наприклад, чи припинили б вони бої? • Чи знав виконавець, що використання прапора може призвести до смерті або тяжких ушкоджень? Чи висловив він цю обізнаність словесними коментарями чи своєю поведінкою? • Чи повідомляв виконавець іншим, що знає, яким, ймовірно, буде очікуваний результат? 	<ul style="list-style-type: none"> • Військові документи, підписані виконавцем, що описують, наскільки ймовірно, стратегія підняття прапора перемир'я призведе до смерті. • Звіт із відкритих джерел, що описує практику скоєння діянь стороною, до якої належав виконавець, яка використовувала прапори перемир'я для влаштування засідок проти ворога, що часто призводило до смерті та серйозних поранень.
---	---	---

Таблиця 39: Стаття 8(2)(b)(vii)-1 Підказки для фахівців-практиків

3.2.32 Воєнний злочин неправомірного використання прапора, знаків розрізнення або уніформи ворожої сторони (стаття 8(2)(b)(vii)-2, Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(vii)-2 Римського статуту забороняє неналежне використання прапора, знаків розрізнення або уніформи ворожої сторони, що призвело до смерті або серйозних тілесних ушкоджень.⁸⁷³ Цей злочин охоплює ситуації, коли особа використовує прапор, знаки розрізнення чи форму ворожої сторони способом, несумісним із міжнародним правом збройних конфліктів, тобто під час нападу або для того, щоб забезпечити чи захистити воєнні операції, сприяти чи перешкодити їм – що призвело до смерті або серйозних травм.

Стаття 438 Кримінального кодексу України (“КК України”) прямо посилається на “застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародними договорами”, під які підпадає воєнний злочин неправомірного використання прапора, знаків розрізнення або уніформи ворожої сторони. Таке діяння заборонено статтею 39(2) Додаткового протоколу I, яка передбачає, що “заборонено використовувати прапори, військові емблеми, військові відзнаки або формений одяг супротивних сторін під час нападу або для прикриття воєнних дій, сприяння цим діям, захисту або утруднення їх”. Оскільки таке діяння є методом ведення війни, забороненим міжнародним документом, воно може бути кваліфіковано як використання прапора, військової емблеми, знаків розрізнення або форми супротивної сторони з метою прикриття, сприяння, захисту або перешкоджання військовим операціям, що широко охоплюється частиною 1 статті 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, який передбачатиме “незаконне використання [...] відмітної емблеми або розпізнавального знаку, встановлених міжнародним гуманітарним правом, прапора парламентаря

⁸⁷³ Римський статут, Стаття 8(2)(b)(vii). Воєнний злочин, пов'язаний з неналежним використанням прапора, знаків розрізнення або уніформи ворожої сторони, також заборонено наступними міжнародно-правовими документами: Гаазьке положення 1907, Стаття 23(f); Перший Додатковий протокол, Стаття 39(2). Крім того, воєнний злочин неналежного використання прапора, знаків розрізнення або уніформи ворожої сторони є звичаєвим за своєю природою: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 62. Неналежне використання прапорів, військових емблем, військових знаків або форменого одягу протилежної сторони.

або прапора, військових знаків розрізнення або форми одягу ворога чи Організації Об'єднаних Націй, якщо це заподіяло тяжке тілесне ушкодження або спричинило смерть потерпілого” за статтею 438-4.3 ККУ. Це положення у розгорнутому розумінні охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину неналежне використання прапора, знаків розрізнення або уніформи ворожої сторони, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁸⁷⁴

1. Виконавець використав прапор, знаки розрізнення чи уніформу ворожої сторони.
2. Виконавець використав прапор, знаки розрізнення чи уніформу ворожої сторони у спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів, під час нападу.
3. Виконавець знав або повинен був знати про заборонений характер такого використання.
4. Таке діяння призвело до смерті або тяжких тілесних ушкоджень.
5. Виконавець знав, що таке діяння може призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень.
6. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.
7. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.32.1 Елемент перший: виконавець використав прапор, знаки розрізнення чи форму ворожої сторони

Перший елемент вимагає від фахівця-практика довести, що виконавець використовував прапор, знаки розрізнення чи форму ворожої сторони. Відповідно до МГП, факти, необхідні для встановлення цього елемента, будуть відрізнятися залежно від того, чи йдеться про сухопутну, морську чи повітряну війну.

Що стосується **сухопутної війни**, то необхідно встановити, що виконавець використовував прапор, військову емблему, знаки розрізнення чи уніформу ворожої сторони під час збройного нападу або, щоб забезпечити чи захистити воєнні операції, сприяти чи перешкодити їм.⁸⁷⁵ Наприклад, у справі *Скорцени та інші* обвинувачених (німецьких офіцерів) підозрювали у неналежному використанні американської уніформи після вступу в бій у військовій формі США, а також при здійсненні обстрілу та вбивства

⁸⁷⁴ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(vii)-2.

⁸⁷⁵ Перший Додатковий протокол, Стаття 39(2); О. Трифтерер і К. Амбос, *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) (“Трифтерер і Амбос, Коментар”), с. 398; К. Дьорманн, *Елементи Воєнних Злочинів Відповідно До Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду: Джерела Та Коментарі* (CUP 2009) (“Дьорманн, Елементи Воєнних Злочинів”), с. 200.

військовослужбовців збройних сил США.⁸⁷⁶ Використання такого ж камуфляжу, який носить ворог, також може бути достатньо, щоб задовольнити цей елемент.⁸⁷⁷

В той час як військові хитрощі допустимі у **морській війні** (тобто, морські кораблі можуть плавати під ворожими кольорами або демонструвати вороже маркування для обману ворога), “військовим кораблям та допоміжним суднам [...] забороняється здійснювати напад під фальшивим прапором” (тобто, прапором противника).⁸⁷⁸

В умовах **повітряної війни**, літакам ніколи не дозволяється носити фальшиве маркування.⁸⁷⁹ Це підтверджується Гаазькими правилами повітряної війни 1923 р., які визначають, що “використання фальшивого маркування заборонено”.⁸⁸⁰

3.2.32.2 Елемент другий: виконавець використав прапор, знаки розрізнення чи уніформу ворожої сторони у спосіб, заборонений міжнародним правом збройних конфліктів, під час нападу

Не всі види використання ворожих прапорів, уніформи чи знаків розрізнення є незаконними відповідно до права міжнародного збройного конфлікту. Відповідно, як вказує формулювання цього елемента, фахівці-практики повинні встановити, чи використовував виконавець прапор, уніформу або знаки розрізнення противника “під час нападу”⁸⁸¹ чи на підготовчих етапах нападу.⁸⁸²

Використання ворожих прапорів, уніформи або знаків розрізнення не буде вважатися неправомірним відповідно до права міжнародного збройного конфлікту, якщо вони використовуються, наприклад, для тренувань, або військовополоненими, або приземленими парашутистами, які намагаються повернутися до своїх рядів.⁸⁸³

Крім того, як зазначено вище, використання ворожих прапорів, уніформи або знаків розрізнення під час морської війни дозволяється як правомірні воєнні хитрощі; однак військовий корабель повинен показати справжні кольори, під якими він плаває, перш ніж

⁸⁷⁶ Сполучені Штати, Головний військовий суд американської зони Німеччини, *Справа Скорцени*, Рішення, 9 вересня 1947 р. Див. також Дьорманн, *Елементи Воєнних Злочинів*, с. 200

⁸⁷⁷ Див., наприклад, Європейська комісія з прав людини, *Хризостомос і Папахрисостому проти Туреччини*, Доповідь, 8 липня 1993, п. 94-102.

⁸⁷⁸ *Керівництво Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі* (CUP 1995), № 110. Див. також Тріфтерер, с. 400; Дьорманн, *Елементи Воєнних Злочинів*, с. 202.

⁸⁷⁹ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 400 (посилаючись на Досвальд-Бека (ed.), *Керівництво Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі* (1995) 184).

⁸⁸⁰ Гаазькі Правила ведення повітряної війни, складено комісією юристів у Гаазі, грудень 1922 – лютий 1923 рік, Стаття 19. Див. також Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 400; Дьорманн, *Елементи Воєнних Злочинів*, сс. 203-204.

⁸⁸¹ МКС *Елементи злочинів*, Стаття 8(2)(b)(vii)-2.

⁸⁸² МКЧХ, *Коментар до Додаткових Протоколів*, п. 1575 (відсилаючись до *Першого Додаткового протоколу*, Статті 44(3)).

⁸⁸³ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 400.

почати напад на ворога.⁸⁸⁴ Натомість будь-яке використання ворожих прапорів або знаків розрізнення літаками заборонено.⁸⁸⁵

3.2.32.3 Елемент третій: виконавець знав або повинен був знати про заборонений характер такого використання

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.31.3.

3.2.32.4 Елемент четвертий: діяння призвело до смерті чи тяжких тілесних ушкоджень

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.31.4.

3.2.32.5 Елемент п'ятий: виконавець знав, що таке діяння може призвести до смерті або тяжких тілесних ушкоджень

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.31.5.

3.2.32.6 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також вони мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 Римського статуту (*див.* розділ 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що виконавець використовував прапор, знаки розрізнення чи уніформу ворога?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи носив виконавець ворожу форму чи демонстрував ворожий прапор чи емблему? • Чи плавав військовий корабель під прапором ворожої сторони? • Чи було на літаку неправдиве маркування? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків ворожих сил, які описують, як виконавець відкрив по них вогонь, будучи одягненим у їхню уніформу. • Відео, опубліковане в Інтернеті, на якому двоє солдатів, одягнених в однакову форму, брали участь у перестрілці. • Офіційний військовий документ, що містить наказ військовослужбовцям військової частини вести бойові дії з противником в його уніформі. • Відеозапис з російськими солдатами, одягненими в українську форму з білими пов'язками в Донецькій області • Фотографія російських солдатів, переодягнених в українську форму, під час спроби в'їзду до Києва.
Чи свідчать докази, що	<ul style="list-style-type: none"> • Чи носив виконавець ворожу уніформу під час нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання групи солдатів, які описують, як до них підійшли

⁸⁸⁴ Керівництво Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі, № 110. *Див.* також Тріфтерер, с. 400; Дьорманн, *Елементи Воєнних Злочинів*, с. 202.

⁸⁸⁵ Тріфтерер і Амбос, *Коментар* с. 400 (відсилаючись на Досвальд-Бека (ред.), *Керівництво Сан-Ремо з міжнародного права, що застосовується до збройних конфліктів на морі* (1995) 184).

<p>виконавець використовував прапор, знаки розрізнення чи уніформу ворога під час нападу?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи демонстрував виконавець прапор/емблему противника під час нападу? • Чи плив військовий корабель під прапором ворожої сторони під час нападу? • Чи було на літаку неправдиве маркування під час нападу? • Чи є щось, що свідчить про те, що виконавець мав намір увести в оману учасників конфлікту, одягнувши їх уніформу? • З якою метою виконавець одягнув ворожу форму чи продемонстрував ворожий прапор чи емблему? 	<p>солдати у їхній же уніформі, які згодом напали на них.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Фотографія російських солдатів в українській формі під час спроби увійти до Києва під час початкового вторгнення в Україну. • Відеозапис російських солдатів, одягнених в українську форму з білими пов'язками на рукавах у Донецькій області для нападу на українські збройні сили. • Показання матроса про те, що військовий корабель, який напав на його корабель, плив під прапором його збройних сил. • Фотографії або відеозаписи двох військових кораблів, які належали до протилежних сторін конфлікту, але мали однаковий прапор і однакові знаки розрізнення на корпусі. • Військові щоденники, де детально викладено рішення носити форму противника під час атаки, щоб отримати перевагу над ворогом. • Звіт ООН, у якому вказується, що були поширені випадки, коли ворожі бойовики використовували форму та/або знаки розрізнення свого супротивника під час нападу.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець знав або повинен був знати, що конкретне використання прапора, знаків розрізнення чи уніформи ворожої сторони було заборонено МГП?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи був виконавець членом збройного формування? Якщо так, то як довго і яким був його ранг/посада? • Чи брав виконавець участь у будь-яких військових тренуваннях, які охоплювали використання ворожих знаків розрізнення, прапорів та уніформи? • Чи можна з обставин зробити висновок про знання виконавця про заборонений характер використання ворожих прапорів, уніформи чи знаків розрізнення? • Чи у військовому посібнику сторони конфлікту описувалось неналежне використання ворожих прапорів, уніформи та 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків-солдатів про те, що вони пройшли навчання щодо правильного використання ворожих прапорів, знаків розрізнення та уніформи. • Військовий посібник, знайдений в особистих речах виконавця, що містить відповідні правила використання ворожих прапорів, знаків розрізнення та уніформи. • Навчальний відеоролик, показаний всім військовослужбовцям збройних сил, до складу яких належав виконавець, з детальним описом застосовних правил щодо використання ворожих прапорів, знаків розрізнення та уніформи. • Фотографія учасників навчальних військових зборів, на яких був присутній виконавець.

	<p>знаків розрізнення?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи мав виконавець військовий посібник? 	
<p>Чи свідчать докази, що використання ворожого прапора, знаків розрізнення чи уніформи спричинило смерть або тяжкі тілесні ушкодження?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи одна чи декілька осіб загинули? Якщо так, то за яких обставин? • Чи одна чи декілька осіб отримали тяжкі поранення? • Які травми отримали потерпілі? Чи вони були важкими? Чи були такі особи в результаті госпіталізовані? Чи зазнали вони якихось довгострокових негативних наслідків? • Що спричинило ушкодження потерпілих? • Хто були потерпілі? Чи належали вони до протилежної сторони конфлікту? • Чи існує зв'язок між використанням прапора перемир'я та смертю та/або смертю чи травмами, заподіяними потерпілим? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка-солдата, який описує, як їхній підрозділ потрапив у засідку солдатів, що були одягнені у їхню же уніформу. • Відео, опубліковане у соціальних мережах, на якому видно, як військовий корабель стріляє ракетою по іншому військовому кораблю, що пливе під тим же прапором. • Фотографії солдатів у військовому госпіталі з серйозними пораненнями. • Медичний висновок з описом довгострокових і серйозних наслідків поранень солдата.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець знав, що таке діяння може призвести до смерті або серйозних тілесних ушкоджень?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • За яких обставин виконавець одягнув ворожу уніформу? • Чи є щось, що свідчить про те, що виконавець планував одягнути ворожу уніформу, щоб здійснити раптовий напад на ворога? • Чи знав виконавець, що використання ворожого прапора, уніформи чи знаків розрізнення, ймовірно, призведе до смерті або серйозних тілесних ушкоджень? Чи вказував він на це знання своїми словесними коментарями чи поведінкою? • Чи повідомляв виконавець іншим, що він знає, яким, ймовірно, буде очікуваний результат нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків з-поміж інших солдатів підрозділу виконавця, які описують, як виконавець сказав їм, що планує здійснити раптовий напад на ворога, одягнувши його форму. • Офіційний військовий наказ, який наказує підрозділу вбивати ворожих солдатів, вдягаючи їхню уніформу. • Балістичні докази, які показують, що типи зброї, використовувані під час нападу, були спеціально використані для вбивства ворожих солдатів. • Відеозйомка підрозділу солдатів, які стріляють по ворожих силах, будучи вдягнутими в їхню уніформу, де очевидно, що був умисел вбити ворожих солдатів.

Таблиця 40: Стаття 8(2)(b)(vii)-2 Підказки для фахівців-практиків

3.2.33 Воєнний злочин переміщення, прямо чи опосередковано, окупаційною державою частини її цивільного населення на окуповану територію, або депортація чи переміщення всього чи частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території (стаття 8(2)(b)(viii), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(viii) Римського статуту забороняє “переміщення, прямо чи опосередковано, окупаційною державою частини її власного цивільного населення на територію, яку вона окупує, або депортацію чи переміщення всього чи частини населення окупованої території в межах або за межами цієї території”.⁸⁸⁶

Стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“ККУ України”) прямо посилається на “вигнання цивільного населення для примусових робіт”; однак цей воєнний злочин застосовується лише тоді, коли метою депортації є залучення цивільного населення до примусової праці, і не охоплює переміщення Державою, що окупує, частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію. Тим не менш, цей воєнний злочин депортації та переміщення також охоплюється “іншими порушеннями правил та звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Це діяння є серйозним порушенням законів і звичаїв війни, як це передбачено статтями 49(1) і 49(6) Четвертої Женевської конвенції.⁸⁸⁷ Крім того, “переміщення окупаючою державою частини її власного цивільного населення на окуповану нею територію або депортація чи переміщення всього або частини населення окупованої території у межах цієї території чи за її межі на порушення статті 49 Четвертої конвенції” є серйозним порушенням Додаткового протоколу I, коли воно вчиняється умисно.⁸⁸⁸ Оскільки Україна є учасницею Четвертої Женевської конвенції та Додаткового протоколу I, таке діяння може бути кваліфіковано як переміщення Державою, що окупує, частини свого цивільного населення на окуповану нею територію або депортацію чи переміщення всього або частини населення окупованої території в межах або за межі цієї території за ч. 1 ст. 438 ККУ України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, який передбачатиме “пряме або непряме переміщення частини цивільного населення держави-окупанта на окуповану територію, а так само непряме переміщення всього чи частини населення окупованої території у межах цієї території або за її межі” за статтею 438.1(1) ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи

⁸⁸⁶ Римський статут, стаття 8(2)(b)(viii). Воєнний злочин, пов’язаний з переміщенням, прямо чи опосередковано, окупаційною державою частини свого цивільного населення на окуповану територію, або депортація чи переміщення всього населення чи частини населення окупованої території в межах або за межами цієї території є також забороненим такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 2(g); Комісія з міжнародного права ООН, ‘Проект Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства’, Звіт Комісії міжнародного права про роботу її сорок восьмої сесії, 6 травня – 26 липня 1996 р., UN Doc. A/51/10, стаття 20(c)(i). Крім того, цей воєнний злочин має звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 129. Акт переміщення та Правило 130. Переміщення власного цивільного населення на окуповану територію.

⁸⁸⁷ Четверта Женевська конвенція, стаття 49(1): “Забороняється, незалежно від мотивів, здійснювати примусове індивідуальне чи масове переселення або депортацію осіб, що перебувають під захистом, з окупованої території на територію окупаційної держави або на територію будь-якої іншої держави, незалежно від того, окупована вона чи ні”, та стаття 49(6): “Окупаційна держава не повинна здійснювати переміщення або депортації частини свого громадянського населення на територію, яку вона окупує”.

⁸⁸⁸ Додатковий протокол I, стаття 85(4)(a).

воєнного злочину переміщення, прямо чи опосередковано, окупаційною державою населення, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁸⁸⁹

1. Виконавець:

- a. Перемістив, прямо чи опосередковано, частину свого населення на територію, яку він окупує; або
- b. Депортував або перемістив все населення чи частину населення окупованої території в межах або за межі цієї території.

2. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.

3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

Див. також розділ 3.2.22 вище, для обговорення воєнного злочину незаконної депортації або примусового переміщення згідно зі статтею 8(2)(a)(vii)-1 Римського статуту, яка не вимагає від депортованого чи переміщеного населення перебування на окупованій території.

3.2.33.1 Елемент перший:

3.2.33.1.1 (a) Виконавець перемістив, прямо чи опосередковано, частину свого населення на територію, яку він окупує

Перший елемент може бути задоволений, коли виконавець перемістив, прямо чи опосередковано, частину свого населення на окуповану ним територію. Слово “переміщення” означає фізичне переміщення на тривалий час.⁸⁹⁰ Таким чином, короткострокове переселення на окуповані території, наприклад з туристичною метою за туристичною візою, не становитиме цього злочину.⁸⁹¹

Переміщені особи повинні належати до цивільного населення окупаційної держави.⁸⁹² Цивільні особи – це будь-які особи, які не є членами державних або недержавних збройних сил.⁸⁹³ Таким чином, переміщення членів збройних сил Держави-окупанта на окуповану територію для виконання військових завдань в якості окупантів не є злочином за цим положенням. З іншого боку, переміщення військовослужбовців, які постійно проживають

⁸⁸⁹ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(viii).

⁸⁹⁰ О. Тріфферер і К. Амбос, *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) (“Тріфферер і Амбос, Коментар”), с. 410.

⁸⁹¹ Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 410.

⁸⁹² Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 410.

⁸⁹³ Рішення суду, п. 801.

разом із сім'ями у приватних поселеннях чи будинках на окупованій території, було б злочином за цим положенням.⁸⁹⁴

Фраза “прямо чи опосередковано” означає, що два типи діяння можуть задовольнити цей елемент.⁸⁹⁵ Прикладом *прямого* переміщення може бути ситуація, коли окупаційна влада надає офіційні плани поселення для свого населення, включаючи будівництво житлових будинків.⁸⁹⁶ З іншого боку, може виявитися, що члени окупаційної влади *опосередковано* переселили частину свого населення на територію, яку вона окупує, запроваджуючи політику, що спонукає до такого переміщення, наприклад, економічні та фінансові стимули, субсидії та податкові пільги.⁸⁹⁷

Врешті, створення поселень на окупованій території може вважатися воєнним злочином лише за умови прямого чи опосередкованого залучення влади держави-окупанта.⁸⁹⁸ Наприклад, обговорюючи можливі злочини, вчинені Ізраїлем на Західному березі річки Йордан та в Єрусалимі, у звіті МКС щодо попереднього вивчення за 2015 рік посилається на твердження про те, що Ізраїль створив “схему субсидій і стимулів для заохочення міграції в поселення та стимулювання їх економічного розвитку”.⁸⁹⁹

3.2.33.1.2 АБО (b) Виконавець депортував або перемістив все населення або частину населення окупованої території в межах або за межами цієї території

По-друге, і як альтернативний сценарій, перший елемент цього злочину може бути задоволений, якщо виконавець депортував або перемістив все чи частину населення окупованої території в межах або за межі цієї території.

Депортація або переміщення мають бути примусовими, як фізично, так і за допомогою інших засобів примусу. Відповідно, добровільні переміщення цивільних осіб не підпадають під дію цього положення.⁹⁰⁰

Тимчасові евакуації з міркувань безпеки та/або гуманітарних причин не охоплюються цим положенням.⁹⁰¹ Так само ним не охоплюються переміщення, які згідно зі статтею 49 Четвертої Женевської конвенції обумовлені імперативними військовими причинами за умови, що переміщені особи можуть повернутися, як тільки це дозволить ситуація.⁹⁰² При

⁸⁹⁴ Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 410.

⁸⁹⁵ *Правові наслідки будівництва стіни на окупованій палестинській території* (Консультативний висновок) 2004 ICJ Rep 136, 9 липня 2004, п. 120.

⁸⁹⁶ Рада Безпеки ООН, *Резолюція 465*, 1 березня 1980, п. 5: Резолюція описала “політику і практику Ізраїлю щодо поселення частини його населення та нових іммігрантів на [окупованих] територіях” як “кричуще порушення” *Див. також* Рада Безпеки ООН, *Резолюції 446* від 22 березня 1979 та *452* від 20 липня 1979.

⁸⁹⁷ *Правові наслідки будівництва стіни на окупованій палестинській території* (Консультативний висновок) 2004 ICJ Rep 136, 9 липня 2004, п. 120; Тріфферер і Амбос, *Коментар*, с. 411.

⁸⁹⁸ Тріфферер і Амбос, *Коментар*, сс. 410-411; *Прокурор проти Бошкоскі та ін.*, IT-04-82-T, *Рішення*, 10 липня 2008, п. 382.

⁸⁹⁹ ОП МКС, “Звіт про діяльність за попередньою оцінкою” (12 листопада 2015), п. 68.

⁹⁰⁰ *Прокурор проти Крстіча*, IT-98-33-T, *Рішення*, 2 August 2001 (“Рішення у справі Крстіча”), п. 519-532.

⁹⁰¹ *Прокурор проти Прліча*, IT-04-74-T, *Рішення*, 29 травня 2013 (“Рішення у справі Прліча”), п. 53.

⁹⁰² *Рішення у справі Крстіча*, п. 524-527; *Прокурор проти Станісіча і Сімавовіча*, IT-03-69-T, *Рішення суду*, 30 травня 2013, п. 994.

цьому цей елемент буде задоволений за ситуації, коли такі евакуаційні заходи використовуються як привід для вивезення мирного населення та подальшого захоплення контролю над територією.⁹⁰³

3.2.33.2 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід також шукати інформацію, що встановлює загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також елемент суб'єктивної сторони, що передбачено статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази, що громадяни окупаційної держави були переміщені на окуповану територію?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи перемістили одну чи декілька осіб на територію? • Куди було переміщено відповідне населення? • Чи була територія, на яку було переміщено населення, окупована державою-окупантом? • Де проживали переміщені особи до переведення на окуповану територію? • Чи оселилося переміщене населення на окупованій території, чи було їм надано якесь житло? • Чи набули представники переміщеного населення якогось майна на окупованій території? Якщо так, то якого? • Чому переміщене населення вирішило мігрувати на окуповану територію? • Чи примушували або заохочували переміщених осіб до поселення на окупованій території? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків-громадян окупаційної держави, які пояснюють, як їхній уряд пропонував їм фінансові стимули для поселення на окупованій території. • Урядові документи, які детально описують політику, спрямовану на примус/стимулювання їх громадян до переїзду на окуповану територію. • Опубліковані в соціальних мережах фотографії, на яких видно будівництво окупаційною державою житла та житлових будинків на окупованій території. • Доповідь ООН, яка містить детальну інформацію про економічні стимули, які стоять за переміщенням населення на окуповану територію.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець депортував чи перемістив усе чи частину населення окупованої території в межах або за межі цієї</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи було все населення чи частина населення окупованої території переміщене в інше місце? • Чи було населення переміщене в інші місця в межах окупованої території чи за її межами? • Що спричинило переміщення населення? • Чи потерпілі добровільно 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання переміщеної особи, які свідчать про те, що військовослужбовці примусово виселили її з дому. • Балістичні докази того, що місцевість зазнала інтенсивного обстрілу до переміщення місцевого населення. • Опубліковані в Інтернеті відеозаписи, на яких видно, що окупаційна влада насильно вивозить місцевих жителів з

⁹⁰³ Прокурор проти Радована Караджича, IT-95-5/18-T, Рішення суду, 24 березня 2016, п. 492.

<p>території?</p>	<p>залишили територію, чи їх примусили до цього?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи жителі окупованої території жили в нелюдських умовах або під загрозою постійного переслідування, і були змушені тікати з території? • Чи було переміщення відповіддю на гуманітарну кризу або активні бойові дії, що відбувалися в цьому районі? Якщо так, то чи змогли переміщені особи повернутися якомога швидше? 	<p>їхніх домівок.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Новини про правові та політичні заходи, яких вживають російські посадовці щодо українських дітей, які були вивезені до Російської Федерації. • Звіти НУО, що пояснюють, як окупаційна держава створила середовища страху, яка змусила місцеве населення тікати. • Звіт міжнародної організації про примусове переміщення цивільного населення з Маріуполя на окуповані Росією території України та Росії. Ці переміщення відбувалися в примусовому середовищі через залучення військових, перебування Маріуполя в облозі і той факт, що там, де цивільні особи були готові виїхати, їм, тим не менш, не дозволяли виїхати на підконтрольні українській владі території.
--------------------------	---	---

Таблиця 41: Стаття 8(2)(b)(viii) Підказки для фахівців-практиків

3.2.34 Воєнний злочин умисного нападу на захищені об'єкти (стаття 8(2)(b)(ix), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(ix) Римського статуту забороняє “умисне спрямування нападів на будівлі, присвячені релігії, освіті, мистецтву, науці чи благодійності, історичні пам'ятники, лікарні та місця, де знаходяться хворі та поранені, якщо вони не є військовими об'єктами”.⁹⁰⁴

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не називає воєнним злочином умисний напад на захищені об'єкти, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Це діяння є порушенням законів і звичаїв війни відповідно до статей 27 і 56 Гаазького положення 1907 року та статті 53 Додаткового протоколу I.⁹⁰⁵ Крім того, серйозним порушенням Додаткового протоколу I є “перетворення ясно розпізнаних історичних пам'яток, творів мистецтва або місць поклоніння, які є культурною або духовною спадщиною народів і яким спеціальною угодою, укладеною, наприклад, у рамках компетентної організації, надається особливий захист на об'єкт нападу, внаслідок чого вони зазнають великих руйнувань, коли немає свідчень про порушення

⁹⁰⁴ Римський статут, стаття 8(2)(b)(ix). Воєнний злочин умисного нападу на захищені об'єкти також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 3(d); Гаазьке положення 1907, статті 27 і 56; Перша Женевська конвенція, статті 22-23, 34-35; Друга Женевська конвенція, статті 18-19; і Перший Додатковий протокол, статті 12 і 53. Цей злочин також заборонений спеціальним документом – Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 (наприклад, статті 3, 4, 5, 9) і її Першим протоколом.

⁹⁰⁵ Гаазьке положення, статті 27 і 56; Додатковий протокол I, стаття 53. Див. також: МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 38. Напади на культурні цінності.

супротивною стороною пункту b статті 53, і коли такі історичні пам'ятки, твори мистецтва та місця поклоніння не розміщені поблизу військових об'єктів”.⁹⁰⁶ Оскільки Україна є стороною Додаткового протоколу I, таке діяння може бути кваліфіковане як посягання на історичні пам'ятки, витвори мистецтва або культові споруди, які становлять культурну або духовну спадщину народів і яким надано спеціальний захист за спеціальною угодою, що є об'єктом нападу за ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин “нападу на будівлю, призначену для цілей релігії, освіти, мистецтва, науки або благодійної діяльності, історичну пам'ятку, госпіталь чи місце розміщення хворих і поранених, якщо такі об'єкти не є військовою ціллю” за статтею 438-2.2(4) ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину умисного нападу на захищені об'єкти, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁹⁰⁷

1. Виконавець скерував напад.
2. Об'єктом нападу були одна або кілька будівель, присвячених релігії, освіти, мистецтву, науці чи благодійності, історичні пам'ятники, лікарні та місця, де знаходяться хворі та поранені, які не були військовими об'єктами.
3. Виконавець мав на меті зробити об'єктом нападу таку будівлю або будівлі, присвячені релігії, освіти, мистецтву, науці чи благодійності, історичні пам'ятники, лікарні та місця, де знаходяться хворі та поранені, які не були військовими об'єктами.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.34.1 Елемент перший: виконавець скерував напад

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.25.1.

3.2.34.2 Елемент другий: об'єктом нападу були одна або кілька будівель, присвячених релігії, освіти, мистецтву, науці чи благодійності, історичні пам'ятники, лікарні та місця, де знаходяться хворі та поранені, які не були військовими об'єктами

3.2.34.2.1 Будівля належала до однієї з перерахованих захищених категорій

Встановлюючи другий елемент, спочатку необхідно розглянути, чи належали будівля/будівлі, яка/і стала/и об'єктом нападу, до однієї з наступних перерахованих категорій:

⁹⁰⁶ Додатковий протокол I, стаття 85(4)(d).

⁹⁰⁷ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(ix).

- **Будівлі, присвячені релігії**, до яких належать церкви, мечеті чи синагоги, а також історичні пам'ятки, твори мистецтва чи місця культу, які становлять духовну спадщину народу.⁹⁰⁸
- **Будівлі, присвячені мистецтву**, до яких належать твори мистецтва, художні галереї чи музеї, а також історичні пам'ятки та майно, присвячені мистецтву, які становлять культурну спадщину народу.⁹⁰⁹
- **Будівлі, присвячені освіті**, до яких входять школи та навчальні заклади, оскільки вони мають велике значення для “культурної спадщини народів, оскільки є без винятку центрами навчання, мистецтва та науки з їхніми цінними колекціями книг та творів мистецтва і науки”.⁹¹⁰
- **Будівлі, присвячені науці**, наприклад музеї.⁹¹¹
- **Будівлі, призначені для благодійних цілей**, наприклад, штаб-квартира чи база діяльності громадянського суспільства чи неурядових організацій, які працюють у зоні конфлікту чи на окупованій території для надання послуг таким особам, як діти, жінки, внутрішньо переміщені особи тощо.⁹¹²
- **Історичні пам'ятки**, до яких належать об'єкти, пам'ятки або території, які можна ідентифікувати через їхнє особливе історичне, національне, регіональне, місцеве, релігійне або символічне значення і можуть включати, наприклад, мости, статуї та археологічні об'єкти, а також цілі історичні/давні населені пункти або їх частини.⁹¹³

⁹⁰⁸ Див. Гаазьке положення 1907, стаття 27; Перший Додатковий протокол, стаття 53; Другий Додатковий протокол, стаття 16; Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, 14 травня 1954, статті 1 і 4; База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 38. Напади на культурну власність.

⁹⁰⁹ Див. Гаазьке положення 1907, стаття 27; Перший Додатковий протокол, стаття 53; Другий Додатковий протокол, стаття 16; Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, 14 травня 1954, стаття 1; База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 38. Напади на культурну власність. Див. також Прокурор проти Йокіча, IT-01-42, Другий змінений обвинувальний акт, 27 серпня 2003 (“Другий змінений обвинувальний акт у справі Йокіча”), п. 19.

⁹¹⁰ Прокурор проти Кордіча та Черкеза, IT-95-14/2-Т, Рішення, 26 лютого 2001, п. 360. Див. також Перший Додатковий протокол, стаття 52(3); База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 38. Напади на культурну власність; Другий змінений обвинувальний акт у справі Йокіча, п. 19.

⁹¹¹ Див. Гаазьке положення 1907, стаття 27; Перший Додатковий протокол, стаття 52; База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 38. Напади на культурну власність. Див. також Другий змінений обвинувальний акт у справі Йокіча, п. 19.

⁹¹² Див. Гаазьке положення 1907, стаття 27. Див. також Другий змінений обвинувальний акт у справі Йокіча, п. 19. стаття 50 Четвертої Женевської конвенції забезпечує безперервність освітньої та благодійної роботи, присвяченої дітям на окупованій території, такої як робота центрів опіки дітей, дитячих будинків, дитячих таборів тощо. Ж. Пікте (ред.), Коментар до Четвертої Женевської конвенції: Конвенція (IV) Про захист цивільного населення під час війни (МКЧХ, 1958), стаття 50, сс. 286-287.

⁹¹³ Див. Прокурор проти Йокіча, IT-01-42, Обвинувальний Вирок, 18 березня 2004, п. 51; Гаазьке положення 1907, стаття 27; Перший Додатковий протокол, стаття 53; Другий Додатковий протокол, стаття 16; Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, 14 травня 1954, стаття 1; База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 38. Напади на культурну власність; Статистика ОЕСР, “Історичні Пам'ятки” (12 листопада 2001).

- **Лікарні або місця збору поранених і хворих:** наприклад, зона, створена для укриття поранених і хворих від наслідків воєнних дій.⁹¹⁴

3.2.34.2.2 *Будівля не була військовим об'єктом, тобто об'єктом, який “надає явну військову перевагу”*

Крім того, необхідно довести, що на момент нападу об'єкт, який став ціллю нападу, не був військовим об'єктом.⁹¹⁵ Див. розділ 2.1.3.1 для пояснення відмінності між цивільними та військовими об'єктами.

3.2.34.3 *Елемент третій: виконавець мав на меті зробити об'єктом нападу таку будівлю або будівлі, присвячені релігії, освіті, мистецтву, науці чи благодійності, історичні пам'ятники, лікарні та місця, де знаходяться хворі та поранені, які не були військовими об'єктами*

Цей елемент задовольняється, коли виконавець спрямовує напад на захищений об'єкт умисно, попри те, що він усвідомлював захищений статус об'єкта і той факт, що на момент нападу він не був військовим об'єктом.⁹¹⁶ Це означає, що виконавець мав умисел здійснити відповідне діяння.⁹¹⁷

Фахівці-практики повинні продемонструвати, що відповідна/і будівля/і була/и основним об'єктом нападу, а не просто піддалися нападу випадково.⁹¹⁸ Відсутність будь-яких військових об'єктів поблизу захищеного об'єкта, що став ціллю нападу, може мати значення для встановлення такого умислу.⁹¹⁹

Умисел можна встановити через діяння виконавця.⁹²⁰ Характер нападу та конкретна тип діяння, який виконавець використав для здійснення нападу, мають значення для цього встановлення.⁹²¹ Тип зброї (зброї), що використовується під час нападу, також може свідчити про умисел.⁹²² Наприклад, якщо в результаті нападу були зруйновані будинки, фахівцям слід шукати інформацію, яка свідчить про те, що ворожі комбатанти не

⁹¹⁴ Див. Гаазьке положення 1907, стаття 27; Перша Женевська конвенція, стаття 23; Перший Додатковий протокол, стаття 52; База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 35. Санітарні, безпечні та нейтралізовані зони.

⁹¹⁵ Перший Додатковий протокол, Стаття 52(3).

⁹¹⁶ Тріфферер і Амбос, Коментар, с. 421.

⁹¹⁷ Римський статут, стаття 30(2)(b).

⁹¹⁸ Прокурор проти Младена Налетіліча та Вінко Мартіновича, IT-98-34-T, Рішення, 31 березня 2003 (“Рішення у справі Налетіліча та Мартіновича”), п. 605. Див. також Прокурор проти Штругара, IT-01-42-T, Рішення, 31 січня 2005 (“Рішення у справі Штругара”), п. 311-312; Прокурор проти Брданіна, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2004, п. 599.

⁹¹⁹ Див. Рішення у справі Штругара, п. 279, 288-289.

⁹²⁰ Рішення суду у справі Катанги, п. 806-807: “На думку Палати, цей специфічний елемент суб'єктивної сторони можна вивести із різних факторів, які встановлюють, що об'єктом нападу були цивільні особи, які не брали участь у бойових діях, як-от засоби та методи, використані під час нападу, кількість і статус потерпілих, вибіркового характеру нападу або, залежно від випадку, характер діяння, що становить напад”. Прокурор проти Кунарача та інших, IT-96-23& IT-96-23/1-A, Апеляційне рішення, 12 червня 2002, п. 91; Прокурор проти Станіслава Галіча, IT-98-29-A, Апеляційне рішення, 30 листопада 2006, п. 132; Прокурор проти Тіхоміра Блашкіча, IT-95-14-T, Рішення, 3 березня 2000 (“Рішення у справі Блашкіча”), п. 512.

⁹²¹ Рішення суду у справі Катанги, п. 806, 807.

⁹²² Див., наприклад, Прокурор проти Мілана Мартіча, IT-95-11-R61, Рішення суду, 8 березня 1996, п. 23-31.

перебували там під час нападу.⁹²³ У зв'язку з цим свідчення місцевих жителів можуть підтвердити, що до нападу не було помічено, щоб будь-які військові особи або техніка проникали в такі будівлі або покидали їх.

3.2.34.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також вони мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 Римського статуту (див. розділ 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що напад мав місце і що виконавець почав напад?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи мало діяння насильницький характер? • Чи була завдана шкода насильницьким актом? • Чи стався напад у контексті триваючих бойових дій між сторонами конфлікту? • Які засоби були використані для здійснення нападу? • Чи можна пов'язати тип зброї, використаної під час нападу, з виконавцем? • Чи був виконавець відповідальним у здійсненні нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання очевидців, які бачили, як виконавці фізично здійснили напад. • Звіти з відкритих джерел, що містять детальну інформацію про напад на релігійну споруду. • Судово-медичні/балістичні докази, які свідчать про те, що історична пам'ятка була пошкоджена внаслідок потужного обстрілу. • Відео, опубліковане у соціальних мережах, на якому видно, як ракета вражає школу. • Офіційний військовий документ, який свідчить про те, що було віддано наказ здійснити напад на захищену будівлю.
Чи свідчать докази, що об'єктом нападу був захищений об'єкт?	<ul style="list-style-type: none"> • Який тип будівель / об'єктів став ціллю нападу виконавця? • Якою була функція / призначення будівлі, яка стала ціллю нападу? • Чи була будівля: <ul style="list-style-type: none"> ○ присвячена релігії? ○ присвячена мистецтву? ○ присвячена освіті? ○ присвячена науці? ○ присвячена благодійності? ○ історичною пам'яткою? ○ госпіталем чи місцем, де збирали поранених і хворих? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків – міжнародних спостерігачів, які описують, як місцеву лікарню регулярно обстрілювали. • Докази судової експертизи, що показують наявність релігійних предметів, таких як священні тексти, у залишках будівлі, зруйнованої в результаті нападу. • Супутникові знімки, які показують, що історична пам'ятка була знищена в результаті нападу. • Звіт Всесвітньої організації охорони здоров'я свідчить про те, що понад 600 українських медичних закладів були зруйновані внаслідок російських авіаударів.

⁹²³ Див. напр., Рішення суду у справі Катанги, п. 944, коли Судова палата МКС визнала, що “окрім будинків, в яких були розквартировані [ворожі війська], немає ніяких доказів того, що за своїм характером, місцем розташування і використанню вони були військовими об'єктами або навіть могли бути помилково сприйняті як такі” під час нападу.

		<ul style="list-style-type: none"> • Оpubліковані ЮНЕСКО заяви про засудження нападів на охоронювані історичні будівлі. • Фотографії, опубліковані в соціальних мережах, на яких зображено школу, сильно пошкоджену в результаті обстрілу. • Повідомлення правозахисної організації про бомбардування театру.
<p>Чи свідчать докази, що об'єкт, який став ціллю нападу, не був військовим об'єктом?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи за своєю природою робив об'єкт, який став ціллю нападу, ефективний внесок у воєнні дії (наприклад, служив військовим штабом чи сховищем зброї)? • Чи робив об'єкт, який став ціллю нападу, ефективний внесок у воєнні дії іншим чином (тобто внаслідок свого розташування, призначення або використання)? • Чи знищення об'єкта, який став ціллю нападу, дало нападникові певну явну військову перевагу (наприклад, завоювання позиції чи послаблення сил противника)? • Чи був цивільний об'єкт основною ціллю нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як будівля, яка стала ціллю нападу, використовувалася виключно в цивільних цілях (наприклад, школа чи лікарня). • Документальний доказ знищеного шкільного журналу. • Фотографії нападу на музей у цивільному районі. • Військова мапа, яка показує, що в районі церкви немає військових цілей. • Супутникові знімки, які показують, що поблизу об'єкта, який став ціллю нападу, немає військових об'єктів. • Доповідь ООН про те, що три лікарні в Чернігові були зруйновані.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець зробив захищені об'єкти об'єктом нападу?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи є якісь ознаки того, що виконавець мав умисел зробити захищений об'єкт ціллю нападу? • Чи об'єкт-мішень зазнавав атак неодноразово, що свідчить про певну практику? • Чи якісь військові об'єкти перебували в безпосередній близькості від об'єкта, який став ціллю нападу? • Чи можна було б чітко ідентифікувати пошкоджену будівлю як захищений об'єкт, наприклад, за її емблемами? • Чи була заповідна природа об'єкта добре відома місцевій/міжнародній спільноті? • Чи можна зробити висновок про знання виконавцем про захищений статус об'єкта з його заяв, зроблених до нападу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як великі емблеми, які дозволяли ідентифікувати призначення, були зображені на будівлі, що стала ціллю нападу. • Фотографії зруйнованої в результаті нападу будівлі, де чітко видно великі релігійні символи. • Військові документи, які свідчать, що виконавець визначив певну історичну пам'ятку як об'єкт нападу. • Супутникові знімки, зібрані армією, які показують, що поблизу об'єкта, який став ціллю нападу, не було військових об'єктів.

Таблиця 42: Стаття 8(2)(b)(ix) Підказки для фахівців-практиків

3.2.35 Воєнний злочин віроломного вбивства або поранення (стаття 8(2)(b)(xi), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xi) Римського статуту забороняє воєнний злочин віроломного вбивства або поранення (тобто “віроломство”),⁹²⁴ який станеться, коли виконавець віроломно вбиває або ранив осіб, які належать до ворожого народу чи армії.

Стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) прямо посилається на “застосування методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами”, під які підпадає воєнний злочин віроломного вбивства або поранення. Таке діяння становить серйозне порушення статті 37 Додаткового протоколу I, яка передбачає, що “заборонено вбивати, завдавати поранення або брати в полон противника, вдаючись до віроломств”. Оскільки це діяння є методом ведення війни, забороненим міжнародним документом, воно може бути кваліфіковано як вбивство, поранення або захоплення в полон супротивника шляхом віроломства за ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин “поранення особи, яка бере участь у бойових діях, шляхом віроломства” за статтею 438-2.2(8) ККУ. Це положення охоплює ті самі контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину віроломного вбивства або поранення, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:

1. Виконавець викликав упевненість чи віру однієї чи кількох осіб, що вони мають право на захист відповідно до норм міжнародного права, що застосовуються у збройних конфліктах, або зобов’язані надати такий захист.
2. Виконавець мав намір зрадити цю впевненість чи віру.
3. Виконавець убив або поранив таку особу або осіб.
4. Виконавець скористався такою впевненістю чи вірою при вбивстві чи пораненні такої особи чи осіб.
5. Така особа або особи належали до протилежної сторони.
6. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.
7. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.⁹²⁵

⁹²⁴ Римський статут, Стаття 8(2)(b)(xi). Воєнний злочин віроломного вбивства або поранення також заборонено такими міжнародно-правовими документами: Кодекс Лібера 1863, Стаття 101; Брюссельська декларація 1874, Стаття 13(b); Оксфордське керівництво 1880 р., Статті 4, 8(b); Гаазьке положення 1907, Стаття 23(b); Перший Додатковий протокол, Стаття 37. Крім того, воєнний злочин віроломного вбивства або поранення носить звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 65, Віроломство. Див. також О. Тріфтерер і К. Амбос, *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3е вид., Bloomsbury T & T Clark 2016) (“Тріфтерер і Амбос, Коментар”), сс. 427-428.

⁹²⁵ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(xi).

3.2.35.1 Елемент перший: виконавець викликав упевненість чи віру однієї чи кількох осіб, що вони мають право на захист відповідно до норм міжнародного права, що застосовуються у збройних конфліктах, або зобов'язані надати такий захист

Щоб встановити цей елемент, фахівці-практики повинні встановити, що виконавець діяв так, що викликав впевненість однієї або кількох осіб, аби змусити їх повірити, що:⁹²⁶

1. Вони мали право на захист відповідно до міжнародного гуманітарного права (“МГП”); або
2. Вони були зобов'язані забезпечити захист відповідно до МГП.

Нижче наведено приклади таких дій:⁹²⁷

- (i) Удавання наміру вести переговори під прапором перемир'я або капітуляції;
- (ii) Удавання втрати фізичних здатностей внаслідок поранення або хвороби;
- (iii) Удавання цивільного статусу (некомбатанта); і
- (iv) Удавання захищеного статусу шляхом використання знаків, емблем або уніформи Організації Об'єднаних Націй або нейтральних чи інших держав, які не є сторонами конфлікту.

3.2.35.2 Елемент другий: виконавець мав умисел зробити цю впевненість чи переконання

Цей елемент вимагає, щоб виконавець навмисно викликав довіру супротивника, щоб навмисно спонукати його покладатися на захист, на який він розраховує, щоб зрадити цю довіру

3.2.35.3 Елемент третій: виконавець убив або поранив таку особу або осіб

Третій елемент цього воєнного злочину вимагає, щоб виконавець вбив або поранив особу або осіб, в яких він викликав довіру.

Таким чином, для встановлення воєнного злочину віроломного вбивства або поранення фахівці-практики повинні довести, що одна або кілька осіб були вбиті або поранені виконавцем. Для цього фахівці-практики повинні встановити, що виконавець убив або поранив потерпілу особу чи осіб через дію чи бездіяльність. Для цього потрібно:⁹²⁸

1. Встановити, що одна або декілька осіб загинули. Це можна зробити шляхом ідентифікації тіла потерпілої особи⁹²⁹ або роблячи висновки з непрямих доказів, як от: відсутність контакту потерпілого з родиною чи друзями; останнє відоме місцезнаходження потерпілого в зоні нападу; наявність практики жорстокого

⁹²⁶ Перший Додатковий протокол, стаття 37(1).

⁹²⁷ Перший Додатковий протокол, стаття 37(1).

⁹²⁸ Прокурор проти Жермена Катанги, Чуї та інших, ІСС-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї”), п. 287.

⁹²⁹ Див., наприклад, Прокурор проти Жан П'єра Бемба Гомбо, ІСС-01/05-01/08, Рішення про підтвердження звинувачень, 15 червня 2009 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Бемби”), п. 132.

поводження з боку виконавця з іншими потерпілими; і збіг або майже збіг інциденту з часом смерті інших потерпілих;⁹³⁰ або

2. Встановити, що одна або декілька осіб отримали поранення. Для відповідності цьому елементу буде достатньо будь-якого рівня шкоди, оскільки Римський статут не встановлює необхідний рівень шкоди для встановлення цього злочину.⁹³¹ Це можна зробити шляхом отримання, серед іншого, показань потерпілого та/або свідків, фотографій та/або медичних висновків, що стосуються травми тощо.

3.2.35.4 Елемент четвертий: виконавець скористався такою впевненістю чи переконанням при вбивстві чи пораненні такої особи чи осіб

Цей елемент вимагає від фахівця-практика встановити причинно-наслідковий зв'язок між впевненістю чи переконанням, яке викликав виконавець, і вбивством чи пораненням, яке він скоїв. Цей причинно-наслідковий зв'язок вимагає, щоб виконавець брав участь як у виникненні впевненості, так і у вбивстві чи нанесенні поранень.⁹³² Наприклад, “присутність біля побратима, який тримає білий прапор, щоб обманути супротивника, а потім вбити цього супротивника, таким чином зрадивши створену довіру, була б достатньою участю у створенні довіри”.⁹³³

3.2.35.5 Елемент п'ятий: така особа або особи належали до протилежної сторони

Фахівець-практик також повинен встановити, що потерпіла особа “належала до ворожої сторони” (тобто до ворожого народу або армії), яка охоплює як комбатантів, так і цивільних.⁹³⁴

3.2.35.6 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівці-практики повинні ознайомитися з інформацією, що встановлює загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також елементи суб'єктивної сторони, передбачені статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елемент	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець викликав довіру або переконання однієї чи більше осіб у тому, що вони мали право на	<ul style="list-style-type: none">• Чи імітував виконавець намір вести переговори під прапором перемир'я?• Чи імітував виконавець намір здатися?• Чи вдавав виконавець намір припинити вогонь?• Чи симулював виконавець недієздатність через	<ul style="list-style-type: none">• Відеозаписи солдатів, які виходять з будівлі з піднятими руками, перед тим, як останній член групи відкрив вогонь у бік супротивника.• Фотографії, на яких зображено трьох нібито фермерів, як були насправді солдати, які зрештою витягли зброю і відкрили вогонь по супротивнику.• Звіти, що описують тактику, яку

⁹³⁰ Див., наприклад, Прокурор проти Лукіча та Лукіча, ІТ-98-32/1-Т, Рішення, 20 липня 2009, п. 904.

⁹³¹ Тріффтерер і Амбос, Коментар, с. 432.

⁹³² Тріффтерер і Амбос, Коментар, с. 432.

⁹³³ Тріффтерер і Амбос, Коментар, с. 432.

⁹³⁴ Тріффтерер і Амбос, Коментар, с. 432.

<p>захист відповідно до МГП?</p>	<p>поранення або хворобу?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи симулював виконавець цивільний, некомбатантський статус? • Чи симулював виконавець статус захищеної особи, використовуючи захисні знаки, емблеми або уніформу? 	<p>використовували члени озброєних груп, щоб завоювати довіру місцевого населення, використовуючи емблеми на своїх транспортних засобах, що вказували на те, що вони перевозять гуманітарну допомогу, тоді як насправді вони перевозили зброю для нападу на село.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Перехоплене листування виконавця зі своїми союзниками, що свідчить про те, як вони планують імітувати капітуляцію, в той час як інші члени їхньої збройної групи одночасно атакуватимуть супротивника.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець мав намір зрадити цю довіру або переконання?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Якою була мета викликати довіру або переконання? • Чи планував виконавець порушити цю довіру? • Чи планував виконавець вбити або поранити супротивника? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який дав показання про те, що після здачі в полон солдати подали сигнал, після чого один з них почав стріляти. • Фотографії солдатів зі знаками розрізнення збройних сил супротивника на формі, які вони отримали вказівку нашити на свою форму. • Перехоплене листування виконавця з двома його підлеглими, яке свідчить про те, що вони планували втертися в довіру до місцевого населення, представляючись представниками МКЧХ.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець вбив або поранив одну чи більше осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Хто був можливим виконавцем? • Загинула одна чи більше осіб? Коли і де це сталося? • Чи зазнала одна або кілька осіб фізичного болю або страждань? Коли і де це сталося? • Які дії або бездіяльність спричинили смерть або тілесні ушкодження? • Які обставини супроводжували смерть або тілесні ушкодження потерпілої особи? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який дав показання, що члени його підрозділу були вбиті. • Медичний висновок про те, що потерпіла особа отримала поранення внаслідок мінометного обстрілу. • Відео, розміщене в соціальних мережах, на якому зображено тіло, що бездиханно лежить на вулиці. • Фотографія трупа потерпілої особи. • Свідоцтво про смерть потерпілої особи.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець скористався довірою або вірою, яку він</p>	<ul style="list-style-type: none"> • В якому контексті сталося вбивство/поранення? • Хто брав участь у вчиненні нападу? • Чи було вбивство/поранення здійснене особою, яка 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що виконавець змусив їх повірити, що він є гуманітарним конвоем, щоб отримати доступ до блокпосту, а потім відкрив вогонь з близької відстані. • Документи, що свідчать про наявність

<p>викликав, вбивши або поранивши таку особу чи осіб?</p>	<p>увійшла в довіру?</p>	<p>письмового звернення лідера озброєного угруповання з проханням про припинення вогню, яке, після його задоволення, було використано озброєним угрупованням для посилення невибіркових обстрілів відповідного району та його військових і цивільних мешканців.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Зброя, яку підступно провезли через блокпост під виглядом вантажу Червоного Хреста, а потім застосували проти військовослужбовців, присутніх у цьому районі, зокрема тих, хто охороняв блокпост, вбивши їх усіх. • Відеозаписи наближення збройних сил противника до виконавців, які імітували здачу і відкрили вогонь, коли збройні сили противника наблизилися ближче.
<p>Чи свідчать докази про те, що потерпілі належали до ворожої нації чи армії?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • До якої сторони збройного конфлікту належала потерпіла особа? • Чи була потерпіла особа іншої національності, ніж виконавець? • Чи була потерпіла особа цивільною особою чи учасником бойових дій? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення односельця, який вказує на те, що потерпіла особа була його сусідом з етнічної групи, яка воювала проти російських збройних сил, до якого належав виконавець. • Документи про власність, які вказують на те, що місце проживання потерпілої особи було зареєстровано в районі, де переважали прихильники проурядової групи, які воювали проти сепаратистського озброєного угруповання. • Фотографії, на яких видно, що загиблий солдат був одягнений у форму протилежної сторони. • Звіти НУО, що вказують на те, що жителі певної місцевості стали мішенню для озброєного угруповання, яке прагнуло захопити цю територію будь-якими способами.

Таблиця 43: Стаття 8(2)(b)(xi) Підказки для фахівців-практиків

3.2.36 Воєнний злочин знищення або захоплення майна противника (стаття 8(2)(b)(xiii), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xiii) Римського статуту забороняє “знищення або захоплення майна противника, якщо тільки таке знищення або захоплення не вимагались імперативно потребами війни”.⁹³⁵

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить знищення або захоплення майна противника до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). “Широкомасштабне руйнування і привласнення власності, не виправдане воєнною необхідністю, і здійснюване незаконним чином і безцільно” класифікується як серйозне порушення Першої, Другої та Четвертої Женевських конвенцій.⁹³⁶ Оскільки Україна є учасницею цих договорів, таке діяння, якщо воно вчинено проти майна, що перебуває під захистом Женевських конвенцій, може бути кваліфікована як масштабне знищення та привласнення майна, не виправдане воєнною необхідністю, відповідно до частини 1 статті 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин “умисного [...] захоплення або пошкодження чи знищення майна, якщо це не обґрунтовується військовою необхідністю” за статтею 438-1.1 ККУ. Слід зазначити, що законопроект №7290 не містить вимоги щодо належності знищеного майна супротивнику, тобто сфера його застосування буде ширшою за сферу застосування статті 8(2)(b)(xiii) Римського статуту. Поза цією різницею, це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину знищення або захоплення майна противника, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁹³⁷

1. Виконавець знищив або захопив певне майно.
2. Таке майно було власністю ворожої сторони.
3. Таке майно було захищене від такого знищення або захоплення відповідно до міжнародного права збройних конфліктів.
4. Виконавцю були відомі фактичні обставини, що встановлюють статус майна.
5. Знищення або захоплення не були виправдані воєнною необхідністю.
6. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.
7. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

⁹³⁵ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xiii). Воєнний злочин знищення або захоплення майна противника також заборонено такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 3(b); Статут Спеціального трибуналу щодо Іраку, розділ 6.1(b)(xiii), стаття 13(b), №. 14; Четверта Женевська конвенція, стаття 53. Крім того, воєнний злочин знищення або захоплення майна противника носить звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 50. Знищення чи захоплення майна супротивника.

⁹³⁶ Перша Женевська конвенція, стаття 50; Друга Женевська конвенція, стаття 50; Четверта Женевська конвенція, стаття 147. Див. також Конвенцію (IV) про закони і звичаї сухопутної війни та додаток до неї: Положення про закони і звичаї сухопутної війни від 18 жовтня 1907 року (“Гаазьке положення”), стаття 23(g).

⁹³⁷ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(xiii).

3.2.36.1 Елемент перший: виконавець знищив або захопив певне майно

Фахівець-практик повинен намагатись встановити, що певне майно було знищене або захоплене, і що виконавець спричинив це знищення чи захоплення. “Певне майно” може включати рухоме чи нерухоме майно, а також державну чи приватну власність.⁹³⁸

3.2.36.1.1 Знищення

Щоб довести факт знищення, необхідно встановити, що зазначене майно було знищене частково або повністю.⁹³⁹ Знищення може відбутися в результаті дії або бездіяльності.⁹⁴⁰ Приклади актів знищення включають: підпал, знесення чи інше пошкодження майна.⁹⁴¹

3.2.36.1.2 Захоплення

Щоб довести, що майно було захоплене (тобто привласнене), фахівець-практик повинен довести, що виконавець забрав “будь-яке майно (рухоме чи нерухоме) [...] для будь-якого використання, незалежно від типу власності (державне чи приватне)”.⁹⁴² Таким чином, контроль над майном, про яке йдеться, має перейти від власника до виконавця.⁹⁴³

3.2.36.2 Елемент другий: таке майно була власністю ворожої сторони

Фахівці-практики повинні встановити, що знищене або захоплене майно, про яке йдеться, належало “ворожій” або “протилежній” стороні конфлікту. Це означає, що відповідне майно – рухоме чи нерухоме, приватне чи державне – має належати фізичним або юридичним особам, які є союзними/прихильними до сторони конфлікту, яка протистоїть чи є ворожою для виконавця.⁹⁴⁴ У зв'язку з цим фахівець-практик повинен враховувати етнічність/національність, громадянство та/або місце проживання осіб, яким належало майно.⁹⁴⁵

3.2.36.3 Елемент третій: таке майно було захищено від такого знищення або захоплення відповідно до міжнародного права збройних конфліктів

Щоб встановити цей елемент, фахівці-практики повинні визначити, чи було знищене або захоплене майно під захистом міжнародного гуманітарного права (МГП). Існує три основні категорії власності: рухоме суспільне майно; нерухоме суспільне майно; і приватна власність. Нижче кожне з них описано по черзі.

⁹³⁸ Прокурор проти Катанги, ІСС-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014 (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 892; Прокурор проти Боско Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019, п. 1152.

⁹³⁹ Рішення суду у справі Катанги, п. 891.

⁹⁴⁰ Прокурор проти Катанги, Чуї та інших, ІСС-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї”), п. 310; Прокурор проти Каліксте Мбарушімани, ІСС-01/04-01/10, Рішення про підтвердження звинувачень, 16 грудня 2011 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Мбарушімани”), п. 171

⁹⁴¹ Рішення суду у справі Катанги, п. 891.

⁹⁴² Ю. Дінштейн, *Міжнародне Право Ворожої Окупації* (2^е вид., СУР 2019), с. 228.

⁹⁴³ Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 (“Рішення суду у справі Бемби”), п. 115.

⁹⁴⁴ Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги та Чуї, п. 310; Рішення про підтвердження звинувачень у справі Мбарушімани, п. 171.

⁹⁴⁵ Рішення суду у справі Катанги, п. 892.

3.2.36.3.1 Рухоме публічне (тобто державне) майно

Рухоме державне майно, яке може бути використане для військових операцій (наприклад, нападів, операцій із забезпечення безпеки районів, збору розвідувальних даних для підтримки наступу тощо⁹⁴⁶), може бути конфісковано/захоплене і, отже, не буде захищеним від захоплення чи знищення відповідно до цього положення.⁹⁴⁷ Таким чином, заволодіння рухомим державним майном, яке може бути використане для воєнних дій, не буде вважатися воєнним злочином знищення або захоплення.

Однак “майно муніципалітетів [тобто міст, селищ, сіл тощо], майно установ, що займаються релігією, благодійністю та освітою, мистецтвом і наукою, слід розглядати як приватну власність”, тобто майно, що не може бути захопленим або знищеним Державою-окупантом.⁹⁴⁸ Крім того, рухомі культурні цінності також є “публічною власністю”, яка спеціально захищена від усіх форм розкрадання, грабежу, незаконного привласнення, вандалізму та реквізиції.⁹⁴⁹ Таким чином, знищення або захоплення такого майна задовольнило б цей елемент

3.2.36.3.2 Нерухоме публічне майно

Нерухоме публічне майно, тобто громадські будівлі, нерухомість, ліси, парки та сільськогосподарські угіддя, що належать ворожій державі, можуть використовуватися Державою-окупантом, але не можуть бути назавжди конфісковані, оскільки “Держава-окупант розглядається лише як адміністратор та узуфруктуар* [майна], що належить ворожій державі і розташоване на окупованій території”.⁹⁵⁰ Крім того, держава-окупант не може знищити таке майно, оскільки це порушило б її обов’язки як адміністратора та узуфруктуара.⁹⁵¹ Таким чином, знищення або вилучення нерухомого державного майна задовольнило б цей елемент.

* *Узуфруктуар має право користування чужим майном з правом присвоєння доходів від нього, але з умовою збереження його цілісності, цінності та призначення.*

3.2.36.3.3 Приватна власність

Приватна власність, тобто будинки цивільного населення, магазини, музеї та школи, не можуть бути захоплені/конфісковані чи знищені окупаційною державою.⁹⁵² Однак приватна

⁹⁴⁶ *Прокурор проти Нтаганди*, ICC-01-04-2/06 A2, Зауваження *amicus curiae* згідно з правилом 103 Правил процедури та доказування, 18 вересня 2020, п. 9 (що відсилається до підготовчих робіт до Першого Додаткового протоколу від 1977, CDDH/III/SR.2 від 2 березня 1974, XIV, п. 8, 14).

⁹⁴⁷ Гаазьке положення 1907, стаття 53: “окупаційна армія може заволодіти лише готівкою, коштами та цінними паперами, які є виключно державною власністю, складами зброї, транспортними засобами, складами та припасами та, як правило, усім рухомим майном, що належить державі, яке може бути використані для воєнних дій”.

⁹⁴⁸ Гаазьке положення 1907, стаття 56. Див. також Гаазьке положення 1907, стаття 46: “[...] приватну власність [...] треба поважати. Приватне майно не може бути конфісковано”.

⁹⁴⁹ Конвенція про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту, 14 травня 1954, Статті 4(3), 14(1).

⁹⁵⁰ Гаазьке положення 1907, стаття 55.

⁹⁵¹ Оксфордський юридичний словник визначає узуфрукт як “право пожинати плоди (*fructus*) речей, що належать іншим, без знищення або втрати предмета, на який поширюються такі права”.

⁹⁵² Гаазьке положення 1907, стаття 46.

власність, яка може бути використана у ворожих цілях (тобто, щоб завдати шкоди державі-окупанту), така як пристрої для передачі новин чи транспорт, склади зброї та всіх видів бойових припасів, може бути захоплена, “але повинна підлягати відновленню зі встановленою компенсацією, коли буде укладено мир”.⁹⁵³ Таким чином, знищення або захоплення приватної власності – якщо вона не може бути використана у ворожих цілях – задовольнить цей елемент.

3.2.36.4 Елемент четвертий: виконавець знав про фактичні обставини, які встановили статус майна

Цей елемент не вимагає, щоб виконавець володів конкретними знаннями про те, що об’єкт, про який йдеться, мав захищений статус відповідно до МГП.⁹⁵⁴ Натомість необхідно лише продемонструвати, що виконавець “знав фактичні обставини, які встановлюють захищений статус” відповідних об’єктів.⁹⁵⁵ Іншими словами, фахівці-практики повинні довести, що виконавцю були відомі фактичні обставини, які відносять відповідне майно до однієї з перерахованих вище захищених категорій. Цей елемент буде задоволений, наприклад, якщо виконавець вилучив релігійні артефакти.⁹⁵⁶

3.2.36.5 Елемент п’ятий: знищення або захоплення не були виправдані воєнною необхідністю

Докладне пояснення цього елемента *див.* у розділі 3.2.19.2.

3.2.36.6 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також вони мають довести суб’єктивний склад злочину за статтею 30 (*див.* розділи 3.1 і 3.3)

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що виконавець знищив або заволодів майном?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи було певне майно частково чи повністю знищене? • Чи було певне майно взяте під контроль виконавця? • За яких обставин майно було знищене або вилучене? • Чи мала власність приватний чи публічний характер? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як ворожі солдати регулярно виганяли цивільних жителів з їхніх будинків, аби самим жити в їхньому житлі під час військових операцій. • Звіти місцевої поліції, які встановлюють, що мешканців виселяли з будинків, а їхнє приватне майно викрадали ворожі збройні сили. • Фотографії, на яких видно, що будинки були зруйновані обстрілами.

⁹⁵³ Гаазьке положення 1907, стаття 53.

⁹⁵⁴ Рішення суду у справі *Катанги*, п. 793, зноска 1831.

⁹⁵⁵ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(a)(i), п. 3.

⁹⁵⁶ Таке публічне рухоме майно захищене від вилучення відповідно до статті 56 Гаазького положення 1907 за умови, що воно не може використовуватися у ворожих цілях.

		<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, директор школи в Гостомелі, засвідчив, що російські збройні сили, які окупували селище, знищили понад 250 комп'ютерів, меблі та практично всі вікна і двері в школі, і поділився фотографіями руйнувань. • Звіти НУО, що фіксують випадки захоплення приватного бізнесу та предметів, які він продає, військовослужбовцями однієї зі сторін конфлікту. • Відео, опубліковане у соціальних мережах, на якому видно, що місцева церква пошкоджена в результаті нападу.
<p>Чи свідчать докази, що майно належало супротивнику?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Кому належало відповідне майно? • Якої етнічної або національної належності був власник майна? • До якої сторони конфлікту належав власник майна? • Члени якої сторони конфлікту знищили чи захопили відповідне майно? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описували практику знищення чи захоплення власності, що належить українським громадянам конфлікту, російськими збройними силами. • Поліцейські звіти, які описували декілька випадків, коли ворожі солдати грабували будинки цивільного населення після вторгнення в місто. • Докази судової експертизи, які показують спалені залишки майна, що належало українській цивільній особі, після обстрілу, здійсненого російськими збройними силами. • Фотографії пошкоджених об'єктів, які належать українським цивільним особам. • Звіти з відкритих джерел описують декілька випадків виселення мирних жителів із їхніх будинків російськими солдатами. • У звіті зазначається, що під час візиту до Чернігова було зафіксовано десятки будинків та інших будівель, які були зруйновані або пошкоджені під час спроби захоплення міста російськими збройними силами.
<p>Чи свідчать докази, що майно було захищене від знищення або захоплення</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Який тип майна було знищено чи вилучено? • Чи відповідна власність була приватною чи державною? • Чи забороняє МГП знищення чи 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання місцевих жителів про те, що вони бачили, як російські солдати, які окупували їхнє місто, крали з магазинів і будинків продукти харчування та алкоголь, особисті речі, коштовності,

<p>Відповідно до МГП?</p>	<p>захоплення відповідного майна?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Які обставини супроводжували перетворення майна на об'єкт злочину? • Де стався злочин? 	<p>комп'ютери та побутову техніку, таку як пральні машини та мікрохвильові печі.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Відео, як солдати обстрілюють музей. • Супутникові знімки житлового району до та після обстрілу, що показують значне руйнування приватної власності. • Звіти міжнародних організацій про те, що солдати грабують і руйнують приватні підприємства цивільних осіб.
<p>Чи свідчать докази, що виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали статус майна?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Які ознаки свідчать про те, що виконавцю були відомі фактичні обставини, що встановлюють статус майна? • Якою інформацією володів виконавець щодо майна? • Чи перебував виконавець на місці злочину під час його скоєння? • Чи видав/отримав виконавець будь-які інструкції щодо перетворення об'єкта, про який йдеться, на ціль злочину? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що вони бачили, як солдати йшли через територію, що була зруйнована, перед нападом, вказуючи на те, що вони знали, що об'єктом нападу були будинки цивільного населення. • Показання свідків про те, що виконавець наказав солдатам взяти під контроль місцеву школу. • Військові документи, які вказують на те, що планувалося бомбардування цивільного району. • Відео солдатів, які грабують приватні будинки та підприємства, що показує присутність та участь виконавця у діяннях. • Перехоплені телефонні розмови між виконавцем та його сім'єю з повідомленням про те, що вони забрали телевізори та інші речі з будинків, розташованих у місті, яке займає їхній підрозділ.
<p>Чи свідчать докази, що відповідне майно не було військовим об'єктом?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Який тип об'єкта був знищений/пошкоджений силами противника? • Чи використовувалося відповідне майно якимось чином збройними силами однієї зі сторін конфлікту? • Яку військову перевагу, якщо така була, надавало стороні, якій воно належало, пошкоджене або знищене майно? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка, який описує, що в його житловому кварталі не було військових об'єктів до того, як його знищили ворожі сили. • Супутникові знімки, які показують, що поблизу приватної власності, захопленої членами російських збройних сил, немає військових об'єктів. • Фотографії, зроблені зсередини школи, чітко показують, що в ній не було зброї або інших військових об'єктів до того, як вона була зруйнована російськими

		<p>обстрілами.</p> <ul style="list-style-type: none"> Розклад, опублікований в Інтернеті, показує, що зруйнована будівля використовується як цивільна залізнична станція.
<p>Чи свідчать докази, що знищення відповідного майна було необхідним з військових причин?</p>	<ul style="list-style-type: none"> Який тип майна було пошкоджено чи знищено? Яке призначення відповідного майна? Як його використовували потерпілі? Яку конкретну військову перевагу отримав виконавець, знищивши, пошкодивши чи заволодівши відповідним майном? Чи привласнення чи знищення відповідного майна якимось чином сприяло воєнним зусиллям? Чи було знищення/привласнення відповідного майна суттєвим для досягнення пов'язаної військової переваги? 	<ul style="list-style-type: none"> Показання міжнародних спостерігачів, які описують, як ворожі солдати проникли в магазин і викрали цінні предмети, які не мали жодного військового призначення, наприклад, побутову техніку та коштовності. Офіційні військові документи, які описують, як було втрачено контроль над військовими частинами після нападу на місто, що унеможливило ведення реєстрів всієї військової здобичі. Супутникові кадри, які показують, що село було знищено ракетами попри те, що ні в ньому, ні в безпосередній близькості від нього немає жодного військового об'єкта. Звіт міжнародної організації, в якому детально описано, як навіть після того, як ворожі сили забезпечили контроль над місцевістю (таким чином, досягнувши своєї військової мети), солдати безпідставно виселяли місцевих жителів з їхніх домівок. Відеозаписи солдатів, які надсилають додому посилки, в яких нібито міститься майно, награване ними в будинках цивільних осіб.

Таблиця 44: Стаття 8(2)(b)(xiii) Підказки для фахівців-практиків

3.2.37 Воєнний злочин примусу до участі у воєнних операціях (стаття 8(2)(b)(xv), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xv) Римського статуту забороняє “примушувати громадян ворожої сторони брати участь в операціях війни, спрямованих проти їхньої власної країни, навіть якщо вони перебували на службі у воюючої сторони до початку війни”.⁹⁵⁷ У центрі уваги цього воєнного

⁹⁵⁷ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xv). Римський статут також криміналізує “примусову службу у ворожих силах” у міжнародному збройному конфлікті як воєнний злочин відповідно до статті 8(2)(a)(v). Воєнний злочин примусової участі у воєнних операціях також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 2(e); Статут Спеціальних палат Косова, стаття 14(1)(b)(xv); Комісія з міжнародного права

злочину є вимушене порушення обов'язку вірності, що проявляється у боротьбі з власною країною (незалежно від того, у складі збройних сил чи ні).⁹⁵⁸

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України ("КК України") не відносить примушування до участі у воєнних операціях до воєнних злочинів, це діяння підпадає під "інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами", як зазначено у статті 438(1). Це діяння є серйозним порушенням МПП, що походить від та забороняється статтями 23(h) та 52 Гаазького положення,⁹⁵⁹ статтею 130 Третньої Женевської конвенції⁹⁶⁰ та статтями 51 і 147 Четвертої Женевської конвенції.⁹⁶¹ Оскільки Україна є учасницею цих конвенцій, це діяння може бути кваліфікована як примушування особи до вступу на службу до збройних сил ворожої держави за ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, що забороняє примушувати військовополонених та громадян протилежної сторони конфлікту до участі в збройних силах протилежної сторони, яка бере участь у конфлікті, згідно з статтею 438.1(2) та (3) ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину примусу до участі у воєнних операціях, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁹⁶²

1. Виконавець шляхом дій чи погроз примусив одну чи кількох осіб взяти участь у воєнних операціях проти власної країни чи її сил.
2. Така особа або особи були громадянами ворожої сторони.
3. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.
4. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.37.1 Елемент перший: виконавець шляхом дій чи погроз примусив одну чи кількох осіб взяти участь у воєнних операціях проти власної країни чи її сил

3.2.37.1.1 Примусив одну чи кількох осіб шляхом дій чи погрози

Фахівці-практики спочатку повинні встановити, що виконавець примусив одну чи кількох осіб "діями чи погрозами" брати участь у воєнних операціях проти власної країни або сил цієї особи. Таким чином, не є незаконним вербувати військовополонених, які добровільно

ООН, "Проект Кодексу злочинів проти миру і безпеки людства", Звіт Комісії міжнародного права про роботу її сорок восьмої сесії, 6 травня – 26 липня 1996 р., UN Doc. A/51/10, Стаття 20(a)(v).

⁹⁵⁸ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(xv), Елемент 1.

⁹⁵⁹ Конвенція (IV) про закони і звичаї сухопутної війни та додаток до неї: Положення про закони і звичаї сухопутної війни від 18 жовтня 1907 року ("Гаазьке положення"), статті 45, 46.

⁹⁶⁰ Третя Женевська конвенція, стаття 130.

⁹⁶¹ Четверта Женевська конвенція, статті 51, 147.

⁹⁶² МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(xv).

зголосилися воювати проти власної країни. Натомість слід показати, що виконавець чинив тиск чи примус з метою примусити таких осіб долучитись до збройних операцій.⁹⁶³

3.2.37.1.2 *Воєнні операції проти власної країни або її сил*

По-друге, необхідно встановити, що воєнні дії були спрямовані проти країни, до якої належать особи, яких примусили. Як мінімум, охоплюються будь-які збройні бойові дії, принаймні, якщо вони спрямовані проти власної країни примушеної особи.⁹⁶⁴ Наприклад, примушування когось стріляти в комбатантів своєї країни або заряджати ракету, яка буде запущена проти військ своєї країни, буде охоплено цим елементом.⁹⁶⁵

Також заборонені такі види діяльності, безпосередньо пов'язані з воєнними операціями:

- (i) Використання депортованих у виробництві зброї;⁹⁶⁶
- (ii) Використання військовополонених у будівництві сховищ або складів боєприпасів;⁹⁶⁷
- (iii) Залучення військовополонених до виготовлення та транспортування зброї та боєприпасів;⁹⁶⁸ і
- (iv) Примушування місцевих жителів передати “раннє попередження” розшукуваній особі в місці, що піддається облозі армією.⁹⁶⁹

3.2.37.2 *Елемент другий: така особа або особи були громадянами ворожої сторони*

Фахівець-практик також має встановити, що особи, які змушені брати участь у воєнних операціях, були “громадянами ворожої сторони” (тобто вони належали до ворожого народу чи армії), що включає як комбатантів, так і цивільних осіб.⁹⁷⁰

3.2.37.3 *Загальні контекстуальні елементи та елемент суб'єктивної сторони*

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 Римського статуту (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що	• До якої сторони конфлікту	• Показання свідка про те, що його

⁹⁶³ *Сполучені Штати Америки Проти Ернста Фон Вайцзеккера та ін.* (Процес Міністрів) Військовий Трибунал США в Нюрнберзі, Рішення від 11 квітня 1949 р., у *Процесах Над Воєнними Злочинцями в Нюрнберзьких Військових Трибуналах*, Том XIV, с. 549.

⁹⁶⁴ О. Тріфтерер і К. Амбос (ред.), *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3-е вид., С. Н. Векс, Hart, Nomos 2016) (“Тріфтерер і Амбос, Коментар”), с. 449.

⁹⁶⁵ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 449.

⁹⁶⁶ *Сполучені Штати Проти Альфреда Круппа та ін.* (Процес Круппа) Військовий Трибунал США в Нюрнберзі, Рішення від 31 липня 1948 р., *Law Reports of Trials of War Criminals*, Том X, с. 93.

⁹⁶⁷ *Нідерланди проти Танабе Кошіро* (Процес Кошіро) Тимчасовий Військовий Суд Нідерландів в Макассарі, Рішення від 5 лютого 1947 р., *Law Reports of Trials of War Criminals*, Том XI, с. 2

⁹⁶⁸ *Сполучені Штати Проти Ерхарда Мільха* (Процес Мільха) Військовий Трибунал США в Нюрнберзі, Рішення від 16 квітня 1947 р., *Law Reports of Trials of War Criminals*, Том VII, сс. 28, 43.

⁹⁶⁹ *Adalah et al. v. GOC Central Command, IDF et al.*, HCJ 3799/02, Рішення від 6 жовтня 2005 р., п. 22.

⁹⁷⁰ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 432.

<p>виконавець діями чи погрозами примушував одну чи кількох осіб взяти участь у воєнних операціях проти власної країни чи її сил?</p>	<p>належить потерпіла особа?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи виконавець примушував одну чи кількох осіб шляхом дії чи погрози взяти участь у військових операціях проти своєї власної країни чи її сил? • Чи примушували потерпілу особу до діяльності, безпосередньо пов'язаної з воєнними операціями проти власної країни чи її сил? 	<p>примушували до військової служби проти власної країни.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Відео, зняте на мобільний телефон, що показує, як виконавці змушують цивільного стріляти у солдатів своєї країни. • Фотографія, на якій зображені цивільні чи військовополонені, які беруть участь у виготовленні та транспортуванні зброї або в будівництві сховищ або складів боєприпасів. • Звіт ООН, у якому вказується, що низка військовополонених примусово брала участь у воєнній діяльності проти власної держави.
<p>Чи свідчать докази, що така особа або особи були громадянами ворожої сторони?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи було діяння виконавця спрямоване на особу/осіб, яка/ї була/и громадянином/ами ворожої сторони? 	<ul style="list-style-type: none"> • Відео, на якому видно, як солдати ворожої сторони змушують військовополонених носити військову форму ворожої сторони. • Показання потерпілих про те, що вони є громадянами України, і російські військовослужбовці примушували їх брати участь у бойових діях проти України. • Показання свідків про примусовий призов українських чоловіків до армії російськими військами, що відбувався на окупованих територіях, зокрема в Криму, Донецькій, Херсонській та Запорізькій областях. • Звіт міжнародної організації, що описує практику, як Росія примушує громадян України, які перебувають у захоплених нею містах, брати участь у військових операціях. • Військовий наказ, який наказує солдатам примусово вербувати місцевих селян на нещодавно захоплених територіях України для участі у воєнних операціях.

Таблиця 45: Стаття 8(2)(b)(хv) Підказки для фахівців-практиків

3.2.38 Воєнний злочин розграбування міста чи населеного пункту, навіть якщо воно захоплене внаслідок нападу (стаття 8(2)(b)(xvi), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xvi) Римського статуту забороняє розграбування міста чи населеного пункту, навіть якщо воно захоплене внаслідок нападу,⁹⁷¹ що стається, коли певне майно привласнюється під час міжнародного збройного конфлікту.

Стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) прямо посилається на “розграбування національних цінностей на окупованій території”. Таким чином, таке діяння може бути кваліфіковано за ч. 1 ст. 438 КК України. Однак, стосовно мародерства, яке відбувається не на окупованій території, розграбування населеного пункту або місцевості як воєнний злочин також охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Згідно зі статтею 33 Четвертої Женевської конвенції, “пограбування забороняються”. Оскільки Україна є учасницею Четвертої Женевської конвенції, така поведінка може бути кваліфікована як мародерство за ч. 1 ст. 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин “захоплення або пошкодження чи знищення майна, якщо це не обґрунтовується військовою необхідністю” за статтею 438-1.1 ККУ. Це положення в цілому узгоджується з контекстуальними елементами та спеціальними елементами воєнного злочину грабежу, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁹⁷²

1. Виконавець привласнив собі певне майно.
2. Виконавець мав умисел позбавити власника майна та привласнити його для приватного чи особистого користування.⁹⁷³
3. Привласнення відбулося без згоди власника.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.38.1 Елемент перший: виконавець привласнив собі певне майно

По-перше, фахівець-практик має довести, що певне майно було привласнено. Привласнення означає, що контроль над майном перейшов від власника до злочинця,⁹⁷⁴

⁹⁷¹ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xvi). Римський статут також криміналізує грабіж як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах відповідно до ст. 8(2)(e)(v). Воєнний злочин грабежу також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Кодекс Лібера 1863, стаття 44; Гаазьке положення 1907, стаття 28; Нюрнберзький статут, стаття 6(b); Четверта Женевська конвенція, стаття 33; Другий Додатковий протокол, стаття 4(2)(g); Статут МТКЮ, стаття 3(e); Статут МКТР, стаття 4(f); Статут СССЛ, стаття 3(f). Крім того, воєнний злочин грабежу носить звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 52. Грабіж.

⁹⁷² МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(xvi).

⁹⁷³ Як показує використання терміну “приватне чи особисте використання”, привласнення, виправдане воєнною необхідністю, не може становити злочин пограбування.

тобто майно більше не належить первісному власнику, а замість цього належить виконавцю. Це положення не забороняє лише одиничні чи епізодичні дії, які порушують права власності, а навпаки, забороняє привласнення майна у великих розмірах.⁹⁷⁵

3.2.38.2 Елемент другий: виконавець мав умисел позбавити власника майна та привласнити його для приватного чи особистого користування

Фахівець-практик має встановити, що виконавець привласнив відповідне майно для приватного чи особистого користування.⁹⁷⁶ Привласнення майна, виправдане воєнною необхідністю, не може вважатись злочином грабежу.⁹⁷⁷ Воєнна необхідність відтак визначається як “ті заходи, які є невід’ємними для забезпечення закінчення війни і які є законними відповідно до сучасних законів та звичаїв війни”.⁹⁷⁸ Див. розділ 3.2.19.2 для подальшого обговорення воєнної необхідності.

3.2.38.3 Елемент третій: привласнення відбулось без згоди власника

Для задоволення цього елемента, фахівець-практик повинен зібрати докази, щоб підтвердити, що майно було привласнено без згоди власника, зокрема шляхом насильства та погроз.⁹⁷⁹ Докази примусу, погроз, залякування чи тиску вказують на відсутність згоди та, у будь-якому випадку, призведуть до порушення згоди власника.⁹⁸⁰ Про відсутність згоди можна також зробити висновок з обставин справи, наприклад, якщо власник відсутній у місці, звідки було вилучено майно, можна зробити висновок, що він не дав згоди на привласнення.⁹⁸¹ При цьому привласнення не повинно здійснюватися насильницькими засобами.⁹⁸²

3.2.38.4 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб’єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також довести суб’єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділ 3.1 і 3.3)

⁹⁷⁴ Прокурор проти Жан П'єра Бемба Гомбо, ICC-01/05-01/08, Рішення суду, 21 березня 2016 (“Рішення суду у справі Бемби”), п. 115.

⁹⁷⁵ Рішення суду у справі Бемби, п. 117.

⁹⁷⁶ Слід зазначити, що вимога цього воєнного злочину щодо привласнення майна для приватного чи особистого користування є особливою для МКС (тобто не є частиною звичаєвого чи загальноприйнятого міжнародного гуманітарного права). Рішення суду у справі Бемби, п. 120. Інші трибунали визнали це надмірно обмежуючим елементом злочину грабежу. Прокурор проти Бріми та інших, SCSL-04-16-T, Рішення суду, 20 червня 2007 (“Рішення суду у справі Бріми та ін.”), п. 754. Таким чином, під час національних розслідувань та судового переслідування доведення цього елемента може не бути суворо необхідним для встановлення злочину грабежу.

⁹⁷⁷ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(xvi), зноска 47; Рішення суду у справі Бемби, п. 125, зноска 295.

⁹⁷⁸ Прокурор проти Жермена Катанги, ICC-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014, (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 894; Прокурор проти Кордіча та Черкеза, IT-95-14/2-A, Апеляційне рішення, 17 грудня 2004, п. 686. Див. також Кодекс Лібера 1863, Стаття 14.

⁹⁷⁹ Рішення суду у справі Бріми та ін., п. 398, 1410-1415, 1418-1429.

⁹⁸⁰ Рішення суду у справі Бемби, п. 116; “The IG Farben Case”, Справа 6, Рішення VI Військового Трибуналу Сполучених Штатів у Нюрнберзі, 30 липня 1948 р., сс. 1135–1136.

⁹⁸¹ Рішення суду у справі Бемби, п. 116.

⁹⁸² Рішення суду у справі Бемби, п. 116; Прокурор проти Делаліча та інших, IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998, п. 591.

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази, що виконавець привласнив певне майно?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Яким був масштаб привласнення? • Скільки людей постраждало від привласнення? • Яка грошова оцінка привласненого майна? • Якими були наслідки привласнення для потерпілих? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який стверджує, що виконавці привласнити багато цінних речей шляхом грабежу, як-от транспортні засоби, а також незначні предмети, як-от продукти харчування. • Повідомлення військової поліції про широкомасштабне виселення цивільних з їхніх будинків та про пограбування їхніх квартир виконавцями. • Звіти міжнародних спостерігачів, які встановлюють, що пограбування було широкомасштабним і повторюваним. • Звіт про те, що російські військові та цивільні особи, які діяли за їхніми наказами, розграбували тисячі цінних артефактів і творів мистецтва з двох музеїв, кафедрального собору та національного архіву в Херсоні.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець мав намір позбавити власника майна та привласнити його для приватного чи особистого користування?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • За яких обставин було привласнено відповідне майно? • Яким було призначення привласненого майна? • Чи можна використовувати привласнене майно у військових діях? • Чи були підстави для виправдання привласнення військовими мотивами? • Чи є якась інформація щодо обставин привласнення, яка дозволяє зробити висновок, що привласнення не було виправдане воєнною необхідністю? • Як привласнене майно використовувалося виконавцем після привласнення? Чи використовувався він у воєнних цілях? • Чи використовувалося майно як оплата комбатантам? • Чи використовувалося привласнене майно в особистих/приватних цілях виконавцем? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які встановлюють, що награбоване майно розглядалося як самокомпенсація за відсутності належної оплати та пайків членам збройної групи (тобто для особистого користування). • Звіти державних і військових органів про випадки незаконного привласнення майна та розкрадання. • Фотографії, на яких виконавці дарують своїм родичам награбоване майно. • Повідомлення в медіа, в якому встановлено, що виконавці перевозили та продавали награбований товар. • Перехоплені телефонні розмови між виконавцем та його сім'єю вдома, в яких сім'ї повідомлялося, що він надіслали їм телевізори та інші речі, які він забрав з будинків, розташованих у місті, яке займає його підрозділ. • Відеозаписи солдатів, які надсилають додому посилки, що

		нібито містять награване майно цивільних осіб.
Чи свідчать докази про те, що привласнення відбулося без згоди власника?	<ul style="list-style-type: none"> • Кому належало привласнене майно? • Чи можна обґрунтовано зробити висновок, що майно належало потерпілому? • Чи був якийсь комерційний договір чи інший документ, що підтверджує право власності потерпілого на привласнене майно? • Чи було майно у власності держави? Чи існує національне законодавство чи офіційні документи, які підтверджують право власності держави на майно чи ресурси? • Чи дала потерпіла особа явну згоду без будь-якого примусу на привласнення її майна? • Чи приводять обставини привласнення до висновку про відсутність згоди потерпілої особи? • Чи була потерпіла особа присутня у відповідному місці, коли відбулося привласнення? • Чи погрожували потерпілій особі, чи застосовували примус під час привласнення її майна? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілої, яка свідчила про те, що її фізично обмежували під час привласнення її майна. • Акт купівлі-продажу на будівлю, яка була привласнена. • Показання місцевих жителів про те, що вони бачили, як російські солдати, які окупували їхнє місто, крали з магазинів і будинків продукти харчування та алкоголь, особисті речі, коштовності, комп'ютери та побутову техніку, як-от пральні машини та мікрохвильові печі. • Аерофотознімки палаючих цивільних будинків та стаень, які після пограбування підпалили військові. • Опитування потерпілих, проведене Human Rights Watch з інформацією про право власності на привласнене майно.

Таблиця 46: Стаття 8(2)(b)(xvi) Підказки для фахівців-практиків

3.2.39 Воєнний злочин застосування заборонених куль (стаття 8(2)(b)(xix), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xix) Римського статуту забороняє воєнний злочин використання заборонених куль,⁹⁸³ який скоюється, коли виконавець використовує кулі, які легко розширюються або сплющуються в тілі людини.

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не називає застосування заборонених куль воєнним злочином, це діяння підпадає під “інші порушення законів та звичаїв

⁹⁸³ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xix).

війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Таке діяння заборонено звичаєвим МГП⁹⁸⁴ і кодифіковано в Гаазькій декларації (Декларація 3) 1899 року про кулі, що розширюються, яка передбачає, що “Договірні сторони погоджуються утримуватися від застосування куль, які легко розширюються або сплющуються в людському тілі, як-от кулі з твердою оболонкою, яка не повністю покриває серцевину або пронизана нарізами”.⁹⁸⁵ Оскільки Україна є учасницею цього документу і пов’язана звичаєвими нормами МГП, таке діяння може бути кваліфіковано як застосування куль, що легко розширюються або сплющуються в тілі людини, за ст. 438(1) КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий військовий злочин застосування заборонених куль за статтею 438-3.1 ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи військового злочину використання заборонених куль, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁹⁸⁶

1. Виконавець застосував певні кулі.
2. Кулі були такими, що їх використання порушувало міжнародне право збройних конфліктів, оскільки вони легко розширюються або сплющуються в людському тілі.
3. Виконавець усвідомлював, що характер куль був такий, що їхнє використання марно посилює страждання чи ефект поранення.
4. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.39.1 Елемент перший: виконавець застосував певні кулі

Щоб встановити цей елемент, фахівець-практик повинен оцінити тип куль, які були використані виконавцем.

3.2.39.2 Елемент другий: кулі були такими, що їх використання порушувало міжнародне право збройних конфліктів, оскільки вони легко розширюються або сплющуються в людському тілі

Щоб задовольнити цей елемент, фахівець-практик повинен визначити, чи дійсно кулі, які присутні на місці мають певні особливості, вплив яких на тіло людини може полягати в тому, щоб “завдати значно більш серйозних ушкоджень, ніж еквівалентна стандартна куля – ушкоджень, які часто особливо важко піддаються лікуванню і можуть бути непотрібними для досягнення правомірних військових цілей” (тобто марно посилюють страждання чи ефекти поранення).⁹⁸⁷

⁹⁸⁴ Див., О. Тріфтерер і К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3е вид., С.Н. Веєк, Hart, Nomos 2016) (“Тріфтерер і Амбос, Коментар”), с. 465; МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 77. Кулі, що розширюються та Правило 78. Кулі, що розриваються.

⁹⁸⁵ Декларація IV,3 про кулі, що розширюються. Гаага, 29 липня 1899 року.

⁹⁸⁶ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(xix).

⁹⁸⁷ Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 465.

Існує широкий спектр куль, які порушують МГП, включаючи: кулі, не повністю оточені жорсткою оболонкою, кулі з надрізами, кулі, які вибухають при попаданні в тіло людини, кулі з рушниць, снаряди, що розриваються або деформуються в тілі людини, снаряди, які починають перевертатись у тілі людини, снаряди, які викликають значне пошкодження тканин або смертельний шок.⁹⁸⁸

3.2.39.3 Елемент третій: виконавець усвідомлював, що характер куль був такий, що їхнє використання марно посилює страждання чи ефект поранення

Щоб встановити цей елемент, фахівцям-практикам необхідно визначити, чи усвідомлював виконавець, що він використав кулю, яка марно посилює страждання або поранення. Оскільки окремі солдати можуть не мати наукового усвідомлення впливу кулі, яку вони використовують, на тіло людини (тобто, те що вони легко розширюються або сплющуються в людському тілі), цей елемент урівноважує згадану обставину знанням про конкретні кулі та їх руйнівну дію, яке можна очікувати від окремого солдата.⁹⁸⁹ Виконавець має усвідомлювати що характер куль, які він використав, марно посилює страждання або ефект поранення потерпілого.⁹⁹⁰ Виконавець не зобов'язаний знати про незаконність використання куль, а лише про характер завданого поранення.⁹⁹¹ Таким чином, має бути доведено, що особа, яка стріляла зі зброї, усвідомлювала, що куля завдасть особливо тяжких ушкоджень.⁹⁹²

3.2.39.4 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, також мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділ 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що виконавець використав певні кулі?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи кулі, знайдені на місці злочину, виявились такими, що марно посилюють страждання чи поранення? • Чи використав виконавець ці кулі? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок заявляє, що бачив, як солдат робив надрізи на кулі, перш ніж використати її в бою. • Відео, опубліковане в соціальних мережах, на якому зображено постріл і дію куль. • Фотографія кулі. • Звіт патологоанатомічного розтину

⁹⁸⁸ Див., наприклад, Тріфферер і Амбос, Коментар, сс. 465-466 (посилаючись на *Право збройних конфліктів, Посібник [німецьких військових]*, Положення про спільну службу 15/2, травень 2013, DSK V230100262, marginal no. 440; Меморандум для дослідницького, розробного та інженерного центру армії США (19 лютого 1998)); База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 77. Кулі, що розширюються і Правило 78. Кулі, що розриваються; К. Дьорманн, *Елементи Воєнних Злочинів Відповідно до Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду* (CUP 2009), с. 296; Д. Флек (ред.), *Довідник з Гуманітарного Права у Збройних Конфліктах* (OUP 1999), с. 122.

⁹⁸⁹ Тріфферер і Амбос, Коментар, с. 466.

⁹⁹⁰ Тріфферер і Амбос, Коментар, с. 467.

⁹⁹¹ Крістін Байрон, *Воєнні злочини та злочини проти людяності в Римському статуті Міжнародного кримінального суду*, Manchester University Press, 2009, с. 135.

⁹⁹² Тріфферер і Амбос, Коментар, с. 466.

		<p>свідчить про те, що з тіла потерпілої особи були вилучені кулі з нарізами.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Офіційні військові документи, які вказують на те, що у виконавця були заборонені кулі. • Аналіз зброї, який показує, що виконавець використав певні кулі. • Гільзи, вилучені з місця злочину.
<p>Чи докази вказують, що використані кулі порушували МГП, оскільки вони легко розширюються або сплющуються в тілі людини?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була куля не повністю оточена твердою гільзою? • Чи була куля насічена надрізами? • Чи розірвалася куля від удару? • Чи використовували рушницю? • Чи куля/снаряд розірвались у тілі потерпілого та деформували його? • Чи куля/снаряд перевернулись у тілі потерпілого? 	<ul style="list-style-type: none"> • Судово-медичні розтини, які встановлюють причину смерті потерпілого/их внаслідок розриву снаряда в тілі. • Свідок, який дав показання про серйозні наслідки кулі для тіла потерпілого. • Відео, на якому зображено наслідки кулі для тіла потерпілого. • Кулі, зібрані з місця злочину, показують, що на них були надрізи.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець усвідомлював, що характер куль був таким, що їх використання марно посилює страждання чи поранення?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи знав виконавець про наслідки застосування кулі? • Чи вказує що-небудь в обставинах використання куль, що виконавець знав, що куля завдасть особливо тяжких поранень потерпілому? • Чи є якісь докази, що вказують на те, що виконавець раніше використовував такі кулі і, отже, усвідомлював би серйозний вплив, який вони мають на потерпілого? 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційні військові документи, які свідчать про те, що виконавець наказав застосувати кулі. • Свідок дав показання про те, що він часто бачив, як виконавець користувався рушницею. • Свідок дав показання про те, що він часто бачив, як солдат робив надрізи на кулі, перш ніж використати її в бою. • Відео, як виконавець заряджає зброю забороненими кулями. • Наказ на зброю, включно із забороненими набоями, підписаний виконавцем.

Таблиця 47: Стаття 8(2)(b)(xix) Підказки для фахівців-практиків

3.2.40 Воєнний злочин посягання на особисту гідність (стаття 8(2)(b)(xxi), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xxi) забороняє “[в]чинення посягань на особисту гідність, зокрема такого, що ображає або принижує гідність, поведження”.⁹⁹³

⁹⁹³ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xxi). Воєнний злочин у вигляді посягання на особисту гідність також заборонено такими міжнародно-правовими документами: Статут МТКЮ, стаття 3; Статут МКТР, стаття 4(е); Статут СССЛ, стаття 3(е); Статут Спеціальних палат Косова, стаття 14(1)(b)(xxi). Крім того, воєнний злочин у вигляді посягання на особисту гідність має звичайний характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 90. Катування, жорстоке, нелюдське чи таке, що принижує гідність, поведження.

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить посягання на людську гідність до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Це діяння становить серйозне порушення статті 75(2)(b) Додаткового протоколу I, яка забороняє “знуцання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поведження, [...]”, і такі посягання визначаються переважним принципом гуманного поведження, сформульованим у статті 27 Четвертої Женевської конвенції.⁹⁹⁴ Оскільки Україна є стороною Додаткового протоколу I та Четвертої Женевської конвенції, така поведінка може бути кваліфікована як посягання на людську гідність за частиною 1 статті 438 КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин, який передбачатиме “наругу над людською гідністю” за статтею 438.2(5) ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину посягання на особисту гідність, що міститься в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:⁹⁹⁵

1. Виконавець образив, принизив чи іншим чином порушив гідність однієї чи кількох осіб.
2. Тяжкість образи, приниження чи іншого порушення була такого ступеня, що загалом визнається посяганням на особисту гідність.
3. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.
4. Злочинцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.40.1 Елемент перший: виконавець образив, принизив чи іншим чином порушив гідність однієї чи кількох осіб

Фахівці-практики спочатку повинні встановити, що виконавці образили, принизили чи іншим чином порушили гідність однієї чи кількох осіб.⁹⁹⁶ Для цілей цього злочину “особи” можуть охоплювати померлих осіб, а поведження або інші форми посягання можуть бути вчинені через дії, бездіяльність або заяви/твердження.⁹⁹⁷

Такі діяння, як примус до інцесту, захоронення трупів у вигрібних ямах, залишення немовлят без піклування після вбивства їхніх опікунів, примусове проникнення в рот

⁹⁹⁴ Додатковий протокол I, стаття 75(2)(b); Четверта Женевська конвенція, стаття 27. Див. також: МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 90. Катування та жорстоке, нелюдське або таке, що принижує гідність, поведження; Ж. Пікте (ред.), *Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року: Коментар: IV Женевська конвенція* (МКЧХ 1958 р.), с. 201.

⁹⁹⁵ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(xxi).

⁹⁹⁶ МКС Елементи злочинів, зноска 49.

⁹⁹⁷ МКС Елементи злочинів, зноска 49.

Прокурор проти Квочка та ін., IT-98-30/1-T, Рішення суду, 2 листопада 2001 року (“Рішення суду у справі Квочка та ін.”) п. 172.

чоловічим статевим органом чи вилучення плодів із утроби вважалися актами, що становлять посягання на особисту гідність.⁹⁹⁸

Цей елемент також вимагає, щоб особа, яка потерпіла від образ, приниження чи іншого порушення гідності: (i) була підданою стороні конфлікту, яка є протилежною чи ворожою по відношенню до виконавця; та (ii) опинилась в руках сторони конфлікту, до якої належить виконавець.⁹⁹⁹

3.2.40.2 Елемент другий: тяжкість образи, приниження чи іншого порушення була такого ступеня, що загалом визнається посяганням на особисту гідність

Дії чи бездіяльність виконавця мають бути скоєні з об'єктивно достатньою тяжкістю, щоб визнаватись посяганням на особисту гідність.¹⁰⁰⁰ Поки образи та приниження є реальними, немає потреби в тому, щоб поведінка виконавця завдала прямої та тривалої шкоди фізичному чи психічному здоров'ю потерпілого.¹⁰⁰¹

Існує низка факторів, які можуть вплинути на оцінку тяжкості, як-от культура чи релігія потерпілих, особливо коли їх примушують до діяльності, забороненої їхньою релігією.¹⁰⁰² Наприклад як це було із зістриганням волосся чи бороди полонених індійських сикхів чи примушування їх палити цигарки.¹⁰⁰³ Фахівець-практик може також враховувати особистісні характеристики потерпілих, включаючи їх вік, характер, темперамент або психологічну стійкість. Наприклад, те ж саме діяння, вчинене виконавцем, може завдати “сильних страждань” психологічно чутливій людині, але “незначний дискомфорт” особам з незворушним темпераментом.¹⁰⁰⁴ Дії, вчинені публічно, також можуть посилити їх тяжкість.¹⁰⁰⁵

У наступних прикладах порушення гідності було серйозним, і воно загалом визнавалось посяганням на особисту гідність:

- (i) Примушування викраденого вбити іншого викраденого дубинкою та оглядати трупи;
- (ii) Примушування матерів залишати своїх дітей на узбіччі дороги;¹⁰⁰⁶
- (iii) Примушування когось побити людину до смерті;¹⁰⁰⁷

⁹⁹⁸ Рішення у справі *Фурунджії*, п. 183.

⁹⁹⁹ *Прокурор проти Жермена Катанги, Чуї та інших*, ICC-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги та Чуї*”), п. 368.

¹⁰⁰⁰ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги та Чуї*, п. 369.

¹⁰⁰¹ *Прокурор проти Кунарача та інших*, IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Рішення суду, 22 лютого 2002 (“Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*”), п. 503; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги та Чуї*, п. 369; *Прокурор проти Сесая та інших*, SCSL-04-15-T, Рішення, 2 березня 2009, п. 176; Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2756.

¹⁰⁰² МКС Елементи злочинів, зноска 49.

¹⁰⁰³ *Австралія проти Чуїчі* (Процес над Танакою Шуїчі та двома іншими), Австралійський Військовий Суд у Рабаулі, Рішення, 12 липня 1946 р., с. 62

¹⁰⁰⁴ *Прокурор проти Златка Алексовскі*, IT-95-14/1-T, Рішення суду, 25 червня 1999 (“Рішення суду у справі *Алексовскі*”), п. 56.

¹⁰⁰⁵ *Прокурор проти Чарльза Тейлора*, SCSL-03-01-T, Рішення суду, 18 травня 2012, п. 1196.

¹⁰⁰⁶ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2903.

- (iv) Примушування батька та сина фізично бити один одного;¹⁰⁰⁸
- (v) Спонування затриманих благати про милосердя, щоб не піддаватись впливу електричного проводу, який використовується для худоби;¹⁰⁰⁹
- (vi) Примушування братів займатися оральним сексом один з одним перед іншими ув'язненими;¹⁰¹⁰
- (vii) Підвішування ув'язнених жінок голими з використанням наручників або примушування їх утримувати певну позицію протягом тривалого періоду часу;¹⁰¹¹
- (viii) Використання затриманих як живих щитів або копачів траншей;¹⁰¹²
- (ix) Примушування ув'язнених справляти свої тілесні потреби в одязі та створення умов постійного страху піддатися фізичному, психічному чи сексуальному насильству щодо затриманих;¹⁰¹³ і
- (x) Побиття та примушування затриманих танцювати голими.¹⁰¹⁴

3.2.40.3 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що виконавець образив, принизив чи іншим чином порушив гідність однієї чи кількох осіб?	<ul style="list-style-type: none"> • Ким була потерпіла особа? • До якої сторони конфлікту належала потерпіла особа? Чи вона опинилась в руках сторони конфлікту, до якої вона належить? • Які дії виконавця можна було б розцінити як такі, що принижують особисту гідність потерпілого? • Чи були потерпілі примушені до дій, які можна було б розцінити як такі, що ображають, принижують гідність чи іншим чином порушують їх особисту гідність? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок дає позання, що двох братів примушували займатися оральним сексом один з одним. • Потерпіла (22-річна жінка) свідчить, що двоє російських солдатів увійшли до її будинку, кілька разів згвалтували її, вчинили акти сексуального насильства над її чоловіком і змусили подружжя вступити в статевий зв'язок у їхній присутності. Потім вони були змушені дивитися, як один із солдатів змушував їхню 4-річну доньку займатися з ним оральним сексом. • Психологічні звіти, видані кваліфікованими практиками, в яких вказується приниження, яких зазнала потерпіла особа. • Предмети або інструменти, які використовуються для приниження

¹⁰⁰⁷ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 3065.

¹⁰⁰⁸ *Прокурор проти Делаліча та інших*, IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 ("Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*"), п. 1067-1070.

¹⁰⁰⁹ Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 1052-1059.

¹⁰¹⁰ Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 1062-1066.

¹⁰¹¹ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги та Чуї*, п. 370.

¹⁰¹² Рішення у справі *Алексовскі*, п. 229.

¹⁰¹³ Судове рішення у справі *Квочка та ін.*, п. 173.

¹⁰¹⁴ Рішення суду, п. 157.

		<p>потерпілої особи, наприклад, бейсбольна бита або мотузка, якою його зв'язували.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Відео, як жінок змушують знімати одяг і стояти голими перед солдатами, присутніми в кімнаті для допитів. • Звіт Міжнародної федерації з прав людини, що наводив докази, як тіла померлих скидали у вигрібні ями. • Доповідь ООН про те, що російські збройні сили затримали священника, повністю роздягли його, побили і наказали йому протягом години ходити голим вулицями його села.
<p>Чи свідчать докази, що тяжкість образи, приниження чи іншого порушення була такого ступеня, що загалом визнається посяганням на особисту гідність?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була поведінка виконавця по відношенню до потерпілого достатньо серйозною, щоб об'єктивно розглядатися як таке, що ображає, принижує або іншим чином порушує особисту гідність потерпілого? • Чи сприйняла б раціональна людина поведінку виконавця як таку, що ображає, принижує або іншим чином порушує особисту гідність потерпілого? • Чи свідчить культурне походження потерпілого про тяжкість діяння виконавця? • Чи зазнала потерпіла особа якоїсь тривалої фізичної чи психічної шкоди? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання, що вказують на те, що потерпілий, якому на той момент було 12 років, отримав психологічну травму від того, що йому довелося спостерігати, як б'ють його батьків. • Показання потерпілої про те, що її травмувало не тільки те, що її зґвалтував виконавець, але й те, що її мати та батько були змушені спостерігати за цим. • Медичний доказ, які описують, що потерпіла страждала від проблем із психічним здоров'ям внаслідок завданого приниження. • Показання потерпілих про те, що протягом усього часу утримання під вартою російськими збройними силами, під час якого їх піддавали безперервним тортурам, вони відчували, що їхнє "тіло відключилося і перейшло в режим виживання". • Доповідь ООН вказує на те, що стосовно осіб, яких російські збройні сили утримували в шкільному підвалі протягом 28 днів, солдати принижували і порушували гідність затриманих, поміщаючи їх у нелюдські умови утримання (наприклад, вони надавали обмежений доступ до їжі і води, затримані повинні були просити дозволу на відвідування туалету, а солдати навмання стріляли поруч із затриманими, щоб налякати їх).

Таблиця 48: Стаття 8(2)(b)(xxi) Підказки для фахівців-практиків

3.2.41 Воєнний злочин зґвалтування (стаття 8(2)(b)(xxii)-1, Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xxii) Римського статуту забороняє воєнний злочин зґвалтування скоєний в рамках міжнародного збройного конфлікту.¹⁰¹⁵

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить зґвалтування до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Таке діяння заборонено статтею 27 Четвертої Женевської конвенції, яка передбачає, що захищені особи захищаються “від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування [...]”.¹⁰¹⁶ Крім того, зґвалтування також забороняється під час міжнародних збройних конфліктів відповідно до статей 75(2)(b), 76(1) та 77(1) Додаткового протоколу I. Оскільки Україна є учасницею Четвертої Женевської конвенції та Додаткового протоколу I, це діяння може бути кваліфіковано як зґвалтування за ст. 438(1) КК України.

Крім того, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) запровадить окремий воєнний злочин зґвалтування в частині 8 статті 438.2 ККУ. Це положення загалом узгоджується із контекстуальними та конкретними елементами воєнного злочину зґвалтування, передбаченими у Римському статуті та Елементах злочинів МКС.

Елементами воєнного злочину зґвалтування є:¹⁰¹⁷

1. Виконавець вторгся в тіло особи шляхом поведінки, яка призвела до проникнення, хоча б незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або злочинця статевим органом, або до анального або генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла.
2. Вторгнення було скоєно силою, або загрозою застосування сили чи примусу, наприклад, викликане страхом насильства, примусу, затримання, психологічного пригнічення чи зловживання владою, проти такої особи чи іншої особи, або використання примусового середовища, або вторгнення було вчинено проти особи, не здатної дати справжню згоду.
3. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язано з ним.
4. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

Перший і другий елемент воєнного злочину зґвалтування збігаються з першим і другим елементом злочину проти людяності зґвалтування за статтею 7(1)(g)-1, детально розглянутими вище (див. розділ 3.2.7).

¹⁰¹⁵ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xxii). Римський статут також криміналізує зґвалтування як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах відповідно до статті 8(2)(e)(vi) і як злочин проти людяності відповідно до статті 7(1)(g). Крім того, заборона зґвалтування носить звичайний характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 93. Зґвалтування і інші форми сексуального насильства.

¹⁰¹⁶ Четверта Женевська конвенція, стаття 27.

¹⁰¹⁷ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(xxii)-1.

3.2.41.1 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам також необхідно буде довести наявність загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, а також довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3)

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець вторгся в тіло особи шляхом поведінки, яка призвела до проникнення, хоча б незначного, до будь-якої частини тіла потерпілої особи або виконавця статевим органом, або до анального або генітального отвору потерпілої особи будь-яким предметом або будь-якою іншою частиною тіла?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи було проникнення статевим органом в будь-яку частину тіла потерпілої особи чи виконавця? • Чи було проникнення в анальний або генітальний отвір потерпілої особи яким-небудь предметом або будь-якою іншою частиною тіла? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що троє нападників по черзі проникли в її піхву пенісом і руками. • Показання потерпілої про те, що російський солдат тримав її під дулом пістолета і змушував займатися з ним оральним сексом, а потім зґвалтував її • Медичний висновок, в якому вказується, що в анальний отвір потерпілої особи було здійснено проникнення. • Судово-медичні докази, як-от мазки, зразки та результати ДНК-тесту, які вказують на те, що статевий орган проникнув у піхву потерпілої особи. • Відеозйомка, зроблена на мобільний, яка показує як виконавці вставляють свої пеніси в рот потерпілого чоловіка. • Доповідь ООН свідчить, що двоє російських солдатів увійшли до будинку, кілька разів зґвалтували 22-річну жінку, вчинили акти сексуального насильства над її чоловіком і змусили подружжя вступити в статевий зв'язок у їхній присутності. Потім один із солдатів змусив їхню 4-річну доньку зайнятися з ним оральним сексом.
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець зробив це</p>	<ul style="list-style-type: none"> • силою; • із застосуванням погрози силою або примусу (наприклад, страх, насильство, примус, тримання під вартою, психологічне пригнічення чи зловживання владою, проти такої особи чи іншої особи); • Використовуючи середовища примусу; чи • Проти іншої особи, яка не здатна дати справжню згоду, якщо на неї впливає природна, спричинена або 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що її викрали, погрожували смертю і неодноразово гвалтували комбатанти. • Жінка з Гостомеля, яка розповіла, що російський солдат зтягнув її до багатоквартирного будинку, де змусив роздягнутися і зґвалтував. • Показання свідка, який бачив, як російський солдат розмахував пістолетом, погрожував розстріляти людей і зтягнув жінку в кімнату на другому поверсі будинку, де, як згодом з'ясувалося, її зґвалтували. • Записи про утримання, які свідчать про те, що потерпілих гвалтували саме під час утримання.

	пов'язана з віком недієздатність?	<ul style="list-style-type: none"> Речові докази застосування сили під час зґвалтування, наприклад синці на тілі потерпілої особи або вагінальна кровотеча. Звіти міжнародних організацій з описом середовища примусу, яке існувало до вчинення зґвалтування, включно з нападами та вчиненими злочинами.
--	--------------------------------------	--

Таблиця 49: Стаття 8 (2) (b) (xxii)-1 Підказки для фахівців-практиків

3.2.42 Воєнний злочин сексуального рабства (стаття 8(2)(b)(xxii)-2, Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xxii) Римського статуту забороняє воєнний злочин сексуального рабства, коли він вчиняється в контексті міжнародного збройного конфлікту.¹⁰¹⁸

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не відносить сексуальне рабство до воєнних злочинів, це діяння охоплюється “іншими порушеннями законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Такт діяння заборонено статтею 27 Четвертої Женевської конвенції, яка передбачає, що захищені особи, “захищаються від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність”.¹⁰¹⁹ Крім того, сексуальне рабство також забороняється під час міжнародних збройних конфліктів відповідно до статей 75(2)(b), 76(1) та 77(1) Додаткового протоколу I. Оскільки Україна є стороною Четвертої Женевської конвенції та Додаткового протоколу I, таке діяння може бути кваліфіковано як інші форми непристойних посягань відповідно до частини 1 статті 438(1) КК України.

Слід зазначити, що законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) не передбачає сексуальне рабство як одне з діянь, що конкретно криміналізується як воєнний злочин за статтею 438 КК України.

¹⁰¹⁸ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 8(2)(b)(xxii). Римський статут також криміналізує зґвалтування як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах відповідно до статті 8(2)(e)(vi) та як злочин проти людяності відповідно до статті 7(1)(g). Воєнний злочин зґвалтування також заборонений такими міжнародно-правовими документами: Рада Безпеки ООН, Резолюція 827: Рада Безпеки ООН, Резолюція 955: Статут Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, скоєні на території Руанди, та громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, скоєні на території сусідніх держав, у період з 1 січня 1994 року по 31 грудня 1994 року (8 листопада 1994 року, остання редакція від 14 серпня 2002 року) S/RES/955 (“Статут МКТР”), стаття 4(e); Резолюція Ради Безпеки ООН, 1315: Статут Спеціального суду по Сьєрра-Леоне (16 січня 2000 року) S/RES/1315 (“Статут СССЛ”), стаття 3(e). Крім того, заборона зґвалтування є звичаєвою за своєю природою: МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 93. Зґвалтування та інші форми сексуального насильства.

¹⁰¹⁹ Четверта Женевська конвенція, стаття 27.

Елементами цього злочину є:¹⁰²⁰

1. Виконавець здійснював будь-яку або всю владу, пов'язану з правом володіння, щодо однієї або кількох осіб, наприклад, шляхом купівлі, продажу, надання в борг або обміну такої особи або осіб, або шляхом аналогічного позбавлення їх волі.¹⁰²¹
2. Виконавець примусив одну чи більше осіб до вчинення однієї чи більше дій сексуального характеру.
3. Діяння відбулося в умовах міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.
4. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що встановлюють наявність збройного конфлікту.

Елементи перший і другий воєнного злочину сексуального рабства збігаються з Елементами першим і другим злочину проти людяності сексуального рабства за статтею 7(1)(g)-2, які детально обговорювалися вище (див. розділ 3.2.8).

3.2.42.1 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівці-практики мають шукати інформацію про спільний контекстуальний елемент, спільний для всіх воєнних злочинів, а також про елементи суб'єктивної сторони, передбачені статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елемент	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець здійснював будь-яку або всю владу, пов'язану з правом власності, щодо однієї або декількох осіб, наприклад, шляхом купівлі, продажу, позики або обміну такої особи або осіб, або шляхом застосування до них аналогічного позбавлення	<ul style="list-style-type: none"> • Чи здійснював виконавець деяку або всю владу власника, наприклад, купуючи, продаючи, позичаючи або обмінюючи потерпілу особу (потерпілих)? • Чи позбавляв виконавець потерпілу особу свободи, зокрема свободи пересування та вибору? • Чи вимагав виконавець від потерпілої особи (потерпілих) примусової праці? • Чи зводив виконавець потерпілу особу до підневільного стану (наприклад, через боргову кабалу, кріпацтво, примусовий шлюб, експлуатацію дітей тощо)? • Чи здійснював виконавець 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що солдати зайняли її будинок, змусили її залишитися і звели її до підневільного стану, вимагаючи виконувати різні домашні обов'язки, як-от приготування їжі, носіння води, прання та збирання дров. • Журнал обліку ув'язнених у слідчому ізоляторі з описом робіт, які виконував кожен ув'язнений. • Показання свідка про те, що чув, як виконавець обговорював продаж іншого затриманого своєму товаришеві по службі. • Документи, що свідчать про купівлю або продаж потерпілого злочинцем.

¹⁰²⁰ Міжнародний кримінальний суд ("МКС"), Елементи злочинів (2 листопада 2000 року (зі змінами)) PCNICC/2000/1/Add.2 ("Елементи злочинів МКС"), стаття 8(2)(b)(xxii)-2.

¹⁰²¹ Зрозуміло, що таке позбавлення волі може, за певних обставин, включати примусову працю або інше приведення особи до підневільного стану, як це визначено в Додатковій конвенції про скасування рабства, работоргівлі та інститутів і звичаїв, подібних до рабства, 1956 року. Також розуміється, що діяння, описане в цьому елементі, включає торгівлю людьми, зокрема жінками та дітьми.

<p>волі?</p>	<p>торгівлю потерпілою особою (потерпілими)?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Які заходи вживав виконавець, щоб утримати потерпілу особу від втечі? • Чи була потерпіла особливо вразливою? • За яких соціально-економічних умов виконавець здійснював право власності над потерпілими? 	<ul style="list-style-type: none"> • Ланцюги та інші засоби обмеження пересування, які використовував виконавець для обмеження свободи пересування потерпілого. • Відеозаписи з ринку, де потерпілі продавалися або купувалися виконавцем в обмін на гроші або інші товари.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець примусив одну чи більше осіб до вчинення одного чи більше актів сексуального характеру?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Яким був характер дій, вчинених щодо потерпілої особи? Де, коли і ким були вчинені такі дії? • Чи були це дії сексуального характеру? • Чи була об'єктом нападу частина тіла, що асоціюється з сексуальністю? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення потерпілих про те, що після нападу на село їх утримували як дружин солдатів, під час якого вони були змушені брати участь в актах сексуального характеру, як-от акти проникнення, з виконавцем. • Щоденник солдата, в якому він описує участь у сексуальних діях з потерпілою особою, якого(-у) він утримував у полоні. • Показання потерпілої про те, що солдати зайняли її будинок, не відпускали її звідти, змушували виконувати домашні обов'язки і згвалтували. • Звіт про медичне обстеження потерпілої особи, якого(-у) силоміць утримували у військовому таборі понад місяць, що свідчить про те, що потерпілу особу було згвалтовано. • Звіти НУО про жінок, яких поневолили і примушували виконувати дії сексуального характеру, включно з вагінальним та оральним проникненням.

Таблиця 50: Стаття 8(2)(b)(xxii)-2 Підказки для фахівців

3.2.43 Воєнний злочин примушування до зайняття проституцією (стаття 8(2)(b)(xxii)-3, Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xxii)-3 Римського статуту забороняє воєнний злочин примушування до зайняття проституцією вчинений в контексті міжнародного збройного конфлікту.¹⁰²²

¹⁰²² Римський статут, стаття 8(2)(b)(xxii). Римський статут також криміналізує примушування до проституції як воєнний злочин під час неміжнародного збройного конфлікту (стаття 8(2)(e)(vi)) та як злочин проти людяності

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не називає примушування до проституції воєнним злочином, це діяння підпадає під “інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено у статті 438(1). Ці дії є серйозним порушенням статті 75(2)(b) Додаткового протоколу I, яка забороняє “знуцання над людською гідністю, зокрема, принижуюче й образливе поводження, примус до проституції чи непристойне посягання в будь-якій його формі”.¹⁰²³ Оскільки Україна є стороною Додаткового протоколу I, таке діяння може бути кваліфіковано як примушування до заняття проституцією за статтею 438(1) КК України.

Крім того, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) запровадить окремий воєнний злочин примушування до зайняття проституцією в статті 438.2(8) ККУ. Це положення загалом узгоджені із контекстуальними та конкретними елементами воєнного злочину примушування до зайняття проституцією, передбаченими у Римському статуті та Елементах злочинів.

Елементами воєнного злочину примушування до зайняття проституцією є:¹⁰²⁴

1. Виконавець змусив одну або більше осіб вчинити один або кілька актів сексуального характеру силою, або загрозою застосування сили або примусу, наприклад, викликані страхом насильства, примусу, затримання, психологічного пригнічення або зловживання владою, проти такої особи або осіб чи іншої особи, або використовуючи середовища примусу або нездатність такої особи чи осіб дати справжню згоду.
2. Виконавець або інша особа отримали або очікували отримати грошову чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними.
3. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язано з ним.
4. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

Перший і другий елемент воєнного злочину примушування до зайняття проституцією збігаються з першим і другим елементом злочину проти людяності примушування до зайняття проституцією за статтею 7(1)(g)-3, детально розглянутими вище (див. розділ 3.2.9).

3.2.43.1 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Наостанок, фахівцям-практикам також необхідно буде довести наявність загального контекстуального елемента, спільного для всіх воєнних злочинів, а також вони мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи докази підтверджують, що виконавець	<ul style="list-style-type: none"> • Чи примусив виконавець потерпілу особу(и) до будь-якого фізичного чи 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що солдат змусив її роздягаться перед іншими солдатами.

(стаття 7(1)(g)). Крім цього, заборона примушування до зайняття проституцією носить звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 93. Згвалтування та інші форми сексуального насильства.

¹⁰²³ Додатковий протокол I, стаття 75(2)(b).

¹⁰²⁴ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(xxii)-3.

<p>вчинив акт сексуального характеру проти однієї чи кількох осіб, або змусив особу (особи) до дії сексуального характеру?</p>	<p>нефізичного акту сексуального характеру з виконавцем?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи примусив виконавець потерпілу особу(и) до будь-якого фізичного чи нефізичного акту сексуального характеру з собою чи іншою особою? 	<ul style="list-style-type: none"> • Веб-сайт в Інтернеті, де були розміщені фотографії потерпілих із рекламою сексуальних послуг. • Поліцейські звіти в яких описується, як потерпілу особу примушували мастурбувати на очах у солдатів. • Відеодоказ, записаний на мобільний телефон, на якому видно, як жінки танцюють оголені та торкаються себе. • Звіт спеціального доповідача ООН з описом показань осіб, яких примушували до орального сексу з численними чоловіками, які відвідували будинок, в якому жінки були ув'язнені.
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець зробив це</p>	<ul style="list-style-type: none"> • силою; • із застосуванням погрози силою або примусу (наприклад, страх, насильство, примус, тримання під вартою, психологічне пригнічення чи зловживання владою, проти такої особи чи іншої особи); • використовуючи середовище примусу; чи • проти іншої особи, яка не здатна дати справжню згоду, якщо на неї впливає природня, спричинена або пов'язана з віком недієздатність? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілої особи про те, що її змусив роздягнутись солдат, який погрожував їй побити, якщо вона не підкориться. • Відео, як солдати зі зброєю змушують жінок увійти в кімнату, де відбувалося сексуальне насильство. • Показання потерпілої особи про те, що вона вчинила сексуальні дії, тому що в іншому випадку чоловік, який її затримав, не давав би їй їжі. • Звіт правозахисної організації, в якому зазначено, що потерпілі були затримані солдатами і примушені до сексуальних актів під час ув'язнення. • Медичний висновок в якому описується, що потерпіла мала численні синці на тілі та сліди мотузки на зап'ясті, що вказують на те, що вона була зв'язана.
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець або інша особа отримали або очікували отримати грошову чи іншу вигоду в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи отримав виконавець або інша особа фінансову вигоду (або очікував отримати) в обмін на дії сексуального характеру або у зв'язку з ними? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілих про те, що вони повинні були збирати гроші з кожного чоловіка, якого до них приводили, і що вони повинні були заробляти певну суму грошей за вечір статевим актом. • Банківські перекази між виконавцем і "клієнтом", який мав секс з потерпілою особою. • Фотографії автомобіля, який нібито був подарований виконавцю в обмін на перевезення дівчат до третьої особи для статевих актів. • Звіти НУО, що описують систему, за якою виконавці отримували гроші або послуги від клієнтів в обмін на акти

		сексуального характеру з боку потерпілої особи.
--	--	---

Таблиця 51: Стаття 8(2)(b)(xxii)-3 Підказки для фахівців-практиків

3.2.44 Воєнний злочин примусової вагітності (стаття 8(2)(b)(xxii)-4, Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xxii) Римського статуту забороняє воєнний злочин примусової вагітності, коли він вчиняється в контексті міжнародного збройного конфлікту.¹⁰²⁵

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не називає примусову вагітність воєнним злочином, це діяння підпадає під “інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено в статті 438(1). Стаття 27 Четвертої Женевської конвенції захищає жінок від “згвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність”, що охоплює всі форми сексуального насильства, включно з примусовою вагітністю.¹⁰²⁶ Крім того, стаття 76(1) Додаткового протоколу I захищає жінок від “згвалтування, примус до проституції і будь-яких інших форми непристойних посягань”.¹⁰²⁷ Оскільки Україна є учасницею Четвертої Женевської конвенції та Додаткового протоколу I, таке діяння може бути кваліфіковано як інші форми непристойних посягань за статтею 438(1) КК України.

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набере чинності) конкретний воєнний злочин примусової вагітності відповідно до статті 438.2(8) КК України. Це положення в цілому узгоджується з контекстуальними елементами і конкретними елементами воєнного злочину примусової вагітності, що містяться в Римському статуті МКС і Елементах злочинів.

Елементами воєнного злочину примусової вагітності є:¹⁰²⁸

1. Виконавець утримував одну або декількох жінок, яких примусово зробили вагітними, з умислом вплинути на етнічний склад будь-якого населення або вчинити інші серйозні порушення міжнародного права.
2. Діяння було скоєно у контексті міжнародного збройного конфлікту і був пов’язане з ним.
3. Виконавець був обізнаний про фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту.

¹⁰²⁵ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 8(2)(b)(xxii). Римський статут також кваліфікує примусову вагітність як воєнний злочин у неміжнародних збройних конфліктах відповідно до статті 8(2) (e) (vi) і як злочин проти людяності відповідно до статті 7 (1) (g). Заборона примусової вагітності носить загальноприйнятий характер: МКЧХ, База даних по звичаєвому МГП, Правило 93. Згвалтування та інші форми сексуального насильства.

¹⁰²⁶ Четверта Женевська конвенція, стаття 27.

¹⁰²⁷ Додатковий протокол I, стаття 76(1).

¹⁰²⁸ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), стаття 8(2)(b)(xxii)-4.

Перший елемент воєнного злочину примусової вагітності збігається з першим елементом злочину проти людяності примусової вагітності відповідно до статті 7(1)(g)-4, детально розглянутим вище (див. розділ 3.2.10).

3.2.44.1 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, фахівцям-практикам слід шукати інформацію, що встановлює загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також елемент суб'єктивної сторони, що передбачені статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець утримував одну або декількох жінок, яких примусово зробили вагітними?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи була потерпіла особа позбавлена своєї фізичної свободи? • Чи було утримання незаконним? • Чи завагітніла потерпіла особа до або в будь-який момент під час утримання? • Чи була її вагітність примусовою, тобто, чи була вона пов'язана із застосуванням сили, зокрема насильства або іншого примусу чи погрози застосування сили? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпіла особа, яка свідчить про те, що під час вагітності її “розмістили” в будинку виконавця із посиленою охороною, і сказали, що її вб'ють, якщо вона спробує втекти. • Докази, зібрані під час огляду потерпілої особи, яка була замкнена в будинку виконавця, і які вказують на те, що вона була неодноразово зґвалтована і вагітніла. • Фотографії вагітної потерпілої особи, зображеної з підозрюваним в його будинку, який перебував під озброєною охороною. • Доповідь спеціального доповідача ООН, в якій стверджується, що коли опитані жінки були примусово зроблені вагітними, то виконавці сказали їм, що вони повинні перебувати під вартою до тих пір, поки не досягнуть шестимісячного строку вагітності.
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець утримував насильно запліднену жінку з умислом вплинути на етнічний склад будь-якого населення <u>або</u> вчинити інші серйозні порушення міжнародного права?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи відрізнялася етнічність виконавця і потерпілої особи? Чи усвідомлював виконавець цю відмінність? • Чи визнавав виконавець будь-коли словами чи діями свій умисел вплинути на етнічний склад населення, утримуючи потерпілу особу (осіб)? • Чи змінився етнічний склад населення? Чи знав виконавець про цю зміну? • Чи є будь-які докази дискримінації за етнічною ознакою, яка відбувалася приблизно в той же час, коли стався злочин? Чи знав 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпіла особа, яка свідчить про те, що вона завагітніла втричі внаслідок зґвалтувань виконавцем під час її утримання в будинку виконавця без можливості втечі. • Показання члена охорони виконавця, які свідчать про те, що вагітні жінки, яких вони охороняли, були “дружинами” виконавця. • Докази, зібрані під час огляду потерпілої особи, яка утримувалася в будинку виконавця, що вказують на те, що вона неодноразово піддавалася вказують на те, що вона була неодноразово зґвалтована і вагітніла. • Документи, як-от дані перепису

	<p>виконавець про цю етнічну дискримінацію?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи здійснювалося утримання поряд з іншими серйозними порушеннями міжнародного права? • Чи визнавав виконавець будь-коли словами або діями свій намір вчинити будь-яке серйозне порушення міжнародного права, утримуючи потерпілу особу (осіб)? • Чи був виконавець членом групи або організації, що проводила політику, спрямовану на вчинення серйозних порушень міжнародного права? 	<p>населення, що свідчать про зміну етнічного складу місцевості, де здійснювалася примусова вагітність.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Звіт НУО, який вказує, що після того як опитаних жінок примусово зробили вагітними, виконавці сказали їм, що їхня дитина буде тієї ж етнічності, що і виконавець.
--	---	---

Таблиця 52: Стаття 8(2)(b)(xxii)-4 Підказки для фахівців-практиків

3.2.45 Воєнний злочин сексуального насильства (стаття 8(2)(b)(xxii)-6, Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xxii)-6 Римського статуту забороняє воєнний злочин сексуального насильства, скоєний в контексті міжнародного збройного конфлікту.¹⁰²⁹

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України (“КК України”) не називає сексуальне насильство воєнним злочином, це діяння підпадає під “інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами”, як зазначено в статті 438(1). Сексуальне насильство є серйозним порушенням МГП, що застосовується в міжнародних збройних конфліктах. Зокрема, стаття 27 Четвертої Женевської конвенції передбачає, що “жінки потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої форми посягання на їхню моральність”.¹⁰³⁰ Стаття 75 Додаткового протоколу I також передбачає, що всі особи повинні бути захищені від “посягань на особисту гідність, зокрема від образливого і принизливого поводження, примушування до проституції та будь-яких інших непристойних посягань”.¹⁰³¹ Оскільки Україна є учасницею Четвертої Женевської конвенції та Додаткового протоколу I, таке діяння може бути кваліфіковано як непристойні дії відповідно до частини 1 статті 438 КК України.

Крім того, законопроект №7290 (якщо і коли він набере чинності) запровадить окремий воєнний злочин сексуального насильства в частині 8 статті 438.2 ККУ. Це положення загалом узгоджується із контекстуальними та конкретними елементами воєнного злочину сексуального насильства, передбаченими у Римському статуті та Елементах злочинів.

¹⁰²⁹ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xxii). Римський статут також криміналізує сексуальне насильство як воєнний злочин під час неміжнародного збройного конфлікту (стаття 8(2)(e)(vi)) та як злочин проти людяності (стаття 7(1)(g)). Крім цього, заборона сексуального насильства носить звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 93. Зґвалтування та інші форми сексуального насильства.

¹⁰³⁰ Четверта Женевська конвенція, стаття 27.

¹⁰³¹ Додатковий протокол I, стаття 75(2)(b). Див. також статті 76(1) та 77(1).

Елементами воєнного злочину сексуального насильства є:¹⁰³²

1. Виконавець вчинив акт сексуального характеру проти однієї чи кількох осіб, або примусив таку особу чи осіб до дій сексуального характеру за допомогою сили, або загрози застосування сили чи примусу, наприклад, через страх перед насильством, примусом, затриманням, психологічним пригніченням чи зловживанням владою проти такої особи чи осіб чи іншої особи, або шляхом використання середовища примусу чи неспроможності такої особи чи осіб дати справжню згоду.
2. Діяння було такої тяжкості, яка співставна серйозним порушенням Женевських конвенцій.
3. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлюють тяжкість діяння.
4. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язано з ним.
5. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

Перший Елемент воєнного злочину сексуального насильства збігається з першим елементом злочину проти людяності сексуального насильства відповідно до статті 7(1)(g)-6, які детально розглянуті вище (див. розділ 3.2.11).

3.2.45.1 Елемент другий: діяння було такої тяжкості, що співставно з серйозним порушенням Женевських конвенцій

Фахівці також повинні встановити, що діяння виконавця було такої тяжкості, яка співставна серйозним порушенням Женевських конвенцій (наприклад, умисне вбивство; катування або нелюдське поводження, включно з біологічними експериментами; навмисним заподіянням великих страждань; або серйозними травмами тілу або здоров'ю).¹⁰³³ Однак, слід розуміти що критерій тяжкості не виключає дії, які не передбачають проникнення чи фізичного контакту.¹⁰³⁴ Фахівцям-практикам слід зазначити, що ця вимога є унікальною для Римського статуту і не міститься в Женевських конвенціях, звичаєвому міжнародному праві, статутах інших міжнародних судів/трибуналів або законодавстві деяких європейських юрисдикцій,¹⁰³⁵ включаючи Україну.¹⁰³⁶ Як такий, цей елемент не потрібно

¹⁰³² МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(xxii)-6.

¹⁰³³ Перша Женевська конвенція, Стаття 50; Друга Женевська конвенція, Стаття 50; Третя Женевська конвенція, Стаття 130; Четверта Женевська конвенція, Стаття 147.

¹⁰³⁴ Тріфтерер і Амбос: Коментар, с. 216. Станом на сьогодні єдиним випадком судової практики, де розглядається питання критерію "співставної тяжкості", є Рішення про ордер на арешт у справі Бемби, п. 40, у якому цей критерій розглядається стосовно злочину проти людяності у цьому ж контексті, коли Палата попереднього провадження встановила, що примусове оголення не мало тяжкості, співставної з іншими злочинами за Статтею 7(1)(g). З іншого боку, практика спеціальних трибуналів підтверджує, що примусове оголення є актом сексуального насильства: Рішення суду у справі Акайесу, п. 688; Рішення у справі Кунарача та інших, п. 769, 772; Судове рішення у справі Квочка та ін., п. 170; Рішення у справі Брдяніна, п. 1013; Апеляційне рішення у справі Бріми та ін., п. 184. Див. також Комітет ООН з прав людини, Сучасні форми рабства, систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та схожа на рабство практика у період збройних конфліктів: Фінальна доповідь, п. 21; Report on Preliminary Examination Activities 2016, п. 94; Програмний документ МКС щодо сексуальних і гендерно зумовлених злочинів 2014 р., с. 3.

¹⁰³⁵ Див. Четверту Женевську конвенцію, стаття 27: "Жінки потребують особливого захисту від будь-якого зазіхання на їхню честь, і, зокрема, захисту від зґвалтування, примушування до проституції чи будь-якої іншої

було б встановлювати, щоб довести військовий злочин сексуального насильства відповідно до КК України або до законопроекту №7290.

Наостанок, фахівцям також необхідно буде довести наявність загального контекстуального елемента, спільного для всіх військових злочинів, також довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець вчинив акт сексуального характеру проти однієї чи кількох осіб або примусив таку особу чи осіб до дій сексуального характеру?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи примусив виконавець потерпілу особу(и) до будь-якого фізичного чи нефізичного акту сексуального характеру з виконавцем? • Чи примусив виконавець потерпілу особу(и) до будь-якого фізичного чи нефізичного акту сексуального характеру з собою чи іншою особою? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілої особи про те, що солдат торкався її геніталій, схопив її за груди та погрожував зґвалтувати.. • Опис потерпілою особою того як солдати змусили її роздягнутися під час обшуку, як вони також торкалися її грудей і кепкували над нею в сексуальній манері. • Поліцейські звіти в яких описується, як потерпілу особу примушували мастурбувати на очах у солдатів. • Показання потерпілої про те, що після того, як трое російських військовослужбовців увірвалися до її будинку, двоє з них зґвалтували її, а третій спостерігав за цим та мастурбував. • Судово-медичні докази, які свідчать про те, що під час допиту потерпілу особу били, калічили та били електричним струмом по генеталіям. • Відеодоказ з мобільного телефону, що засвідчує як солдати змушували затриманих стати оголеними в шеренгу. • Доповідь ООН про те, що російські збройні сили затримали священика, повністю роздягли його, побили і наказали йому протягом години

форми посягання на їхню моральність.”). Див. також, МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, [Правило 93. Зґвалтування та інші форми сексуального насильства](#); Рада Безпеки ООН, Резолюція 955: Статут Міжнародного Кримінального Трибуналу для Судового Переслідування Осіб, Відповідальних за Геноцид та Інші Серйозні Порушення Міжнародного Гуманітарного Права, Вчинені на Території Руанди, і Громадян Руанди, Відповідальних за Геноцид та Інші Подібні Порушення, Скоєні на Території Сусідніх Держав, у період з 1 січня 1994 р. по 31 грудня 1994 р. (8 листопада 1994 р., остання поправка внесена 14 серпня 2002 р.) S/RES/955 (“Статут МКТР”), Стаття 4(е); Рада Безпеки ООН, Резолюція 1315: Статут Спеціального Суду по Сьєрра-Леоне (16 січня 2000 р.) S/RES/1315 (“Статут СССЛ”), Стаття 3(е); Німеччина, Закон Про Введення Кодексу Про Міжнародні Злочини, 2002 рік, розділ 8(1)(4); Хорватія, *Кримінальний кодекс*, 1997 рік (зі змінами, внесеними в 2006 році), стаття 158(1).

¹⁰³⁶ Оскільки “співставна тяжкість” не включена до визначення сексуального насильства відповідно до Женевських конвенцій, воно, отже, не входить до сфери дії Статті 438 КК України.

		<p>ходити голим по вулицях його села.</p> <ul style="list-style-type: none"> Звіт спеціального доповідача ООН з описом показань осіб, яких сексуально торкалися тюремні наглядачі. Показання свідків про те, що під час затримання російськими силовиками їх роздягали догола і змушували годинами стояти на очах у інших.
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець зробив це:</p>	<ul style="list-style-type: none"> силою; із застосуванням погрози сили або примусу (наприклад, страх, насильство, примус, тримання під вартою, психологічне пригнічення чи зловживання владою, проти цієї особи чи іншої особи); використовуючи середовище примусу; чи проти іншої особи, яка не здатна дати справжню згоду, якщо на неї впливає природня, спричинена або пов'язана з віком недієздатність? 	<ul style="list-style-type: none"> Відео, як солдати зі зброєю змушують жінок увійти в кімнату, де відбувалося сексуальне насильство. Звіт Amnesty International з описом триваючих бойових дій та вчинення інших злочинів у селі, де нібито відбувалися акти сексуального насильства. Показання потерпілої особи про те, що під час ув'язнення її примусили роздягатися і пройти перед охороною. Доповідь ООН, що описує інцидент, коли двоє російських солдатів увійшли в будинок, кілька разів зґвалтували 22-річну жінку, вчинили акти сексуального насильства над її чоловіком і змусили подружжя вступити в статевий зв'язок у їхній присутності.

Таблиця 53: Стаття 8(2)(b)(xxii)-6 Підказки для фахівців-практиків

3.2.46 Воєнний злочин використання захищених осіб як щитів (стаття 8(2)(b)(xxiii), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xxiii) Римського статуту забороняє використання захищених осіб як щитів,¹⁰³⁷ що матиме місце, коли присутність цивільної чи іншої захищеної особи використовується для надання певним пунктам, районам або військовим силам імунітету від військових операцій.

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України ("КК України") не називає використання захищених осіб як щита воєнним злочином, таке діяння підпадає під "інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами", як зазначено у статті 438(1). Третя і Четверта Женевські конвенції передбачають, що присутність особи, яка перебуває під захистом, "у

¹⁰³⁷ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xxiii). Воєнний злочин використання живих щитів має звичаєвий характер: База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 97. Живі щити.

будь-яких пунктах чи районах не може бути використана для захисту цих місць від воєнних операцій”.¹⁰³⁸ Така ж заборона міститься у статті 51(7) Додаткового протоколу I.¹⁰³⁹ Оскільки Україна є учасницею Третьої та Четвертої Женевських конвенцій та Додаткового протоколу I, таке діяння може бути кваліфіковано як використання присутності захищених осіб для того, щоб захистити певні пункти або райони від воєнних дій за статтею 438(1) КК України.

Крім того, законопроектом №7290 буде впроваджено (якщо та коли він набере чинності) окремий воєнний злочин “використання присутності цивільного населення або особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, для захисту певного пункту, району або збройних сил від військових дій” за статтею 438-2.1(1) ККУ. Це положення по суті охоплює однакові контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину використання захищених осіб як щитів, що містяться в Римському статуті МКС та Елементах злочинів.

Елементами цього злочину є:¹⁰⁴⁰

1. Виконавець перемістив або іншим чином скористався місцем перебування однієї чи кількох цивільних чи інших осіб, які захищаються міжнародним правом збройних конфліктів.
2. Виконавець мав на меті захистити військовий об’єкт від нападу або захистити військові операції, сприяти або перешкодити їм.
3. Діяння відбулось в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов’язане з ним.
4. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

3.2.46.1 Елемент перший: виконавець перемістив або іншим чином скористався місцем перебування однієї чи кількох цивільних чи інших осіб, які захищаються міжнародним правом збройних конфліктів

3.2.46.1.1 Захищені особи

По-перше, фахівці-практики повинні визначити, чи були потерпілі від використання осіб як живих щитів саме захищеними особами. Для отримання інформації про те, хто є “захищеною особою” відповідно до МГП, див. розділ 3.2.15.2.

3.2.46.1.2 Перемістив або іншим чином скористався місцем перебування

По-друге, фахівці-практики мають встановити, чи виконавець: (i) перемістив захищених осіб до локації поблизу військового об’єкта; або (ii) іншим чином скористався розташуванням/перебуванням захищених осіб у цій зоні.¹⁰⁴¹

- Перша форма діяння – “переміщення” – відбудеться, якщо, наприклад, виконавець перемістив і поставив чоловіків, жінок і дітей перед готелем, який служив штабом збройних сил.¹⁰⁴²

¹⁰³⁸ Третя Женевська конвенція, стаття 23(1); Четверта Женевська конвенція, стаття 28.

¹⁰³⁹ Додатковий протокол I, стаття 51(7).

¹⁰⁴⁰ МКС Елементи злочинів, стаття 8(2)(b)(xxiii).

¹⁰⁴¹ О. Трифтерер і К. Амбос (ред.), *Римський Статут Міжнародного Кримінального Суду: Коментар* (3-е вид., С. Н. Веck, Hart, Nomos 2016), с. 505.

- Друга форма діяння – “іншим чином скористався місцем перебування” – вимагає, щоб виконавець скористався місцями, де вже перебували захищені особи, наприклад, розмістивши потенційні військові цілі в межах або в безпосередній близькості від об’єктів, які користуються захистом відповідно до міжнародного гуманітарного права, наприклад, таборів для військовополонених, лікарень, притулків та місць, присвячених релігії чи освіті.¹⁰⁴³

3.2.46.2 Елемент другий: виконавець мав на меті захистити військовий об’єкт від нападу або захистити військові операції, сприяти або перешкодити їм

Щоб встановити цей елемент, фахівець-практик повинен визначити, чи мав виконавець намір захистити військовий об’єкт чи захистити військові операції, сприяти або перешкодити їм. Наприклад, розміщення або утримування захищених осіб у місцевості, де вони можуть бути піддані бойовим діям, з метою надання такої території імунітету від військових операцій або збройного нападу, становитиме спробу захистити військовий об’єкт чи операцію.¹⁰⁴⁴ Так само напади з районів, що знаходяться в безпосередній близькості від цивільних об’єктів, як-от школи, притулки або лікарні, з метою запобігання нападу на військові об’єкти через присутність захищених осіб поблизу також задовольнить цю вимогу.¹⁰⁴⁵ Реальна шкода не обов’язково має наставати.¹⁰⁴⁶

Крім того, фахівець-практик повинен встановити, чи мав виконавець намір захистити військовий об’єкт чи захистити військові операції, сприяти або перешкодити їм. Про умисел виконавця можна судити з його дій чи бездіяльності, а також з обставин справи. Наприклад, прямий наказ виконавця його підлеглим використовувати потерпілих як живий щит може розглядатися як явний ознака такого наміру.¹⁰⁴⁷ Аналогічно, пасивна присутність виконавця та його ставлення до потерпілих від використання живих щитів також може свідчити про відповідний намір.¹⁰⁴⁸

3.2.46.3 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх воєнних злочинів, а також мають довести суб’єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3)

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать	<ul style="list-style-type: none"> • Ким була потерпіла особа? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що

¹⁰⁴² Див., наприклад, Прокурор проти Тіхоміра Блашкіча, IT-95-14-T, Рішення, 3 березня 2000 (“Рішення у справі Блашкіча”), п. 714, 716.

¹⁰⁴³ Див., наприклад, Прокурор проти Радована Караджича, IT-95-5/18-T, Рішення, 24 березня 2016 (“Рішення у справі Караджича”), п. 525; Рада з прав людини ООН, “Звіт про детальні висновки Комісії з розслідування конфлікту в Газі 2014 р.” (25 червня 2015) A/HRC/29/CRP.4 (РПЛ, “Звіт про конфлікт в Газі 2014”), п. 475.

¹⁰⁴⁴ Див., наприклад, Рішення у справі Блашкіча, п. 715, 716; Рішення у справі Караджича, п. 525.

¹⁰⁴⁵ Див., наприклад, РПЛ, “Звіт про конфлікт в Газі 2014”, п. 479.

¹⁰⁴⁶ Див., наприклад, Прокурор проти Тіхоміра Блашкіча, IT-95-14-A, Апеляційне рішення, 29 липня 2004, п. 654.

¹⁰⁴⁷ Див., наприклад, Прокурор проти Младена Налетіліча та Вінко Мартіновича, IT-98-34-T, Рішення, 31 березня 2003, п. 290.

¹⁰⁴⁸ Див., наприклад, Прокурор проти Златка Алексовські, IT-95-14/1-T, Рішення, 25 червня 1999, п. 129.

<p>докази, що потерпілі від інциденту з використанням живого щита були цивільними або іншими особами, захищеними міжнародним правом збройних конфліктів?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи належали потерпілі до однієї з категорій захищених осіб? <ul style="list-style-type: none"> ○ Чи належав потерпілий до категорії поранених, хворих чи осіб, які зазнали корабельної аварії та припинили участь у бойових діях? ○ Чи був потерпілий військовополоненим чи затриманою особою? ○ Чи була потерпіла особа цивільною особою, яка опинилась в руках іноземної держави через конфлікт чи окупацію? ○ Чи належала потерпіла особа до медичного чи релігійного персоналу? ○ Чи була потерпіла особа парламентом? ○ Чи належала потерпіла особа до персоналу цивільної оборони? ○ Чи було потерпілому доручено охороняти культурні цінності? • Чи є щось, що вказує на те, що виконавець знав, що потерпілий має статус захищеної особи? • Чи свідчать навколишні обставини, що виконавець мав знати про статус потерпілого? 	<p>потерпілі були одягнені в цивільний одяг.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілого про те, що йому було доручено охороняти культурні цінності. • Фото та відео, на яких зображено побиття цивільних осіб. • Звіт ООН, у якому зазначено, що потерпілі, яких змусили сидіти біля військового штабу, були цивільними.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець перемістив або іншим чином скористався місцем перебування однієї чи кількох цивільних чи інших захищених осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Де спочатку перебували потерпілі? • Що зробив з потерпілими виконавець? • Чи були потерпілі переміщені в інше місце? Куди? • Чи перебували цивільні чи інші захищені особи поблизу місця розташування збройних сил виконавця? • Чи проводив підозрюваний військові дії поблизу цивільних чи інших захищених осіб? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що йому та іншим затриманим доводилося супроводжувати військових під час нападів. • Військовий звіт із детальним описом місць, з яких озброєне угруповання здійснило запуск снарядів, і які були в безпосередній близькості від медичних установ. • Випадки обстрілів поблизу цивільних будинків із зазначенням розташування артилерії. • Показання свідка про те, що російські збройні сили паркували танки та іншу військову техніку поруч з будинками цивільних осіб і обстрілювали українські позиції з

		<p>проміжків між будинками (в яких все ще мешкали цивільні).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Фото та відео, які свідчать про те, що виконавець здійснив напад з околиць цивільного готелю, житлових будинків та церковного комплексу. • Звіт ООН, у якому вказується, що військовополонених доставили на лінію фронту для супроводу збройних сил противника. • Доповідь ООН про те, що російські солдати утримували 365 цивільних осіб у підвалі школи, а на першому поверсі тієї ж будівлі розмістили свій штаб і здійснювали обстріли українських позицій з території школи.
<p>Чи свідчать докази, що виконавець мав на меті захистити військовий об'єкт від нападу або захистити військові операції, сприяти або перешкодити їм?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чому виконавець перемістив цивільних осіб у зазначене місце? • Чому виконавець проводив воєнні дії у зазначеному місці? Чи міг він проводити воєнні дії в іншому місці, де не було цивільних осіб чи цивільних об'єктів? • Чи знав виконавець про те, що потерпілих використовували як живий щит? • Чи свідчать дії виконавця або відповідні обставини, що виконавець мав намір використовувати потерпілих як живий щит? • Чи є конкретні докази, що демонструють намір виконавця використати потерпілих як живий щит? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання потерпілої особи про те, що виконавець прямо наказав використовувати ув'язнених як живий щит. • Військовий щоденник, який документує умисел виконавця використати цивільних осіб як живий щит, щоб запобігти нападу з боку ворожих сил. • Фотографії чи відеозаписи, на яких виконавець оглядає артилерійські позиції, де перебували військовополонені. • Звіт ООН, у якому засуджується наказ виконавця використовувати живий щит.

Таблиця 54: Стаття 8(2)(b)(xxiii) Підказки для фахівців-практиків

3.2.47 Воєнний злочин моріння голодом (стаття 8(2)(b)(xxv), Римський статут)

Стаття 8(2)(b)(xxv) Римського статуту забороняє моріння голодом як воєнний злочин,¹⁰⁴⁹ який стається коли моріння цивільного населення голодом умисно використовується як

¹⁰⁴⁹ Римський статут, стаття 8(2)(b)(xxv). Моріння голодом під час міжнародного збройного конфлікту також криміналізоване у Законі про спеціальні судові палати та спеціалізовану прокуратуру по Косову, Стаття

метод ведення війни в міжнародному збройному конфлікті шляхом позбавлення його [цивільного населення] предметів, необхідних для виживання ('ПНВ').

Хоча стаття 438(1) Кримінального кодексу України ("КК України") не згадує про воєнний злочин моріння голодом, це діяння підпадає під "інші порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами", як зазначено в статті 438(1). Це діяння заборонено статтею 54(1) Додаткового протоколу I, яка передбачає, що "заборонено вдавати до голоду цивільне населення як метод ведення війни".¹⁰⁵⁰ Оскільки Україна є стороною Додаткового протоколу I, ці дії можуть бути кваліфіковані як моріння голодом цивільного населення як метод ведення війни за статтею 438(1) КК України.

Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набере чинності) воєнний злочин "дії, спрямовані на створення голоду серед цивільного населення як метод ведення війни [...], зокрема шляхом створення перешкод для надання допомоги" за п. 7 ст. 438-2 ККУ. Це положення охоплює практично ті самі контекстуальні елементи та конкретні елементи воєнного злочину моріння голодом, які містяться в Римському статуті та Елементах злочинів МКС.

Елементами цього злочину є:¹⁰⁵¹

1. Виконавець позбавив цивільних осіб предметів, необхідних для їхнього виживання ("ПНВ").
2. Виконавець мав намір морити мирних жителів голодом як метод ведення війни.
3. Діяння було вчинено в контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язано з ним.
4. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали наявність збройного конфлікту.

3.2.47.1 Елемент перший: виконавець позбавив цивільних осіб ПНВ

По-перше, фахівець має встановити, що цивільні були позбавлені ПНВ. Досить самого позбавлення, навіть якщо голод ще не наступив. Таким чином, немає потреби доводити, що потерпілі дійсно постраждали або померли внаслідок цього.¹⁰⁵² З цією метою докази повинні демонструвати, що: (i) виконавець позбавив цивільних певних предметів; (ii) такі предмети були *необхідними* для виживання цивільного населення; та (iii) позбавлення було спрямоване проти *цивільних осіб*.

Характеристика предмета як необхідного може бути *загальною* (наприклад, продукти харчування та вода) або *специфічною* для конфлікту (наприклад, через сезонні та територіальні відмінності), групи потерпілих (наприклад, діти, матері-годувальниці, хворі

14(1)(b)(xxv) та Протоколі про внесення змін до Протоколу про Статут Африканського суду з прав людини, Стаття 28(b)(xxvi). Разом з тим, цього не було в установчих актах жодного з попередніх міжнародних (інтернаціоналізованих) судів та трибуналів, серед яких Нюрнберзький Статут, Токійський Статут, Статут МТКЮ, Статут МКТР, Статут СССЛ і Закон про НСПК.

¹⁰⁵⁰ Додатковий протокол I, стаття 54(1).

¹⁰⁵¹ МКС Елементи злочинів, Стаття 8(2)(b)(xxv).

¹⁰⁵² Однак, це буде важливо для визначення покарання.

особи) чи погодних умов (наприклад, морозні ночі, спека).¹⁰⁵³ Список того що може кваліфікуватись як ПНВ охоплює:

- Врожай, тваринництво та сільськогосподарські території для виробництва продуктів харчування;
- Установки з очищення води /поставки води;
- Медичні засоби;
- Засоби укриття; та
- Паливо та електроенергія.

Позбавлення має бути спрямоване на *цивільних осіб*, тобто всіх осіб, які не є членами збройних сил (див. розділ 2.1.3.1).¹⁰⁵⁴ Якщо предмет виконує як військові, так і цивільні функції, його напад все одно можна вважати “націленим на цивільних”, якщо випадковий збиток є надмірним у порівнянні з очікуваною конкретною та прямою військовою перевагою.¹⁰⁵⁵

Крім того, загальноприйнято вважати, що заборона моріння голодом передбачає, що сторона, що здійснює облогу повинна дозволити вільний прохід гуманітарної допомоги або дозволити евакуацію цивільного населення, яке живе в цьому районі.¹⁰⁵⁶

3.2.47.2 Елемент другий: виконавець має намір морити мирних жителів голодом як метод ведення війни

По-друге, фахівці-практики повинні встановити, що виконавець *має намір створити голод як метод ведення війни*. Знову ж таки, не має значення, чи вдалося виконавцю спричинити голодну смерть, доки було присутнє бажання. Намір створити голод не обов’язково має бути єдиним бажанням. Немає значення чи виконавець одночасно прагнув досягти якихось інших законних чи незаконних цілей.¹⁰⁵⁷

Щоб використання моріння голодом стало *методом ведення війни*, воно повинно бути реалізовано за допомогою “специфічного, тактичного або стратегічного”¹⁰⁵⁸ способу ведення

¹⁰⁵³ К. Дьорман, Л. Д. Освальд-Бек і Р. Голд, *Елементи воєнних злочинів відповідно до Римського статуту Міжнародного кримінального суду: джерела та коментарі* (CUP 2003), с. 475.

¹⁰⁵⁴ Третя Женевська конвенція, Стаття 4; Перший Додатковий протокол, Стаття 50. Не є незаконним позбавлення комбатантів супротивника ПНВ, якщо ті не є пораненими, хворими, такими, що зазнали корабельної аварії, взятими у полон чи утримуваними. Див., Перший Додатковий протокол, Стаття 54(3); Коментар до Додаткових протоколів, с. 657 стосовно Першого Додаткового протоколу, Статті 54(3).

¹⁰⁵⁵ Щодо принципу пропорційності, див., Перший Додатковий протокол, Стаття 51(5)(b); База МКЧХ – Звичаєве МГП, Правило 14. Дотримання принципу співмірності при нападі.

¹⁰⁵⁶ Н. Мельцер і Г. Гаджіолі, “Методи ведення війни” в Б. Саул і Д. Аканде (ред.), Оксфордський посібник з міжнародного гуманітарного права (OUP 2019) (“Мелцер і Гаджіолі, “Методи ведення війни”), стор. 249-250; МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, правила 53-55. Див. також Д. Аканде та Е.-С. Гілард, “Оксфордське керівництво щодо законодавства, що стосується операцій з надання гуманітарної допомоги в ситуаціях збройного конфлікту” (2016).

¹⁰⁵⁷ Прокурор проти Елієзера Нітегеки, ICTR-96-14-A, Рішення, 9 липня 2004, п. 53; Прокурор проти Горана Єлісіча, IT-95-10-A, Рішення, 5 липня 2001, п. 49.

¹⁰⁵⁸ Див., Дж. Кемерон, “Обмеження на Методи і Засоби Ведення Війни” (1980) 9 *Australian Yearbook of International Law* 247, с. 247.

бойових дій, покликаних “подолати та послабити супротивника”.¹⁰⁵⁹ Конкретно, достатньо встановити, що моріння голодом було пов’язано з військовими діями.

3.2.47.3 Загальні контекстуальні елементи та елемент суб’єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх військових злочинів, а також мають довести суб’єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3)

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець позбавив цивільних осіб ПНВ?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Які предмети виконавець атакував, знищував, переміщав чи робив непридатним? • Чи використовувались ці предмети та були необхідні для цивільного населення? • Чи постраждали цивільні особи від такої поведінки? Якщо так, то які були наслідки? • Чи можна розглядати предмети, на які націлювся виконавець, як необхідні для виживання цивільного населення в умовах, що склалися? • Чи використовувалися предмети або виключно комбатантами та/або для безпосередньої підтримки військових дій? • Чи виконавець націлювся на ці об’єкти на своїй національній території як тактика проти загарбників? • Чи вжив виконавець заходів для забезпечення цивільним населенням ПНВ? • Чи виконавець перенаправляв або перешкоджав наданню гуманітарної допомоги, наприклад, шляхом свавільних або надмірних податків, зборів або технічних заходів? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що лише декільком гуманітарним конвоям було надано дозвіл проїхати в місцевість, що призвело до скорочення і без того обмежених ресурсів цивільного населення. • Показання потерпілих про те, що під час облоги Маріуполя російськими збройними силами вони зіткнулися з мінусовою температурою, антисанітарними умовами проживання і практично повною відсутністю доступу до їжі, водопостачання, електроенергії, опалення, медичної допомоги та мобільного зв’язку. • Військові звіти, що демонструють невідкладні прохання держави до свого супротивника зняти блокаду та відкрити коридор гуманітарної допомоги, щоб запобігти смерті своїх громадян від голоду. • Залишки транспортних засобів, що належать до колони з гуманітарною допомогою, знищені виконавцем(ями). • Фотографії або відеозаписи, включаючи супутникові та наземні знімки, які показують, що конвої з гуманітарною допомогою зазнали нападу. • Звіт УВКПЛ ООН, у якому вказується, що голод використовується для знищення “іншої сторони” в конфлікті і що право на достатнє харчування, воду та медичне обслуговування неодноразово порушувалося.

¹⁰⁵⁹ Мельцер і Гаджіолі, “Методи Ведення Війни”, с. 4.

	<ul style="list-style-type: none"> • Чи закрит / обстріляв виконавець аеропорт чи морський порт, які використовувалися чи збиралися використовуватися для доставки гуманітарної допомоги чи інших ПНВ? 	
<p>Чи докази підтверджують, що виконавець мав намір морити мирних жителів голодом як метод ведення війни?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи позбавив виконавець цивільне населення ПНВ як метод ведення війни, тобто під час активних бойових дій з противником? • Чи є якісь докази того, що виконавець використовував позбавлення ПНВ як інструмент переговорів для отримання військової переваги або тиску на опонента, щоб він здався? • Чи є якісь докази того, що виконавець мав первинний намір морити голодом мирних жителів? • Чи є якісь докази, які вказують на те, що виконавець мав на меті цілитись в ПНВ? • Чи є докази атак на ПНВ, які були розташовані на значній відстані від будь-яких законних військових цілей? • Чи є якісь докази, які вказують на те, що виконавець знав, що його поведінка майже напевно спричинить голодну смерть мирних жителів, позбавивши їх ПНВ за звичайного ходу подій? 	<ul style="list-style-type: none"> • Заяви виконавця, які показують, що моріння голодом навмисно використовувалося як метод ведення війни. Під час голоду в Ефіопії 1983-1985 років міністр закордонних справ Ефіопії сказав дипломату США, що “їжа є основним елементом нашої стратегії проти сепаратистів”. • Карта, яка використовувалася виконавцями при плануванні військових операцій, де цивільні сільськогосподарські території для виробництва продуктів харчування та водопостачання були позначені як цілі. • Наземні міни, встановлені виконавцями в сільськогосподарських районах, які перешкоджають вирощуванню продукції. • Фотографії вивісок і графіті на стінах і контрольно-пропускних пунктах із написом “підкоріться або голодайте”, як це можна побачити в контрольованих повстанцями районах Сирії режимом Асада. • Звіти міжнародних організацій із подробицями зустрічей виконавців, на яких обговорювалася стратегія позбавлення мирного населення їжі.

Таблиця 55: Стаття 8(2)(b)(xxv) Підказки для фахівців-практиків

3.2.48 Геноцид шляхом вбивства (стаття 2(а), Конвенція про геноцид; стаття 6(а), Римський статут)

Стаття 6 (а) Римського статуту забороняє геноцид шляхом вбивства однієї або декількох осіб, що належать до національної, етнічної, расової або релігійної групи, з наміром

знищити таку групу.¹⁰⁶⁰ Це діяння широко підпадає під статтю 442 Кримінального кодексу України (“КК України”), яка передбачає “знищення членів будь-якої такої групи”.

Стаття 442 Кримінального кодексу України ‘КК України’) передбачає “знищення членів будь-якої такої групи”. Крім того, законопроект №7290 запровадить поняття (якщо і коли він набере чинності) вчинення геноциду шляхом “позбавлення життя членів цієї групи” відповідно до статті 442.1(1) КК України.

Ця формулювання охоплює таке ж діяння, як “вбивство членів групи”, кодифіковане як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид і Римського статуту.

Елементами цього злочину є:¹⁰⁶¹

1. Виконавець убив одну або декількох осіб.
2. Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової чи релігійної групи.
3. Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.
4. Діяння сталося в контексті явної моделі аналогічної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було поведінкою, яка сама по собі могла призвести до такого знищення.

3.2.48.1 Елемент перший: виконавець убив одну або декількох осіб

Щоб встановити цей елемент, фахівцям-практикам слід шукати інформацію, яка свідчить про те, що виконавець убив одну або декількох осіб. Це може бути зроблено безпосередньо (наприклад, смертельний постріл) або побічно (наприклад, відмова в доступі до ліків) шляхом дії або бездіяльності.¹⁰⁶² Повинні бути докази результату (тобто смерті потерпілої

¹⁰⁶⁰Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 р., набув чинності 1 липня 2001 р.) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), Стаття 6(а). Ця заборона походить з Конвенції про геноцид і є частиною звичаєвого міжнародного права. Див., Конвенція про геноцид, Стаття 2; *Застосування Конвенції про Попередження Злочину Геноциду і Покарання за Нього* (Боснія і Герцеговина проти Сербії і Чорногорії), *Рішення*, Звіти МСС 2007, с. 43, п. 161. Геноцид шляхом вбивства також заборонений такими міжнародними документами: Резолюція 827 Ради Безпеки ООН: Статут Міжнародного Кримінального Трибуналу По Колишній Югославії (25 травня 1993 р., остання поправка 9 липня 2009 р.) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), Стаття 4 (а); Рада Безпеки ООН, Резолюція 955: Статут Міжнародного Кримінального Трибуналу для Судового Переслідування Осіб, Відповідальних за Геноцид та Інші Серйозні Порушення Міжнародного Гуманітарного Права, Вчинені на Території Руанди, і Громадян Руанди, Відповідальних За Геноцид та Інші Подібні Порушення, Скоєні на Території Сусідніх Держав, у період з 1 січня 1994 р. по 31 грудня 1994 р. (8 листопада 1994 р., остання поправка внесена 14 серпня 2002 р.) S/RES/955 (“Статут МКТР”), Стаття 2(2)(а); ООН і Королівський Уряд Камбоджі, Закон про Створення Надзвичайних Палат в Судах Камбоджі Для Судового Переслідування За Злочини, Вчинені в Період Демократичної Кампучії, (27 жовтня 2004 р.) NS/RKM/1004/006 (“Закон СНСПК”), Стаття 4

¹⁰⁶¹ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNISC/2000/1/ Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), Стаття 6(а).

¹⁰⁶² *Прокурор проти Катанги і Чуї*, ICC-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 р., п. 287. Див. також, *Прокурор проти Брданіна*, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2014 р., п. 739, в якому МТКЮ встановив, що значення “вбивства” як елемента геноциду ідентичне матеріальним елементам інших аналогічних міжнародних злочинів, наприклад, воєнних злочинів і злочинів проти людяності, включаючи акти “вбивства”.

особи),¹⁰⁶³ а діяння виконавця має бути істотною причиною смерті потерпілої особи.¹⁰⁶⁴ Самогубство може бути прирівняне до вбивства, якщо дії або бездіяльність виконавця “спонукали потерпілу особу до дій, які призвели до її смерті, і що її самогубство було або навмисним, або було дією такого типу, яку розумна людина могла передбачити як наслідок”.¹⁰⁶⁵

3.2.48.2 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх злочинів геноциду, а також мають довести суб’єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець убив одну або декількох осіб?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи померла одна або кілька осіб? Якщо так, то скільки, коли, де і як? • Чи був виявлений труп? Якщо так, то коли, звідки, як, ким? • Якщо труп не був виявлений, коли і де ймовірного потерпілого(их) бачили в останній раз? • Чи були вчинені інші злочини в цій місцевості? Якщо так, то які злочини? • Хто несе відповідальність за смерть потерпілого(их)? • Який метод (методи) використовували виконавці для вбивства потерпілого(их)? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що беззбройні цивільні особи були застрелені перед школою. • Військові документи, що документують процес, в ході якого озброєна група вбивала членів певної етнічної групи, які перебували у них під вартою. • Судово-медичні розтини потерпілих, що встановлюють, що причиною їх смерті були вогнепальні поранення, травми голови, вибухові травми або розривні поранення. • Аерофотознімки, що показують масові поховання з тілами численних потерпілих від вбивств, скоєних виконавцями. • Доповідь ООН, що документує масові вбивства, в ході яких одна етнічна група була вбита виконавцями з іншої, спланованим і методичним чином.

Таблиця 56: Стаття 6(а) Підказки для фахівців-практиків

¹⁰⁶³ Прокурор проти Караджича, IT-95-5/18-T, Рішення суду, 24 березня 2016 року (“Рішення суду у справі Караджича”), п.п. 542; Прокурор проти Брджаніна, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2014 року, п. 688; Прокурор проти Стакіча, IT-97-24-T, Рішення суду, 31 липня 2003 року (“Рішення суду у справі Стакіча”), п. 514.

¹⁰⁶⁴ Прокурор проти Делаліча та ін., IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 року (“Рішення суду у справі Делаліча та ін.”), п. 424.

¹⁰⁶⁵ Прокурор проти Крноелаца, IT-97-25, Рішення суду, 15 березня 2002 року (“Рішення суду у справі Крноелаца”), п. 329.

3.2.49 Геноцид шляхом заподіяння тяжкої тілесної або психічної шкоди (стаття 2(b), Конвенція про геноцид; стаття 6(b), Римський статут)

Стаття 6 (b) Римського статуту забороняє геноцид шляхом заподіяння серйозної тілесної або психічної шкоди одній або декільком особам, що належать до національної, етнічної, расової або релігійної групи, з наміром знищити таку групу.¹⁰⁶⁶ Це передбачає акти катування, зґвалтування, сексуального насильства або нелюдського або такого, що принижує гідність, поводження.¹⁰⁶⁷

Стаття 442 Кримінального кодексу України (“КК України”) охоплює геноцид шляхом “заподіяння їм тяжких тілесних ушкоджень”. Цю фразу слід тлумачити широко, щоб вона також передбачала психічну шкоду як форму тілесних ушкоджень.

Крім того, законопроект №7290 впровадить (якщо і коли він набере чинності) вчинення геноциду шляхом “заподіяння їм тяжкої шкоди” відповідно до статті 442.1(2) КК України. Крім того, в супровідній примітці до статті 442 йдеться, що “тяжку шкоду в цій статті слід розуміти як умисне заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або тілесних ушкоджень середньої тяжкості, зґвалтування або інші форми сексуального насильства, умисне заподіяння сильного фізичного болю або фізичних чи моральних страждань”.

Це формулювання охоплює те саме діяння, що й “заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічної шкоди”, кодифіковане як акт геноциду відповідно до Конвенції про запобігання злочину геноциду і Римського статуту.

Елементами цього злочину є:¹⁰⁶⁸

1. Виконавець заподіяв тяжку тілесну або психічну шкоду одній або декільком особам.
2. Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової чи релігійної групи.
3. Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.

¹⁰⁶⁶ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 р., набув чинності 1 липня 2001 р.) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 6(b). Ця заборона походить з Конвенції про геноцид і є частиною звичаєвого міжнародного права. Див., Конвенція про геноцид, стаття 2; *Застосування Конвенції про попередження злочину геноциду і покарання за нього* (Боснія і Герцеговина проти Сербії і Чорногорії), Рішення, Звіти МСС 2007, с. 43, п. 161. Геноцид шляхом вбивства також заборонений такими міжнародними документами: Резолюція 827 Ради Безпеки ООН: Статут Міжнародного Кримінального Трибуналу По Колишній Югославії (25 травня 1993 р., остання поправка 9 липня 2009 р.) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), стаття 4 (b); Рада Безпеки ООН, Резолюція 955: Статут Міжнародного Кримінального Трибуналу для Судового Переслідування Осіб, Відповідальних за Геноцид та Інші Серйозні Порушення Міжнародного Гуманітарного Права, Вчинені на Території Руанди, і Громадян Руанди, Відповідальних За Геноцид та Інші Подібні Порушення, Скоєні на Території Сусідніх Держав, у період з 1 січня 1994 р. по 31 грудня 1994 р. (8 листопада 1994 р., остання поправка внесена 14 серпня 2002 р.) S/RES/955 (“Статут МКТР”), стаття 2(2)(b); ООН і Королівський Уряд Камбоджі, Закон про Створення Надзвичайних Палат в Судах Камбоджі Для Судового Переслідування За Злочини, Вчинені в Період Демократичної Кампучії, (27 жовтня 2004 р.) NS/RKM/1004/006 (“Закон СНСПК”), стаття 4

¹⁰⁶⁶ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/ Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), стаття 6(a).

¹⁰⁶⁷ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 року (з поправками)) PCNICC/2000/1/Add.2 ‘Елементи злочинів МКС’, стаття 6(b), посилання 3.

¹⁰⁶⁸ Елементи злочинів МКС, стаття 6(b).

4. Діяння сталося в контексті явної моделі аналогічної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було поведінкою, яка сама по собі могла призвести до такого знищення.

3.2.49.1 Елемент перший: виконавець заподіяв серйозну тілесну або психічну шкоду одній або декільком особам

Щоб встановити цей елемент, фахівці-практики повинні довести, що виконавець(ці) заподіяв(-ли) серйозну тілесну або психічну шкоду одному або декільком особам. Це вимагає доведення наслідку.¹⁰⁶⁹

- **Тілесні ушкодження:** заподіяння серйозної фізичної шкоди потерпілому.¹⁰⁷⁰ Наприклад, такі дії, як сексуальне насильство, побиття, нанесення каліцтв і жорстоке поводження, які завдають серйозної шкоди здоров'ю, знівечення або будь-яке серйозне пошкодження зовнішніх або внутрішніх органів або органів чуттів.¹⁰⁷¹
- **Моральна шкода:** заподіяння психологічної травми, що виходить за рамки незначного або тимчасового порушення розумових здібностей.¹⁰⁷² Це може бути викликано заподіянням сильного страху або жаху, залякуванням або загрозою.¹⁰⁷³ Наприклад, це може передбачати психічну травму, викликану захопленням або викраденням, насильницьким розлученням з сім'єю або фізичним насильством, як-от зґвалтуванням або катуванням.¹⁰⁷⁴

Тілесні або психічні ушкодження повинні бути серйозними.¹⁰⁷⁵ Шкода повинна “виходити за рамки тимчасового нещастя, збентеження чи приниження і завдавати серйозної та

¹⁰⁶⁹ Прокурор проти Караджича, IT-95-5/18-T, Рішення суду, 24 березня 2016 року (“Рішення суду у справі Караджича”), п.п. 543; Прокурор проти Толіміра, IT-05-88/2-T, Судове рішення, 12 грудня 2012 року (“Рішення суду у справі Толіміра”), п. 737; Прокурор проти Поповича та ін., IT-05-88-T, Рішення суду, 10 червня 2010 року (“Рішення суду у справі Поповича та ін.”), п. 811; Прокурор проти Брджаніна, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2014 року (“Рішення суду у справі Брджаніна”), п. 688; Прокурор проти Стакіча, IT-97-24-T, Судове рішення, 31 липня 2003 року (“Судове рішення у справі Стакіча”), п. 514.

¹⁰⁷⁰ Прокурор проти Камуганди, ICTR-95-54A-T, Рішення суду, 22 січня 2004 р. (“Рішення суду у справі Камуганди”), п. 633; о Прокурор проти Радована Караджича, IT-95-5/18-T, Рішення суду, 24 березня 2016 р., п. 544

¹⁰⁷¹ Прокурор проти Кайшеми та ін., ICTR-95-1-T, Рішення суду, 21 травня 1999 р. (“Рішення суду у справі Кайшеми та ін.”), п. 109

¹⁰⁷² Прокурор проти Крстіча, IT-98-33-T, Рішення суду, 2 серпня 2001 р. (“Рішення суду у справі Крстіча”), п. 510; Рішення суду у справі Камуганди, п. 633

¹⁰⁷³ Прокурор проти Серомби, ICTR-2001-66-A, Апеляційне рішення, 12 березня 2008 р. (“Апеляційне рішення у справі Серомби”), п. 46

¹⁰⁷⁴ Прокурор проти Благоєвича і Йокіча, IT-02-60-T, Рішення суду, 17 січня 2005 р., п. 649; Апеляційне рішення у справі Серомби, п. 46; Рішення суду у справі Крстіча, п. 510

¹⁰⁷⁵ Апеляційне рішення у справі Серомба, п. 46; Прокурор проти Каєлієлі, ICTR-98-44A-T, Рішення суду, 1 грудня 2003 року (“Рішення суду у справі Каєлієлі”), п. 814; Прокурор проти Толіміра, IT-05-88/2, Апеляційне рішення, 8 квітня 2015 року (“Апеляційне рішення у справі Толіміра”), п. 201; Рішення суду у справі Караджича, п. 543; Прокурор проти Крайнішніка, IT-00-39-T, Рішення суду, 27 вересня 2006 року (“Рішення суду у справі Крайнішніка”), п. 862.

довготривалої шкоди здатності людини вести нормальне та конструктивне життя”.¹⁰⁷⁶ При цьому не вимагається, щоб шкода була постійною або непоправною.¹⁰⁷⁷

Зґвалтування та інші форми сексуального насильства були визнані актом геноциду МКТР і МТКЮ, оскільки вони спричинили серйозні тілесні та психічні ушкодження.¹⁰⁷⁸ В Елементах злочинів МКС тепер чітко визнається, що серйозні тілесні та психічні ушкодження можуть охоплювати зґвалтування та сексуальне насильство.¹⁰⁷⁹

3.2.49.2 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх злочинів геноциду, а також мають довести суб’єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець заподіяв серйозну тілесну або психічну шкоду одній або декільком особам?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи піддавалась одна або кілька осіб будь-якій формі жорстокого поводження? • Яким був характер жорстокого поводження? • Який був вплив жорстокого поводження на потерпілих? • Чи постраждали потерпілі від фізичної або психічної шкоди в результаті жорстокого поводження? • Чи була шкода, заподіяна потерпілим, серйозною? Чи виходило це за рамки тимчасового фізичного або психічного нездужання? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпілі від побиття, які свідчать про те, що їх жорстоко били протягом тривалого часу кийками, стільцями і ногами, що заподіяло серйозні фізичні травми. • Медичний висновок, що вказує на серйозні фізичні і психічні наслідки жорстокого поводження, якому потерпілий піддався з боку виконавців. • Медичне обстеження, проведене лікарем у зв’язку з серйозними ушкодженнями піхви, нанесеними виконавцем потерпілій. • Психологічний звіт потерпілої особи з детальним описом психічної травми, з якою вона зіткнулася в результаті сексуального насильства. • Фотографія із зазначенням різних позицій на блокпосту, де сталися побиття потерпілих. • Звіти Human Rights Watch і ООН, які

¹⁰⁷⁶ Апеляційне рішення у справі *Толіміра*, п. 201; Рішення суду у справі *Караджича*, п. 543.

¹⁰⁷⁷ *Прокурор проти Семанзи*, ICTR-97-20-T, Рішення та вирок, 15 травня 2003 року (“Рішення та вирок у справі *Семанзи*”), п. 320; *Прокурор проти Рутаганди*, ICTR-96-3-T, Рішення та вирок, 6 грудня 1999 р., п. 51; Рішення суду у справі *Каєлієлі*, п. 815.

¹⁰⁷⁸ Див. напр., *Прокурор проти Акайєсу*, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 року (“Рішення суду у справі *Акайєсу*”), п.п. 731; *Прокурор проти Каремери та Нгірумпатсе*, ICTR-98-44-T, Рішення та вирок, 2 лютого 2012 року (“Рішення та вирок у справі *Каремери та Нгірумпатсе*”), п.п. 1665-1668; Рішення суду у справі *Стакіча*, п.п. 516; Судове рішення у справі *Крстіча*, п.п. 513. Див. також, *Прокурор проти Кайішеми та ін.*, ICTR-95-1-T, Рішення суду, 21 травня 1999 року (“Рішення суду у справі *Кайішеми та ін.*”), п. 108; Апеляційне рішення у справі *Серомба*, п. 46; Рішення суду у справі *Караджича*, п. 37; *Застосування Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього (Боснія і Герцеговина проти Сербії та Чорногорії)*, Рішення, I.C.J. Reports 2007, с. 43 (“Рішення щодо геноциду в Боснії”), п. 319.

¹⁰⁷⁹ Елементи злочинів МКС, стаття 6(b), посилання 3.

		свідчать про те, що члени певної етнічної групи піддавалися жорстоким актам катувань з боку виконавців.
--	--	---

Таблиця 57: Стаття 6(b) Підказки для фахівців-практиків

3.2.50 Геноцид шляхом створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення (стаття 2(с), Конвенція про геноцид; стаття 6(с), Римський статут)

Стаття 2(с) Конвенції для геноцид та стаття 6(с) Римського статуту забороняє геноцид шляхом навмисного створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення національної, етнічної, расової або релігійної групи з наміром знищити таку групу.¹⁰⁸⁰

Стаття 442 Кримінального кодексу України (“КК України”), яка охоплює геноцид шляхом “створення умов життя, спрямованих на повне або часткове фізичне знищення групи”. Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набере чинності) вчинення геноциду шляхом “створення умов життя для групи, спрямованих на її повне або часткове фізичне знищення” відповідно до статті 442.1(3) КК України.

Це формулювання охоплює таке ж діяння, як і “створення умов життя, розрахованих на фізичне знищення”, що кодифіковано як акт геноциду відповідно до Конвенції про запобігання злочину геноциду і Римського статуту.

Елементами цього злочину є:¹⁰⁸¹

1. Виконавець створив певні умови життя для однієї або декількох осіб.
2. Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової чи релігійної групи.
3. Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.
4. Умови життя були розраховані так, щоб привести до фізичного знищення цієї групи, повністю або частково.

¹⁰⁸⁰ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 6(b). Ця заборона впливає з Конвенції про геноцид і є частиною звичаєвого міжнародного права. Див., Конвенція щодо геноциду, стаття 2; Застосування Конвенції про попередження злочину геноциду і покарання за нього (Боснія і Герцеговина проти Сербії і Чорногорії), Рішення, Звіти МСС 2007, с. 43, п. 161. Геноцид шляхом вбивства також заборонений такими міжнародними документами: Резолюція 827 Ради Безпеки ООН: Статут Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (25 травня 1993 року, остання поправка внесена 9 липня 2009 року) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), стаття 4(a); Резолюція 955 Ради Безпеки ООН, Статут Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди, і громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, вчинені на території сусідніх держав в період з 1 січня 1994 року по 31 грудня 1994 року (8 листопада 1994 року, остання поправка внесена 14 серпня 2002 року) S/RES/955 (“Статут МКТР”), стаття 2(2)(a); і ООН і королівський уряд Камбоджі, Закон про створення надзвичайних палат в судах Камбоджі для судового переслідування за злочини, вчинені в період Демократичної Кампучії (27 жовтня 2004 року) NS/RKM/1004/006 (“Право НПСК”), стаття 4.

¹⁰⁸¹ Елементи злочинів МКС, стаття 6(с)

5. Діяння сталося в контексті явної моделі аналогічної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було поведінкою, яка сама по собі могла призвести до такого знищення

3.2.50.1 Елемент перший: виконавець створив певні умови життя для однієї або декількох осіб.

Цей елемент вимагає від фахівців шукати інформацію, яка демонструє, що виконавець нав'язав певні умови життя одній або кільком особам. Згідно з Елементами злочинів МКС, “умови життя включають, але не обмежуються, умисним позбавленням ресурсів, необхідних для виживання, як-от продуктів харчування або медичних послуг, або систематичного виселення з дому”.¹⁰⁸² Ці умови, мабуть, носили характер, який не призвів би до негайної смерті потерпілих, а, замість цього, до повільної смерті потерпілих протягом певного проміжку часу.¹⁰⁸³

Цей акт геноциду не вимагає доведення досягнутого наслідку, тобто не потрібно доводити, що умови фактично призводять до смерті або тяжких тілесних чи психічних ушкоджень.¹⁰⁸⁴ Якщо такий результат встановлено, то відповідним звинуваченням буде геноцид шляхом вбивства (див. розділ 3.2.48) або геноцид шляхом заподіяння тяжких тілесних чи психічних ушкоджень (див. розділ 3.2.49).¹⁰⁸⁵

Наприклад, цьому елементу можуть задовольняти такі умови, що застосовуються до однієї або декількох осіб:¹⁰⁸⁶

- Позбавлення достатньої кількості їжі і води;
- Систематичне виселення членів групи з їхніх будинків або депортація;
- Відсутність належного житла;
- Відсутність санітарії, гігієни та достатньої кількості одягу;

¹⁰⁸² Елементи злочинів МКС, Стаття 6(с), зноска 4.

¹⁰⁸³ Прокурор проти Акайесу, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 р. (“Рішення суду у справі Акайесу”), п. 505; Прокурор проти Рутаганди, ICTR-96-3-T, Рішення і вирок, 6 грудня 1999 р. (“Рішення і вирок у справі Рутаганди”), п. 52.

¹⁰⁸⁴ Прокурор проти Караджича, IT-95-5/18-T, Рішення суду, 24 березня 2016 року (“Рішення суду у справі Караджича”), п. 546; Прокурор проти Поповича та ін., IT-05-88-T, Рішення суду, 10 червня 2010 року (“Рішення суду у справі Поповича та ін.”), п. 814; Прокурор проти Брджаніна, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2014 року (“Рішення суду у справі Брджаніна”), п. 691; Прокурор проти Стакіча, IT-97-24-T, Рішення суду, 31 липня 2003 року (“Рішення суду у справі Стакіча”), п. 517.

¹⁰⁸⁵ Рішення суду у справі Караджича, п. 546; Прокурор проти Толіміра, IT-05-88/2, Апеляційне рішення, 8 квітня 2015 року (“Апеляційне рішення у справі Толіміра”), п.п. 227-228; Прокурор проти Брджаніна, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2014 року (“Рішення суду у справі Брджаніна”), п.п. 905, с. 2255. Див. також, Генеральний прокурор уряду Ізраїлю проти Ейхмана, 40/61, Рішення, Окружний суд Єрусалиму, 11 грудня 1961 року, п.п. 196, що обмежує звинувачення у нав'язуванні євреям умов життя, розрахованих на їхнє фізичне знищення, переслідуванням євреїв, які пережили Голокост, і постановляє, що євреїв, які не врятувалися, не слід включати, “ніби в їхньому випадку сталися дві окремі дії: спочатку створення умов життя, розрахованих на їхнє фізичне знищення, а згодом саме фізичне знищення”.

¹⁰⁸⁶ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(с), зноска 4; Рішення суду у справі Акайесу, п. 506; Прокурор проти Брданіна, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2014 р. (“Рішення суду у справі Брданіна”), пп. 912, 920, 928; Прокурор проти Стакіча, IT-97-24-T, Рішення суду, 31 липня 2003 (“Рішення суду у справі Стакіча”), п. 517; Рішення і вирок у справі Рутаганди, п. 52; Прокурор проти Кайшеми та ін., ICTR-95-1-T, Рішення суду, 21 травня 1999, пп. 115-116; Прокурор проти Радована Караджича, IT-95-5/18-T, Рішення суду, 24 березня 2016 р. (“Рішення суду у справі Караджича”), п. 547

- Надмірна робота або фізичне навантаження; або
- Відмова в праві на медичне обслуговування.

3.2.50.2 Елемент четвертий: умови життя були розраховані так, щоб привести до фізичного знищення цієї групи, повністю або частково

Фахівці-практики повинні також встановити, що умови життя, нав'язані виконавцем, були розраховані на фізичне знищення групи. “Фізичне знищення” групи означає фактичне знищення групи (наприклад, шляхом смерті її членів), на відміну від знищення національної, мовної, релігійної, культурної чи іншої самобутньої групи.¹⁰⁸⁷ Однак немає необхідності доводити, що це діяння дійсно призвело до фізичного знищення групи.¹⁰⁸⁸

При оцінці цього елемента фахівцям слід розглянути питання про те, чи існувала “об’єктивна ймовірність того, що ці умови призведуть до фізичного знищення групи”, шляхом оцінки:¹⁰⁸⁹

- Характер умов, що нав'язані виконавцем;
- Тривалість часу, протягом якого члени групи піддавалися таким умовам;
- Ознаки групи, наприклад її вразливість; і
- Сукупний вплив умов на потерпілих.

3.2.50.3 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб’єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх злочинів геноциду, а також мають довести суб’єктивний склад злочину за статтею 30 (див.розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець створив певні умови життя одній або декільком особам?	<ul style="list-style-type: none"> • Які умови життя були створені для потерпілих? • Чи зазнали потерпілі умисного позбавлення ресурсів, як-от продуктів харчування або медичних послуг? • Чи були потерпілі піддані систематичному вигнанню зі своїх будинків? • Яка була роль виконавця у створенні умов для таких осіб? • Чи було потерпілим відмовлено в належному медичному лікуванні? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який дав показання про те, що затриманим надавалося мало їжі. • Медичні висновки, складені в результаті обстеження потерпілих, що вижили, свідчать про те, що вони отримали серйозні фізичні ушкодження в результаті умов, нав'язаних їм виконавцем, включно з позбавленням їжі, води та одягу. • Одяг і взуття, які були видані ув’язненим трудовою бригадою і які не відповідали умовам, в яких вони жили.

¹⁰⁸⁷ Рішення суду у справі *Стакіча*, п. 518.

¹⁰⁸⁸ Рішення суду у справі *Стакіча*, п. 517.

¹⁰⁸⁹ Рішення суду у справі *Брданіна*, пп. 906, 970-971 (зноска 2444); Рішення суду у справі *Караджича*, п. 548; *Генеральний прокурор уряду Ізраїлю проти Ейхмана*, 40/61, Рішення, Районний суд, Єрусалим, 11 грудня 1961, пп. 129-130.

	<ul style="list-style-type: none"> • Чи потерпілим було відмовлено в належному та гуманному житлі (розмір, температура та чистота)? • Чи піддавалися потерпілі надмірній роботі або фізичним навантаженням? 	<ul style="list-style-type: none"> • Фотографії, на яких зображені обгорілі пні дерев і відсутність видимих ознак рослинності в районах, що зазнали нападу озброєної групи, демонструють, що виконавці знищили засоби для виживання потерпілих. • Звіт НУО, в якому стверджується, що відбулося широкомасштабне знищення джерел води і руйнування сімейних комплексів, які забезпечували притулок потерпілим.
<p>Чи свідчать докази того, що умови життя були розраховані на те, щоб привести до фізичного знищення групи, повністю або частково?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи були ці заходи зрештою спрямовані на фізичне знищення групи? • Чи існувала об'єктивна ймовірність того, що умови життя призведуть до фізичного знищення? Зокрема: <ul style="list-style-type: none"> ○ Яким був характер таких умов? ○ Як довго члени групи перебували в таких умовах? ○ Чи були якісь характеристики групи особливо вразливими? ○ Яким був вплив цих умов? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які свідчать про те, що протягом багатьох місяців, коли вони були під вартою, вони піддавалися суворим і антисанітарним умовам життя (наприклад, у них не було доступу до ліжок, душових кабін або водопроводу; їх годували тільки рідким бульйоном і скибочкою хліба; їх змушували виконувати важку фізичну працю щодня), про це виконавці були чітко обізнані, оскільки вони були присутні і ігнорували прохання затриманих про достатнє харчування і воду. • Звіти про медичний огляд потерпілих, що вижили, з села, яке перебувало в облозі протягом року, що свідчать про те, що потерпілі зазнали серйозних фізичних і психічних впливів в результаті умов голоду, які були нав'язані їм виконавцем. • Доповідь ООН з описом жахливих умов, в яких виконавці утримували затриманих, який, за його висновком, продемонстрував повну зневагу до виживання затриманих, всі з яких належали до етнічної групи, відмінної від етнічної групи виконавців.

Таблиця 58: Стаття 6(с) Підказки для фахівців-практиків

3.2.51 Геноцид шляхом введення заходів, спрямованих на запобігання народжуваності (стаття 2(d), Конвенція про геноцид; стаття 6(d), Римський статут)

Стаття 6(d) Римського статуту забороняє геноцид шляхом запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей у національній, етнічній, расовій або релігійній групі з наміром знищити таку групу.¹⁰⁹⁰ Ці дії широко охоплюються статтею 442 Кримінального кодексу України (“ККУ”), яка охоплює геноцид шляхом “зменшення або запобігання дітонародженню в цій групі”.

Стаття 442 Кримінального кодексу України (“КК України”), яка охоплює геноцид шляхом “скорочення дітонародження чи запобігання йому”. Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набере чинності) вчинення геноциду шляхом “вжиття заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню в такій групі” відповідно до статті 442.1(4) КК України.

Це формулювання охоплює в цілому ті самі дії, що й “застосування заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей”, які кодифіковані як акт геноциду відповідно до Конвенції про запобігання злочину геноциду і Римського статуту.

Елементами цього злочину є:¹⁰⁹¹

1. Виконавець застосував певні заходи до однієї або декількох осіб.
2. Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової чи релігійної групи.
3. Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.
4. Введені заходи були спрямовані на запобігання народженню дітей в цій групі.
5. Діяння відбулося в контексті явної моделі аналогічної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було поведінкою, яка сама по собі могла призвести до такого знищення.

¹⁰⁹⁰ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (‘Римський статут’), стаття 6(d). Ця заборона походить з Конвенції про геноцид і є частиною звичаєвого міжнародного права. Див., Конвенція щодо геноциду, стаття 2; Застосування Конвенції про попередження злочину геноциду і покарання за нього (Боснія і Герцеговина проти Сербії і Чорногорії), Рішення, Звіти МСС 2007, с. 43, п. 161. Геноцид шляхом введення заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей, також заборонений наступними міжнародними документами: Резолюція 827 Ради Безпеки ООН: Статут Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (25 травня 1993 року, остання поправка внесена 9 липня 2009 року) S/RES/827 (‘Статут МТКЮ’), стаття 4(d); Резолюція 955 Ради Безпеки ООН, Статут Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди, і громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, вчинені на території сусідніх держав в період з 1 січня 1994 року по 31 грудня 1994 року (8 листопада 1994 року, остання поправка внесена 14 серпня 2002 року) S/RES/955 (‘Статут МКТР’), стаття 2(2)(d); і ООН і королівський уряд Камбоджі, Закон про створення надзвичайних палат (в судах Камбоджі для судового переслідування за злочини, вчинені в період Демократичної Кампучії (27 жовтня 2004 року) NS/RKM/1004/006 (‘Право НПСК’), стаття 4.

¹⁰⁹¹ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/ Add.2 (‘Елементи злочинів МКС’), стаття 6(d).

3.2.51.1 Елемент перший: виконавець застосував певні заходи до однієї або декількох осіб

По-перше, фахівцям-практикам слід шукати інформацію про те, що виконавець(ці) застосував певні заходи до однієї або декількох осіб. Такі заходи можуть бути як фізичними, так і психічними:

- **Фізичні заходи** передбачають: примусову стерилізацію; нанесення каліцтв на сексуальному ґрунті; примусовий контроль над народжуваністю; примусові аборти; сегрегацію статей; і перешкоди вступу в шлюб.¹⁰⁹²
- **Психічні заходи** це ті, які можуть не стосуватися фізичної здатності потерпілої особи до дітонародження, але мають психічні наслідки, які заважають їм робити це в результаті травматичного досвіду.¹⁰⁹³

3.2.51.2 Елемент четвертий: введені заходи були спрямовані на запобігання народженню дітей в цій групі

Заходи, запроваджені виконавцем, повинні були спрямовані на запобігання народження дітей в конкретній групі. Характер заходу (тобто його умисел запобігти народженню дітей у групі) є непрямим елементом, і може стосуватися умислу третьої сторони, а не виконавця злочину.¹⁰⁹⁴

Такий намір може бути виведено з характеру застосовуваного заходу (тобто фізичні або психічні, *див.* вище), обставин, при яких вони були застосовані, або дій виконавця.¹⁰⁹⁵ Наприклад, у патріархальних суспільствах, де членство в групі визначається за батьківською лінією, зґвалтування з метою навмисного запліднення жінки членом іншої групи буде відповідати цьому елементу.¹⁰⁹⁶

3.2.51.3 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх злочинів геноциду, а також мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 (*див.* розділи 3.1 і 3.3).

Елемент	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець	<ul style="list-style-type: none">• Чи були вжиті певні заходи щодо однієї або декількох осіб? Наприклад:	<ul style="list-style-type: none">• Лікар, який свідчить про те, що влада наказала їм перервати всі вагітності певної релігійної групи і

¹⁰⁹² О. Трифтерер і К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3-е вид., С. Н. Веєк, Hart, Nomos 2016), с. 139; *Прокурор проти Акайесу*, МУТР-96-4-Т, Рішення суду, 2 вересня 1998 р. (“Рішення суду у справі Акайесу”), п. 507

¹⁰⁹³ Рішення суду у справі Акайесу, п. 507-508.

¹⁰⁹⁴ М. Кламберг і Й. Нільссон (ред.), *Коментар до права Міжнародного кримінального суду - Римський статут* (2017), с. 27.

¹⁰⁹⁵ *Див. загалом про умисел, що походить з обставин*, Рішення суду у справі Акайесу, п.п. 523; *Прокурор проти Сікіріци та ін.*, IT-95-8-Т, Рішення щодо клопотань захисту про виправдання, 3 вересня 2001 року (“Рішення щодо клопотань захисту про виправдання у справі Сікіріци та ін.”), п. 46; *Прокурор проти Кайішеми та ін.*, ICTR-95-1-Т, Рішення суду, 21 травня 1999 р., п. 93. *Див. також Рішення суду у справі Акайесу*, п. 507, в якому аналіз заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей, розглядається в контексті “патріархальних суспільств”.

¹⁰⁹⁶ Рішення суду у справі Акайесу, п. 507.

<p>застосував певні заходи до однієї або декількох осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> ○ Зґвалтування ○ Примусова стерилізація ○ Статеве каліцтво ○ Примусове регулювання народжуваності ○ Примусові аборти ○ Розділення чоловіків і жінок ○ Примусове запліднення ○ Заборона на шлюб ● Чи застосовувалися певні психіатричні заходи до однієї або кількох осіб? Наприклад: <ul style="list-style-type: none"> ○ Погрози ○ Травматичні досвіди ● Яку роль відігравав виконавець у застосуванні таких заходів до однієї чи кількох осіб? 	<p>що відмова підкоритися карається смертю.</p> <ul style="list-style-type: none"> ● Свідчення потерпілої про те, що щоранку її змушували приймати пігулки, які не давали їй завагітніти. ● Свідчення потерпілих про те, що вони піддавалися зґвалтуванням протягом тривалого періоду часу в контексті сексуального рабства. ● Документи від надавачів медичних послуг, які вказують на те, що вони були зобов'язані повідомляти про всі вагітності та інформувати вагітних жінок про обов'язкові аборти. ● Існування медичних клінік, створених для проведення примусової стерилізації щодо певної групи людей. ● Відеозаписи або фотографії, які свідчать про те, що чоловіки і жінки певної етнічної групи піддавалися сегрегації.
<p>Чи свідчать дані про те, що введені заходи були спрямовані на запобігання народженню дітей в цій групі?</p>	<ul style="list-style-type: none"> ● Чого мали домогтися виконавці за допомогою введених заходів? ● Якими були психічні та фізичні наслідки цих заходів для потерпілих? ● Чи вплинули введені заходи на репродуктивну здатність потерпілих? ● Які були наслідки вжитих заходів для групи, до якої належали потерпілі? 	<ul style="list-style-type: none"> ● Свідчення експерта з психологічних травм про те, що постійні зґвалтування жінок призвели до того, що вони не бажають народжувати дітей у майбутньому ● Медичні записи жінок певної етнічної групи, які свідчать про те, що вони були стерилізовані або піддавалися примусовим абортам. ● Фізичний огляд потерпілого, яка вказує на те, що він був кастрований виконавцями. ● Відео- або аудіозаписи виконавця, які свідчать про те, що метою сексуального насильства щодо чоловіків і жінок було перешкодити їх дітонародження. ● Повідомлення засобів масової інформації, що описують широкомасштабну і систематичну кампанію кастрації, сплановану і приведену в дію виконавцем, спрямовану проти певної етнічної групи.

Таблиця 59: Стаття 6(d) Підказки для фахівців-практиків

3.2.52 Геноцид шляхом насильницького переміщення дітей (стаття 2(е), Конвенція про геноцид; стаття 6(е), Римський статут)

Стаття 6(е) Римського статуту забороняє геноцид шляхом насильницького переміщення дітей, що належать до національної, етнічної, расової або релігійної групи, до іншої групи з наміром знищити таку групу.¹⁰⁹⁷

Стаття 442 Кримінального кодексу України (“КК України”), яка передбачає вчинення геноциду шляхом “насильницького переміщення дітей з однієї групи в іншу”. Крім того, законопроект №7290 запровадить (якщо і коли він набере чинності) вчинення геноциду шляхом “насильницького переміщення дітей з однієї групи в іншу” відповідно до статті 442.1(5) КК України.

Це формулювання охоплює ті самі дії, що й “насильницьке переміщення дітей”, кодифіковане як акт геноциду відповідно до Конвенції про геноцид і Римського статуту.

Елементами цього злочину є:¹⁰⁹⁸

1. Виконавець насильно передав одну або декількох осіб.
2. Така особа або особи належали до певної національної, етнічної, расової чи релігійної групи.
3. Виконавець мав намір знищити, повністю або частково, цю національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.
4. Передача була проведена з цієї групи в іншу групу.
5. Особа або особи були молодші 18 років.
6. Виконавець знав або повинен був знати, що ця особа або особи молодше 18 років.
7. Діяння сталося в контексті явної моделі аналогічної поведінки, спрямованої проти цієї групи, або було поведінкою, яка сама по собі могла призвести до такого знищення.

¹⁰⁹⁷ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (‘Римський статут’), стаття 6(d). Ця заборона походить з Конвенції про геноцид і є частиною звичаєвого міжнародного права. Див., Конвенція щодо геноциду, стаття 2; Застосування Конвенції про попередження злочину геноциду і покарання за нього (Боснія і Герцеговина проти Сербії і Чорногорії), Рішення, Звіти МСС 2007, с. 43, п. 161. Геноцид шляхом насильницької передачі дітей також заборонений такими міжнародними документами: Резолюція 827 Ради Безпеки ООН: Статут Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії (25 травня 1993 року, остання поправка внесена 9 липня 2009 року) S/RES/827 (‘Статут МТКЮ’), стаття 4(е); Резолюція 955 Ради Безпеки ООН, Статут Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди, і громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, вчинені на території сусідніх держав в період з 1 січня 1994 року по 31 грудня 1994 року (8 листопада 1994 року, остання поправка внесена 14 серпня 2002 року) S/RES/955 (‘Статут МКТР’), стаття 2(2)(е); і ООН і королівський уряд Камбоджі, Закон про створення надзвичайних палат в судах Камбоджі для судового переслідування за злочини, вчинені в період Демократичної Кампучії (27 жовтня 2004 року) NS/RKM/1004/006 (‘Право НПСК’), стаття 4

¹⁰⁹⁸ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/ Add.2 (‘Елементи злочинів МКС’), Стаття 6(е).

3.2.52.1 Елемент перший: виконавець насильно перемістив одну або декількох осіб

Термін “примусово” не обмежується фізичною силою, але може передбачати загрозу застосування сили або примусу, наприклад, викликаного страхом перед насильством, примусом, затриманням, психологічним пригніченням або зловживанням владою щодо такої особи або осіб або іншої особи, або шляхом використання умов примусу.¹⁰⁹⁹ Дійсно, було визнано, що це положення санкціонує як прямі акти насильницького фізичного переміщення, так і “акти погроз або травмування, які призводять до насильницького переміщення дітей з однієї групи в іншу”.¹¹⁰⁰

3.2.52.2 Елемент четвертий: переміщення було проведене з цієї групи в іншу групу

Цей елемент вимагає, щоб фахівці-практики шукали інформацію, яка підтверджує, що особи належали до захищеної групи (тобто національної, етнічної, расової або релігійної групи), і вони були переведені в іншу групу. Відповідно, передачі, здійснені всередині однієї і тієї ж групи, не підпадають під цю заборону.

3.2.52.3 Елемент п'ятий: особа (особи) були молодше 18 років

Фахівцям також необхідно встановити, що насильно переміщені особи були молодше 18 років.

3.2.52.4 Елемент шостий: виконавець знав або повинен був знати, що така особа або особи молодше 18 років

Цей елемент вимагає, щоб виконавець знав або повинен був знати, що переміщені особи були молодше вісімнадцяти років. Навіть якщо виконавець фактично не знав про вік потерпілого(-ї), він все одно може бути притягнутий до відповідальності за цей злочин, якщо буде встановлено, що він “повинен був знати”, що потерпілі були неповнолітніми.¹¹⁰¹ Це може бути встановлено, якщо, наприклад, виконавцю не вистачало фактичних знань, оскільки він не діяв з достатньою обачністю у відповідних обставинах.¹¹⁰² У цьому сенсі тягар встановлення віку осіб, яких вони насильно переміщують, лежить на виконавцях.¹¹⁰³ Постійної практики насильницького переміщення дітей у віці до 18 років достатньо, щоб дати виконавцям зрозуміти, що існує значна ймовірність того, що потерпілий(-а) був(-ла) молодше 18 років.¹¹⁰⁴

¹⁰⁹⁹ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(е) зноска 5; *Прокурор проти Акайесу*, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998, п. 509.

¹¹⁰⁰ Судове рішення у справі Акайесу, п.п. 509; *Прокурор проти Рутаганди*, ICTR-96-3-T, Рішення та вирок, 6 грудня 1999 року (“Рішення та вирок у справі Рутаганди”), п. 54; *Прокурор проти Кайішеми та ін.*, ICTR-95-1-T, Рішення суду, 21 травня 1999 р., п. 118.

¹¹⁰¹ *Див., mutatis mutandis Прокурор проти Сесая та ін.*, SCSL-04-15-T, Рішення суду, 2 березня 2009 (“Рішення суду у справі Сесая та ін.”), п. 1704.

¹¹⁰² *Див., mutatis mutandis Прокурор проти Катанги та Чуї*, ICC-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008, п. 252.

¹¹⁰³ *Див., mutatis mutandis Рішення суду у справі Сесая та ін.*, п. 1704.

¹¹⁰⁴ *Див., mutatis mutandis Рішення суду у справі Сесая та ін.*, п. 1745.

3.2.52.5 Загальні контекстуальні елементи та елементи суб'єктивної сторони

Врешті, фахівці-практики також повинні задовольнити загальні контекстуальні елементи, спільні для всіх злочинів геноциду, а також мають довести суб'єктивний склад злочину за статтею 30 (див. розділи 3.1 і 3.3).

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
<p>Чи свідчать докази про те, що виконавець насильно перемістив одну або декількох осіб?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Які обставини супроводжували переміщення? • Чи здійснював виконавець фізичне переміщення однієї або декількох осіб? • Чи використовував виконавець страх перед насильством, примус, затримання, психологічний тиск або зловживання владою, або скористався середовищем примусу, щоб перемістити особу? • Як було здійснено переміщення? • Яка була мета переміщення? • Чи отримав виконавець згоду батьків дитини на проведення переміщення? <ul style="list-style-type: none"> ○ Якщо так, чи була ця згода отримана шляхом примусу? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що у неї забрали сина і вона не бачила його кілька років. • Потерпіла свідчить, що коли її забрали від матері, вона намагалася вчепитися за спідницю матері, але виконавець відтягнув її. • Зображення транспортних засобів, що використовуються для насильницького вивезення дітей з певного району. • Інтерв'ю, передане по телебаченню, в якому виконавець пояснив, що діти, чиї сімейні будинки були зруйновані, були перевезені на автобусах і поїздах в інше місце. • Повідомлення засобів масової інформації про те, що виконавці викрадали дітей з їхніх будинків і перевозили їх в іншу частину країни.
<p>Чи свідчать докази про те, що ці особи були переміщені з захищеної групи в іншу групу?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Ким була переміщена дитина? Яке було її культурне, расове, релігійне чи етнічне походження? • Куди було переміщено потерпілого(-у)? • Чи було потерпілого(-у) переміщено в групу, іншу від їх власної? 	<ul style="list-style-type: none"> • Потерпілий з однієї релігії, що свідчить про те, що він був викрадений виконавцями, коли йому було 10 років після того, як його село було спалено дотла, і згодом був усиновлений сім'єю з іншої релігії. • Офіційні документи, пов'язані з усиновленням дітей, що належать до певної етнічної групи, сім'ями, що належать до іншої. • Ідентифікаційні картки, які засвідчують, що хлопчик, якого знімають на відео, має певну національність. • Звіти міжнародних організацій з докладним описом систематичної практики виконавців з викрадення і насильницького переміщення дітей з їх власної расової групи в іншу. • Супутникові знімки колони транспортних засобів з дітьми під

<p>Чи свідчать докази про те, що ці особи були молодші 18 років?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Скільки років було потерпілим, які були насильно переміщені? • Чи є у потерпілого(-ї) посвідчення особи, в якому вказано його (її) вік? • Чи вказує зовнішній вигляд, фізичні характеристики або манера говорити потерпілої особи на те, що їм не виповнилося 18 років, коли вони були насильно переміщені? 	<p>час перетину кордону.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Потерпілі і члени їх сімей, які свідчать про те, що їм не виповнилося 18 років, коли вони були насильно переміщені виконавцем. • Документи, що засвідчують особу потерпілого(-ї), із зазначенням його (її) віку. • Рентгенівський знімок кісток і зубів потерпілого(-ї) із зазначенням їх віку на момент викрадення. • Відео, на якому зображений охоронець у формі, який був нижчим на зріст і здавався молодшим за інших. • Звіти НУО, підготовлені шляхом проведення опитування з особами, які були викрадені виконавцями, коли їм не виповнилося 18 років.
<p>Чи свідчать докази того, що виконавець знав або повинен був знати, що ця особа або особи молодше 18 років?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи знав виконавець, що потерпілим насправді не виповнилося 18 років? • Які ознаки того факту, що виконавець знав, що потерпілим не виповнилося 18 років? • Чи було очевидно за їх зовнішнім виглядом або поведінкою, що потерпілим не виповнилося 18 років? • Які кроки, якщо такі потрібно було б зробити, зробив виконавець для забезпечення того, щоб особи, які були переміщені з захищеної групи в іншу, не були молодше 18 років? • Чи існувала постійна практика примусового переміщення осіб віком до 18 років із захищеної групи, в іншу? Який був процес набору персоналу в цілому? • Чи приділялася міжнародна / внутрішня увага насильницькому переміщенню осіб у віці до 18 років з захищеної групи в іншу протягом даного періоду? • Чи доводилось коли-небудь до відома виконавця(ів) питання про насильницьке переміщення осіб віком до 18 років із захищеної 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який стверджує про те, що він бачив, як дітей виводили з початкової школи в районі проживання певної етнічної групи, і садили в автобуси. • Відеозапис, на якому виконавець бере участь у вивезенні цивільних осіб, зокрема багатьох осіб, які явно не досягли 18-річного віку, з їхніх будинків і завантаження їх в автобуси. • Військові документи, що підтверджують переміщення дітей віком до 18 років з однієї етнічної групи в іншу. • Звіт ООН, що документує широкопоширену практику, використовувану виконавцями для переміщення дітей однієї релігійної групи сім'ям іншої релігійної групи.

	групи в іншу?	
--	---------------	--

Таблиця 60: Стаття 6(е) Підказки для фахівців-практиків

3.2.53 Злочин агресії (стаття 8bis, Римський статут)

Заборона агресії походить із заборони застосування сили, що регулюється Статутом ООН.¹¹⁰⁵ Також загально визнано, що злочин агресії є злочином за міжнародним звичаєвим правом.¹¹⁰⁶

Статут ООН був ратифікований як Україною, так і Росією 24 жовтня 1945 року.¹¹⁰⁷ Заборона на застосування сили викладена в статті 2(4) Статуту ООН і передбачає, що “усі члени утримуються в своїх міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування як проти територіальної недоторканності або політичної незалежності будь-якої держави, так і якимось іншим чином, несумісним із Цілями Об’єднаних Націй”.¹¹⁰⁸ Ця заборона стосується дій держав і, отже, стосується відповідальності держав.

Перші кодифікації міжнародного злочину агресії, що передбачає індивідуальну кримінальну відповідальність, містяться в Статуті Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі 1945 року (“МВТ”). Стаття 6(а) Статуту забороняє “злочини проти миру”, що визначаються як “планування, підготовка, розв’язування або ведення агресивної війни або війни в порушення міжнародних договорів, угод або запевнень, або участь в спільному плані або змові з метою досягнення будь-чого з вищевказаного”.¹¹⁰⁹

Після десятиліть невдалих спроб визначити це поняття, 14 грудня 1974 року Генеральна Асамблея ООН прийняла визначення агресії в Резолюції 3314.¹¹¹⁰ Відповідно до статті 5(2) “агресивна війна є злочином проти миру. Агресія породжує міжнародну відповідальність”. У зв’язку з цим визначення розрізняє *акт* агресії, який передбачає міжнародну відповідальність держав, та агресивну *війну*, яка є “злочином проти міжнародного миру”.¹¹¹¹

Однак, оскільки “визначення агресії” міститься в Додатку до Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН, та враховуючи, що резолюції Генеральної Асамблеї не мають обов’язкової

¹¹⁰⁵ Макдугалл, *Злочин агресії згідно з Римським статутом Міжнародного кримінального суду*, Cambridge University Press, 2013, с.с. 34-35.

¹¹⁰⁶ Й. Тан, *Римський статут як доказ міжнародного звичаєвого права* (Brill 2022), с. 190; І. Браунлі, *Міжнародне право і застосування сили державами* (OUP 1981), с. 185-194; Й. Дінштейн, *Війна, агресія і самооборона* (5-е вид., CUP 2011); С. Глейзер, “Статут Нюрнберзького трибуналу і нові принципи міжнародного права” в Маттро (ред.), *Перспективи Нюрнберзького процесу* (OUP 2008), с.с. 67-69; А.Н. Корачіні, “Оцінювання національного законодавства щодо звичаєвого злочину агресії відповідно до режиму комплементарності Римського статуту” в С. Стен і Г. Слайтер (ред.), *Нова практика Міжнародного кримінального суду* (Brill 2009), с. 725; А. Кассезе та ін. (ред.), *Міжнародне кримінальне право Кассезе* (3-тє вид., OUP 2013), с. 142-143.

¹¹⁰⁷ “Статус договорів: Статут Організації Об’єднаних Націй”.

¹¹⁰⁸ Статут ООН, стаття 2(4).

¹¹⁰⁹ Нюрнберзький статут, стаття 6(а).

¹¹¹⁰ Резолюція 3314 Генеральної Асамблеї ООН.

¹¹¹¹ Резолюція 3314 Генеральної Асамблеї ООН, стаття 5(2). Див., Дінштейн, ‘Агресія’, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, п. 13.

сили,¹¹¹² це не створює юридичних зобов'язань для держав або окремих осіб. Однак на це визначення посилався Верховний Суд України (п. X), і був відтворений у Римському статуті для визначення злочину агресії (*див.* нижче розділ 3.2.53.3).

Стаття 1 Додатку до Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї містить таке широке визначення агресії: “Агресією є застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності або політичної незалежності іншої держави, або яким-небудь іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об'єднаних Націй, як це викладено у визначенні”.¹¹¹³ Як видно, визначення значною мірою нагадує статтю 2(4) Статуту ООН, за винятком кількох помітних відмінностей.¹¹¹⁴ Стаття 3 “Визначення агресії” містить перелік конкретних *актів* агресії. Як обговорюється нижче (*див.* розділ 3.2.53.2.3), цей перелік повторюється в Римському статуті.

Остання кодифікація злочину агресії міститься в Римському статуті Міжнародного кримінального суду.¹¹¹⁵ У 2010 році в Кампалі відбулася Оглядова конференція, під час якої стаття 5(2) була виключена з Римського статуту, а злочин агресії був включений до статті 8*bis*.¹¹¹⁶ Однак ухвалення Кампальських поправок не призвело автоматично до виникнення юрисдикції Суду щодо злочину агресії. Зміни набирають чинності тільки для тих держав, які приймають зміни, через рік після того, як вони висловлюють таку офіційну згоду.¹¹¹⁷ Після того, як необхідна кількість держав ратифікувала цю зміну, юрисдикція МКС щодо злочину агресії набрала чинності 17 липня 2018 року.¹¹¹⁸ На сьогоднішній день 43 держави-учасниці ратифікували Кампальські поправки.¹¹¹⁹

Україна подала до МКС дві заяви про надання юрисдикції Суду щодо всіх злочинів геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів, скоєних на її території з 21 листопада 2013

¹¹¹² *Див.* Статут ООН, стаття 10: ‘Генеральна Асамблея уповноважується обговорювати будь-які питання чи справи в межах цього Статуту, або які стосуються повноважень і функцій кожного з органів, передбачених цим Статутом, і, за винятками, передбаченими статтею 12, давати *рекомендації* Членам Організації Об'єднаних Націй чи Раді Безпеки або Членам Організації та Раді Безпеки з будь-яких таких питань або справ’ (курсив додано).

¹¹¹³ Резолюція 3314 Генеральної Асамблеї ООН, стаття 1.

¹¹¹⁴ *Див.*, Дінштейн, “Агресія”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2015, п. 16: “Але порівняння двох текстів показує, що існує низка варіацій: (i) виключно проста погроза застосування сили; (ii) прикметник “збройна” поставлено перед іменником “сила”; (iii) “суверенітет” згадується разом з територіальною цілісністю і політичною незалежністю потерпілої держави; (iv) потерпілий описується як “інша”, а не “будь-яка” держава; (v) застосування сили заборонено, коли це суперечить Статуту ООН у цілому, а не тільки цілям ООН; (vi) зв'язок створюється разом з іншою частиною Визначення агресії. Деякі з цих пунктів мають другорядне значення, Інші мають більші наслідки”.

¹¹¹⁵ *Див.* Римський статут, стаття 8*bis*.

¹¹¹⁶ МКС, Резолюція RC/Res.6 “Злочин агресії” від 11 червня 2010 року.

¹¹¹⁷ Римський статут, стаття 121(5): “Стосовно держави-учасниці, яка не прийняла цієї поправки, Суд не здійснює своєї юрисдикції в тому, що стосується злочину, який охоплюється такою поправкою, коли він вчиняється громадянами цієї держави-учасниці або на її території”.

¹¹¹⁸ МКС, Резолюція ICC-ASP/16/Res.5, “Активізація юрисдикції Суду щодо злочину агресії” від 14 грудня 2017, п. 1.

¹¹¹⁹ Глобальна кампанія за ратифікацію та імплементацію Кампальських змін про злочин агресії, “Статус ратифікації та імплементації Кампальських поправок про злочин агресії: Оновлення № 36 (інформація станом на 3 лютого 2022 року)”.

року.¹¹²⁰ Ці заяви не поширюють юрисдикцію МКС на злочин агресії. У будь-якому випадку, Росія не є державою-учасницею Римського статуту (і, отже, не прийняла поправки), тому МКС не може здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії, вчиненого її громадянами,¹¹²¹ незалежно від того, чи має Суд юрисдикцію щодо інших міжнародних злочинів на території України.

Тим не менш, Статут МКС та супровідні Елементи злочинів тепер є корисним керівництвом для визначення, тлумачення та застосування злочину агресії. Стаття 8bis Римського статуту визначає злочин агресії як “планування, підготовка, розв’язування або виконання особою, яка має можливість ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, акту агресії, який за своїм характером, тяжкістю і масштабами, є явним порушенням Статуту Організації Об’єднаних Націй”.¹¹²² Як можна бачити, визначення злочину агресії в Статуті МКС містить критерій лідерства.¹¹²³ Це означає, що злочин може бути вчинений тільки “особою, яка в змозі ефективно здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави або керувати ними” (див. розділ 3.2.53.2).¹¹²⁴

Стаття 8bis(2) визначає акт агресії, який означає “застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності чи політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим способом, несумісним із Статутом Організації Об’єднаних Націй”. У статті 8bis(2)(a)-(g) викладено *акти агресії*.¹¹²⁵ Це визначення повторює визначення, що міститься в Резолюції 3314 ГА ООН.

Відповідно до Римського статуту елементи статті 8bis є такими:

1. Виконавець планував, готував, розпочав або втілював акт агресії;
2. Виконавцем була особа, яка могла здійснювати ефективний контроль над або керувати політичними чи військовими діями держави, яка вчинила акт агресії;
3. Було вчинено акт агресії – застосування державою збройної сили проти суверенітету, територіальної цілісності чи політичної незалежності іншої держави або в будь-який інший спосіб, що не відповідає Статуту Організації Об’єднаних Націй;
4. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали, що таке застосування збройної сили суперечило Статуту Організації Об’єднаних Націй;
5. Акт агресії за своїм характером, тяжкістю та масштабом становив явне порушення Статуту Організації Об’єднаних Націй; і
6. Виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали таке явне порушення Статуту Організації Об’єднаних Націй.

¹¹²⁰ Заява Верховної Ради України “Про визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду” від 9 квітня 2014 року. Заява подана Україною відповідно до статті 12(3) Римського статуту.

¹¹²¹ Римський статут, стаття 15bis(5).

¹¹²² Римський статут, стаття 8bis(1).

¹¹²³ Елементи злочинів МКС, стаття 8bis, елемент 2.

¹¹²⁴ Елементи злочинів МКС, стаття 8bis, елемент 2.

¹¹²⁵ Резолюція 3314 ГА ООН.

Агресія криміналізована за статтею 437 Кримінального кодексу України (ККУ), яка забороняє “планування, підготовку, розв’язування та ведення агресивної війни”. Стаття звучить так:¹¹²⁶

1. 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.
2. Ведення агресивної війни або агресивних воєнних дій - карається позбавленням волі на строк від десяти до п’ятнадцяти років.

КК України не визначає точних елементів жодного з цих злочинів, а практика в Україні щодо цього злочину була неоднорідною і часто суперечливою. Тим не менш, як буде більш детально розглянуто нижче, стаття 437 охоплює діяння, подібне до того, що заборонено міжнародним злочином агресії, хоча і з деякими критичними відмінностями.

Зокрема, аналіз української судової практики за статтею 437 свідчить про практику покладання на міжнародні визначення злочину агресії для окреслення параметрів злочину. Зокрема, українські суди неодноразово поклалися на міжнародні документи для тлумачення статті 437, включно з “Визначенням агресії” Генеральної Асамблеї ООН,¹¹²⁷ Нюрнберзькими принципами¹¹²⁸ та Римським статутом.¹¹²⁹

3.2.53.1 Порівняння статті 437 Кримінального кодексу України з міжнародними визначеннями злочину агресії

Хоча стаття 437 ККУ не містить елементів злочину агресії за українським законодавством, текст статті та практика українських судів свідчать про те, що вона охоплює поведінку, подібну до тієї, що заборонена міжнародним злочином агресії, хоча і з деякими критичними відмінностями. Отже, як буде показано нижче, розробка елементів складу злочину агресії за міжнародним правом (див. розділ 3.2.53.2), має безпосереднє відношення до тлумачення статті 437 як інструменту інтерпретації.

У цьому контексті слід розглянути три основні аспекти: (i) поведінка, яка може становити злочин агресії; (ii) визначення агресії; і (iii) хто може бути притягнутий до відповідальності за акт агресії.

3.2.53.1.1 *Поведінка осіб, які можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності*

У сукупності, обидві частини статті 437 передбачають кримінальну відповідальність за такі діяння:

1. **Планування** агресивної війни або збройного конфлікту;
2. **Підготовка** агресивної війни або збройного конфлікту;
3. **Розв’язування** агресивної війни або збройного конфлікту;

¹¹²⁶ Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 № 2341-III, стаття 437.

¹¹²⁷ Постанова Касаційного кримінального суду, справа № 756/4855/17 від 6 грудня 2021 року; Рішення Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹¹²⁸ Рішення Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹¹²⁹ Ухвала Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

4. **Змова** з метою планування, підготовки або розв'язання агресивної війни або збройного конфлікту; та
5. **Ведення** агресивної війни або агресивних бойових дій.

Це встановлює ті ж правила поведінки, що містяться в Статуті Міжнародного військового трибуналу в Нюрнберзі, який включав “планування, підготовку, розв'язування або ведення бойових дій” і “участь в спільному плані або змові з метою досягнення будь-яких з вищевказаних цілей”.¹¹³⁰ Статут Міжнародного військового трибуналу для Далекого Сходу та Нюрнберзькі принципи 1950 року відповідали цьому визначенню.¹¹³¹ Так само Римський статут включає “планування, підготовку, розв'язування або виконання”.¹¹³² Хоча в Римському статуті не зазначається змова, на таке діяння будуть поширюватися види співучасті, зазначені в Римському статуті (див. Розділ 3.4).¹¹³³

Стаття 437 не містить додаткових роз'яснень щодо тлумачення виду діянь, що може призвести до кримінальної відповідальності. Однак судова практика містить деякі рекомендації.

У справі № 235/89/16-к від 6 березня 2018 року Суд постановив, що об'єктивна сторона злочинів, зазначених у статті 437, включатиме управлінські дії для реалізації агресивних планів, зокрема, загальне керівництво усіма силами, залученими у війну або військовий конфлікт, управління збройними силами або військовими операціями, і т.д.¹¹³⁴ Після того, як агресивна війна вже була розпочата, фізична особа все ще може бути притягнута до відповідальності відповідно до статті 437 за зміну існуючих планів, або розробку нових планів для триваючого конфлікту або планування додаткових військових дій.¹¹³⁵

В іншій справі Сватівський районний суд Луганської області виправдав обвинувачених, оскільки не було доказів того, що вони вжили управлінських дій для реалізації агресивних планів, взяли на себе керівництво збройними силами, залученими в конфлікт, проводили військові операції, вносили зміни в план війни або військового конфлікту або створювали плани військових дій.¹¹³⁶ Іншими словами, щоб визнати обвинуваченого відповідальним за злочин агресії за статтею 437, необхідно встановити, що він займався одним з цих видів діяльності.

Додаткові вказівки можна знайти в постанові у справі № 235/89/16-до, де Апеляційний суд Донецької області залишив чинним виправдувальний вирок громадянину Росії, обвинуваченому за статтею 437(2) (ведення агресивної війни) за виконання завдань з приготування їжі на блокпостах незаконних збройних формувань “ДНР”.¹¹³⁷ Натомість, в

¹¹³⁰ Нюрнберзький статут, стаття 5(а).

¹¹³¹ Токійський статут, стаття 6(а); Нюрнберзькі принципи, Принцип VI(а).

¹¹³² Римський статут, стаття 8-біс (1).

¹¹³³ Римський статут, стаття 25.

¹¹³⁴ Постанова Апеляційного суду Донецької області (Бахмут), справа № 235/89/16-к, 6 березня 2018 року.

¹¹³⁵ Постанова Апеляційного суду Донецької області (Бахмут), справа № 235/89/16-к, 6 березня 2018 року.

¹¹³⁶ Ухвала Сватівського районного суду, справа № 642/6196/17, 29 жовтня 2020 року.

¹¹³⁷ Постанова Апеляційного суду Донецької області (Бахмут), справа № 235/89/16-к, 6 березня 2018 року.

окремій справі Донецький апеляційний суд залишив у силі обвинувальні вироки за статтею 437(2) проти двох осіб, які за попередньою змовою приєдналися до незаконного збройного формування, де вони служили членами екіпажу танка.¹¹³⁸ Суд постановив, що дії підсудних, спрямовані на зберігання танка, підтримання його в справному стані і готовність відбити український напад у складі незаконного збройного формування, вказують на те, що вони вчинили дії, пов'язані з веденням агресивної війни.¹¹³⁹ Однак, як згадувалося нижче, останнє рішення несумісне з міжнародним злочином агресії, яке можуть вчинити тільки особи, які займають керівні посади (див Розділ 3.2.53.2.2).¹¹⁴⁰

За відсутності додаткової судової практики та з метою сприяння подальшому розумінню діянь, що кваліфікуються як злочини агресії, практики можуть звернутися до практики міжнародних документів та установ, щоб визначити, який тип діянь може бути криміналізований за статтею 437(див. Розділ 3.2.53.2).

3.2.53.1.2 *Визначення агресивної війни/акту агресії*

По-друге, хоча стаття 437 не дає визначення “агресивної війни” або “агресивних військових дій”, аналіз українського законодавства і практики вказує на інкорпорацію міжнародних визначень агресії. Зокрема, стаття 1 Закону України “Про оборону України”, яка пропонує визначення агресії в контексті права застосування сили, і судова практика українських судів, що стосується злочину агресії, підтверджує, що визначення Резолюції 3314 ГА ООН (і, як наслідок, визначення статуту МКС, яке повторює визначення Резолюції) застосовні.

Як вказувалось раніше, як у Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН, так і в Статуті МКС агресія визначається як “застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким чином, несумісним зі Статутом Організації Об'єднаних Націй”.¹¹⁴¹ Обидва визначення містять невичерпний перелік діянь, які кваліфікуються як акти агресії.¹¹⁴²

Почнемо з того, що визначення “збройної агресії проти України”, що міститься у статті 1 Закону України “Про оборону України”, значною мірою відповідає визначенню агресії ГА ООН.¹¹⁴³ Українське визначення включає всі дії, перераховані в підпунктах (а) - (g) визначення ГА ООН, вони просто сформульовані таким чином, якби відповідні дії здійснювалися проти України.

¹¹³⁸ Постанова Апеляційного суду Донецької області (Маріуполь), справа № 263/15014/15-к, 16 травня 2018 року.

¹¹³⁹ Постанова Апеляційного суду Донецької області (Маріуполь), справа № 263/15014/15-к, 16 травня 2018 року.

¹¹⁴⁰ Римський статут, стаття 8-біс; Елементи злочинів МКС, стаття 8-біс, елемент 2.

¹¹⁴¹ Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 1; Римський статут, стаття 8-біс(2).

¹¹⁴² Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 3(а)-(g); Римський статут, стаття 8-біс(2)(а)-(g).

¹¹⁴³ Закон України “Про оборону України” від 6 грудня 1991 № 1932-ХІІ, стаття 1. Зверніть увагу, відмінності у формулюваннях існують тому, що українське законодавство визначає акти агресії “проти України”. Таким чином, закон описує приклади актів агресії так, якби вони здійснювалися проти України. Наприклад, щодо першої категорії агресії: і. Закон України “Про оборону України”: “вторгнення або напад збройних сил іншої держави або групи держав на територію України, а також окупація або анексія частини території України” (курсив додано); іі. Визначення ГА ООН: “(а) вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не носила, що є результатом такого вторгнення або нападу, або будь-яка інша анексія із застосуванням сили території іншої держави або її частини”.

Крім того, українські суди також визнали міжнародні визначення агресії. У судовому процесі щодо колишнього Президента України Віктора Януковича за статтею 437 суд послався на визначення агресії, що міститься в Резолюції 3314 ГА ООН, і спирався на нього.¹¹⁴⁴ В іншій справі Оболонський районний суд міста Києва кваліфікував акт агресії Росії проти України, пославшись на акти агресії, перераховані в статті 3 Резолюції 3314 ГА ООН.¹¹⁴⁵ У тій же справі суд посилався на “Нюрнберзькі принципи”,¹¹⁴⁶ встановивши, що агресивний елемент війни може проявлятися в меті держави, яка почала війну, окупувати або завоювати територію іншої держави, повністю або частково.¹¹⁴⁷

Важливо, що українська судова практика відзначила, що поняття “агресія” і “агресивна війна” не тотожні. Зокрема, ця судова практика встановила, що агресивна війна є різновидом агресії, і що агресивна війна відрізняється масштабом дій, поєднанням застосування збройних сил з іншими засобами (економічними, дипломатичними, ідеологічними, інформаційними), а також формулюванням і реалізацією певних політичних завдань, зокрема окупацією частини території суверенної держави.¹¹⁴⁸ Цей підхід віддзеркалює визначення Резолюції 3314 ГА ООН, в якому уточнюється, що “агресивна війна є злочином проти міжнародного миру. Агресія спричиняє міжнародну відповідальність”.¹¹⁴⁹ Аналогічним чином, згідно з Римським статутом, для того, щоб становити злочин *агресії*, акт агресії за своїм характером, тяжкістю і масштабами має бути явним порушенням Статуту Організації Об’єднаних Націй.¹¹⁵⁰ Іншими словами, хоча всі *акти* агресії призведуть до відповідальності держави за міжнародним правом, необхідний мінімальний рівень тяжкості, щоб викликати індивідуальну кримінальну відповідальність як за статтею 437, так і за міжнародним правом.

У цілому, хоча стаття 437 не містить визначення “агресивної війни” для своїх цілей, судова практика вказує, що її можна тлумачити відповідно до визначення Резолюції 3314 Генеральної Асамблеї ООН (і, отже, статті 8-біс Римського статуту, яка повторює визначення Резолюції ГА ООН). Відповідно, практика міжнародних документів та установ у визначенні агресії може бути використана українськими суддями як інструмент тлумачення для уточнення статті 437.

3.2.53.1.3 Роль виконавця (Вимога керівництва)

Як вказувалось вище, міжнародний злочин агресії містить вимогу про керівництво (лідерство). Згідно зі Статутом МКС, міжнародний злочин агресії може бути скоєний тільки “особою, яка в змозі ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або

¹¹⁴⁴ Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 3; Постанова Касаційного кримінального суду, справа № 756/4855/17 від 6 грудня 2021 року.

¹¹⁴⁵ Рішення Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹¹⁴⁶ Резолюція Генеральної Асамблеї ООН № 95(І) “Підтвердження принципів міжнародного права, визнаних Статутом Нюрнберзького трибуналу” від 11 грудня 1946 року.

¹¹⁴⁷ Рішення Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹¹⁴⁸ Постанова Касаційного кримінального суду, справа № 756/4855/17 від 6 грудня 2021 року; Рішення Оболонського районного суду Києва, справа № 756/4855/17, 24 січня 2019 року.

¹¹⁴⁹ Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 5(2).

¹¹⁵⁰ Елементи злочинів МКС, стаття 8-біс, елемент 5.

військовими діями держави, яка вчинила акт агресії”.¹¹⁵¹ Цей елемент також був закріплений у судовій практиці Нюрнберзького трибуналу (див. Розділ 3.2.53.2.2).¹¹⁵²

Однак текст статті 437 не містить такої вимоги, і під час першого прочитання створюється враження, що будь-яка особа може бути притягнута до відповідальності за планування, підготовку або розв’язування агресивної війни відповідно до ККУ, включаючи чиновників низького рангу і навіть піхотинців. Відсутність цієї вимоги керівництва викликає питання щодо її відповідності міжнародним стандартам.

Українська судова практика залишається неврегульованою з цього питання. Ухвала Верховного Суду у справі № 415/2182/20 розглядала обидва злочини, зазначені в статті 437, і визнала дійшов висновку, що питання про те, чи можуть особи, які фактично контролюють політичні та військові дії держави, підпадати під дію статті 437, є винятковим правовим питанням, яке має бути вирішене Великою Палатою Верховного Суду.¹¹⁵³ Верховний Суд визнав, що у судовій практиці судів першої та апеляційної інстанцій існує неоднозначне застосування статті 437 через її нечіткість, що негативно впливає на додержання принципу правової визначеності та потребує передачі справи на розгляд Великої Палати Верховного Суду.¹¹⁵⁴ Велика палата ще не прийняла рішення з цього питання.

Згідно з постановою Верховного Суду, хоча положення статті 437 не містять жодних обмежень чи додаткових ознак щодо суб’єкта кримінального правопорушення, деякі вчені в галузі кримінального права стверджують, що текст статті 437 не обмежує сферу застосування злочину до осіб, які займають керівні посади, на практиці злочин може вчинити тільки особа, яка справді здатна здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави.¹¹⁵⁵ Цей висновок заснований на таких міркуваннях:

- (i) Матеріальні елементи статті 437 – “планування”, “підготовка”, “розв’язування” або “ведення” агресивної війни - нерозривно пов’язані з лідерським характером злочину; та
- (ii) Поширення сфери застосування злочину на інших осіб, які не займають керівні посади, було б несумісне з міжнародним формулюванням злочину і, таким чином, порушувало б принцип визначеності в кримінальному праві.¹¹⁵⁶

Однак, як зазначив Верховний суд, українські суди на практиці застосовували статтю 437 неоднаково. У деяких справах суди постановили, що об’єктивні елементи злочину (планування, підготовка, розв’язування або ведення агресивної війни) можуть бути здійснені тільки посадовою особою збройних сил або інших військових формувань, а також

¹¹⁵¹ Римський статут, стаття 8-біс; Елементи злочинів МКС, стаття 8-біс, елемент 2.

¹¹⁵² Комісія міжнародного права, “Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу і в рішенні трибуналу, з коментарями” (1950), п. 117.

¹¹⁵³ Ухвала Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

¹¹⁵⁴ Ухвала Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

¹¹⁵⁵ Ухвала Верховного суду, справа № 415/2182/20, 3 лютого 2022 року.

¹¹⁵⁶ Див. нижче, Розділ 3.2.53.2.2.

державним органом високого рівня, який через свої повноваження, здатний вчинити відповідний акт.¹¹⁵⁷ Цей підхід значною мірою відповідає міжнародній практиці, як обговорюється нижче (див. Розділ 3.2.53.2.2).

З іншого боку, існує практика засудження рядових солдатів і командирів нижчої ланки за злочин ведення агресивної війни відповідно до статті 437(2) ККУ.¹¹⁵⁸ Як приклад, у своєму рішенні у справі № 263/1504/15-к Донецький апеляційний суд залишив без змін обвинувальний вирок стосовно двох осіб, засуджених за статтею 437(2). Засуджені особи вступили в незаконне збройне формування і служили членами танкового екіпажу, де вони утримували і обслуговували танк з метою відбиття будь-якого потенційного нападу Збройних сил України.¹¹⁵⁹

Крім того, що цей підхід несумісний з міжнародною практикою і, отже, порушує принцип визначеності в кримінальному праві,¹¹⁶⁰ він викликає деякі занепокоєння. По-перше, покарання, передбачене пунктом 2 статті 437 (тобто командири нижчої ланки, які ведуть агресивну війну), *вище*, ніж покарання, передбачене пунктом 1 (керівництво, яке бере участь у плануванні, підготовці та ініціюванні).¹¹⁶¹ Такий результат суперечить основоположному принципу кримінального права, згідно з яким покарання має бути пропорційно характеру і тяжкості злочину.¹¹⁶²

По-друге, такий підхід суперечить принципу імунітету комбатантів, який забороняє судове переслідування комбатантів просто за участь у бойових діях.¹¹⁶³ Справді, важливим аспектом елемента керівництва міжнародного злочину агресії є захист принципу імунітету комбатанта.¹¹⁶⁴ У контексті агресивних воєн, за умови, що звичайні солдати на боці агресивної держави дотримуються законів міжнародного збройного конфлікту, вони користуються імунітетом від судового переслідування.¹¹⁶⁵ Поведінка військовослужбовців, які беруть участь у подальшій агресивній війні, регулюється МГП, що означає, що вони можуть бути притягнуті до відповідальності за порушення МГП (але не за їх участь у

¹¹⁵⁷ Постанова Апеляційного суду Дніпропетровської області, справа № 426/1211/17, 24 січня 2022 року; Ухвала Сватівського районного суду, справа № 642/6196/17, 29 жовтня 2020 року; Постанова Апеляційного суду Донецької області (Бахмут), справа № 235/89/16-к, 6 березня 2018 року.

¹¹⁵⁸ Рішення Артемівського міськрайонного суду Донецької області, справа № 219/10228/15-к, 22 серпня 2019 року; Рішення Іллічівського районного суду Маріуполя, Донецька область, справа № 221/2405/15-к, 24 листопада 2017 року; Рішення Білокуракинського районного суду Луганської області, справа № 409/2799/16-к, 13 грудня 2016 рік.

¹¹⁵⁹ Рішення Білокуракинського районного суду Луганської області, справа № 409/2799/16-к, 13 грудня 2016 рік.

¹¹⁶⁰ Див. нижче, Розділ 3.2.53.2.2.

¹¹⁶¹ ККУ, стаття 437. Встановлене покарання відповідно до частини 1 становить від семи до десяти років, тоді як встановлене покарання відповідно до частини 2 становить від десяти до п'ятнадцяти років.

¹¹⁶² Див., Вирок у справі *Тодоровича*, IT-95-9/1-S, 31 липня 2001 року, п. 29.

¹¹⁶³ Додатковий протокол I, стаття 43(2): "військовослужбовці сторони в конфлікті [...] є комбатантами, тобто вони мають право безпосередньо брати участь у бойових діях". Див. також МКЧХ, "Імунітети", Як право захищає на війні.

¹¹⁶⁴ Данненбаум, "Криміналізація агресії та солдати" 29 *European Journal of International Law* 859, с. 868.

¹¹⁶⁵ Джексон і Аканде, "Право на життя і *jus ad bellum*: рівність сторін, що воюють, і обов'язок судового переслідування акти агресії", 71 *International and Comparative Law Quarterly* 453, с. 2.

бойових діях).¹¹⁶⁶ Принцип імунітету комбатанта є важливою перешкодою для переслідування рядових солдатів за злочин агресії відповідно до статті 437, навіть за відсутності кодифікованої вимоги керівництва.

У підсумку, критерії статті 437 самі по собі не є несумісними з міжнародними документами, що визначають агресію. Однак відсутність вимоги керівництва призвела до неоднорідної практики. Велика палата Верховного Суду, ще має вирішити, чи може злочин бути скоєний лише тими, хто здатен здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави, що означає, що вимога керівництва є елементом злочину агресії відповідно до статті 437.

За винятком вимоги щодо керівництва, яка ще не визначена в українському законодавстві, стаття 437 значною мірою подібна до міжнародних визначень і тлумачиться відповідно до них. Таким чином, фахівці можуть звертатися до міжнародних документів та судової практики, щоб допомогти в їх тлумаченні.

3.2.53.2 Елементи злочину агресії за міжнародним правом

3.2.53.2.1 Елемент перший: виконавець спланував, підготував, розпочав або втілює акт агресії

Щоб довести злочин агресії, фахівці-практики повинні спочатку встановити, що виконавець спланував, підготував, розпочав або втілює акт агресії.

Хоча при першому прочитанні може здатися, що включення термінів “планування” і “підготовка” означає, що виконавець може бути притягнутий до відповідальності за злочин агресії, навіть якщо сам акт агресії не був здійснений, це було б несумісно з Елементом третім (див. розділ 3.2.53.3 нижче), який вимагає, щоб “акт агресії [...] був здійснений”.¹¹⁶⁷

Нюрнберзький трибунал не зміг пояснити, чи підпадали позитивні дії обвинувачених під категорії “планування”, “підготовки”, “розв’язування” або “ведення” війни або агресії.¹¹⁶⁸ Однак трибунал визначив індивідуальну поведінку кожного обвинуваченого, що призвело до їх кримінальної відповідальності. Таким чином, він може дати деякі рекомендації щодо типу індивідуальної поведінки, яка може призвести до кримінальної відповідальності за злочин агресії.

- **“Планування”** стосується участі особи в плануванні акту агресії, який в кінцевому підсумку має відбутися, щоб перший елемент був задоволений.¹¹⁶⁹ Планування може

¹¹⁶⁶ Перша Женевська конвенція I, стаття 2: “ця Конвенція застосовується в усіх випадках оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами”. Див. також Друга Женевська конвенція, стаття 2; Третя Женевська конвенція, стаття 2; Четверта Женевська конвенція, стаття 2.

¹¹⁶⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 8bis, елемент 3. Див. також Шабас, Коментар МКС, с. 308.

¹¹⁶⁸ Макдугалл, “Прецедент злочинів проти миру” у Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2017, 49, с. 85.

¹¹⁶⁹ О. Тріфтерер і К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3-е вид., Beck/Hart/Nomos 2016) (“Тріфтерер і Амбос: Коментар”), сс. 588-589.

передбачати, наприклад, участь у нарадах, на яких формулюються плани застосування сили,¹¹⁷⁰ або участь у плануванні військових операцій.¹¹⁷¹

- **“Підготовка”** означає вжиття конкретних кроків для реалізації плану.¹¹⁷² Це може включати низку заходів, таких як створення необхідного економічного або військового потенціалу, включаючи придбання зброї, підготовку військ на кордоні або ліквідацію активів для фінансування війни.¹¹⁷³ Підготовка може також приймати форму політичної або дипломатичної діяльності, наприклад, створення військових союзів або приховування агресивних намірів держави на багатосторонніх форумах для отримання військової переваги.¹¹⁷⁴ Судова практика Нюрнберга вказує на те, що однієї економічної підготовки достатньо для винесення обвинувального вердикту за злочин агресії.¹¹⁷⁵
- **“Розпочинання”** означає фактичний початок застосування збройної сили одним із способів, описаних у частині 2 Статті 8bis.¹¹⁷⁶ “Втілення” охоплює всі дії, здійснені для просування акту агресії після його офіційного початку.¹¹⁷⁷
- Судова практика Нюрнберзького трибуналу вказує на те, що **“ведення”** агресивної війни, як і **“здійснення”** відповідно до Римського статуту, складається з дій, вжитих після початку військових дій.¹¹⁷⁸ У зв’язку з цим Нюрнберзький трибунал визнав обвинуваченого відповідальним за **“формулювання та здійснення окупаційної політики на окупованих східних територіях”**.¹¹⁷⁹ Таким чином, **“здійснення”**, здається, охоплює такі дії, як встановлення окупаційної влади та управління територією, окупованою внаслідок агресивної війни.¹¹⁸⁰

3.2.53.2.2 *Елемент другий: виконавцем була особа, яка могла здійснювати ефективний контроль над або керувати політичними чи військовими діями держави, яка вчинила акт агресії*

Як зазначалося вище, в українських судах існує неоднакова практика щодо того, чи може злочин агресії вчинятися лише тими, хто здатен здійснювати контроль над

¹¹⁷⁰ С. Макдугалл, *Злочин Агресії Відповідно до Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду*, (CUP 2013), с. 187.

¹¹⁷¹ Рішення суду Нюрнберзького міжнародного військового трибуналу 1946 (1947) 41 AJIL 172, с. 561; С Макдугалл, *Злочин Агресії Відповідно до Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду*, (CUP 2013), с. 172.

¹¹⁷² М. Грінспен, *Сучасне Право Сухопутної Війни* (University of California Press, 1959), с. 455; Тріфтерер і Амбос: *Коментар*, с. 589.

¹¹⁷³ С. Макдугалл, *Злочин Агресії Відповідно до Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду*, (CUP 2013), с. 187.

¹¹⁷⁴ С. Макдугалл, *Злочин Агресії Відповідно до Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду*, (CUP 2013), с. 187.

¹¹⁷⁵ Див. МВТ Нюрнберга, Рішення від 1 жовтня 1946 р., с.с. 122-123, де трибунал визнав Функа відповідальним за злочини проти миру за “участь в економічній підготовці до деяких агресивних воєн”.

¹¹⁷⁶ Римський статут, стаття 8bis(2); Тріфтерер і Амбос: *Коментар*, с. 590.

¹¹⁷⁷ Тріфтерер і Амбос: *Коментар*, с. 590.

¹¹⁷⁸ Макдугалл, “Прецедент злочинів проти миру” у Кресс, *Злочин агресії: Коментар*, Cambridge University Press, 2017, 49, с. 86.

¹¹⁷⁹ МВТ Нюрнберга, Рішення від 1 жовтня 1946 р., с. 114.

¹¹⁸⁰ МВТ Нюрнберга, Рішення від 1 жовтня 1946 р., с. 143.

політичними або військовими діями держави. Поки Велика Палата Верховного Суду ще не ухвалила рішення з цього питання, хто може бути суб'єктом статті 437, залишається незрозумілим.

Однак, згідно з визначеннями міжнародного кримінального права, злочин агресії містить “вимогу керівництва”, що означає, що він застосовується лише до “особи, яка має можливість ефективно здійснювати контроль над політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії, або керувати цими діями”.¹¹⁸¹ Цей елемент також був встановлений у судовій практиці Нюрнберзького трибуналу, як про це вказала Комісія міжнародного права у своєму коментарі до Нюрнберзьких принципів: “Комісія розуміє вираз [“ведення” агресивної війни] як такий, що стосується лише високопоставлених військових чиновників та вищих державних службовців, і вважає, що це також думка трибуналу”.¹¹⁸²

Це обмежується “особою, яка спроможна здійснювати ефективний контроль або керувати політичними чи військовими діями держави, яка вчинила акт агресії”.¹¹⁸³ Цим критерієм може відповідати більше ніж одна особа в ієрархії керівництва держави.¹¹⁸⁴

Сюди входять, щонайменше, глави держав і урядів, міністри оборони та інші військові керівники, як-от командири та генерали високого рівня, але також можуть входити інші особи, які кваліфікуються як такі, що здійснюють відповідний контроль або керівництво.¹¹⁸⁵ Міжнародний військовий трибунал у Нюрнберзі відкинув аргументи обвинуваченого про те, що повна диктатура Гітлера звільняє всіх інших від відповідальності.¹¹⁸⁶

Використання терміну “ефективний” означає, що важливою є фактична (*де-факто*) здатність виконавця, а не його формальний (*де-юре*) ранг чи звання.¹¹⁸⁷ Це означає, що глави держав, які виконують лише церемоніальні функції, і які не можуть брати участь у процесі прийняття рішень, що стояв за актом агресії, не можуть бути притягнені до відповідальності за злочин.¹¹⁸⁸ На практиці, щоб встановити, чи може особа бути притягнута до відповідальності за злочин агресії, сам по собі юридичний титул не обов'язково є визначальним. Фахівці мають проаналізувати роль, яку особа відіграє в процесі прийняття рішень на практиці, перш ніж визначити, чи є достатнім рівень контролю/впливу, який вона може здійснювати.

Крім того, положення про керівництво застосовується не тільки до основних виконавців, а й до пособників. Отже, особи, які беруть участь у злочині менш прямим способом,

¹¹⁸¹ Римський статут, Стаття 8bis(1); Елементи злочинів МКС, Стаття 8bis, Елемент 2.

¹¹⁸² КМП, “Принципи міжнародного права, визнані в Статуті Нюрнберзького трибуналу і в рішенні трибуналу, з коментарями” (1950), п. 117.

¹¹⁸³ Римський статут, стаття 8bis(1); МКС Елементи злочинів, стаття 8bis, Елемент 2.

¹¹⁸⁴ МКС Елементи злочинів, зноска 75.

¹¹⁸⁵ Тріфтерер, с. 591.

¹¹⁸⁶ МВТ Нюрнберга, Рішення від 1 жовтня 1946 р., с.с. 57-58.

¹¹⁸⁷ Тріфтерер, с. 591.

¹¹⁸⁸ Тріфтерер, с. 591.

наприклад, шляхом надання допомоги та підбурювання (див. розділ 3.4), будуть притягнуті до відповідальності за цей злочин лише в тому випадку, якщо вони також відповідають вимогам керівництва.¹¹⁸⁹

3.2.53.2.3 *Елемент третій: було скоєно акт агресії*

Цей елемент вимагає встановлення факту вчинення акту агресії, а саме “застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, несумісним зі Статутом Організації Об’єднаних Націй”.¹¹⁹⁰ Визначення агресії та дій, які кваліфікуються як акти агресії, містяться в статті 8bis(2),¹¹⁹¹ яка повторює визначення, що міститься в Резолюції 3314 ГА ООН.¹¹⁹² Як вказувалось вище, (див. розділ 3.2.53.1.2), українські суди спиралися на це тлумачення при визначенні “агресивної війни” відповідно до статті 437. Фактично цей елемент означає, що окремі особи не можуть бути притягнуті до відповідальності за замах на агресію.¹¹⁹³

Для того, щоб встановити, чи мав місце “акт агресії”, фахівці-практики повинні спочатку звернутися до пункту 2 статті 8bis, в якій наведено таке визначення:

Римський статут, стаття 8bis

[...]

2. Для цілей параграфу 1 “акт агресії” означає використання збройної сили державою проти суверенітету, територіальної цілісності або політичної незалежності іншої держави або в будь-який інший спосіб, що суперечить Статуту Організації Об’єднаних Націй. Будь-які з наведених нижче діянь, незалежно від оголошення війни, відповідно до резолюції 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї Організації Об’єднаних Націй від 14 грудня 1974 р., кваліфікуються як акт агресії:

- (a) Вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка збройна окупація, хоч би тимчасова, внаслідок такого вторгнення або нападу, або будь-яка анексія території іншої держави або її частини з використанням сили;
- (b) Бомбардування збройними силами держави території іншої держави або використання будь-якої зброї державою проти території іншої держави;
- (c) Блокада портів або узбережжя держави збройними силами іншої держави;

¹¹⁸⁹ Римський статут, стаття 25 (3bis).

¹¹⁹⁰ Римський статут, стаття 8bis(2); Елементи злочинів МКС, стаття 8bis, елемент 3; Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 1.

¹¹⁹¹ Римський статут, стаття 8bis(2); Елементи злочинів МКС, стаття 8bis, вступ, п. 1.

¹¹⁹² Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 3.

¹¹⁹³ Тріфтерер, с. 588.

(d) Напад збройних сил держави на сухопутні, морські чи повітряні сили або морський і повітряний флот іншої держави;

(e) Використання збройних сил однієї держави, які перебувають на території іншої держави за згодою останньої, всупереч умовам, передбаченим угодою, або будь-яке продовження їхньої присутності на такій території після припинення дії угоди;

(f) Дії держави, що полягають у дозволі використовувати свою територію, яку вона надала в розпорядження іншої держави, для вчинення останньою акту агресії проти третьої держави;

(g) Надсилання державою або від її імені збройних формувань, груп, нерегулярних військ чи найманців, які здійснюють дії збройної сили проти іншої держави такої тяжкості, що прирівнюються до дій, перерахованих вище, або її істотна участь у цьому.

Термін **“застосування збройної сили”** означає, що лише *збройна* сила, а не, наприклад, політична чи економічна сила, може вважатися актом агресії.¹¹⁹⁴ Це визначення вужче за сферою застосування, ніж стаття 2(4) Статуту ООН, оскільки під нього підпадатиме лише *застосування сили*, на відміну від *погроз* силою, які заборонені Статутом ООН.¹¹⁹⁵

Визначення також передбачає, що акт агресії має бути здійснений “державою”, тобто приватні суб’єкти не можуть вчиняти злочин агресії.¹¹⁹⁶ Чи може держава бути притягнута до відповідальності за застосування сили з боку приватних суб’єктів, буде залежати від того, чи можна віднести поведінку таких суб’єктів до дій держави відповідно до права про відповідальність держав.¹¹⁹⁷ Це означає, що виконавець був або “повністю залежним: від держави, або діяв під “ефективним контролем” держави.¹¹⁹⁸

“Повна залежність” означає, що, хоча суб’єкт може бути юридично відокремлений від держави, на практиці він діє як інструмент цієї держави.¹¹⁹⁹ Це вимагає, щоб судді виходили за рамки правового статусу юридичної особи та оцінювали практичну реальність її

¹¹⁹⁴ У. Шабас, *Міжнародний Кримінальний Суд: Коментар до Римського Статуту* (2-е вид., OUP 2016), с. 314; Тріфтерер, с. 604

¹¹⁹⁵ Статут ООН, стаття 2(4): “Усі члени повинні утримуватися у своїх міжнародних відносинах від погрози силою або її застосування проти територіальної цілісності чи політичної незалежності будь-якої держави або в будь-який інший спосіб, що суперечить цілям Організації Об’єднаних Націй.”. Див. Тріфтерер, с. 604.

¹¹⁹⁶ С. Саяпін, *Злочин Агресії в Міжнародному Кримінальному Праві: Історичний Розвиток, Порівняльний Аналіз і Сучасний Стан* (Asser Press 2014), с. 260.

¹¹⁹⁷ Див. Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с. 605; КМП, *Проекти статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння*, 2001 рік.

¹¹⁹⁸ Комісія міжнародного права, *Проекти статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння*, 2001 рік, статті 4 і 8; МСС, *Рішення у справі Нікарагуа*, 1986 рік, п.п. 109, 115; МСС, *Рішення у справі Геноцид у Боснії*, 2007 рік, п.п. 391-393, 399-400, 406.

¹¹⁹⁹ *Рішення у справі Нікарагуа*, 1986 рік, п. 109; *Рішення у справі Геноцид у Боснії*, 2007 рік, п.п. 391-393; КМП, *Проект статей про відповідальність держав за міжнародно-протиправні діяння*, 2001 рік, стаття 4.

відносин з державою, а також те, чи є вони “настільки тісно пов’язаними, щоб виступати не більше ніж її агентом”.¹²⁰⁰

Для встановлення “**ефективного контролю**” фахівці-практики повинні визначити, чи держава не лише озброювала та/або фінансувала недержавну збройну групу і здійснювала нагляд за її діями, але й надавала конкретні інструкції цьому суб’єкту або здійснювала контроль за кожною операцією, під час якої відбувалися передбачувані порушення.¹²⁰¹ За таких обставин застосування збройної сили недержавного збройного формування може становити “застосування збройної сили державою” за першим елементом злочину агресії. Дійсно, як обговорюється нижче, такий сценарій врахований у пункті 2(g) статті 8bis.

Для того, щоб встановити акт агресії, фахівці-практики також повинні довести, що застосування збройної сили було направлене проти **суверенітету, територіальної цілісності чи політичної незалежності іншої держави або будь-яким іншим чином, що суперечить Статуту Організації Об’єднаних Націй**.¹²⁰² Формулювання тут аналогічне загальному міжнародному праву, що забороняє застосування сили, що передбачене статтею 2(4) Статуту ООН.¹²⁰³ Фактично, “територіальна цілісність” та “політична незалежність” охоплює будь-який збройний напад, який впливає на фактичний контроль іншої держави над своєю територією або намагається контролювати органи такої держави та впливати на їх здатність приймати рішення.¹²⁰⁴ “У будь-який інший спосіб, що не відповідає Статуту Організації Об’єднаних Націй” означає, що застосування сили може становити акт агресії, якщо воно здійснюється таким чином, що робить його несумісним з положеннями Статуту, що регулюють застосування сили.¹²⁰⁵

Це означає, що фахівці-практики повинні перевірити, чи вдалася держава до збройної сили як законного способу самооборони згідно зі статтею 51 Статуту ООН, чи така держава використовувала збройну силу за дозволу Ради Безпеки відповідно до розділу VII.¹²⁰⁶

1. **Самозахист:** застосування збройної сили державою проти іншої держави не буде вважатися актом агресії, якщо воно здійснюється як правомірне здійснення індивідуального або колективного самозахисту відповідно до статті 51 Статуту ООН.¹²⁰⁷ Відповідно до міжнародного права, будь-яке застосування сили для

¹²⁰⁰ МСС, Рішення у справі *Геноцид у Боснії*, 2007 рік, п. 205.

¹²⁰¹ Рішення у справі Нікарагуа, п. 115; Рішення щодо геноциду в Боснії, пп. 399-400, 406; ARSIWA, ст. 8.

¹²⁰² Статут ООН, стаття 2(4); Тріфтерер, сс. 605-606.

¹²⁰³ Статут ООН, стаття 2(4); Тріфтерер і Амбос, *Коментар*, с.с. 605-606.

¹²⁰⁴ С. К. Н. Блей, “Територіальна Цілісність І Політична Незалежність”, MPIL (березень 2010), п. 8-9.

¹²⁰⁵ Тріфтерер, с. 607.

¹²⁰⁶ Див., *наприклад*, Резолюцію 1973 Ради Безпеки ООН (17 березня 2011 року), яка санкціонувала застосування сили в Лівії.

¹²⁰⁷ Статут ООН, стаття 51: “Ніщо в цьому Статуті не перешкоджає невід’ємному праву на індивідуальну або колективну самооборону, якщо збройний напад відбувається проти члена Організації Об’єднаних Націй, доки Рада Безпеки не вживе заходів, необхідних для підтримки міжнародного миру і безпеки.”

самозахисту має бути необхідним у відповідь на напад і пропорційним (тобто не надмірним) щодо цього нападу.¹²⁰⁸

2. **Дозвіл відповідно до глави VII:** Рада Безпеки ООН, діючи згідно зі своїми повноваженнями за главою VII, може дозволити застосування сили.¹²⁰⁹ Застосування сили державою за таких обставин не може вважатися актом агресії.

Врешті, фахівці-практики повинні мати на увазі, що перелік “будь-яких із наступних діянь”, наведених у пункті 2 статті 8bis, не є вичерпним.¹²¹⁰ Справді, Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 3314 (“Визначення агресії”) чітко вказує, що “наведені вище дії не є вичерпними, і Рада Безпеки може встановити, що інші акти становлять агресією відповідно до положень Статуту”.¹²¹¹

Далі буде наведено кожен з актів агресії, наведених у статті 8bis(2) Статуту МКС і статті 3 Резолюції 3314 ГА ООН.

3.2.53.2.3.1 Вторгнення або напад збройних сил держави (стаття 8bis(2)(a))

Першим актом агресії з переліку є “вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка збройна окупація, хоч би тимчасова, внаслідок такого вторгнення чи нападу, або будь-яка анексія території іншої держави або її частини шляхом використання сили”. Збройний напад Росії на Україну, що розпочався 24 лютого 2014 р., загалом визнається як акт агресії.¹²¹²

Ситуації військової окупації також підпадають під цю категорію. Як зазначено у Статті 42 Гаазького положення 1907 р.: “територія вважається окупованою, якщо вона фактично перебуває під владою ворожої армії”.¹²¹³ Зокрема, Офіс Прокурора МКС дійшов висновку, що ситуація в Криму є окупацією.¹²¹⁴

¹²⁰⁸ *Демократична Республіка Конго проти Уганди*, ICJ GL No 116, Рішення, 19 грудня 2005 (“Справа щодо Збройних Дій”), п. 147; Рішення у справі *Нікарагуа*, п. 176.

¹²⁰⁹ Див., напр., Резолюцію 1973 Ради Безпеки ООН року від 17 березня 2011 року, яка дозволила застосування сили в Лівії

¹²¹⁰ Доповідь Спеціального Комітету з Питання Визначення Агресії, UN Doc. A/9619, сс. 23-24; Тріфтерер, с. 606; У Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту* (2-е вид., OUP 2016), сс. 313-314

¹²¹¹ Резолюція 3314 ГА ООН, стаття 4.

¹²¹² “Російська Агресія”, Постійне представництво України при Організації Об’єднаних Націй в Нью-Йорку; RULAC, *Міжнародний збройний конфлікт в Україні*; К. Крес (ред.), *Злочин Агресії: Коментар* (CUP 2016) (“Важко зрозуміти, як можливо заперечувати, що Російська Федерація в 2014 році “безкровне вторгнення” на частину території України досягло необхідної серйозності і масштабу”); Guardian, “Статус Росії в G8 під загрозою через “неймовірний акт агресії” в Криму, каже Керрі” (2 березня 2014).

¹²¹³ Гаазьке положення 1907, Стаття 42. Див. також *Правові наслідки будівництва стіни на окупованій палестинській території*, ICJ GL No 131, Консультативний висновок, 9 липня 2004 (“Консультативний висновок щодо будівництва стіни”), п. 78; *Прокурор проти Катанги*, ICC-01/04-01/07, Рішення, 7 березня 2014 (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 1179; *Прокурор проти Лубанги*, ICC-01/04-01/06, Рішення про підтвердження звинувачень, 29 січня 2007, п. 212.

¹²¹⁴ ОП МКС, *Звіт про діяльність за попереднім оцінюванням* (2016 рік), п. 158.

3.2.53.2.3.2 Бомбардування або застосування будь-якої зброї (стаття 8bis(2)(b))

Другим перерахованим актом агресії згідно з параграфом 2 є “бомбардування збройними силами держави території іншої держави або використання будь-якої зброї державою проти території іншої держави”. Формулювання “будь-яка зброя” не робить відмінності між звичайною зброєю, зброєю масового знищення чи будь-яким іншим видом зброї.¹²¹⁵ “Бомбардування” – це “будь-який напад з наземних, морських чи повітряних баз з використанням важкого озброєння, яке, як-от артилерія, ракети чи літаки, здатний знищити ворожі цілі на більшій відстані за межами лінії бою”.¹²¹⁶

3.2.53.2.3.3 Блокада портів або узбережжя (стаття 8bis(2)(c))

Відповідно до підпункту 3 акт агресії може мати форму “блокади портів або узбережжя держави збройними силами іншої держави”. “Блокада” визначається як “воєнна операція, спрямована на запобігання входу/виходу кораблів і/або літаків усіх держав, ворожих і нейтральних, у певні порти, аеропорти чи прибережні райони, що належать, окуповані чи знаходяться під контролем ворожого народу”.¹²¹⁷ Військово-морська блокада Ізраїлю проти сектора Газа може бути прикладом.¹²¹⁸

3.2.53.2.3.4 Напад на збройні сили (стаття 8bis(2)(d))

“Напад збройних сил держави на сухопутні, морські чи повітряні сили або морський і повітряний флот іншої держави” є ще одним прямо зазначеним актом агресії відповідно до пункту 2 статті 8bis. Це відрізняється від діяння, переліченого в підпункті (a), тим, що напад не обов’язково має відбуватися на території держави, на яку здійснюється напад.¹²¹⁹ Це стосується нападів на позиції державних військових за кордоном, зокрема на спірній території.¹²²⁰ Наприклад, у справі *Нафтових платформ* Міжнародний суд визначив, що замінування окремого військового судна може становити збройний напад, що дає підстави для застосування права на самооборону.¹²²¹

3.2.53.2.3.5 Порушення умов присутності на території (стаття 8bis(2)(e))

Відносно поширеним явищем є розташування військових сил однієї держави на території іншої держави в результаті угоди про розміщення.¹²²² Прикладом може бути угода про розміщення військ між Росією та Україною, яка дозволяла присутність Чорноморського флоту.¹²²³ Відповідно до підпункту (e) акт агресії може статися, коли держава використовує

¹²¹⁵ Доповідь Спеціального Комітету з Питання Визначення Агресії, UN Doc. A/9619, п. 20.1.

¹²¹⁶ А. Макдональд, Т. Бруха, “Бомбардування”, МРІЛ, п. 1.

¹²¹⁷ В. Х. фон Хайнег, “Блокада”, МРІЛ, п. 1.

¹²¹⁸ Див. МКС, Доповідь за Статтею 53(1) “Ситуація на зареєстрованих суднах Коморських Островів, Греції і Камбоджі”, 6 листопада 2014, п. 30-34.

¹²¹⁹ У. Шабаб, *Міжнародний Кримінальний Суд: Коментар до Римського Статуту* (2-е вид., ОУП 2016), с. 316

¹²²⁰ Тріфтерер, сс. 612-613.

¹²²¹ *Іран проти Сполучених Штатів*, ICJ GL No 90, Рішення, 6 листопада 2003 (“Рішення про Нафтові Платформи”), п. 72.

¹²²² У. Шабаб, *Міжнародний Кримінальний Суд: Коментар до Римського Статуту* (2-е вид., ОУП 2016), с. 316.

¹²²³ У. Шабаб, *Міжнародний Кримінальний Суд: Коментар до Римського Статуту* (2-е вид., ОУП 2016), с. 316. Див. також *Україна проти Росії (щодо Криму)*, Заяви 20958/14 і 38334/18, Рішення, 14 січня 2021 (“Україна проти Росії (щодо Криму)”), п. 202-208.

свої збройні сили, присутні на території іншої держави, всупереч умовам такої угоди, або коли такі війська продовжують свою присутність на території держави перебування після закінчення терміну дії договору.¹²²⁴ Наприклад, стосовно Угоди про Чорноморський флот, Європейський суд з прав людини встановив, що Росія порушила її умови, застосувавши свої сили за межами узгоджених місць дислокації та всупереч обов'язку співробітництва, передбаченого Угодою.¹²²⁵

3.2.53.2.3.6 Дозвіл використання території для акта агресії (стаття 8bis(2)(f))

Підпункт (f) визначає такий акт агресії: “дія держави щодо дозволу використовувати свою територію, надану в розпорядження іншої держави, цією іншою державою для вчинення акту агресії проти третьої держави”. Згідно з цим положенням, у ситуації, коли держава погоджується на присутність на її території військ іншої держави, які потім приступають до здійснення акту агресії проти третьої держави, держава, що погоджується, сама може вважатись такою, що чинить акт агресії.¹²²⁶ Наприклад, Білорусь звинувачують у вчиненні акту агресії внаслідок того, що вона дозволила Росії здійснювати напад на Україну зі своєї території.¹²²⁷

3.2.53.2.3.7 Відправлення збройних формувань, груп, нерегулярних військ або найманців (стаття 8bis(2)(G))

Останній акт агресії, перерахований у пункті 2 статті 8bis, є таким: “надсилання державою або від її імені збройних формувань, груп, нерегулярних військ чи найманців, які здійснюють дії збройної сили проти іншої держави такої тяжкості, що прирівнюються до дій, перерахованих вище, або її істотна участь у цьому”.

3.2.53.2.4 Елемент четвертий: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановили, що таке застосування збройної сили суперечило Статуту Організації Об'єднаних Націй

Згідно з Елементами злочинів, “немає вимоги доводити, що виконавець дав юридичну оцінку тому, чи суперечило застосування сили Статуту Організації Об'єднаних Націй”.¹²²⁸ Фахівці-практики повинні враховувати такі факти щодо цього елемента:¹²²⁹

- чи застосування сили було спрямоване проти іншої держави;
- чи була наявною актуальна резолюція Ради Безпеки, і якщо так, то про що в ній було сказано; і
- чи був наявним попередній або неминучий напад з боку іншої держави.

¹²²⁴ Тріфтерер, сс. 613-614.

¹²²⁵ *Україна проти Росії (щодо Криму)*, п. 325-327.

¹²²⁶ У. Шабас, *Міжнародний Кримінальний Суд: Коментар до Римського Статуту* (2-е вид., OUP 2016), с. 316.

¹²²⁷ Див. Н. Ріц: “Білорусь є співучасником в агресивній війні Росії”, EJIL Talk (1 березня 2022).

¹²²⁸ МКС Елементи злочинів, стаття 8bis, Вступ, п. 2.

¹²²⁹ *Неофіційний Документ Голови За Елементами Злочинів, Пояснювальна Записка, Звіт SWGCA за червень 2009 р., Додаток II, Додаток II, с. 20. Див. також К. Макдугалл, Злочин Агресії Відповідно до Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду, (CUP 2013), с. 191.*

3.2.53.2.5 Елемент п'ятий: акт агресії за своїм характером, тяжкістю та масштабом становив явне порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй

За цим елементом, поріг, необхідний для злочину агресії, не буде досягнутий прикордонними сутичками чи “простими прикордонними інцидентами”.¹²³⁰ Для задоволення цього елемента, фахівці-практики мають продемонструвати, що відповідний акт є явним порушенням Статуту ООН (тобто не є законним здійсненням самооборони або санкціонованим Радою Безпеки), що він спричинив високий рівень руйнувань, і що він був обширним у часі та/або географічно.

3.2.53.2.6 Елемент шостий: виконавцю були відомі фактичні обставини, які встановлювали таке явне порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй

Як і в Четвертому Елементі, в Елементах злочинів зазначено, що “не вимагається доводити, що винний дав юридичну оцінку щодо “явного” характеру порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй”.¹²³¹ Розробники цього елемента зазначали, що він необхідний для врахування ситуацій, коли виконавець знає про факти, що підтверджують, що застосування сили є актом агресії, але не знає про факти, які свідчать про явне порушення.¹²³² Це може статися, коли виконавець знає про переміщення військ через державний кордон, але не знає про масштаби нападу.¹²³³

3.2.53.2.7 Загальні елементи суб'єктивної сторони

Нарешті, окрім конкретних елементів суб'єктивної сторони, описаних вище (див. розділи 3.2.53.4 і 3.2.53.6), фахівці також повинні задовольнити загальні суб'єктивної сторони (стаття 30), які супроводжують фізичні елементи злочину (тобто, що виконавець планував, готував, розв'язав або здійснював акт агресії; був особою, яка могла ефективно здійснювати контроль або керувати політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії; і що акт агресії було вчинено). Ці елементи розглядаються в розділі 3.3.

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази, що виконавець планував, готував, розпочав чи втілює акт агресії?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи брав участь виконавець у зустрічах, на яких формувалися плани акту агресії? • Чи планував виконавець воєнні дії? • Чи готував виконавець акт агресії? • Чи проводив виконавець 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як виконавець брав участь у всіх нарадах високого рівня, на яких розроблялися плани воєнного вторгнення. • Відеозаписи прес-конференцій, на яких видно, як виконавець бере участь у розробці плану військового вторгнення. • Офіційні політичні документи, підписані виконавцем, які детально

¹²³⁰ Рішення у справі *Нікарагуа*, п. 195. Див. також Комісія з розгляду претензій Еритреї та Ефіопії (Часткове Рішення: *Jus Ad Bellum* - Претензії Ефіопії 1-8, 19 грудня 2005 р.) 135 ILR 497, 19 грудня 2005, п. 11.

¹²³¹ МКС Елементи злочинів, стаття 8bis, Вступ, п. 4.

¹²³² Див. також К. Макдугалл, *Злочин Агресії Відповідно до Римського Статуту Міжнародного Кримінального Суду*, (CUP 2013), сс. 191-192

¹²³³ *Неофіційний Документ Голови За Елементами Злочинів, Пояснювальна Записка*, Звіт SWGCA за червень 2009 р., Додаток II, Додаток II, п. 25

	<p>якусь військову чи економічну політику, що сприяла здійсненню акту агресії? Чи придбавав він зброю для акту агресії? Чи спрямовував він на це державні кошти?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи виконавець офіційно наказав військам перетнути кордон з іншою державою чи іншим чином здійснив напад? • Чи втілює виконавець акт агресії? 	<p>описують плани направлення коштів від інших державних відомств для сприяння збройному вторгненню</p> <ul style="list-style-type: none"> • Офіційний військовий документ, що містить підписаний виконавцем офіційний наказ про напад на військовий корабель противника. • Квитанція про прийняття зброї, підписана виконавцем.
<p>Чи задовольняє виконавець “вимогу щодо керівництва”?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи є ймовірний виконавець главою держави? • Якщо він не є главою держави, то чи є він міністром оборони чи закордонних справ з повноваженнями визначати військову політику? • Чи відіграє ймовірний виконавець певну військову роль? Якого він рангу? Чи здатен він вирішувати питання військової політики? • Чи належить ймовірний виконавець до держави, яка вчинила акт агресії? • Чи міг виконавець керувати політичними чи військовими діями держави або контролювати їх? 	<ul style="list-style-type: none"> • Військові документи, які свідчать про те, що виконавець обіймав найвищу військову посаду в державі, а отже, мав повноваження визначати військову політику. • Показання свідків, які описують, що виконавцем був урядовий міністр, який відігравав провідну роль у вирішенні питань військової політики. • Протокол зустрічі Президента з Міністром оборони щодо остаточного планування воєнних дій. • Відеозапис звернення виконавця, в якому він повідомляє про початок збройного нападу на іншу державу. • Фотографія потенційного виконавця за столом із главою держави та іншими високопоставленими особами під час обговорення військової стратегії.
<p>Чи свідчать докази, що мав місце акт агресії, який не відповідає Статуту ООН, і що виконавець знав про відповідні фактичні обставини?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Чи розпочала одна держава збройне вторгнення проти іншої держави? • Чи бомбардували збройні сили однієї держави територію іншої держави? • Чи ініціювала держава блокаду портів чи узбережжя іншої держави? • Чи використовувала держава будь-яку зброю проти іншої держави? • Чи підтримувала держава присутність своїх військ на території іншої держави, порушуючи угоду про розміщення? • Чи воєнізована група, яка здійснює напади на 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційні військові документи, які повідомляють про початок збройного нападу на іншу державу. • Повітряні кадри військ та військової техніки, які переміщуються через кордон. • Фотографія будівлі, зруйнованої в результаті ракетного обстрілу території іншої держави. • Судово-балістичні докази, які показують, що ракета, випущена по військовій базі, належала іншій державі. • Показання свідків, які описують переміщення військ через кордон і напади на міста в іншій державі. • Звіти з відкритих джерел, які описують, як військово-морські кораблі, що належать іншій державі, ініціювали

	<p>територію однієї держави, насправді діє від імені іншої держави?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи дозволила держава збройним силам іншої держави використовувати свою територію з метою нападу на третю державу? • Чи є ознаки, що виконавець знав фактичні обставини, які встановлювали, що таке застосування збройної сили суперечило Статуту Організації Об'єднаних Націй? • Чи було застосування збройної сили законним заходом індивідуальної чи колективної самооборони? • Чи санкціонувала Рада Безпеки ООН застосування сили? 	<p>блокаду навколо порту, запобігаючи імпорту основних продуктів.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Перехоплені телефонні дзвінки з описом нападу на військово-морські сили іншої держави. • Резолюція Генеральної Асамблеї ООН, яка засуджує застосування сили державою та підтверджує, що відповідно до Статуту ООН не існує жодного законного виправдання такому застосуванню сили. • Письмовий юридичний висновок експерта про те, що напад не був здійснений як правомірне здійснення самооборони.
<p>Чи був акт агресії за своїм характером, тяжкістю та масштабом явним порушенням Статуту ООН, і чи знав виконавець фактичні обставини що свідчили про це?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • За яких обставин здійснювалося застосування збройної сили? • Як довго тривав акт агресії? • Якого рівня руйнування викликав акт агресії? • У яких географічних межах було розпочато напад? Скільки часу тривав напад? • Чи свідчать навколишні обставини, що виконавець знав фактичні обставини, які встановлювали явне порушення Статуту Організації Об'єднаних Націй? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків, які описують, як напад збройних сил іншої держави призвів до великої кількості смертей і потерпілих. • Повідомлення ООН про те, що акт агресії тривав понад місяць і поширився на значну частину території держави. • Супутникові знімки, які показують великі частини міста, зруйнованого обстрілом. • Відеозапис удару ракет по військовій базі. • Докази судової балістичної експертизи, які показують, що декілька ракет, випущені у різних місцях, належали до однієї держави.

Таблиця 61: Стаття 8bis: Підказки для фахівців-практиків

3.3 ДОКУМЕНТУВАННЯ СУБ'ЄКТИВНОЇ СТОРОНИ

Щоб притягнути обвинуваченого до відповідальності за міжнародний злочин, має бути встановлено, поза всяких розумних сумнівів, необхідні елементи суб'єктивної сторони (також відомі як *mens rea*) конкретного злочину в момент його вчинення. Суб'єктивна сторона описує душевний стан особи, яка вчинила дії, що становлять “матеріальні елементи” (об'єктивну сторону) злочину, які передбачають “діяння, описані у визначенні,

будь-які наслідки, які можуть бути вказані окрім діянь, і будь-які обставини, які повинні існувати”.¹²³⁴

Стаття 30 Римського статуту:

1. Якщо не передбачено інше, особа несе кримінальну відповідальність і підлягає покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, тільки в тому випадку, якщо за ознаками об'єктивної сторони, злочин вчинено умисно і з обізнаністю.
2. Для цілей цієї Статті, особа має умисел у випадку, коли:
 - a. Стосовно діяння, ця особа збирається здійснити це діяння;
 - b. Стосовно наслідку, ця особа збирається завдати цей наслідок або розуміє, що воно настане за звичайного розвитку подій.
3. Для цілей цієї Статті, “обізнаність” означає усвідомлення того, що обставина існує або що наслідок настане при звичайному ході подій. “Знати” і “знання” мають тлумачитися відповідним чином.

3.3.1 Огляд суб'єктивної сторони за КК України

Згідно з Кримінальним кодексом України (далі – КК України), суб'єктивна сторона (*mens rea*) називається “виною” і може мати дві форми: умисел (стаття 24) і необережність (стаття 25).¹²³⁵ Однак, оскільки українське законодавство не визнає застосовність необережності до будь-яких міжнародних злочинів,¹²³⁶ це не буде обговорюватися далі.

3.3.1.1 Вимога щодо наявності умислу для міжнародних злочинів за законодавством України

3.3.1.1.1 Умисел щодо вчинення геноциду за статтею 442

Як зазначалося вище (див. розділ 3.1.3.2), геноцид за статтею 442 вимагає наявності конкретного умислу, а саме, що дії геноциду вчиняються “з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи”. Крім того, акт геноциду (тобто винищення, заподіяння тяжких тілесних ушкоджень, створення умов життя, що знищують або перешкоджають дітонародженню в групі, або насильницьке переміщення дітей) має бути вчинений “умисно”. Формулювання не уточнює вид умислу, тобто чи повинен він бути прямим або непрямим.

¹²³⁴ О. Трифтерер і К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3-е вид., С. Н. Веєк, Hart, Nomos 2016) (“Трифтерер і Амбос Коментар”), с. 1114

¹²³⁵ КК України, Стаття 23 (“Виною є психічне ставлення особи до вчинюваної дії чи бездіяльності, передбаченої цим Кодексом, та її наслідків, виражене у формі умислу або необережності”).

¹²³⁶ Це відповідає міжнародним стандартам, оскільки розробники Римського статуту навмисно не включили менші форми суб'єктивної сторони, як-от необережність. Див., *Прокурор проти Лубанги*, ІСС-01/04-01/06-2842, Рішення суду, 14 березня 2012 р. (“Рішення суду у справі Лубанги”), п. 1011; *Прокурор проти Бемби*, ІСС-01/05-01/08, Рішення відповідно до Статті 61(7)(а) і (б) Римського статуту про Звинувачення Прокурора проти Жан-П'єра Бемби Гомбо, 15 червня 2009 р. (“Рішення про затвердження звинувачень у справі Бемби”), п. 360

3.3.1.1.2 Умисел щодо злочинів, передбачених статтею 438

У коментарях до ККУ зазначено, що суб'єктивний склад, який вимагається статтею 438, є умислом загалом.¹²³⁷ Теоретично це означає, що злочини за статтею 438 можуть бути вчинені як з прямим, так і з непрямим умислом (див. нижче). Однак важко зрозуміти, як деякі з перерахованих злочинів могли бути вчинені з непрямим умислом. Наприклад, неможливо, щоб особа могла вчинити примусову працю цивільного населення або грабувати культурні цінності, не бажаючи настання шкідливих наслідків.¹²³⁸ Таким чином, елемент суб'єктивної сторони, необхідний для кожного злочину, передбаченого статтею 438, має тлумачитися окремо.

3.3.1.1.3 Умисел щодо злочину агресії

Ані стаття 437 ККУ в чинній редакції, ані законопроект №7290 (див. нижче) не визначають обов'язковий елемент *mens rea* для злочину агресії. Згідно з коментарем до ККУ, злочин планування, підготовки, розв'язування та ведення агресивної війни згідно з чинною редакцією статті 437 ККУ може бути вчинений лише з прямим умислом.¹²³⁹ Оскільки законопроект №7290 охоплює по суті те саме діяння, можна припустити, що він також вимагатиме підтвердження прямого умислу.

3.3.1.1.4 Умисел щодо міжнародних злочинів, який міститься у законопроекті №7290

Відповідно до більшості положень про воєнні злочини та злочини проти людяності, які містяться в законопроекті №7290, злочини мають бути вчинені з "умислом". Зрозуміле тлумачення передбачає, що це передбачає як *прямий, так і непрямий умисел*. Отже, особа, яка діяла з необережності, не може нести відповідальності за ці злочини. Однак, як і у випадку зі статтею 438, при простому прочитанні багатьох злочинів, згаданих у законопроекті №7290, навряд вони могли бути вчинені з непрямим умислом. Наприклад, було б неможливо для виконавця взяти потерпілу особу в заручники, згвалтувати чи катувати її, не бажаючи настання шкідливих наслідків. При використанні аналогії з вимогами *mens rea* для подібних положень про звичайні злочини,¹²⁴⁰ необхідний прямий умисел.

¹²³⁷ Хавронюк М., коментар до ч. 5 ст. 438 ККУ, Мельник М., Хавронюк М. (ред.) та ін., *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України* (2009)

¹²³⁸ Таке розуміння відповідає конструкції ознак однотипних загальнокримінальних злочинів. Наприклад, загальні злочини, пов'язані з заволодінням майном (як-от крадіжка чи розбій, а також незаконне заволодіння об'єктами, що становлять культурну цінність), потребують доведення прямого умислу: Див. напр., О. Дудоров, Коментарі до статей 185 (крадіжка), 186 (грабіж), 193 (привласнення особою знайденого чи такого, що випадково опинилося у неї, чужого майна) КК України у М. Мельник, М. Хавронюк та ін. (ред.), *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України* (2009). Аналогічним чином, воєнний злочин у вигляді мародерства (тобто, виконавцем якого повинні бути українські військові або інші державні посадові особи) передбачає, що для доказу вчинення злочину повинен бути встановлений прямий умисел: М. Хавронюк, Коментар до статті 432 КК України, п. 5 у М. Мельник, М. Хавронюк та ін. (ред.), *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України* (2009).

¹²³⁹ М. Хавронюк, Коментар до статті 437 КК України, п. 4 у М. Мельник, М. Хавронюк та ін. (ред.), *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України* (2009).

¹²⁴⁰ Див. наприклад, положення щодо звичайних злочинів у статтях 147 (захоплення заручників), 127 (катування) і 152 (згвалтування) КК України, усі з яких вимагають прямого умислу. Див., М. Хавронюк, Коментар до статті 147

Крім того, одне положення законопроекту №7290 – застосування заборонених засобів ведення війни (стаття 438-4) – не містить ознак *mens rea*. Як і в подібних випадках загальних злочинів, необхідне розумне тлумачення норми. З чіткого розуміння природи злочину, а також відповідних стандартів МКП, виявляється, що заборонені засоби ведення війни не можуть застосовуватися інакше, ніж з прямим умислом.

3.3.1.2 Розуміння статті 24: умисел

Стаття 24 передбачає дві категорії умислу:

- **Прямий умисел:** “якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і бажала їх настання”,¹²⁴¹ і
- **Непрямий умисел:** “якщо особа усвідомлювала суспільно небезпечний характер свого діяння (дії або бездіяльності), передбачала його суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажала, але свідомо припускала їх настання”.¹²⁴²

Умисел виконавця визначається взаємозв'язком двох компонентів: (i) інтелектуального елемента; і (ii) вольового елемента.¹²⁴³

- (i) **Інтелектуальний елемент** полягає в усвідомленні виконавцем суспільно небезпечного характеру діяння або наслідків, тобто усвідомлення суспільно небезпечного характеру діяння і передбаченні / очікуванні його суспільно небезпечного наслідку.¹²⁴⁴
- (ii) **Вольовий елемент** пов'язаний з тим, чи “бажав” виконавець соціально небезпечного характеру діяння і наслідків, тобто своїх розумових і фізичних зусиль для досягнення мети або утримання від активних дій для досягнення наслідків.¹²⁴⁵

3.3.2 Суб'єктивна сторона за статтею 30 Римського статуту

Стаття 30 Римського статуту передбачає, що за замовчуванням суб'єктивні елементи (умисел і обізнаність) мають бути встановлені щодо кожного матеріального елемента конкретного злочину, якщо інше не зазначено в Римському статуті або Елементах злочинів.¹²⁴⁶

КК України, п. 4, М. Хавронюк, Коментар до статті 127 КК України, п. 4, О. Дудоров, Коментар до статті 152 КК України, у М. Мельник, М. Хавронюк та ін. (ред.), *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України* (2009).

¹²⁴¹ КК України, стаття 24(2).

¹²⁴² КК України, стаття 24(3).

¹²⁴³ О.Дудоров, М. Хавронюк (ред.), *Кримінальне право: Навчальний посібник* (Vaite 2014) (“Навчальний посібник Дудорова і Хавронюка”), с.с. 187-188.

¹²⁴⁴ А. Музика, Коментар до статті 24 КК України (“Коментар Музики до статті 24 КК України”), пп. 1-2 у М. Мельника, М. Хавронюка (ред.) та ін., *Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України* (2009).

¹²⁴⁵ Див., наприклад, Постанову Верховного суду, справа № 130/1007/18, 2 грудня 2021 р.; Коментар Музики до статті 24 КК України, п. 3.

¹²⁴⁶ *Прокурор проти Лубанги*, ІСС-01/04-01/06, Рішення про підтвердження звинувачень, 29 січня 2007 р. (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Лубанги”), п. 356; *Прокурор проти Катанги*, ІСС-01/04-01/07, Рішення про

Те, що необхідно продемонструвати щодо умислу і обізнаності виконавця по кожному істотному елементу, буде залежати від того, чи засновані вони на діянні, наслідку і/або обставині. Іншими словами, перш ніж використовувати цей розділ для оцінки того, як збирати інформацію, що має відношення до встановлення злочинного мислення ймовірного виконавця, фахівці-практики повинні повернутися до конкретного злочину (як описано в розділі 3.2), щоб з'ясувати, як елементи об'єктивної сторони злочину сконструйовані:

- **Діяння:** заборонена дія або бездіяльність, описана у визначенні злочину.¹²⁴⁷ Це вимагає умислу відповідно до статті 30 (2) (а) (див. розділ 3.3.2.2, нижче).
- **Наслідок:** або завершений результат злочину (наприклад, заподіяння смерті),¹²⁴⁸ або створення шкоди або ризику заподіяння шкоди (наприклад, загроза),¹²⁴⁹ як того вимагає матеріальний елемент злочину.¹²⁵⁰ Це вимагає умислу відповідно до статті 30 (2) (b) (див. розділ 3.3.2.3).
- **Обставина:** фактичний контекст або ситуація, в яких було скоєно відповідний злочин (наприклад, необхідні характеристики осіб¹²⁵¹ або речей,¹²⁵² згаданих в елементах діяння і наслідку).¹²⁵³ Це вимагає обізнаності відповідно до статті 30 (3) (див. розділ 3.3.2.4)

Перш ніж описувати кожен з них більш докладно, в наступному розділі буде викладено взаємозв'язок між суб'єктивною стороною за Римським статутом і суб'єктивною стороною за КК України.

3.3.2.1 Зв'язок зі статтями 24 і 25 КК України

Хоча суб'єктивна сторона, передбачена Римським статутом, здається на перший погляд відмінною від КК України (наприклад, згідно з КК України, “обізнаність” не є окремим компонентом суб'єктивної сторони), по суті, обидва стандарти слідуєть схожій логіці:

підтвердження звинувачень, 30 вересня 2008 р., п. 532; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Бемби*, п. 353

¹²⁴⁷ Тріфтерер і Амбос *Коментар*, с. 1114. Див., наприклад, Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), Стаття 8(2) (b) (ii) (“направлення нападів на цивільні об'єкти”).

¹²⁴⁸ Див., наприклад, Римський статут, стаття 8 (2)(b)(vii) (“неналежне використання прапора перемир'я” [...] що “призводить до смерті або серйозних тілесних ушкоджень”).

¹²⁴⁹ Див., наприклад, Римський статут, стаття 8 (2)(b)(x) (“піддавати осіб, які перебувають у владі супротивної сторони, фізичним каліцтвам або медичним або науковим експериментам будь-якого роду” (...), “які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи або осіб”).

¹²⁵⁰ Тріфтерер і Амбос *Коментар*, сс. 1114-1115.

¹²⁵¹ Див., наприклад, Римський статут, стаття 8 (2)(b)(vi) (потерпілі, які вбиті або поранені, повинні бути “комбатантами”), стаття 8(2)(b)(xv) (особи, які змушені брати участь у військових діях, повинні бути “громадянами ворожої сторони”).

¹²⁵² Див., наприклад, Римський статут, стаття 8 (2)(b)(v) (напади або бомбардування повинні бути спрямовані проти “міст, сіл, поселень або будівель, які не захищені і які не є військовими об'єктами”), Стаття 8(2)(b)(ix) (напади або бомбардування повинні бути спрямовані проти “будівель, присвячених релігії, освіті, мистецтву, науці [...]”).

¹²⁵³ Тріфтерер і Амбос *Коментар*, с. 1115.

- Вимога “умислу” відповідно до статті 30 Римського статуту аналогічно “вольовому елементу” вини відповідно до КК України, і певні елементи “інтелектуального елементу” вини схожі на вимогу усвідомлення.
- Вимога “обізнаності” відповідно до статті 30 Римського статуту аналогічно “інтелектуальному елементу” вини відповідно до КК України.

У наступних розділах більш докладно роз’яснено суб’єктивну сторону за статтею 30.

3.3.2.2 Стаття 30(2)(а) - діяння: виконавець мав намір вчинити діяння

У тих випадках, коли об’єктивна сторона злочину прирівнюється до “діяння”, інформація повинна свідчити про те, що виконавець мав намір вчинити це діяння.¹²⁵⁴ “Діяння” в цьому відношенні стосується дії або бездіяльності, які виконавець має вчинити (або не вчинити), щоб бути притягнутим до відповідальності за злочин.¹²⁵⁵ Наприклад:

- Воєнний злочин нападу на цивільні об’єкти вимагає, щоб виконавець “керував нападом”.¹²⁵⁶
- Злочин проти людяності вбивства вимагає, щоб виконавець “вбив одного або декількох людей”.¹²⁵⁷
- Злочин агресії вимагає, щоб виконавець “планував, готував, ініціював або здійснив акт агресії”.¹²⁵⁸

Таким чином, фахівцям-практикам слід встановити, чи мав намір виконавець вчинити таке діяння або, іншими словами, чи були дії виконавця навмисними і здійснювалися свідомо.¹²⁵⁹ Умисел щодо “діяння” може бути виведено з фактичних обставин.¹²⁶⁰ Наприклад, умисел вчинити злочин проти людяності вбивства може бути виведено із застосування вогнепальної зброї проти беззбройних осіб.¹²⁶¹

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець мав намір вчинити це діяння?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи мав намір виконавець брати участь у діянні? • Чи вчинив виконавець заборонене діяння свідомо / умисно? • Чи вчинив виконавець свідомо 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що виконавець націлив зброю на групу цивільних осіб, перед тим, як вистрілити. • Відеозапис зависання гелікоптера над будівлею, чітко позначеною як лікарня, перед тим, як скинути бомбу. • Ножі та плоскогубці, знайдені в підвалі, які використовувались для тортур.

¹²⁵⁴ Римський статут, стаття 30(2)(а).

¹²⁵⁵ Тріфтерер і Амбос *Коментар*, сс. 629, 1120-1121.

¹²⁵⁶ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Елементи злочинів (2 листопада 2000 р. (з поправками)) PCNICC/2000/1/Add.2 (“Елементи злочинів МКС”), стаття 8 (2)(b)(ii), Елемент 1.

¹²⁵⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(а), Елемент 1.

¹²⁵⁸ Елементи злочинів МКС, стаття 8*bis*, Елемент 1.

¹²⁵⁹ *Прокурор проти Катанги*, ICC-01/04-01/07, Рішення відповідно до статті 74 Статуту, 7 березня 2014 р. (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 1638 (див. також п. 774).

¹²⁶⁰ Рішення про Затвердження Звинувачень у справі *Бемби*, п. 149.

¹²⁶¹ Рішення про Затвердження Звинувачень у справі *Бемби*, пп. 138, 149.

	/ умисно бездіяльність?	<ul style="list-style-type: none"> • Відеокліп, що зображує напад повстанців на село і наступні зображення жителів села, яких змушують нести важкі вантажі награваного майна (тобто примусова праця). • Газетні репортажі після руйнування церкви, в яких виконавці тріумфально позують перед церквою зі зброєю в руках (тобто знищення певного майна).
--	-------------------------	---

Таблиця 62: Стаття 30(2)(а): Підказки для фахівців-практиків

3.3.2.3 Стаття 30(2)(b) - наслідки: виконавець мав намір спричинити наслідки або знав, що це станеться за звичайного розвитку подій

“Наслідок” злочину відноситься або до завершеного результату, або до створення стану шкоди або ризику заподіяння шкоди, як того вимагає об’єктивна сторона злочину.¹²⁶² У той час як деякі злочини містять заборону діяння (див. вище), інші злочини можуть замість цього (або додатково) містити заборону наслідку, наприклад:

- Злочин геноциду (вчинений шляхом заподіяння серйозної тілесної або психічної шкоди) вимагає, щоб виконавець “заподіяв серйозну тілесну або психічну шкоду одній або декільком особам”.¹²⁶³
- Злочин проти людяності вбивства вимагає, щоб виконавець “вбив одного або більше осіб” (термін “вбив” взаємозамінний з терміном “заподіяв смерть”).¹²⁶⁴
- Воєнний злочин жорстокого поводження вимагає, щоб виконавець “заподіяв сильний фізичний або психічний біль або страждання одній або декільком особам”.¹²⁶⁵

У тих випадках, коли об’єктивна сторона злочину являє собою наслідок, фахівці-практики повинні продемонструвати, що виконавець **мав намір створити цей наслідок**. Це означає, що виконавець або:

- **мав намір спричинити цей наслідок** (Римський статут, стаття 30(2)(b)), або
- **усвідомлював, що це станеться за звичайного розвитку подій** (Римський статут, стаття 30 (2)(b) і стаття 30(3))¹²⁶⁶

3.3.2.3.1 Мав намір спричинити наслідок

Щоб встановити, що виконавець мав намір спричинити наслідок, фахівцям-практикам слід шукати інформацію, яка вказує на те, що виконавець свідомо діяв для досягнення бажаного результату.¹²⁶⁷ Це вимагає, щоб виконавець діяв умисно або не діяв, щоб спричинити

¹²⁶² Тріфтерер і Амбос *Коментар*, с. 1122, зноска 74.

¹²⁶³ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(b), Елемент 1.

¹²⁶⁴ Елементи злочинів МКС, Стаття 7(1)(a), Елемент 1.

¹²⁶⁵ Елементи злочинів МКС, Стаття 8(2)(c)(i)-3, Елемент 1.

¹²⁶⁶ Римський статут МКС, Стаття 30(2)(b) і (3). Див. також, Рішення суду у справі *Катанги*, п. 774.

¹²⁶⁷ Рішення суду у справі *Лубанги*, п. 1009; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Лубанги*, пп. 351-352; Рішення суду у справі *Катанги*, п. 776.

наслідок.¹²⁶⁸ Наприклад, наслідком злочину вбивства є смерть потерпілої особи. Відповідно, для того, щоб встановити цей елемент стосовно злочину вбивства, фахівці мають продемонструвати, що виконавець діяв умисно або не діяв (бездіяльність), щоб викликати смерть однієї або декількох осіб.¹²⁶⁹

3.3.2.3.2 *Усвідомлював, що наслідок настане при звичайному розвитку подій*

В якості альтернативи, якщо інформація не дозволяє встановити, що виконавець мав намір спричинити відповідний наслідок, умова про умисел все ж може бути задоволена, якщо ймовірний виконавець все одно усвідомлював, що наслідки настануть за звичайного розвитку подій.¹²⁷⁰ Для виконання цієї вимоги інформація має містити наступне:

- Можна було передбачити, що діяння виконавця спричинить за собою наслідок злочину за звичайного розвитку подій, тобто якщо тільки непередбачене або несподіване втручання не зупинить настання наслідку.¹²⁷¹ Встановлення “абсолютної визначеності (впевненості)” щодо передбачуваності наслідків не потрібно, інформація має лише демонструвати “фактичну визначеність (впевненість)” в тому, що такий наслідок настане через діяння виконавця;¹²⁷² і
- Виконавець, ґрунтуючись на своїй обізнаності про те, як зазвичай розвиваються події, свідомо усвідомлював таку фактичну визначеність і передбачав настання наслідку у майбутньому.¹²⁷³

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець мав намір спричинити наслідки?	<ul style="list-style-type: none"> • Чи настали наслідки в результаті дій виконавця? • Чи діяв виконавець умисно або не діяв для того, щоб спричинити наслідки? • Чи є які-небудь ознаки того, що виконавець бажав спричинити наслідки або діяв з метою спричинити наслідки? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка про те, що виконавець спрямував рушницю в голову потерпілої особи. • Відео, на якому виконавці силою затискають чоловіків у автомобіль та перевозять їх через кордон. • Перехоплений телефонний дзвінок, де командир надає артилерійській частині координати школи. • Медичні висновки, що підтверджують причину смерті і характер травм, нанесених потерпілим (побої, вогнепальні поранення і т.д.), що вказують на те, що виконавці мали намір убити потерпілих. • Відеозапис, на якому виконавець бере участь у катуваннях потерпілих, що демонструє, що виконавець мав намір заподіяти їм фізичний або

¹²⁶⁸ Рішення суду у справі Катанги, п. 781.

¹²⁶⁹ Рішення суду у справі Катанги, п. 781.

¹²⁷⁰ Римський статут, Стаття 30(2)(b).

¹²⁷¹ Рішення суду у справі Катанги, п. 777; Рішення про Затвердження Звинувачень у справі Бемби, п. 362

¹²⁷² Прокурор проти Онгвена, ІСС-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 (“Судове рішення у справі Онгвена”), п. 2695; Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06 А 5, Апеляційне рішення, 1 грудня 2014, пп. 447-450; Рішення суду у справі Катанги, п. 776. Див. також, Рішення про Затвердження Звинувачень у справі Бемби, пп. 352-369.

¹²⁷³ Рішення суду у справі Лубанги, п. 1012; Трифтерер і Амбос Коментар, сс. 1122-1123.

<p>Або чи свідчать докази про те, що виконавець усвідомлював, що наслідки настануть за звичайного розвитку подій?</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Яка ймовірність того, що наслідки злочину настануть в результаті діяння виконавця? • Чи була фактична впевненість в тому, що наслідки настануть в результаті діяння виконавців? • Чи свідчать докази про те, що ймовірний виконавець повинен знав про цю високу вірогідність? • Грунтуючись на їх знаннях в той час, чи можна зробити висновок, що виконавець усвідомлював, що його поведінка призведе до спричинення заборонених наслідків при звичайному розвитку подій? 	<p>психічний біль або страждання.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків про те, що виконавці вставляли палиці у вагіни потерпілих, що свідчить про те, що виконавець знав, що це призведе до смерті за звичайного перебігу подій. • У звіті ООН зазначено, що виконавець перебував у місці і в той час, коли дітей віком до п'ятнадцяти років насильно приймали до озброєної групи. • Тіла, ексгумовані з масових поховань, що свідчать про те, що потерпілі піддавалися катуванням, можуть свідчити про те, що виконавець повинен був знати, що ушкодження, які вони завдали потерпілим, призведуть до смерті за звичайного розвитку подій. • Відеозапис, на якому літаки, що належать збройним силам під командуванням злочинця, без розрізнення скидають бомби на село, що може продемонструвати, що виконавець знав, що майно буде знищено за звичайного розвитку подій.
--	---	---

Таблиця 63: Стаття 30(2)(b): Підказки для фахівців-практиків

3.3.2.4 Стаття 30(3) – обставина: виконавець знав про існування обставини

Деякі злочини вимагають, як частина їх об'єктивної сторони, наявності певної обставини. У тих випадках, коли об'єктивна сторона злочину стосується якої-небудь **обставини, інформація має свідчити про те, що виконавець знав про існування цієї обставини** (Римський статут, стаття 30(3)). “Обставина” відноситься до фактичного контексту або ситуації, в рамках яких було скоєно відповідний злочин.¹²⁷⁴ Наприклад:

- Геноцид вимагає, щоб потерпілі були “членами національної, етнічної, расової чи релігійної групи”.¹²⁷⁵
- Депортація або насильницьке переміщення як злочин проти людяності вимагає, щоб депортовані або переміщені особи “законно знаходились в місцевості, з якого вони були таким чином депортовані або переміщені”.¹²⁷⁶
- Воєнний злочин умисного вбивства вимагає, щоб потерпілі були “захищені однією або декількома Женевськими конвенціями 1949 р.”.¹²⁷⁷

¹²⁷⁴ Тріфтерер і Амбос *Коментар*, сс. 631-634.

¹²⁷⁵ Елементи злочинів МКС, Стаття 6(a), Елемент 2; Стаття 6(b), Елемент 2; Стаття 6(c), Елемент 2; Стаття 6(d), Елемент 2; і Стаття 6(e), Елемент 2.

¹²⁷⁶ Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(d), Елемент 2.

Щоб встановити, що виконавець розумів існування даної обставини, **необхідно довести, що виконавець знав про існування цієї обставини.**¹²⁷⁸ Наприклад, що стосується обставини, необхідної для воєнного злочину набору або вербування дітей у збройні сили,¹²⁷⁹ Суд має переконатися в тому, що виконавець знав, що вони не досягли 15-річного віку.¹²⁸⁰ Це може бути продемонстровано, наприклад, очевидною присутністю дітей у віці до п'ятнадцяти років серед солдатів збройної групи або в складі особистої охорони виконавця, або близькістю тренувальних майданчиків, де проходили підготовку молоді новобранці, до штаб-квартири або місця проживання виконавця.¹²⁸¹

Якщо елемент обставини передбачає юридичний висновок або оціночне судження (наприклад, злочин проти людяності інших нелюдських дій вимагає, щоб діяння “носило характер, аналогічний” іншим діянням, перерахованих в якості злочинів проти людяності¹²⁸²), не потрібно, щоб виконавець завершив правову оцінку, а **просто щоб обвинувачений був обізнаний про відповідні факти, які встановлювали це як таке.**¹²⁸³

Елементи	Підказки для фахівців	Приклади доказів
Чи свідчать докази про те, що виконавець знав про існування будь-якої обставини?	<ul style="list-style-type: none"> • Які відповідні обставини повинні існувати для встановлення факту даного злочину? • Що в цілому свідчить про існування цієї обставини? • Яка інформація була доступна виконавцю щодо відповідних обставин злочину? • Наскільки очевидно була ця обставина і які ознаки того, що виконавець знав про існування такої обставини? • Чи був виконавець проінформований про відповідну обставину до вчинення злочину? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідок, який дав показання про те, що у нього була розмова з виконавцем, під час якої він говорив про дітей, які приєдналися до озброєної групи, тому що вони були сиротами і потребували захисту, що свідчить про те, що виконавець знав, що у складі озброєної групи є діти. • Відеодокази, що свідчать про те, що виконавець брав участь у виселенні цивільних осіб з їхніх будинків і вантаженні їх в автобуси (тобто депортації або насильницькому переміщенні). • Звіт ООН, в якому вказується місцезнаходження виконавця в місці і в той час, коли дітей у віці до п'ятнадцяти років насильно набирали в озброєну групу.

Таблиця 64: Стаття 30(3): Підказки для фахівців-практиків

¹²⁷⁷ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(a)(i), Елемент 2.

¹²⁷⁸ Рішення суду у справі *Лубанги*, п. 1274; Рішення суду у справі *Катанги*, пара. 778.

¹²⁷⁹ Елементи злочинів МКС, стаття 8(2)(b)(xxvi).

¹²⁸⁰ Рішення суду у справі *Лубанги*, п. 1274.

¹²⁸¹ Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Лубанги*, п. 405; Рішення суду у справі *Лубанги*, пп. 1277-1278.

¹²⁸² Елементи злочинів МКС, стаття 7(1)(k), Елемент 2.

¹²⁸³ Елементи злочинів МКС, Загальний Вступ, п. 4.

3.4 ДОКУМЕНТУВАННЯ ВИДІВ СПІВУЧАСТІ

3.4.1 Важливість принципів міжнародного права для визначення видів співучасті за Кримінальним кодексом України

У цьому розділі описуються способи притягнення виконавців до відповідальності за їхню участь у міжнародних злочинах за різними видами співучасті, передбаченими Кримінальним кодексом України (ККУ). Щоб притягнути особу до відповідальності за міжнародний злочин, фахівці-практики повинні продемонструвати, що ймовірний виконавець діяв у певний спосіб, і що ці дії сприяли вчиненню злочину у певний спосіб.

Міжнародні злочини скоюються на тлі широко розповсюдженої організованої злочинності, яка часто характеризується численними видами/рівнями кримінальної відповідальності, що перетинаються. У той час, як національне кримінальне право зазвичай зосереджується на безпосередніх виконавцях, тобто тих, хто натиснув на спусковий гачок, відповідальність за міжнародні злочини часто покладається на виконавців середньої та вищої ланки, які сприяють вчиненню злочину на багатьох рівнях ухвалення рішень. З огляду на їхню роль у спричиненні подій або контроль над ними, ці виконавці (наприклад, високопоставлені політики, високопоставлені військові або співробітники служб безпеки тощо) часто вважаються “найбільше” відповідальними за вчинення злочинів проти людяності, попри те, що вони самі фізично не скоювали цих злочинів.¹²⁸⁴

Для притягнення до відповідальності осіб, винних у скоєнні масової організованої злочинності в умовах конфлікту, різні міжнародні суди та трибунали розробили та впровадили різні варіації форм/видів співучасті. Як правило, як зазначено нижче, ці форми співучасті підпадають під одну з наступних категорій: безпосередній виконавець (включно з формами співучасті, розробленими для відображення вчинення злочинів співвиконавцем або групами); відповідальність за пособництво; відповідальність командира/начальника; та підбурювання до геноциду.

Види співучасті за міжнародні злочини (див. розділ 3.2), а саме за статтями 437 (планування, підготовка, розв’язування та ведення агресивної війни), 438 (порушення законів та звичаїв війни) та 442 (геноцид) ККУ, викладені у статтях 18 та 26-31 ККУ. Крім того, деякі форми злочинів, передбачені статтями 426, 438 і 442, *де-факто* є аналогічними або схожими на певні загальноновизнані види співучасті за міжнародним кримінальним правом (МКП) (наприклад, віддання наказів про вчинення воєнних злочинів, відповідальність командування за вчинення воєнних злочинів і підбурювання до геноциду).

Хоча ці види співучасті у більшості випадків не відрізняються від видів співучасті, що застосовуються за вчинення загальнокримінальних злочинів, аналіз видів співучасті, розроблених у МКП, може показати, як види співучасті, передбачені ККУ, можуть застосовуватися в контексті міжнародних злочинів. Відповідно, цей розділ має на меті

¹²⁸⁴ М. Осіел, “Осмислюючи масові звірства” (СUP 2009), с. 247; Д.Г. Стюарт, “Кінець режимів відповідальності за міжнародні злочини” (2012) 25 *Лейденський журнал міжнародного права* 165, с. 165-167.

проаналізувати, як види співучасті за ККУ можна тлумачити відповідно до міжнародного права, щоб показати, як можна ефективно фіксувати діяння осіб, які вчинили міжнародні злочини (зокрема віддалено).

Відповідно, у цьому розділі: (i) викладено деякі загальні міркування, пов'язані з формами співучасті при розслідуванні та кримінальному переслідуванні діянь, що становлять міжнародні злочини; (ii) окреслено форми співучасті за українським кримінальним правом; (iii) окреслено форми співучасті за міжнародним кримінальним правом та обговорено застосовність цих форм співучасті при розслідуванні та кримінальному переслідуванні міжнародних злочинів за українським правом; (iv) наведено визначення цих форм співучасті, а також зроблено порівняння форм співучасті, передбачених ККУ, з формами співучасті, передбаченими в міжнародному кримінальному праві. Таким чином, останній підрозділ розділений на аналіз безпосереднього виконавця; відповідальності груп, організованих груп і злочинних організацій; відповідальності за пособництво; відповідальності за віддання наказу про вчинення воєнних злочинів; відповідальності командира; відповідальності за підбурювання до геноциду.

3.4.2 Види співучасті: загальні положення

З огляду на складність міжнародних злочинів, відповідний вид співучасті, необхідний для встановлення кримінальної відповідальності обвинуваченого, буде значною мірою залежати від фактів конкретної справи. Проте, зважаючи на їхню важливість, фахівці-практики повинні пам'ятати про такі загальні положення при визначенні виду співучасті обвинуваченого.

3.4.2.1 Чи розглядали фахівці-практики можливість того, що певний злочин може мати декілька рівнів вчинення?

Міжнародні злочини вчиняються на тлі широко розповсюдженої організованої злочинності, яка часто характеризується численними різними видами/рівнями кримінальної відповідальності, що перетинаються. У той час як відповідальність осіб, які фізично скоюють злочини, часто є очевидною, в організованих злочинних угрупованнях існує ціла низка інших виконавців середнього та високого рівня, які сприяли вчиненню злочину через багаторівневе прийняття рішень. З огляду на їхню роль у спричиненні подій або контролі над ними, ці виконавці (наприклад, високопоставлені політики або високопоставлені військові чи співробітники служб безпеки) часто вважаються “найбільш” відповідальними за скоєння злочинів проти людяності, незважаючи на той факт, що вони самі фізично не скоювали цих злочинів.¹²⁸⁵ Тому, розглядаючи докази, що стосуються міжнародних злочинів, фахівці-практики повинні, наскільки це можливо, пам'ятати про необхідність виявлення будь-якої інформації, яка дозволить їм виявити внесок тих, хто був більш віддалений від фактичного фізичного вчинення злочину, але, тим не менш, відігравав важливу роль або мав вплив на вчинення цих злочинів.

¹²⁸⁵ М. Осіел, “Осмислюючи масові звірства” (СУР 2009), с. 247; Д.Г. Стюарт, “Кінець режимів відповідальності за міжнародні злочини” (2012) 25 *Лейденський журнал міжнародного права* 165, с. 165-167.

3.4.2.2 Якщо існує багато потенційно застосовних видів співучасті, чи визначили фахівці-практики ті з них, які найкраще підкріплені наявними доказами?

Фахівці-практики повинні обирати ту форму відповідальності, яка найкраще підтверджується наявними доказами, щоб посилити аргументацію власної справи та уникнути ризику перевантаження або змішування обвинувального акту з непідтвердженими або необґрунтованими обвинуваченнями.¹²⁸⁶ Звісно, це залежатиме від доказів, якими володіють фахівці щодо набору передбачуваних фактів, а також від правил щодо того, які докази можуть бути допустимими в суді. Це включає, наприклад, докази та інформацію, що стосуються особи обвинуваченого (тобто його кримінального минулого (наявність судимостей тощо), характеру або певних рис характеру), які, як правило, є недопустимими відповідно до статті 88 Кримінально-процесуального кодексу України (КПК).

3.4.3 Види співучасті за ККУ

ККУ передбачає різноманітні види співучасті, які застосовуються загально (тобто до всіх правопорушень, передбачених Кодексом, зокрема загальнокримінальні злочини та міжнародні злочини) відповідно до статей 18, 27-28.

“Суб’єкт кримінального правопорушення” (або виконавець) визначається у статті 18 ККУ як “фізична осудна особа, яка вчинила кримінальне правопорушення у віці, з якого відповідно до цього Кодексу може наставати кримінальна відповідальність”. Кожне кримінальне правопорушення, перелічене в ККУ, визначає дію або бездіяльність виконавця, які передбачають притягнення останнього до відповідальності як виконавця (або співвиконавця) кримінального правопорушення).¹²⁸⁷

Розділ VI Кримінального кодексу України містить положення, що стосуються співучасті. Відповідно до статті 26 ККУ, “співучасть у кримінальному правопорушенні є умисна спільна участь декількох суб’єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення”. Стаття 27 також визначає види співучасників, а стаття 28 встановлює відповідальність за кримінальні правопорушення, “вчинені групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою або злочинною організацією”.

Види співучасті	Визначення
Стаття 27. Види співучасників	1. Співучасниками кримінального правопорушення, поряд із виконавцем, є організатор, підбурювач та пособник. 2. Виконавцем (співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб’єктами кримінального правопорушення безпосередньо чи шляхом використання інших осіб, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне, вчинила кримінальне правопорушення,

¹²⁸⁶ В. Джордаш та Д. Кофлан, “Право бути поінформованим про характер та причину звинувачень: Потенційно величезна судова спадщина”, С. Дарсі та Д. Паудерлі (ред.), Судова творчість у міжнародних кримінальних трибуналах (ОУП 2010), с. 309 (“Джордаш і Кофлан (2010)”).

¹²⁸⁷ Див., Кримінальний кодекс України від 5 квітня 2001 року № 2341-III (“ККУ”), стаття 29

	<p>передбачене цим Кодексом.</p> <p>3. Організатором є особа, яка організувала вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Організатором також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організовувала приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації.</p> <p>4. Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення.</p> <p>5. Пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками, а також особа, яка заздалегідь обіцяла переховати особу, яка вчинила кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, сліди кримінального правопорушення чи предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення..</p> <p>[...]</p>
<p>Стаття 28. Вчинення кримінального правопорушення групою осіб, групою осіб за попередньою змовою, організованою групою або злочинною організацією</p>	<p>1. Кримінальне правопорушення визнається таким, що вчинене групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців без попередньої змови між собою.</p> <p>2. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим за попередньою змовою групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку кримінального правопорушення, домовилися про спільне його вчинення.</p> <p>3. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) кримінальних правопорушень, об'єднаних єдиним планом з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, відомого всім учасникам групи.</p> <p>4. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим злочинною організацією, якщо він скоєний стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (п'ять і більше), члени якого або структурні частини якого за попередньою змовою зорганізувалися для спільної діяльності з метою безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації кримінально протиправної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших кримінально протиправних груп.</p>

Таблиця 65: Види співучасті за ККУ

Статті 29-31 розширюють кримінальну відповідальність виконавців та співучасників злочинів. Ці положення будуть розглянуті далі в розділах 3.4.5.1 - 3.4.5.3.

Крім того, у статтях 426, 438 та 442 ККУ містяться певні форми співучасті за вчинення кримінальних правопорушень, які можна порівняти з усталеними формами співучасті за МКП. Загалом, до них належить:

1. “Віддання наказу вчинити будь-яку таку дію”, що підпадає під статтю 438, а саме порушення законів та звичаїв війни (тобто воєнні злочини) (див. розділ 3.4.5.4);
2. “Бездіяльність військової влади” за статтею 426, яка є кримінальним правопорушенням, коли його вчиняють українські військовослужбовці або інші державні службовці, особи пов’язані з військовою службою.¹²⁸⁸ Як обговорюється в розділі 3.4.5.5, хоча в ККУ немає прямого еквівалента аналогічної відповідальності керівника або військового командування противника за “бездіяльність”, таке діяння може підпадати під статтю 438, оскільки воно кодифіковано в Додатковому протоколі I,¹²⁸⁹ тобто “порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”.
3. “Публічні заклики до геноциду, а також виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів” відповідно до статті 442(2) (див. розділ 3.4.5.6).

3.4.4 Види співучасті за міжнародним кримінальним правом

Статути та судова практика міжнародних судів і трибуналів, зокрема МТКЮ, МКТР і МКС, відіграли важливу роль у визначенні різних видів співучасті, що застосовуються до міжнародних злочинів. Види співучасті відповідно до МКП, а саме:

- Основна відповідальність через безпосереднє вчинення злочину,¹²⁹⁰
- Основна відповідальність для виконавців вищого рівня (зокрема, через спільну злочинну діяльність відповідно до спеціальних трибуналів, а також опосередковане виконання, співвиконання та опосередкована співучасть відповідно до МКС),¹²⁹¹

¹²⁸⁸ ККУ, стаття 401(2).

¹²⁸⁹ Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту потерпілих міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) (прийнятий 8 червня 1977 року, набув чинності 7 грудня 1978 року) (“Додатковий протокол I”), статті 86 і 87.

¹²⁹⁰ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 року, набув чинності 1 липня 2001 року) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), стаття 25(3)(a); Резолюція Ради Безпеки ООН № 827: Статут Міжнародного кримінального трибуналу для колишньої Югославії (25 травня 1993 року, остання зміна внесена 9 липня 2009 року) S/RES/827 (“Статут МТКЮ”), стаття 7(1); Резолюція Ради Безпеки ООН № 955: Статут Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, скоєні на території Руанди, та громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, скоєні на території сусідніх держав, у період з 1 січня 1994 року по 31 грудня 1994 року (8 листопада 1994 року, остання редакція від 14 серпня 2002 року) S/RES/955 (“Статут МКТР”), стаття 6(1).

¹²⁹¹ Римський статут, стаття 25(3)(a); Статут МТКЮ, стаття 7(1); Статут МКТР, стаття 6(1).

- Відповідальність за пособництво (зокрема через планування, підбурювання, вимагання або спонукання, пособництво, замовляння та інше сприяння вчиненню злочину),¹²⁹²
- Відповідальність командування;¹²⁹³ та
- Підбурювання до геноциду.¹²⁹⁴

Хоча положення ККУ, що визначають види співучасті, охоплюють значну частину діянь, включених до видів співучасті, передбачених міжнародними документами та практикою, прості формулювання ККУ не повністю відображають широкий спектр ролей, які виконують особи, що сприяють вчиненню міжнародних злочинів, і які - у разі вузького тлумачення - можуть суттєво обмежувати відповідальність за міжнародні злочини. Тому звернення до видів співучасті визначених нормами МКП та опора на ретельно розроблені та добре перевірені інтерпретації цих принципів може допомогти практикам належним чином розподілити відповідальність за такі злочини, виходячи за межі основних виконавців, щоб повністю зрозуміти реалії збройних конфліктів та масових звірств.

Такий підхід відповідає українському законодавству з наступних причин:

1. Багато видів співучасті, розроблених міжнародним правом (зокрема визнаних МТКЮ)¹²⁹⁵ відображають звичаєве міжнародне право, яке є обов'язковим для всіх держав, зокрема й для України.¹²⁹⁶
2. Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) постановив, що притягнення виконавців до відповідальності за воєнні злочини із застосуванням видів співучасті, закріплених у міжнародному звичаєвому праві, не порушує принципу законності.¹²⁹⁷

¹²⁹² Римський статут, статті 25(3)(b)-(d); Статут МТКЮ, стаття 7(1); Статут МКТР, стаття 6(1).

¹²⁹³ Римський статут, стаття 28; Статут МТКЮ, стаття 7(3); Статут МКТР, стаття 6(3).

¹²⁹⁴ Римський статут, стаття 25(3)(e); Статут МТКЮ, стаття 4(3)(c); Статут МКТР, стаття 2(3)(c).

¹²⁹⁵ Див., наприклад, *Прокурор проти Мілутіновича*, IT-99-37-AR72, Рішення щодо клопотання Драголюб Ойданіча про оскарження юрисдикції - спільне злочинне підприємство, 21 травня 2003 року ("Рішення Мілутіновича щодо клопотання Драголюб Ойданіча про оскарження юрисдикції - спільне злочинне підприємство"), п. 21.

¹²⁹⁶ Див., наприклад, д-р Я. Келленбергер, Президент Міжнародного комітету Червоного Хреста, "Передмова" в J.M. Henckaerts and L. Doswald-Beck (eds), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право, том I. Правила (ЗМГП 2009): Правила* (CUP 2009) ("Звичаєве МГП, том I: Правила"), xv-xvii. Режими, встановлені міжнародним звичаєвим правом, можуть бути застосовані до правопорушників у контексті українського конфлікту за умови дотримання принципу законності, а саме, що відповідальність випливає з принципу права, якому вони підпорядковувалися на той час, і було обґрунтовано передбачувано, що вони будуть притягнуті до кримінальної відповідальності. Суд над головними військовими злочинцями в Міжнародному військовому трибуналі, Нюрнберг, 14 листопада 1945 року - 1 жовтня 1946 року, том 1, с. 219; *Кононов проти Латвії, заява № 36376/04*, рішення від 17 травня 2010 року (*Kononov v. Latvia*), п. 235; *Міланкович проти Хорватії, заява № 33351/20*, рішення від 20 січня 2022 року (*Milanković v. Croatia*), пп. 62-66.

¹²⁹⁷ Рішення у справі "Міланкович проти Хорватії" (*Milanković v. Croatia*), пп. 52-66: Відсутність чіткої кодифікації не є перешкодою для притягнення винних до відповідальності, і судові механізми можуть звертатися до звичаєвого права при тлумаченні та застосуванні національних положень, виходячи із загального визнання "поступового уточнення норм кримінальної відповідальності шляхом судового тлумачення від випадку до випадку, за умови, що такий розвиток подій узгоджується із сутністю злочину [за національним законодавством] і може бути обґрунтовано передбачуваним". Див. також рішення у справі "Кононов проти Латвії" (*Kononov v. Latvia*), пп. 211-213.

3. Конституційний Суд України прийняв принцип “дружнього ставлення” до міжнародного права, згідно з яким “Конституційний Суд України враховує приписи чинних міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, та практику тлумачення і застосування цих договорів міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна”.¹²⁹⁸ Крім того, українські суди встановили практику посилалися на міжнародні документи та практику під час тлумачення принципів міжнародного права у своїй судовій практиці.¹²⁹⁹

3.4.5 Визначення видів співучасті за ККУ та МКП

3.4.5.1 *Основна (безпосередня) відповідальність та співучасть*

Основна відповідальність за ККУ поширюється на осіб, які безпосередньо вчинили злочин. У кожному злочині, переліченому в ККУ, визначено діяння або бездіяльність, які виконавці повинні вчинити, щоб бути притягнутими до відповідальності як безпосередні виконавці (або співвиконавці) злочину.¹³⁰⁰ Суб’єктивні елементи, які мають бути наявні у безпосереднього виконавця, загально викладені у статтях 24 та 25, або визначені більш детально в положенні, що стосується конкретного злочину.

Крім того, стаття 27(2) охоплює співвиконавців, які вчиняють злочини “у співучасті з іншими суб’єктами кримінального правопорушення” або “безпосередньо чи шляхом використання інших осіб”. Згідно зі статтею 26, “співучасть у кримінальному правопорушенні є умисна спільна участь декількох суб’єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення”. Стаття 29(1) передбачає, що “підлягає кримінальній відповідальності за статтею Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає вчинене ним кримінальне правопорушення”.

Відповідно, основна відповідальність поширюється на:

1. **Безпосереднього виконавця** (виконавець), який вчинив об’єктивні та суб’єктивні елементи правопорушення;¹³⁰¹
2. **Співвиконавців**, які “у співучасті з іншими кримінальними правопорушниками” безпосередньо вчинили злочин, тобто спільно виконали об’єктивні елементи злочину та розділили між собою суб’єктивні елементи;¹³⁰²

¹²⁹⁸ Конституційний Суд України, [Рішення від 1 червня 2016 року № 2-рп/2016](#), п. 2.3.

¹²⁹⁹ *Див., наприклад, Постанову Верховного Суду, справа № 415/2182/20*, 3 лютого 2022 року, де Суд послався на статтю 8bis Римського статуту та інші міжнародні документи для тлумачення статті 437 ККУ відповідно до міжнародного злочину агресії. Для отримання додаткової інформації *див.* розділ 3.2.53.

¹³⁰⁰ ККУ, стаття 29.

¹³⁰¹ ККУ, стаття 18 та відповідний склад злочину, передбачений ККУ, який встановлює дії або бездіяльність, що підлягають виконанню.

¹³⁰² ККУ, стаття 26: “Злочинною співучастью є умисна спільна участь кількох суб’єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення”, та стаття 27(2): “Виконавцем

3. Виконавці або співвиконавці, які вчинили кримінальне правопорушення **“шляхом використання інших осіб**, що відповідно до закону не підлягають кримінальній відповідальності за скоєне”.¹³⁰³

Ані ККУ, ані українська судова практика не проводять суттєвої різниці між виконавцем та співвиконавцем.¹³⁰⁴ Для того, щоб бути визнаним співвиконавцем, достатньо, щоб особа хоча б частково задовільнила *об’єктивні елементи* злочину разом з іншою (іншими) особою (особами),¹³⁰⁵ з необхідним умислом.¹³⁰⁶ Можливий розподіл ролей між співвиконавцями не впливає на правову кваліфікацію діяння. Крім того, навіть якщо вони відрізняються, дії співвиконавців вважаються юридично тотожними.¹³⁰⁷

3.4.5.1.1 Основна відповідальність за МКП

Основна відповідальність за МКП охоплює діяння, подібні до тих, що визнаються за ККУ. У цьому розділі буде розглянуто тлумачення безпосередніх виконавців та виконавців, які вчинили злочин, використовуючи інших осіб, які не несуть кримінальної відповідальності. Однак, як зазначено нижче (див. розділ 3.4.5.2), МКП також сформулювало різні принципи, які додатково розмежовують виконавців і спільників, щоб притягнути до відповідальності більш віддалених виконавців, які діють відповідно до спільних планів або контролюють вчинення злочинів.

3.4.5.1.1.1 *Безпосереднє вчинення злочину (самостійно або спільно з іншими особами) (стаття 25(3)(a), Римської статут; стаття 7(1), Статут МТКЮ; стаття 6(1), Статут МКТР)*

Особи, які вважаються безпосередніми виконавцями за МКП, суттєво не відрізняються від осіб, які вважаються виконавцями (співвиконавцями) за ККУ. Зокрема, безпосереднє виконання вимагає, щоб обвинувачений фізично вчинив злочин і задовольнив елемент суб’єктивної сторони (психічний елемент), передбачений відповідним злочинном.¹³⁰⁸ МТКЮ

(співвиконавцем) є особа, яка у співучасті з іншими суб’єктами кримінального правопорушення безпосередньо вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом [...].”

¹³⁰³ ККУ, , стаття 27(2): “Виконавцем (співвиконавцем) визнається особа, яка у співучасті з іншими виконавцями вчинила кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом, [...] через інших осіб, які відповідно до закону не можуть нести кримінальну відповідальність за вчинене ними”.

¹³⁰⁴ Дудоров і Харонюк, “Кримінальне право” (Вайте, 2014), с. 232.

¹³⁰⁵ Дудоров і Хавронюк, “Кримінальне право” (Вайте, 2014), с. 232.

¹³⁰⁶ ККУ, стаття 29(1).

¹³⁰⁷ Дудоров і Хавронюк, “Кримінальне право” (Вайте, 2014), с. 232.

¹³⁰⁸ *Прокурор проти Лубанги*, ІСС-01/04-01/06, Рішення про підтвердження обвинувачень, 29 січня 2007 року (“Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Лубанги”), пп. 332(i); *Прокурор проти Катанги та Чуї*, ІСС-01/04-01/07-717, Рішення про підтвердження обвинувачень, 14 жовтня 2008 року (“*Katanga & Chui* Рішення про підтвердження обвинувачень”), п. 488; *Прокурор проти Лукіча та Лукіча* ІТ-98-32/1-Т, рішення від 20 липня 2009 року (“Рішення у справі Лукіча та Лукіча”), п. 897; *Прокурор проти Лімая та ін.*, ІТ-03-66-Т, рішення від 30 листопада 2005 року (“Рішення у справі Лімая та ін.”), п. 509; *Прокурор проти Кунараца*, ІТ-96-23-Т та ІТ-96-23/1-Т, Судове рішення (“*Кунарац та ін.* Судове рішення”), п. 390; *Прокурор проти Налетіліча та Мартиновича*, ІТ-98-34-Т, рішення від 31 березня 2003 року (“Рішення у справі Налетіліча та Мартиновича”), п. 62; *Обвинувач проти Крстича*, ІТ-98-33-Т, рішення від 2 серпня 2001 року (“Рішення у справі Крстича”), п. 601; “*Обвинувач проти Галіча*” (*Prosecutor v. Galić*), ІТ-98-29-Т, рішення від 5 грудня 2003 року (“Рішення у справі Галіча”), п. 168; *Обвинувач проти Рутаганди*, ІСТР-96-3-Т, Судове рішення, 6 грудня 1999 року (“Судове рішення у справі Рутаганди”), п. 43.

визнав, що виконавець може бути притягнений до відповідальності за наявності елементів об'єктивної сторони (фізичний елемент), коли “обвинувачений брав участь, фізично або іншим чином безпосередньо, самостійно або спільно з іншими особами, в матеріальних елементах злочину, передбаченого Статутом”.¹³⁰⁹ Таким чином, може бути “декілька виконавців щодо одного і того ж злочину, якщо поведінка кожного з них відповідає необхідним елементам визначення основного складу злочину”.¹³¹⁰ Особа може бути співвиконавцем, як безпосередній виконавець, якщо, наприклад, обвинувачений брав фізичну участь у матеріальних елементах злочину вбивства, без необхідності доказування того, чиїми кулями було вбито кожного з потерпілих.¹³¹¹

Таке діяння підпадає під дію статей 18 або 27(2) ККУ щодо співвиконавця, який “у співучасті з іншими суб'єктами кримінального правопорушення *безпосередньо* [...] вчинив кримінальне правопорушення, передбачене цим Кодексом”.

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Якими засобами обвинувачений вчинив злочин? • Чи спричинив обвинувачений злочин своїми діями (наприклад, натисканням на курок)? • Чи спричинив обвинувачений злочин своєю бездіяльністю? • Чи є докази, що встановлюють причинно-наслідковий зв'язок між злочином та поведінкою обвинуваченого? • В який час і в якому місці відбувалися події? • Чи можна встановити особи потерпілих? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання очевидця, який бачив, як виконавець вистрілив і вбив цивільну особу. • Офіційні військові документи, в яких зафіксовано, що обвинувачений здійснив запуск ракети, яка була спрямована на цивільні об'єкти. • Відеозаписи, на яких обвинувачений стріляє по мирних жителях. • Судово-медична експертиза, що підтверджує наявність ДНК обвинуваченого в місці утримання, де застосовувалися тортури до ув'язнених.

Таблиця 66: Ознаки безпосереднього вчинення злочину та приклади доказів

3.4.5.1.1.2 Вчинення злочину через інших осіб, які не несуть кримінальної відповідальності (стаття 25(3)(а), Римський статут)

Основна відповідальність осіб, які вчиняють злочини через інших осіб, які не можуть бути притягнуті до кримінальної відповідальності за вчинення цих злочинів, також визнається в рамках МКП. Зокрема, Статут МКС передбачає вид співучасті за “вчинення злочину через іншу особу” (тобто непряме вчинення злочину відповідно до статті 25(3)(а)). Це стосується ситуацій, коли виконавець здійснює контроль над волею особи, яка не несе кримінальної

¹³⁰⁹ Рішення у справі “Лукіч і Лукіч”, п. 897; Рішення у справі “Лімай та ін.”, пп. 509; Прокурор проти Харадіная та ін., IT-04-84-T, Судове рішення, 3 квітня 2008 року, п. 615.

¹³¹⁰ Кунарац та ін. Судове рішення, п. 390.

¹³¹¹ Прокурор проти Лукіча та Лукіча, IT-98-32/1-A, Апеляційне рішення, 4 грудня 2012 р., пп. 162; Прокурор проти Лімая та ін., IT-03-66-A, Апеляційне рішення, 27 листопада 2007 р., пп. 47-50.

відповідальності за свої дії.¹³¹² Цей вид співучасті вимагає, щоб обвинувачений: (i) здійснював контроль над злочином, матеріальні елементи якого були здійснені однією або кількома особами; (ii) відповідав елементам суб'єктивної сторони вчиненого злочину; (iii) був обізнаний про фактичні обставини, які дозволяли йому здійснювати контроль над злочином через інших осіб.¹³¹³ Відповідно, з огляду на контроль, здійснюваний непрямым виконавцем, цей вид співучасті застосовується до ситуацій, коли прямий виконавець не несе кримінальної відповідальності (тобто йому не він не задовольняє необхідні умови суб'єктивної сторони для притягнення до відповідальності), попри те, що він фізично вчинив злочин.¹³¹⁴

Таке діяння підпадає під дію ч. 2 ст. 27 ККУ, яка передбачає відповідальність виконавців (або співвиконавців), що вчинили злочин через інших осіб, які не підлягають кримінальній відповідальності. Такими особами можуть бути, наприклад, особи, які: не досягли віку, з якого може наставати кримінальна відповідальність; діяли під впливом непереборного примусу або крайньої необхідності; неосудні; або “невинні суб'єкти” (тобто особи, які, будучи введеними в оману щодо справжнього характеру діяння, вчинили діяння, яке задовольняє об'єктивну сторону злочину, але за відсутності необхідних елементів суб'єктивної сторони).¹³¹⁵

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи здійснював обвинувачений контроль над іншою особою, яка вчинила злочин? • Чи був безпосередній виконавець злочину неповнолітнім, який не досяг віку кримінальної відповідальності? • Чи страждав безпосередній виконавець на психічні розлади або порушення? • Чи перебував безпосередній виконавець у стані алкогольного сп'яніння? • Чи безпосередній виконавець вчинив злочин як ненавмисний співучасник, який діяв під 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання оператора РСЗВ ГРАД про те, що обвинувачений (командир артилерійського підрозділу) віддав наказ оператору з підлеглими нанести удар по військових об'єктах, які вони вважали військовими, але пізніше з'ясувалося, що обвинувачений знав, що це координати житлового кварталу, де не було жодного військового об'єкта. • Медичні висновки про те, що безпосередній виконавець страждав від психічного розладу, який зробив його нездатним усвідомлювати злочин, який обвинувачений попросив його вчинити. • Перехоплені повідомлення свідчать про те, що безпосереднім виконавцям погрожували смертю обвинувачені, якщо вони не вчинять злочин.

¹³¹² Прокурор проти Онгвена, ІСС-02/04-01/15 А, Апеляційне рішення, 15 грудня 2022 року (“Апеляційне рішення у справі Онгвена”), пп. 628; Рішення у справі Лубанги про підтвердження обвинувачень, п. 332; Рішення про затвердження обвинувачень у справі Катанги та Чуї, п. 332; Рішення про затвердження обвинувачень у справі Катанги та Чуї, п. 488. Слід зазначити, що цей вид відповідальності також охоплює ситуації, коли обвинувачений здійснював контроль над організованою ієрархічною організацією (див. розділ 3.4.5.2.2.1.2).

¹³¹³ Рішення суду у справі Катанги, пп. 1414.

¹³¹⁴ Апеляційне рішення у справі Онгвен, пп. 627-628.

¹³¹⁵ Навчальний посібник Дудоров та Хавронюк, с. 144-145. Див. також рішення у справі Онгвена, п. 628, Р. Краєр та ін. (ред.), Вступ до міжнародного кримінального права та процесу (3rd edn, CUP 2015) (“Cryer et al. (2015)”), с. 367.

примусом або помилково? • Чи знав обвинувачений про обставини, що мали вирішальне значення для здійснення ним контролю над злочином?	
---	--

Таблиця 67: Вчинення злочину через інших осіб, які не несуть кримінальної відповідальності ознаки та приклади доказів

3.4.5.2 Відповідальність для груп осіб, організованих груп та злочинних організацій

ККУ містить різні положення, які розширюють можливості вчинення злочинів групами осіб, організованими групами та злочинними організаціями, а саме статті 27(3), 28 та 30.

Відповідно до статті 28 ККУ:

1. Кримінальне правопорушення визнається таким, що *вчинене* групою осіб, якщо у ньому брали участь декілька (два або більше) виконавців без попередньої змови між собою.¹³¹⁶
2. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим *за попередньою змовою* групою осіб, якщо його спільно вчинили декілька осіб (дві або більше), які заздалегідь, тобто до початку кримінального правопорушення, домовилися про спільне його вчинення.¹³¹⁷
3. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим організованою групою, якщо в його готуванні або вчиненні брали участь декілька осіб (три і більше), які попередньо зорганізувалися у стійке об'єднання для вчинення цього та іншого (інших) кримінальних правопорушень, об'єднаних *єдиним планом* з розподілом функцій учасників групи, спрямованих на досягнення цього плану, *відомого* всім учасникам групи.¹³¹⁸
4. Кримінальне правопорушення визнається вчиненим злочинною організацією, якщо воно скоєно *стійким ієрархічним об'єднанням декількох осіб (п'ять і більше)*, члени якого або структурні частини якого *за попередньою змовою* зорганізувалися для спільної діяльності з *метою* безпосереднього вчинення тяжких або особливо тяжких злочинів учасниками цієї організації, або керівництва чи координації кримінально протиправної діяльності інших осіб, або забезпечення функціонування як самої злочинної організації, так і інших кримінально протиправних груп.¹³¹⁹

Це положення не встановлює окремого виду співучасті. Скоріше, діяння особи, яка вчиняє злочин у складі групи осіб, організованої групи або злочинної організації, повинна підпадати під один з перелічених у статті 27 видів співучасті (наприклад, (спів)виконавець,

¹³¹⁶ ККУ, стаття 28(1) (виділено нами).

¹³¹⁷ ККУ, стаття 28(2) (виділено нами).

¹³¹⁸ ККУ, стаття 28(3) (виділено нами).

¹³¹⁹ ККУ, стаття 28(4) (виділено нами).

організатор, підбурювач або пособник) для того, щоб нести індивідуальну кримінальну відповідальність.¹³²⁰

Як і у ситуації з іншими формами співучасті за ККУ, для притягнення до відповідальності за статтею 28 (у зв'язку з іншою відповідною формою за статтею 27) обвинувачений повинен вчинити кримінальне правопорушення умисно.¹³²¹

Крім того, як зазначено нижче (див. розділ 3.4.5.3.1.1), згідно зі статтею 27(3), обвинувачений може бути притягнутий до відповідальності за організацію злочину, якщо він “утворив організовану групу чи злочинну організацію або керував нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організувала приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації”. Стаття 30(1) також передбачає, що організатор несе кримінальну відповідальність за злочини, вчинені організованою групою або злочинною організацією, якщо ці злочини входили в його умисел.

Хоча ці положення не можна безпосередньо порівняти з будь-яким видом співучасті за МКП, вони мають схожість з різними принципами, розробленими для притягнення до відповідальності осіб, які несуть відповідальність за вчинення міжнародних злочинів у складі групи осіб або через організації.

3.4.5.2.1 Відповідальність для осіб, які діють у групах або через організації відповідно до МКП

В МКП розроблені різні теорії для визнання відповідальності “широкого кола осіб, які працюють разом, щоб довести до кінця підготовку масштабних і логістично складних злочинів”.¹³²² У такому разі практика МКС та інших міжнародних судів і трибуналів підтримує широкий підхід до поняття “наказування”, що охоплює лідерів і організаторів, які фізично не виконують відповідні злочинні діяння.¹³²³ Притягнення до відповідальності лише виконавців, які безпосередньо виконували матеріальні елементи злочинів, ігнорувало б роль виконавців вищого рівня, які зробили вчинення злочину можливим, а притягнення таких виконавців до відповідальності лише як співучасників може не відобразити ступінь їхньої вини.¹³²⁴ Відповідно, міжнародні суди і трибунали постановили, що таким особам не обов'язково здійснювати злочин особисто і безпосередньо.¹³²⁵

¹³²⁰ М. Мельник, Науково-практичний коментар до статті 28 Кримінального кодексу України (1 січня 2009 року).

¹³²¹ ККУ, стаття 26.

¹³²² С. Браммерц і М. Джарвіс, *Переслідування сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, в МТКЮ* (OUP 2016) (Браммерц & Джарвіс, *Переслідування СНПК*), с. 221, з посиланням на *Апеляційне рішення у справі Тадіча*, п. 192.

¹³²³ Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту*, 2nd Edition, Oxford University Press, 2016, с. 570 (“Шабас, МКС: Коментар”). Див. також: МТКЮ, *Апеляційне рішення у справі Тадіча*, п. 192; МКС, *Рішення у справі Лубанги про підтвердження обвинувачень*, п. 330; МКС, *Апеляційне рішення у справі Онгвена*, п. 627; СКСЛ, *Апеляційне рішення у справі Бріми*, пп. 72-80; МКТР, *Апеляційне рішення у справі Кармера та ін.*, пп. 145.

¹³²⁴ *Апеляційне рішення у справі Тадіча*, п. 192.

¹³²⁵ *Прокурор проти Лубанги*, ІСС-01/04-01/06 А 5, *Апеляційне рішення*, 1 грудня 2014 року (“*Апеляційне рішення у справі Лубанги*”), пп. 458; *Апеляційне рішення у справі Онгвен*, п. 627; *Апеляційне рішення у справі Тадіча*, п. 192; “*Прокурор проти Квочки та інших*” (*Prosecutor v. Kwočka et al.*), ІТ-98-30/1-А, *апеляційне рішення від 28 лютого 2005 року* (“*Апеляційне рішення у справі Квочки та інших*”), п. 112; *Прокурор проти Крнойлаца*, ІТ-97-25-А, *Апеляційне*

Спеціальні (*ad hoc*) трибунали та МКС розробили різні теорії щодо спільного вчинення злочинів. Хоча ці теорії не можуть бути безпосередньо застосовані до ККУ і не надають прямих порівнянь зі статтею 28, вони можуть надати суддям корисні рекомендації щодо того, як міжнародні судові процеси підходили до відповідальності осіб, які вчиняють злочини в групах співучасників або через організації. Зокрема, ці види співучасті можуть слугувати вказівками для оцінки сфери застосування статті 28 - зокрема, щодо понять “змова” або “спільний план”, “організована група” або “стійка ієрархічна організація” - та у разі, коли стаття 28 може бути застосована у зв'язку з основною відповідальністю за Кримінальним кодексом України (див. розділ 3.4.5.1), а не відповідальністю співучасників (див. розділ 3.4.5.3).

3.4.5.2.1.1 МТКЮ/МКТР: спільна злочинна діяльність (стаття 7(1), Статут МТКЮ; стаття 6(1), Статут МКТР)

МТКЮ розробив форму співучасті “спільна злочинна діяльність” (СЗД),¹³²⁶ на яку згодом спиралися інші спеціальні (*ad hoc*) трибунали.¹³²⁷ Ця форма співучасті закріплена в міжнародному звичаєвому праві,¹³²⁸ і розглядається як форма “доручення”, яка, відповідно, призводить до основної відповідальності.¹³²⁹ СЗД також використовується іншими національними судами, які розглядають справи про міжнародні злочини.¹³³⁰

МТКЮ розробив три окремі категорії співучасті за СЗД. Кожна категорія має однакові об'єктивні елементи, а саме: (i) множинність осіб; (ii) наявність спільного плану, задуму або мети, що дорівнює або передбачає вчинення злочину; та (iii) участь обвинуваченого у спільній діяльності шляхом істотного внеску у вчинення злочинів, що охоплюються

рішення, 17 вересня 2003 року (“Апеляційне рішення у справі Крноїлаца”), п. 116; *Нтакірутїмана та ін.* Апеляційне рішення, п. 466

¹³²⁶ Див. про розвиток режиму: Апеляційне рішення у справі Тадїча, пп. 192-226.

¹³²⁷ Див. наприклад, *Прокурор проти Кондеви*, SCSL-2003-12-PT, Рішення та наказ про попереднє клопотання захисту щодо недоліків у формі обвинувального акту, 27 листопада 2003 р., п. 9; *Прокурор проти Бріми та ін.*, SCSL-04-16-PT, Рішення та наказ щодо попереднього клопотання захисту про усунення недоліків у формі обвинувального акту, 1 квітня 2004 року, п. 49; *Нтакірутїмана та ін.*, Апеляційне рішення, п. 463; *Обвинувач проти Каремери та ін.*, ICTR-98-44-AR72.5 та ICTR-98-44-AR72.6, Рішення щодо юрисдикційних апеляцій: Спільна злочинна діяльність, 12 квітня 2006 року, пп. 13-16; *Обвинувач проти Каремри та ін.*, ICTR-98-44-A, Апеляційне рішення, 29 вересня 2014 року, пп. 145, 623; *Прокурор проти Бріми та інших*, SCSL-2004-16-A, Апеляційне рішення, 22 лютого 2008 року, пп. 72-80; *Прокурор проти Сесая та інших*, SCSL-04-15-A, апеляційне рішення, 26 жовтня 2019 року, пп. 394, 400.

¹³²⁸ Див. наприклад, *Апеляційне рішення у справі Тадїча*, п. 220; *Прліч та ін.* Судове рішення: Том II, пп. 587, 591; *Прокурор проти Толїміра*, IT-05-88/2-A, Апеляційне рішення, 8 квітня 2015 року, п. 281; *Попович та ін.* Апеляційне рішення, пп. 1672; *Апеляційне рішення у справі Брданїна*, пп. 363, 405.

¹³²⁹ Див. наприклад, *Квочка та ін.*, Апеляційне рішення, пп. 79-80; *Обвинувач проти Серомби*, МКТР-2001-66-A, Апеляційне рішення, 12 березня 2008 р., пп. 182; Рішення Мілутиновича щодо клопотання Драголюба Ойданїча про оскарження юрисдикції - спільне злочинне підприємство, пп. 20, 31. Див. також: Браммерц і Джарвіс, Переслідування СНПК, с. 222.

¹³³⁰ Див. наприклад, Суд БіГ, *Межакїс та ін.*, справа № X-KRŽ-06/200, вирок другої інстанції, 16 лютого 2009 р.; Суд БіГ, *Разевїч та ін.*, справа № X-KRZ-06/275, вирок першої інстанції, 28 лютого 2008 р., с. 103-108 (англійською мовою)/с. 113-120 (боснійською/сербською/хорватською). Аргументація першої інстанції була підтримана в апеляції, як зазначив Обвинувач МТКЮ: *Рашевїч та ін.* Остаточний звіт Прокурора про хід розслідування, п. 6]. Див. також: Міжрегіональний науково-дослідний інститут ООН з питань злочинності та правосуддя, “Види співучасті: Комісія та участь” (2018), с. 45-59; Бангладеш: Міжнародний трибунал з кримінальних злочинів-1, *Головний прокурор проти пана Абдул Азіза на прїзвїсько Хабул та 2 інших.* Рішення, п. 365, 424.

спільною діяльністю.¹³³¹ Спільна злочинна мета не обов'язково повинна бути заздалегідь зрозуміла або сформульована, вона може матеріалізуватися миттєво.¹³³² Наявність спільної мети можна встановити з того факту, що декілька осіб діють узгоджено для реалізації спільного злочинного задуму.¹³³³ Безпосередній виконавець не обов'язково повинен бути членом СЗД, якщо буде доведено, що злочин може бути інкримінований іншому члену СЗД, і що цей член, використовуючи безпосереднього виконавця, діяв відповідно до спільного плану.¹³³⁴ Участь обвинуваченого не обов'язково має полягати у вчиненні конкретного злочину (наприклад, вбивства, знищення, катування або зґвалтування), але може мати форму допомоги або сприяння у досягненні спільної мети.¹³³⁵

Суб'єктивні (або ментальні) елементи для кожної з трьох категорій різняться:

- Відповідальність за **СЗД I** вимагає, щоб обвинувачений мав умисел вчинити злочини (це має бути спільний умисел усіх співучасників).¹³³⁶ Наприклад, це стосується випадків, коли співучасники сформували спільний план вбивства цивільних осіб, і хоча кожен з них виконував свою роль, всі вони мали спільний умисел на вбивство цивільних осіб.
- Відповідальність за **СЗД II** передбачає існування організованої системи жорстокого поводження (наприклад, концентраційного табору або в'язниці); обізнаність обвинуваченого про характер цієї системи; та участь обвинуваченого у забезпеченні дотримання цієї системи.¹³³⁷ Наприклад, це стосується ситуацій, коли в'язні, які утримуються в слідчому ізоляторі, зазнавали жорстокого поводження, а обвинувачений знав про цю систему і сприяв її впровадженню, наприклад, він відповідальний за адміністрування центру.

¹³³¹ Апеляційне рішення у справі Тадіча, п. 227; Прокурор проти Станішича та Сіматовича, IT-03-69-A, Апеляційне рішення, 9 грудня 2015 року ("Апеляційне рішення у справі Станішича та Сіматовича"), п. 77; Прокурор проти Стакіча, IT-97-24-A, Апеляційне рішення, 22 березня 2006 року ("Апеляційне рішення у справі Стакіча"), п. 64; Прокурор проти Станішича та Жупляніна, IT-08-91-A, Апеляційне рішення, 30 червня 2016 року, пп. 110, 136; Попович та ін. Апеляційне рішення, пп. 1378; Прокурор проти Шайновича та інших, IT-05-87-A, Апеляційне рішення, 23 січня 2014 року (Шайнович та інших, Апеляційне рішення), пп. 987; Апеляційне рішення у справі Брданіна, п. 430.

¹³³² Апеляційне рішення у справі Стакіча, п. 64; Апеляційне рішення у справі Тадіча, п. 227.

¹³³³ Прокурор проти Дордевіча, IT-05-87/1-A, Апеляційне рішення, 27 січня 2014 року, п. 141, з посиланням на Прокурор проти Крайшніка, IT-00-39-A, Апеляційне рішення, 17 березня 2009 року ("Апеляційне рішення у справі Крайшніка"), с. 418; Апеляційне рішення у справі Брданіна, п. 430. Таким чином, з точки зору права не вимагається, щоб судова палата робила окремий висновок щодо індивідуальних дій і намірів кожного члена спільного злочинного підприємства для встановлення того, що множина осіб діяла спільно для реалізації спільної злочинної мети.

¹³³⁴ Прокурор проти Мартіча, IT-95-11-A, Апеляційне рішення, 8 жовтня 2008 року, пп. 168; Апеляційне рішення у справі Брданіна, пп. 413, 430.

¹³³⁵ Апеляційне рішення у справі Стакіча, п. 64.

¹³³⁶ Апеляційне рішення у справі Тадіча, п. 228; Апеляційне рішення у справі Стакіча, пп. 65; Апеляційне рішення у справі Брданін, п. 365; Апеляційне рішення у справі Крайшніка, пп. 200, 707; Апеляційне рішення у справі Станішича і Сіматовича, п. 77.

¹³³⁷ Апеляційне рішення у справі Тадіча, пп. 202-203; Апеляційне рішення у справі Крноелаца, п. 89; Прокурор проти Василевича, IT-98-32-A, Апеляційне рішення від 25 лютого 2004 року ("Апеляційне рішення у справі Василевича"), п. 98.

- Відповідальність за **СЗД III** покладає на обвинуваченого відповідальність за злочини, що виходять за рамки спільної мети, якщо (i) було *передбачувано*, що такий злочин може бути скоєний членом СЗД (або однією чи кількома особами, яких використовував обвинувачений чи будь-який інший член СЗД) для досягнення спільної мети; і (ii) обвинувачений добровільно пішов на цей ризик, приєднавшись до СЗД або продовжуючи брати в ній участь.¹³³⁸ Наприклад, обвинувачений нестиме відповідальність за зґвалтування, якщо воно було частиною спільного плану насильницького переміщення цивільного населення з села шляхом вбивств, катувань та нелюдського поводження, обвинувачений зробив свій внесок у цей спільний план, наприклад, шляхом підготовки та розгортання солдатів, а зґвалтування були передбачуваним наслідком спільного плану.

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи існують докази спільного плану, задуму або мети? • Якими були географічні та часові рамки передбачуваного плану? • Чи була схожість між типом, походженням або характеристиками потерпілих осіб, яких переслідували? • Чи допомагав обвинувачений у формулюванні, організації або координації відповідної стратегії чи плану? • Чи керував обвинувачений іншими учасниками або контролював їх? • Чи визначав обвинувачений ролі тих, хто брав участь у злочині? • Чи контролював та/або фінансував придбання ресурсів (наприклад, зброї) для вчинення злочину? • Чи заохочував обвинувачений злочини, мобілізуючи прихильників для вчинення злочинів проти політичних опонентів або винагороджуючи фізичних виконавців злочинів? • Чи мав умисел обвинувачений 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційні військові документи, в яких детально описуються плани створення місця ув'язнення в нещодавно окупованому селі. • Протокол зустрічі, на якій безпосередні виконавці обговорювали плани нападу та пограбування будинків у селі. • Перехоплені повідомлення безпосередніх виконавців про плани нападу на цивільну лікарню. • Фотографії та відеозаписи безпосередніх виконавців, які охороняли побитих цивільних затриманих. • Офіційні військові документи, підписані обвинуваченими, в яких викладені деталі операції зі знищення об'єктів культурної спадщини в певному місці. • Фотографії обвинуваченого разом з іншими державними службовцями, на яких розробляються плани насильницького переміщення місцевого населення з окупованої території. • Фотографія обвинуваченого в кімнаті для нарад з високопоставленими державними та військовими посадовцями, де розроблялися плани незаконного вторгнення. • Запис про значний імпорт зброї та боєприпасів, підписаний обвинуваченим. • Офіційні військові документи, що містять наказ, підписаний обвинуваченим, про те, що військова частина повинна охороняти місце позбавлення волі. • Показання свідків-товаришів по службі про те, що обвинувачений чітко погодився провести відволікаючий маневр на полі бою, щоб відбулася злочинна операція.

¹³³⁸ Прокурор проти Караджича, МІСТ-13-55-А, Апеляційне рішення, 20 березня 2019 року, пп. 433; Станішіча і Сімавича, Апеляційне рішення, п. 77; Сано́вич та ін. Апеляційне рішення, п. 1557; Апеляційне рішення у справі Тадіча, п. 228; Апеляційне рішення у справі Стакіч, п. 65; Апеляційне рішення у справі Брданіна, пп. 365, 411.

<p>здійснити свій внесок?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи можна зробити висновок про умисел обвинуваченого з навколишніх обставин? • Чи були дії обвинуваченого навмисними і чи усвідомлював він, що робить? • Чи мав обвинувачений умисел продовжувати злочини? • Чи можна з обставин вивести знання про злочинні умисли групи? • Чи були злочини, що сталися, передбачуваним наслідком участі обвинуваченого у спільному плані? 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційні військові звіти з детальним описом порушень, скоєних військовим підрозділом обвинуваченого в минулих операціях, підписані обвинуваченим і датовані до операції, в якій цей підрозділ брав участь. • Офіційний військовий документ, підписаний обвинуваченим, з детальним описом плану знищення всіх цивільних лікарень у певній місцевості. • Доповідь ООН, в якій обвинуваченого названо начальником місця несвободи, де з ув'язненими систематично жорстоко поводитися.
--	--

Таблиця 68: Підказки та приклади доказів для визначення СЗД

3.4.5.2.1.2 МКС: Теорія контролю/управління (стаття 25(3)(а), Римський статут)

Замість того, щоб покладатися на принцип СЗД, розроблений спеціальними (*ad hoc*) трибуналами, МКС прийняв концепцію контролю за злочином для притягнення до відповідальності віддалених або високопоставлених виконавців злочину як головних виконавців.¹³³⁹ Згідно з цією теорією, особи, які перебувають далеко від місця вчинення злочину, можуть бути притягнуті до відповідальності за злочин, якщо буде встановлено, що вони керували вчиненням злочину, оскільки саме вони визначали, чи буде вчинено злочин і як саме він буде вчинений.¹³⁴⁰ Конкретніше, виконавцями злочину є ті, хто контролював його вчинення і знав про фактичні обставини, які дозволяли їм здійснювати такий контроль.¹³⁴¹

МКС визнає такі форми вчинення злочину (на додаток до прямого виконання): співвиконавство, непряме виконавство та непряме співвиконавство. Кожна з цих форм буде розглянута нижче.

Співвиконавство (вчинення злочину спільно з іншою особою).¹³⁴² Обвинувачений може бути притягнутий до відповідальності за формою співучасті, якщо він зробив “в рамках спільного плану істотний внесок, що створює можливі перешкоди для вчинення злочину.”¹³⁴³ На думку Апеляційної палати МКС, контроль за вчиненням злочину “є переконливим і

¹³³⁹ Див.наприклад, Апеляційне рішення у справі Онгвен, пп. 629; Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 469; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Апеляційне рішення від 8 червня 2018 року (“Апеляційне рішення у справі Бемби”), п. 820; Прокурор проти Нтаганди, ІСС-01/04-02/06 А А2, Апеляційне рішення від 30 березня 2021 року (“Апеляційне рішення у справі Нтаганди”), п. 1041; Рішення у справі Катанги, пп. 1396; Рішення у справі Лубанги про підтвердження обвинувачень, п. 338; Катанга та Чуй Рішення про затвердження обвинувачення, п. 488.

¹³⁴⁰ Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06-2842, Судове рішення, 14 березня 2012 року (“Судове рішення у справі Лубанги”), пп. 920; Рішення у справі Лубанги про підтвердження обвинувачень, п. 330.

¹³⁴¹ Рішення у справі Лубанги про підтвердження обвинувачень, п. 31; Судове рішення у справі Катанги, п. 1396.

¹³⁴² Це форма злочину, передбачена статтею 25(3)(а) Римського статуту.

¹³⁴³ Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 469. Див. також: Шабас, МКС: Коментар, с. 570.

адекватним підходом для розмежування співучасті та відповідальності за пособництво, оскільки він оцінює роль особи *відносно* злочину.”¹³⁴⁴

Таким чином, об’єктивні елементи цього режиму вимагають, щоб обвинувачений зробив “істотний внесок”¹³⁴⁵ у спільний план між обвинуваченим та принаймні одним іншим виконавцем, який би призвів до вчинення відповідного злочину за звичайного перебігу подій.¹³⁴⁶ Спільний план між особами не обов’язково має бути безпосередньо спрямований на вчинення злочину,¹³⁴⁷ але повинен призвести до вчинення одного або декількох злочинів.¹³⁴⁸ Іншими словами, план повинен полягати у вчиненні злочинів або у вчиненні діянь, які за звичайного розвитку подій призвели б до вчинення злочинів.¹³⁴⁹ Спільний план може бути явним або неявним, заздалегідь узгодженим або раптово реалізованим.¹³⁵⁰ Про його існування можуть свідчити як прямі, так і непрямі докази,¹³⁵¹ включно з подальшою поведінкою обвинуваченого.¹³⁵²

Зрештою, те, чи був конкретний внесок “істотним”, залежатиме від характеру та центральної ролі обвинуваченого, а також від функцій, які він виконував. Оцінки в цьому разі проводяться в кожному конкретному випадку з урахуванням ролі обвинуваченого в загальних обставинах справи.¹³⁵³ Внесок співучасника міг бути зроблений до або під час виконання злочину.¹³⁵⁴

Щодо елементів суб’єктивної сторони: (i) обвинувачені повинні були усвідомлювати, що вони зробили істотний внесок, і (ii) повинні були мати умисел вчинити матеріальні

¹³⁴⁴ Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 469.

¹³⁴⁵ Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 473; Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Катанги та Чуї, п. 525; Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Катанги та Чуї, п. 525; Прокурор проти Бле Гуде, ІСС-02/11-02/11, Рішення про підтвердження обвинувачень, 11 грудня 2014 року (“Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Бле Гуде”), п. 135.

¹³⁴⁶ Римський статут, стаття 25(3)(а). Див. також Апеляційне рішення у справі Лубанги, пп. 445; Судове рішення у справі Лубанги, пп. 980-981; Прокурор проти Онгвена, ІСС-02/04-01/15, Судове рішення, 4 лютого 2021 року (“Судове рішення у справі Онгвена”), п. 2786; Прокурор проти Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Клопотання обвинувачення про надання повідомлення про можливу перекваліфікацію відповідно до правила 55(2), 9 березня 2015 року, п. 16

¹³⁴⁷ Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 446.

¹³⁴⁸ Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 445.

¹³⁴⁹ Рішення у справі Онгвена, п. 2787; Рішення у справі Лубанги, пп. 981; Судове рішення у справі Катанги, пп. 1626-1627, 1630.

¹³⁵⁰ Апеляційне рішення у справі Лубанги, пп. 446; Прокурор проти Нтаганди, ІСС-01/04-02/06, Судове рішення, 8 липня 2019 року (“Судове рішення у справі Нтаганди”), п. 775; Рішення у справі Кілоло та ін., п. 66; Рішення у справі Лубанги, п. 988.

¹³⁵¹ Рішення у справі Кілоло та ін., п. 66; Судове рішення у справі Лубанги, п. 988.

¹³⁵² Прокурор проти Кілоло та ін., ІСС-01/05-01/13, Рішення відповідно до статті 74 Статуту, 19 жовтня 2016 року (“Рішення у справі Кілоло та ін.”), п. 66; Рішення у справі Катанга та Чуї про підтвердження обвинувачень, п. 301; Прокурор проти Кен’ятти та ін., ІСС-01/09-02/11, Рішення про затвердження обвинувачень, 23 січня 2012 року, п. 400..

¹³⁵³ Судове рішення у справі Лубанги, пп. 1000-1001.

¹³⁵⁴ Апеляційне рішення у справі Лубанги, пп. 469, 473; Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Катанги та Чуї, пп. 526; Прокурор проти Рутто та ін., ІСС-01/09-01/11, Рішення про підтвердження обвинувачень, 23 січня 2012 року (“Рутто та ін. Рішення про підтвердження обвинувачень”), пп. 306.

елементи злочину, що випливають із спільного плану, або усвідомлювати, що, реалізуючи спільний план, злочин “станеться в ході звичайного розвитку подій”.¹³⁵⁵

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи існують прямі або речові докази існування плану (наприклад, фізичні або цифрові записи)? • Чи координував обвинувачений дії з іншими особами щодо засобів, необхідних для досягнення мети (наприклад, збереження політичної влади)? • Чи допомагав обвинувачений у формулюванні, організації або координації відповідної стратегії чи плану? • Чи керував обвинувачений іншими учасниками або контролював їх? • Чи визначав обвинувачений ролі тих, хто брав участь у злочині? • Чи контролював та/або фінансував придбання ресурсів (наприклад, зброї) для вчинення злочину? • Чи заохочував обвинувачений злочини шляхом мобілізації прихильників для вчинення злочинів проти політичних опонентів або шляхом винагороди фізичних виконавців злочинів? • Чи був внесок обвинуваченого таким, що він міг зірвати вчинення злочину, не беручи в нього участі? 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційний військовий документ, що детально описує план знищення всіх цивільних лікарень у певній місцевості. • Відеозапис публічного виступу високопоставлених військових генералів з описом плану захоплення регіону сусідньої держави. • Фотографія обвинуваченого в кімнаті для нарад з високопоставленими державними та військовими чиновниками, де розроблялися плани незаконного вторгнення. • Запис про значний імпорт зброї та боєприпасів, здійснений обвинуваченим. • Докази судово-балістичної експертизи, які свідчать про те, що цивільна лікарня була зруйнована високоточним ракетним ударом за наказом обвинувачених та їхнього співвиконавця у зв'язку із запланованим нападом. • Офіційний військовий документ, підписаний обвинуваченим, в якому детально викладено план знищення всіх цивільних лікарень у певному населеному пункті.

Таблиця 69: Ознаки співучасті та приклади доказів

Опосередковане (непряме) вчинення (вчинення через іншу особу):¹³⁵⁶ Відбувається тоді, коли обвинувачений контролював волю тих, хто виконував злочин.¹³⁵⁷ Це може відбуватися

¹³⁵⁵ Рішення у справі Лубанга, пп. 1013; *Kilolo та ін.* Судове рішення, п. 70; *Катанга та Чуй* Рішення про затвердження обвинувачення, п. 533; Рішення про затвердження обвинувачень у справі Лубанги, пп. 363-364. Див. також: *Прокурор проти Бемби*, ICC-01/05-01/08, Рішення про затвердження обвинувачень, 15 червня 2009 року (“Рішення про затвердження обвинувачень у справі Бемби”), пп. 371; Апеляційне рішення у справі Нтаганди, п. 1045.

¹³⁵⁶ Це форма злочину, передбачена статтею 25(3)(а) Римського статуту.

¹³⁵⁷ Див. наприклад, Апеляційне рішення у справі Онгвен, пп. 628; Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 465; Рішення у справі Лубанги про підтвердження обвинувачень, п. 332.

за двома сценаріями: (i) коли обвинувачений контролював волю особи, яка не несла кримінальної відповідальності за свої дії (див. розділ 3.4.5.1.1.2, вище);¹³⁵⁸ або (ii) коли обвинувачений контролював організовану ієрархічну організацію,¹³⁵⁹ що означає, що “непрямий виконавець використав принаймні частину підпорядкованого йому апарату влади, щоб навмисно спрямувати його на вчинення злочину, не залишаючи одному з підлеглих свободи вирішувати, чи має бути виконаний злочин”.¹³⁶⁰

Відповідно до об’єктивної сторони цього виду співучасті, має бути встановлено, що обвинувачений здійснював контроль над злочином, матеріальні елементи якого були створені однією або кількома особами.¹³⁶¹ Наявність організованої групи може бути виявлена тоді, коли обвинувачений має “функціональне домінування”¹³⁶² над організаційною структурою, в межах якої він може використовувати свій авторитет і владу для забезпечення виконання своїх наказів.¹³⁶³ Щоб встановити, що такий контроль був наявний, докази повинні показати:¹³⁶⁴

1. Чітку **організаційну ієрархію**, в рамках якої виконання наказів стало майже автоматичним.¹³⁶⁵ Це демонструється в ситуаціях, коли, якщо один член організації відмовляється підкорятися, інший готовий втрутитися і забезпечити виконання наказу (наказів).¹³⁶⁶ Характер організації - зокрема, інтенсивний, суворий і жорстокий режим тренувань або рутинне застосування дисциплінарних покарань - також має значення;¹³⁶⁷ та
2. Що в рамках цієї ієрархії обвинувачений дійсно здійснював **“контроль за перебігом подій, що спричинили злочин”** задумуючи злочин, керуючи його підготовкою на

¹³⁵⁸ Апеляційне рішення у справі *Онгвена*, пп. 628; Судове рішення у справі *Катанги*, п. 1402. Це може мати місце, коли, наприклад, безпосередній виконавець був неповнолітнім, який не досяг віку кримінальної відповідальності; страждав на психічні розлади або порушення; перебував у стані несвідомого сп’яніння; або вчинив діяння як “ненавмисний учасник [...], що діяв під примусом або помилково”: Краєр та ін. (2015), с. 367.

¹³⁵⁹ Рішення у справі *Катанги*, пп. 1408-1409; ключовою вимогою є “функціональний автоматизм, який приводить у дію апарат влади”, тобто “накази керівника виконуються автоматично, принаймні з огляду на взаємозамінність потенційних фізичних виконавців”. Див. також: *Прокурор проти Нтаганди*, ІСС-01/04-02/06, Рішення про підтвердження обвинувачень, 9 червня 2014 року (“Рішення про підтвердження обвинувачень у справі *Нтаганди*”), п. 120; *Прокурор проти Мутаури та ін.*, ІСС-01/09-02/11-1, Рішення щодо заяви прокурора про виклик до суду Френсіса Кірімі Мутаури, Ухуру Муїгаї Кеніятті та Мохаммеда Хусейна Алі, 8 березня 2011 року, п. 36; *Прокурор проти Сімони Гбагбо*, ІСС-02/11-01/12-2-Red, Рішення щодо клопотання Прокурора відповідно до статті 58 про видачу ордеру на арешт Сімони Гбагбо, 2 березня 2012 року, п. 28.

¹³⁶⁰ Апеляційне рішення у справі *Онгвен*, пп. 631; Судове рішення у справі *Онгвена*, п. 2784. Див. також: Судове рішення у справі *Катанги*, пп. 1403-1406, 1411-1412; Судове рішення у справі *Нтаганди*, пп. 778.

¹³⁶¹ Римський статут, стаття 25(3)(а); Судове рішення у справі *Катанги*, пп. 1399, 1416.

¹³⁶² Краєр та ін. (2015), с. 368.

¹³⁶³ Рішення у справі *Катанги і Чуй* про підтвердження обвинувачень, п. 514. У таких ситуаціях, хоча ймовірно, що особи, які безпосередньо вчинили злочин, нестимуть кримінальну відповідальність, існує ймовірність того, що певні безпосередні виконавці можуть бути звільнені від кримінальної відповідальності. Див. рішення у справі *Катанги*, п. 1404.

¹³⁶⁴ Рішення суду у справі *Катанги*, пп. 1412.

¹³⁶⁵ Рішення суду у справі *Катанги*, пп. 1408; Рішення у справі *Нтаганди* про підтвердження обвинувачень, п. 120.

¹³⁶⁶ Рішення суду у справі *Катанги*, пп. 1408.

¹³⁶⁷ Рішення у справі *Катанга і Чуй* про підтвердження обвинувачень, п. 518.

різних ієрархічних рівнях та/або контролюючи його вчинення та реалізацію за допомогою організаційного апарату.¹³⁶⁸

Елементи суб'єктивної сторони цього виду співучасті вимагають, щоб обвинувачений: (i) задовільнив склад суб'єктивної сторони злочину, який він вчинив (*див.* розділ 3.3); та (ii) був обізнаний про фактичні обставини, які дозволяли йому здійснювати контроль над злочином через інших осіб.¹³⁶⁹ Як мінімум, це вимагає, щоб обвинувачений знав про організаційну структуру, яка дозволила йому використовувати іншу особу для реалізації матеріальних елементів злочину.¹³⁷⁰

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи існував організований, ієрархічний апарат влади, наприклад, політична чи військова структура? • Чи мав обвинувачений ранг або посаду, щоб віддавати накази підлеглим? • Чи є обставини, які вказують на автоматичне виконання наказів обвинуваченого? • Чи використовувала організація інтенсивні, суворі та насильницькі режими навчання або інші дисциплінарні покарання? • Чи міг обвинувачений наймати, звільняти або накладати дисциплінарні стягнення на підлеглих? • Чи мав обвинувачений звання/посаду, яка дозволяла йому віддавати накази підлеглим? • Чи брав участь обвинувачений у навчанні підлеглих? • Чи знав обвинувачений організаційну та ієрархічну структуру організації? • Чи знав обвинувачений про обставини, що мали вирішальне значення для здійснення ним контролю над 	<ul style="list-style-type: none"> • Наказ про призначення обвинуваченого на посаду керівника військової частини. • Офіційні документи, що містять підпис обвинуваченого на наказах про притягнення до дисциплінарної відповідальності або звільнення членів організації. • Показання свідків, які описують, як підлеглих обвинуваченого жорстоко карали за відмову виконувати накази. • Фотографія обвинуваченого разом з іншими високопоставленими членами організації. • Відео, на якому обвинувачений проводить тренування з підлеглими. • Документи, що показують внутрішню ієрархію організації, підписані обвинуваченим. • Показання нижчих за рангом членів організації, які описують, як обвинувачений часто наказував підлеглим здійснювати злочинну діяльність. • Фотодокази того, що обвинувачений контролював навчання та дисципліну членів організації.

¹³⁶⁸ Рішення суду у справі Катанги, пп. 1412.

¹³⁶⁹ Римський статут, стаття 25(3)(а); Апеляційне рішення у справі Онгвена, п. 249; Судове рішення у справі Катанги, п. 1399, 1413-1415.

¹³⁷⁰ Рішення суду у справі Катанги, п. 1415.

злочином?	
-----------	--

Таблиця 70: Непрямі ознаки злочину та приклади доказів

Непряме співвиконавство (вчинення злочину спільно з іншою особою або через іншу особу):¹³⁷¹ об'єктивні елементи цього способу вимагають: (i) наявність спільного плану між обвинуваченим і співвиконавцями щодо вчинення злочинів або діянь, які за звичайного розвитку подій призвели б до їх вчинення; (ii) контроль з боку співвиконавця (співвиконавців) над особами, які виконують злочин, шляхом підпорядкування волі безпосередніх виконавців (зокрема організованого апарату влади через автоматичне функціонування апарату); (iii) обвинувачений, хоча і не зобов'язаний особисто здійснювати злочинне діяння, але робить істотний внесок у його здійснення і має можливість перешкоджати його вчиненню.¹³⁷²

Суб'єктивні елементи цього виду співучасті вимагають, щоб обвинувачений: (i) повинен був мати умисел щодо свого істотного внеску; (ii) взаємно усвідомлювати і погоджуватися з тим, що реалізація спільного плану призведе до вчинення злочинів; та (iii) усвідомлював фактичні обставини, що дозволяють їм здійснювати спільний контроль за вчиненням злочину через іншу особу.¹³⁷³

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи існують прямі або фізичні докази того, що план існував (наприклад, фізичні або цифрові записи)? • Чи координував обвинувачений дії з іншими особами щодо засобів, необхідних для досягнення мети (наприклад, збереження політичної влади)? • Чи здійснювали члени групи інші підготовчі заходи (наприклад, накопичення зброї)? • Яким був характер і зміст взаємодії між обвинуваченими, іншими співучасниками та підконтрольними їм силами? • Чи допомагав обвинувачений у 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційний військовий документ, що детально описує план знищення всіх цивільних лікарень у певній місцевості. • Відеозапис публічного виступу високопоставленого військового генерала з описом плану захоплення регіону сусідньої держави. • Фотографії, зроблені під час зустрічі між високопоставленими військовими/урядовими особами, на якій розроблялися плани масштабної військової операції. • Цифрові записи великих закупівель зброї одним із членів угруповання. • Фотографія обвинуваченого в кімнаті для нарад з високопоставленими державними та військовими посадовими особами, в якій розроблялися плани незаконного вторгнення. • Наказ про призначення обвинуваченого керівником військової частини.

¹³⁷¹ Це форма злочину, передбачена статтею 25(3)(а) Римського статуту. Це поєднання відповідальності за співвиконавство та непряме виконання.

¹³⁷² Див. наприклад, Апеляційне рішення у справі Онгвена, пп. 637-8; Судове рішення у справі Онгвена, п. 2787-2788; Судове рішення у справі Нтагани, пп. 774; Прокурор проти Мутаури та ін., ІСС-01/09-02/11, Рішення про підтвердження обвинувачень, 23 січня 2012 року ("Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Мутаура та ін"), пп. 297-298; Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Нтагани, пп. 104, 121; Прокурор проти Аль-Башира, ІСС-02/05-01/09, Рішення щодо заяви обвинувачення про видачу ордеру на арешт Омара Хасана Ахмада Аль-Башира, 4 березня 2009 року, п. 213.

¹³⁷³ Рішення у справі Онгвена, п. 2788; Рішення у справі Нтаганда, п. 774.

<p>формулюванні, організації або координації відповідної стратегії чи плану?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи керував обвинувачений іншими учасниками або контролював їх? • Чи визначив обвинувачений ролі осіб, причетних до злочину? • Чи контролював та/або фінансував обвинувачений придбання ресурсів (наприклад, зброї) для вчинення злочину? • Чи мав обвинувачений ранг або посаду, щоб віддавати накази підлеглим? • Чи є обставини, які свідчать про автоматичне виконання наказів обвинуваченого? 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційні документи з підписом обвинуваченого на наказах про притягнення до дисциплінарної відповідальності або звільнення з роботи членів організації. • Показання свідків, які описують, як підлеглих обвинуваченого жорстоко карали за відмову виконувати накази. • Фотографія обвинуваченого разом з іншими високопоставленими членами організації. • Відео, на якому обвинувачений проводить тренінги з підлеглими.
--	--

Таблиця 71: Непрямі ознаки співучасті та приклади доказів

3.4.5.3 Відповідальність за пособництво

Відповідальність за пособництво - це форма кримінальної відповідальності, яку може понести обвинувачений за злочинні дії іншої особи, якщо він має достатній зв'язок зі злочинном або брав у ньому участь.¹³⁷⁴ Як ККУ, так і міжнародні суди та трибунали визнають кілька форм відповідальності за пособництво у міжнародних злочинах.

3.4.5.3.1 Пособництво відповідно до ККУ

Три положення про відповідальність за пособництво у злочині, передбачені ККУ, викладені у статті 27 наступним чином:

Стаття 27. Види співучасників

3. Організатором є особа, яка організувала вчинення кримінального правопорушення (кримінальних правопорушень) або керувала його (їх) підготовкою чи вчиненням. Організатором також є особа, яка утворила організовану групу чи злочинну організацію або керувала нею, або особа, яка забезпечувала фінансування чи організувала приховування кримінально протиправної діяльності організованої групи або злочинної організації.

4. Підбурювачем є особа, яка умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином схилила іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення.

5. Пособником є особа, яка порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками, а також особа, яка заздальгідь обіцяла переховати особу, яка вчинила

¹³⁷⁴ Див. наприклад, Томсон Рейтер Практичне право, "Акцесорна відповідальність" (2023).

кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби вчинення кримінального правопорушення, сліди кримінального правопорушення чи предмети, здобуті кримінально протиправним шляхом, придбати чи збути такі предмети або іншим чином сприяти приховуванню кримінального правопорушення.

Частини 2-5 статті 29 ККУ надають додаткові роз'яснення щодо кримінальної відповідальності співучасників за ККУ.

Стаття 29. Кримінальна відповідальність співучасників

2. Організатор, підбурювач та пособник підлягають кримінальній відповідальності за відповідною частиною статті 27 і тією статтею (частиною статті) Особливої частини цього Кодексу, яка передбачає кримінальне правопорушення, вчинене виконавцем.

3. Ознаки, що характеризують особу окремого співучасника кримінального правопорушення, ставляться в вину лише цьому співучасникові. Інші обставини, що обтяжують відповідальність і передбачені у статтях Особливої частини цього Кодексу як ознаки кримінального правопорушення, що впливають на кваліфікацію дій виконавця, ставляться в вину лише співучаснику, який усвідомлював ці обставини.

4. У разі вчинення виконавцем незакінченого кримінального правопорушення інші співучасники підлягають кримінальній відповідальності за співучасть у незакінченому кримінальному правопорушенні.

5. Співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо воно не охоплювалося їхнім умислом.

Відповідно, частини 3-5 статті 27 ККУ охоплюють три форми співучасті: організацію, підбурювання та пособництво, тоді як статті 26 та 29(5) передбачають, що організатор, підбурювач або пособник повинен мати умисел на вчинення злочину, який він поділяє з виконавцем. Стаття 29(2) пояснює, що організатор, підбурювач або пособник несуть кримінальну відповідальність за відповідною частиною статті 27 та статтею, що передбачає кримінальне правопорушення. Як обговорюється нижче (див. розділ 3.4.5.3.2), подібна поведінка охоплюється видами співучасті, визнаними МКП, вивчення яких може надати рекомендації щодо застосування цих видів співучасті в контексті воєнних злочинів і злочинів, пов'язаних з конфліктом.

3.4.5.3.1.1 Організація (стаття 27(3), ККУ)

Відповідно до ч. 3 ст. 27 ККУ, об'єктивні ознаки цього виду співучасників передбачають, що організатор повинен: (i) організувати вчинення злочину (злочинів) або керувати його підготовкою чи вчиненням; або (ii) створити організовану групу чи злочинну організацію, керувати нею, фінансувати її або організовувати укриття злочинної діяльності організованої групи чи злочинної організації.¹³⁷⁵

¹³⁷⁵ ККУ, стаття 27(3).

Що стосується суб'єктивних елементів, організатор повинен мати умисел вчинити діяння, що становить кримінальне правопорушення. Це підтверджується частиною 5 статті 29, яка говорить “співучасники не підлягають кримінальній відповідальності за діяння, вчинене виконавцем, якщо це діяння не входило в їхній умисел”. Стосовно організаторів, які створюють організовані групи або злочинні організації, стаття 30(1) підтверджує: “Організатор організованої групи або злочинної організації підлягає кримінальній відповідальності за всі кримінальні правопорушення, вчинені організованою групою або злочинною організацією, якщо вони охоплювалися його умислом”.

В українській практиці існують такі форми “організації”:¹³⁷⁶

- Залучення виконавців, співучасників або інших організаторів до вчинення злочину;
- Розподіл обов'язків між виконавцями, співучасниками або іншими організаторами;
- Інакше об'єднання та координація зусиль співучасників та виконавців (їх розміщення/присутність на місці злочину, визначення послідовності злочинних дій, форми та порядку спілкування між співучасниками під час вчинення злочину);
- Визначення об'єкта правопорушення;
- Розробка плану вчинення злочину;
- Пошук або пристосування засобів чи інструментів/знарядь для вчинення злочину;
- Наказування на вчинення злочину;
- Усунення перешкод для вчинення злочину;
- Створення інших передумов для вчинення злочину;
- Інструктаж співучасників щодо вчинення відповідних злочинних дій (через дії або бездіяльність);
- Розробка заходів з нейтралізації діяльності правоохоронних органів (наприклад, шляхом підкупу, насильства над співробітниками або їхніми родичами, їх усунення або іншого блокування їхньої діяльності, що може перешкодити вчиненню злочину); або
- Визначення місць переховування співучасників після вчинення злочину, а також місць переховування зброї, знарядь вчинення злочину, слідів злочину, предметів, здобутих злочинним шляхом тощо.

¹³⁷⁶ Постанова Верховного Суду України “Про практику розгляду судами кримінальних справ про злочини, вчинені стійкими злочинними об'єднаннями” від 23 грудня 2005 року № 13, п. 3. 3; Андрушко, Арсенюк та Тихий, Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2009), Коментар до статті 27 ККУ

Відповідно до цих типів поведінки, внесок організатора в міжнародні злочини може варіюватися залежно від характеру злочину, способу його вчинення, типів залучених сил тощо. У разі незначних інцидентів насильства (наприклад, вбивства окремих цивільних осіб, мародерства тощо) роль організатора навряд чи відрізнятиметься від обставин, пов'язаних зі звичайними злочинами, передбаченими ККУ. Наприклад, якщо військовослужбовець організовує своїх товаришів по службі для пограбування будинків місцевих цивільних осіб з метою особистої наживи - тобто, розробляє план і виділяє засоби (наприклад, транспортні засоби та зброю) для цих цілей - він може бути кваліфікований як організатор.

Однак ситуація є більш складною у разі багатоепізодних або тривалих інцидентів, або у зв'язку, наприклад, зі складною координацією нападу (наприклад, облога міст різними підрозділами), складними процесами планування або прийняття рішень (наприклад, використання стратегічної авіації), або нападів із застосуванням сучасної складної зброї (наприклад, реактивної артилерії або наземних балістичних комплексів). У такому разі може здатися, що сприяння злочинам не вписується в раніше розроблене розуміння форми "організації" за ККУ, яке більше стосується звичайних злочинів (наприклад, бандитизму, відмивання грошей тощо). Тим не менш, формулювання статті 27(3) - у поєднанні з попередньою судовою практикою в Україні - є досить широким, щоб охопити безліч способів, якими виконавці середньої та вищої ланки можуть бути залучені до організації вчинення міжнародних злочинів (які також розглядалися міжнародними судами та трибуналами в межах різних видів співучасті - *див.* розділ 3.4.5.3.2).

Приклади ситуацій, в яких залучена особа може потенційно може бути притягнута до відповідальності як "організатор":

- Політик високого рівня, який скеровував цивільних осіб, що рятувалися від насильства, в район, де, як він знав, відбувалися напади на цивільних осіб, а також направляв туди озброєне підкріплення, щоб сприяти нападу.¹³⁷⁷
- Озброєний солдат, який супроводжував двох інших озброєних солдатів (безпосередніх виконавців) та кількох затриманих до місця, де безпосередні виконавці розстріляли затриманих.¹³⁷⁸

¹³⁷⁷ *Див. наприклад, МКТР, Рішення у справі Каліманзіри*, пп. 392-393. У цій справі Судова палата встановила, що Каліманзіра особисто заохочував тисячі цивільних осіб знайти притулок у районі, де він обіцяв їм захист. Замість того, щоб бути захищеними, цивільні особи зазнали нападу і були вбиті в присутності Каліманзіри, який також звернувся до поліції і військових за підкріпленням для допомоги в нападі. Відповідно, Судова палата визнала Каліманзіру винним у пособництві та підбурюванні до геноциду. Для детального обговорення пособництва та підбурювання, *див.* Розділ 3.4.5.3.2.3, нижче.

¹³⁷⁸ *Див. наприклад, МТКЮ, Апеляційне рішення у справі Василевича*, п. 134. Частина цієї справи стосувалася інциденту, під час якого Василевич супроводжував трьох своїх товаришів по службі, які захопили сімох чоловіків-мусульман, до місця, де ці чоловіки-мусульмани були розстріляні. Хоча сам Василевич не здійснював вбивство цих людей, він був озброєний і стояв поруч, коли його товариші по службі розстрілювали цих людей. Відповідно, Апеляційна палата визнала Василевича винним у пособництві та підбурюванні до вбивства. Для детального обговорення пособництва та підбурювання, *див.* Розділ 3.4.5.3.2.3, нижче.

- Командир віддав наказ про відведення своїх солдатів, які охороняли військовополонених, що забезпечило воєнізованим формуванням необмежений фізичний доступ до військовополонених і, таким чином, сприяло їхньому вбивству.¹³⁷⁹
- Офіцер середньої ланки, який зібрав поліцію для нападу на село, під час якого цивільні особи були вбиті та піддані жорстокому поводженню, а цивільні будинки зруйновані (наприклад, підпалені).¹³⁸⁰
- Лідер групи солдатів, які вивозили жінок з місця ув'язнення до іншого місця, де їх далі утримували та гвалтували інші солдати.¹³⁸¹
- Начальник місця утримання, який не забезпечив затриманих належним харчуванням, водою, медичним обслуговуванням, туалетом та спальними місцями, незважаючи на відсутність ознак обмеженості ресурсів (тобто організував неналежні умови утримання), тим самим піддаючи затриманих нелюдським умовам і спричиняючи їм навмисні страждання та жорстоке поводження.¹³⁸²

Водночас, у багатьох справах про воєнні злочини спосіб організації збігатиметься зі способом віддання наказу (тобто формою вчинення злочину, передбаченого статтею 438 ККУ (див. розділ 3.4.5.4, нижче)). Це може бути у разі, коли, наприклад, командир артилерійського підрозділу наказує своїм підлеглим обстріляти житловий район міста, знаючи про цивільний статус цілей, але при цьому сприяє атаці, плануючи її, ставлячи завдання операторам артилерійських установок, розставляючи операторів у певних місцях тощо. Іншими словами, у багатьох випадках, коли командири віддають накази про

¹³⁷⁹ Див. наприклад, МТКЮ, *Рішення у справі Мркшича*, пп. 612, 620-622. У цій справі Судова палата встановила, що наказ Мркшича про відкликання єдиного солдата, який охороняв військовополонених, “мав негайний і безпосередній вплив на вчинення наступних вбивств”. Таким чином, Судова палата встановила, що Мркшич допомагав і підбурював до вчинення злочину вбивства. Для детального обговорення пособництва та підбурювання, див. розділ 3.4.5.3.2.3, нижче.

¹³⁸⁰ Апеляційне рішення у справі *Бошковського і Тарчуловського*, пп. 130, 135, 138, 150, 153-154, 157. У цій справі Тарчуловський був визнаний відповідальним за підбурювання на підставі доказів, які свідчать про те, що (i) він відповідав за підготовку операції, основною метою якої були невибіркові напади на цивільних осіб та їхнє майно; (ii) він особисто керував цією операцією; (iii) він був присутній у селі під час скоєння злочинів; і (iv) він дозволив співробітникам міліції не проводити перевірку за фактом загибелі трьох чоловіків. Для детального обговорення підбурювання, див. розділ 3.4.5.3.2.2, нижче.

¹³⁸¹ Див. наприклад, *Кунарац та ін. Судове рішення*, пп. 21, 22, 26, 28-33, 636-670. Серед інших злочинів, Драголюб Кунарац, командир добровольчого підрозділу солдатів, був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до катувань і згвалтувань: він привів дівчат і залишив їх у будинку, де перебували солдати його підрозділу, знаючи, що дівчат потім згвалтують. Це сталося в контексті військового захоплення міста, де цивільні особи утримувалися в різних місцях довгострокового і короткострокового утримання під вартою по всьому місту. Для детального обговорення пособництва та підбурювання, див. розділ 3.4.5.3.2.3, нижче.

¹³⁸² *Прокурор проти Делаліча та ін.*, IT-96-21-T, рішення від 16 листопада 1998 року (“Рішення у справі Делаліча та ін.”), пп. 1073-1119, 1123. Судова палата визнала Мучича, одного з обвинувачених, відповідальним безпосередньо і як начальника/командира за умисне заподіяння сильних страждань або серйозної шкоди тілу чи здоров'ю ув'язнених, а також за жорстоке поводження з ними, ґрунтуючись на його фактичному становищі вищого керівника в'язничного табору в Челебічі, а також на тому, що “внаслідок цієї посади [Мучич] був особою, яка несла головну відповідальність за умови в'язничного табору і мала змогу впливати на них”. Для детального обговорення основної (прямої) відповідальності та командної відповідальності див. розділи 3.4.5.1 та 3.4.5.5.

вчинення воєнних злочинів, вони, ймовірно, також відіграють додаткову роль в організації їх підготовки, знаходячи засоби, розподіляючи обов'язки та завдання тощо.

Органіція не має точного відтворення у видах співучасті, визнаних у МКП. Однак організація за ч. 3 ст. 27 ККУ може бути використана для охоплення подібної поведінки, яка охоплює непряме виконання або непряму співучасть (див. розділ 3.4.5.2.1.2), планування (див. розділ 3.4.5.3.2.1) та наказування (див. розділ 3.4.5.4), та за певних обставин - пособництво та сприяння (див. розділ 3.4.5.3.2.3) або сприяння в будь-який інший спосіб вчиненню злочину (див. розділ 3.4.5.3.2.4).

3.4.5.3.1.2 Підбурювання (стаття 27(4), ККУ)

У частині 4 статті 27 йдеться про підбурювачів, які “схилили іншого співучасника до вчинення кримінального правопорушення умовлянням, підкупом, погрозою, примусом або іншим чином”. Іншими словами, підбурювання за ККУ передбачає провокування до вчинення злочину шляхом виникнення бажання (переконання в доцільності, вигідності, необхідності), виникнення рішучості або зміцнення умислу безпосереднього виконавця вчинити злочин.¹³⁸³

Що стосується елементів суб'єктивної сторони цього виду, відповідно до статті 29(5), підбурювач повинен мати необхідний умисел щодо діяння, вчиненого виконавцем (тобто кримінального правопорушення).

Відповідно до ККУ, способами схилення співучасника до вчинення злочину є:¹³⁸⁴

- Спонування - систематичне або одноразове прохання особи, яка потребує допомоги, вчинити злочин;
- Підкуп - надання або обіцянка надання матеріальної (гроші, майно, передача або збереження майнових прав, звільнення від майнових обов'язків тощо) чи іншої допомоги (сприяння у працевлаштуванні, вирішенні певних життєвих проблем, звільнення від кримінальної відповідальності тощо) в обмін на вчинення злочину;
- Погроза - залякування особи погрозою заподіяння фізичної, майнової, моральної чи іншої шкоди, якщо вона не вчинить злочин;
- Примус - схилення іншої особи до вчинення злочину шляхом заподіяння їй тілесних ушкоджень або застосування іншого насильства, пошкодження майна, що належить їй чи її близьким, поширення певних відомостей про неї тощо.; та

¹³⁸³ Андрушко, Арсенюк і Тихий, Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2009), Коментар до статті 27 ККУ.

¹³⁸⁴ Андрушко, Арсенюк і Тихий, Науково-практичний коментар до Кримінального кодексу України (2009), Коментар до статті 27 ККУ.

- Схиляння в інший спосіб - вчинення будь-яких інших дій, якими особа схиляє співучасника до вчинення злочину, зокрема: вказівки, накази, поради, заклики тощо.

Цей вид може бути корисним для притягнення до відповідальності віддалених виконавців міжнародних злочинів у разі, коли вони впливали на безпосередніх виконавців з метою вчинення злочинів, зокрема, наприклад, тих, хто створив у своєму підрозділі середовище, в якому заохочується вчинення міжнародних злочинів, тих, хто вимагав від інших вчинення злочинів, або тих, хто підбурював інших до вчинення злочинів шляхом примушування до цього. Цей вид співучасті охоплює подібні діяння, як і види співучасті підбурювання, розпалювання або схиляння (див. розділ 3.4.5.3.2.2), а також пособництво та підбурювання (див. розділ 3.4.5.3.2.3), визнані міжнародними судами та трибуналами.

3.4.5.3.1.3 Виконання ролі пособника (стаття 27(5), ККУ)

Згідно зі статтею 27(5), об'єктивні ознаки цієї форми співучасті передбачають, що "пособником" є особа, яка:¹³⁸⁵ (i) сприяла вчиненню кримінального правопорушення іншими співучасниками порадами, вказівками, наданням засобів чи знарядь або усуненням перешкод; або (ii) заздалегідь обіцяла переховати кримінальне правопорушення, знаряддя чи засоби, які були використані для його вчинення, сліди кримінального правопорушення або предмети, здобуті в результаті вчинення кримінального правопорушення, а також придбати чи збути їх, або в інший спосіб сприяти приховуванню слідів злочину.

Відповідно до статті 29(5), суб'єктивний елемент цієї форми вимагає, щоб пособник мав умисел на вчинення діяння, яке вчинив виконавець (тобто кримінального правопорушення).

Приклади, коли особа може вважатися "пособником", включають:

- Високопоставлений адміністративний керівник муніципалітету, який сприяв продовженню програми примусової праці, призначивши керівника відповідного муніципального департаменту, відповідального за цю програму, і який сприяв обміну полоненими, призначаючи членів комітету з обміну полоненими та консультуючись з ними щодо обміну полоненими.¹³⁸⁶
- Командир військово-інженерного підрозділу, який надавав ресурси та техніку свого підрозділу до місць масових розстрілів, для розкопок поховань.¹³⁸⁷

¹³⁸⁵ ККУ, стаття 27(5).

¹³⁸⁶ *Прокурор проти Сіміча та ін.*, IT-95-9-A, Апеляційне рішення, 28 листопада 2006 року, п. 153-155, 182-184, 189. У цій справі Сіміч, голова муніципальної ради Босанського Шамача в Боснії і Герцеговині, був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до злочину переслідування цивільних осіб несербської національності шляхом їх незаконного арешту та утримання під вартою, примусової праці та примусового переміщення. Детальніше про пособництво та підбурювання див. розділ 3.4.5.3.2.3 нижче.

¹³⁸⁷ *Прокурор проти Благоєвича та Йокіча*, IT-02-60-T, Судове рішення, 17 січня 2005 року ("Судове рішення у справі Благоєвича та Йокіча"), п. 357, 567(j), 763, 766-767, 769-775. Йокіч, начальник інженерної служби і командир інженерної роти в Армії Республіки Сербської, був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до масових

- Старший пастор, який привів озброєних нападників до комплексу, де нападники потім вбили цивільних.¹³⁸⁸
- Армійський начальник, який забезпечував і постачав військово спорядження місцевим силам, що скоювали злочини, зокрема депортацію і насильницьке переміщення.¹³⁸⁹

Ця форма співучасті схожа на надання допомоги та підбурювання (див. розділ 3.4.5.3.2.3) або сприяння в будь-якій іншій спосіб вчиненню чи спробі вчинення злочину, (див. розділ 3.4.5.3.2.4) що визнається міжнародними судами та трибуналами.

3.4.5.3.2 Відповідальність за пособництво у МКП

Як зазначалося вище, окрім включення до ККУ, відповідальність за пособництво також визнається у міжнародному звичаєвому праві, а також у документах і практиці міжнародних судів і трибуналів.¹³⁹⁰ Відповідно, у цьому розділі будуть розглянуті такі форми пособництва: планування, підбурювання, прохання або спонукування, пособництво та підбурювання, а також інше сприяння вчиненню злочину.

3.4.5.3.2.1 Планування (стаття 7(1), Статут МТКЮ; стаття 6(1), Статут МКТР)

Планування конкретно зазначено як спосіб відповідальності у статутах МТКЮ та МКТР,¹³⁹¹ і визнається міжнародним звичаєвим правом.¹³⁹² Однак планування не визнається як форма відповідальності за Статутом МКС, натомість така поведінка, ймовірно, підпадає під форми відповідальності за співучасть у злочині¹³⁹³ (див. розділ 3.4.5.2.1.2) та інше сприяння злочину (див. розділ 3.4.5.3.2.4).

страт 2 700-4 200 потерпілих, оскільки він відправив і контролював розгортання сил і засобів бригади “Зворнік” на місцях масових страт для розкопок поховань. Детальніше про пособництво та підбурювання див. розділ 3.4.5.3.2.3 нижче.

¹³⁸⁸ *Прокурор проти Нтакірутімані та ін.*, ICTR-96-10 та ICTR-96-17-T, *Рішення та вирок*, 21 лютого 2003 року, пп. 788-790. Нтакірутімана привіз озброєних нападників до комплексу Мугонеро на своєму автомобілі, і ці нападники почали вбивати біженців тутсі в комплексі. Обвинувачений знав, що члени етнічної групи тутсі є мішенню для нападу, і що, перевозячи нападників до комплексу, він буде сприяти нападу. Відповідно, його було визнано винним у пособництві та підбурюванні до вбивства і заподіянні тяжких тілесних ушкоджень та психічних травм потерпілим тутсі. Для детального обговорення пособництва та підбурювання див. розділ 3.4.5.3.2.3 нижче.

¹³⁸⁹ *Прокурор проти Шайновича та ін.*, IT-05-87-T, *Судове рішення: Том 3 з 4*, 26 лютого 2009 року (“Судове рішення: Том 3 та 4 у справі Шайновича та ін.”), пп. 623-630. Начальник Генерального штабу югославської армії Оіданіч був визнаний винним у пособництві та підбурюванні до депортації та насильницького переміщення албанського цивільного населення, зокрема, у зв’язку з тим, що він озброював неалбанське населення в Косові. Детальніше про пособництво та підбурювання див. розділ 3.4.5.3.2.3 нижче.

¹³⁹⁰ Див. наприклад, Статут МКС, стаття 25(3)(b)-(d); Статут МТКЮ, стаття 7(1); Статут МКТР, стаття 6(1).

¹³⁹¹ Статут МТКЮ, стаття 7(1); Статут МКТР, стаття 6(1).

¹³⁹² Див. наприклад, МТКЮ, *Шайнович та ін.* Рішення щодо клопотання Драголюба Ойданіча про оскарження юрисдикції - Спільне злочинне підприємство, п. 21: через те, що однією з передумов для того, щоб спосіб відповідальності підпадав під юрисдикцію МТКЮ, є те, що, *серед іншого*, “він повинен був існувати відповідно до міжнародного звичаєвого права у відповідний час”.

¹³⁹³ У МКС поняття відповідальності луи планування обговорювалося в контексті того, що співвиконавець міг зробити істотний внесок у спільний план на будь-якому етапі, включаючи етап планування, див: *Апеляційне рішення у справі Нтаганди*, пп. 22, 24, 1066; *Апеляційне рішення у справі Лубанги*, пп. 7, 469; *Прокурор проти Бемби*, ICC-01/05-01/08, рішення від 21 березня 2016 року (“Рішення у справі Бемби”), пп. 69; *Рішення у справі Бле*

Згідно з практикою МТКЮ і МКТР, об'єктивний елемент “планування” вимагає, щоб одна або кілька осіб “розробили злочинне діяння, що становить один або кілька” злочинів, які згодом будуть вчинені.¹³⁹⁴ Це може включати “формулювання методу розробки або дії, процедури або домовленості для вчинення конкретного злочину”, який згодом було скоєно.¹³⁹⁵ Достатньо продемонструвати, що планування було фактором, який суттєво сприяв такому злочинному діянню.¹³⁹⁶ Крім того, не потрібно доводити присутність обвинуваченого на місці злочину, щоб довести, що злочини були вчинені під керівництвом обвинуваченого або за його планом.¹³⁹⁷

Що стосується суб'єктивних елементів, то особа, яка планує злочин, повинна була мати “умисел спланувати вчинення злочину або, як мінімум, усвідомлювати значну ймовірність того, що злочин буде вчинено за виконання запланованих дій або бездіяльності”.¹³⁹⁸

Значна частина дій, які можуть становити “планування”, може бути підпорядкована відповідальності за “організацію” відповідно до ч. 3 ст. 27 ККУ (див. розділ 3.4.5.3.1.1). Низка різних форм організації, визнаних українською практикою, зокрема розподіл обов'язків, визначення об'єкта злочину, розробку плану вчинення злочину, пошук або пристосування засобів/інструментів/зброя для вчинення злочину, можуть бути витлумачені як такі, що охоплюють дії, які кваліфікуються як “планування” перед спеціальними трибуналами та відповідно до міжнародного звичаєвого права. Що стосується *mens rea*, коли злочини можуть вчинятися з непрямым умислом (тобто, коли обвинувачений передбачав суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажав їх, але свідомо припускав їх настання), вони також можуть охоплювати нижчий стандарт МКС (“усвідомлення значної ймовірності того, що злочин [буде] вчинено за виконання запланованих дій або бездіяльності”).

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи допомагав обвинувачений у розробці, організації, плануванні або координації злочину? • Чи керував обвинувачений іншими учасниками або контролював їх? • Чи визначав обвинувачений ролі тих, хто брав участь у злочині? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення члена військової частини обвинуваченого про те, що обвинувачений підтримував жорстку субординацію у своєму підрозділі та брав активну участь у прийнятті рішень з питань, що стосуються його підрозділу (наприклад, склад підрозділу, вибір зброї), а також у плануванні його діяльності (наприклад, снайперські кампанії, розгортання та використання озброєння). • Протокол наради, під час якої було розроблено план нападу на цивільне місто, що відображає роль

Гуде про підтвердження обвинувачень, п. 134; Прокурор проти Аль-Хассана, ІСС-01/12-01/18, Рішення про видачу ордеру на арешт, 22 травня 2018 року, п. 170. Суддя МКС Крістін Ван ден Вінгаерт також зазначила, що “[п]ланування також міститься в кількох проектах Статуту цього Суду, де воно з'являється поряд із формулюванням того, що стане статтею 25(3)(а) Статуту”: Прокурор проти Чуй, ІСС-01/04-02/12-4, Рішення відповідно до статті 74 Статуту - Окрема думка судді Крістін Ван ден Вінгаерт, 18 грудня 2012 року, с. 10, с. 22.

¹³⁹⁴ Апеляційне рішення у справі Кордича та Черкеса, п. 26; Апеляційне рішення у справі Мілошевича, п. 268;

¹³⁹⁵ Рішення та вирок у справі Семанзи, п. 380.

¹³⁹⁶ Апеляційне рішення у справі Кордича та Черкеса, п. 26; МТКЮ, Апеляційне рішення у справі Мілошевича, п. 268.

¹³⁹⁷ Апеляційне рішення у справі Бошковського і Тарчуловського, п. 125.

¹³⁹⁸ Апеляційне рішення у справі Кордича та Черкеса, п. 31; Апеляційне рішення у справі Мілошевича, п. 273; Ghjrehjh проти Нахімани та інших, ІСТР-99-52-А, Апеляційне рішення від 28 листопада 2007 року (“Апеляційне рішення у справі Нахімани та інших”), п. 479.

<ul style="list-style-type: none"> • Чи організовував, контролював та/або фінансував придбання ресурсів (наприклад, зброї) для вчинення злочину? • Чи фінансував обвинувачений виконання злочинів? • Чи заохочував обвинувачений злочини, мобілізуючи прихильників для вчинення злочинів або винагороджуючи фізичних виконавців злочинів? • Чи був внесок обвинуваченого таким, що він міг зірвати вчинення злочину, не беручи в ньому участі? • Чи мав обвинувачений намір виконати свій внесок? • Чи можна зробити висновок про умисел обвинуваченого з навколишніх обставин? • Чи були дії обвинуваченого умисними і чи усвідомлював він, що робить? 	<p>обвинуваченого в плануванні цієї операції (наприклад, організація вогневої підтримки з боку іншого підрозділу, забезпечення належного озброєння сил, а також вказівка на те, що обвинувачений буде керувати операцією особисто).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Фотографія обвинуваченого в кімнаті для нарад з високопоставленими державними та військовими посадовими особами, в якій розроблялися плани незаконного вторгнення. • Запис про значний імпорт зброї та боєприпасів, здійснений обвинуваченим. • Звіт НУО, в якому обвинувачений названий високопоставленим членом воєнізованого угруповання, що має репутацію мародерства в будинках цивільних осіб після військових операцій. • Свідчення членів воєнізованого підрозділу про те, що обвинувачений відповідав за постачання зброї для конкретних операцій. • Звіти НУО, в яких обвинувачений фігурує як один з ключових членів воєнізованої організації. • Свідчення потерпілих про те, що людина не могла не знати про мету воєнізованого угруповання - витіснити представників певної етнічної групи з певної території. • Список присутніх (включно з обвинуваченим) на нараді членів окупаційної адміністрації, на якій були сформульовані плани насильницького виселення місцевого населення.
--	---

Таблиця 72: Рекомендації щодо планування та приклади доказів

3.4.5.3.2.2 Підбурювання, схилення, спонукання (стаття 23(3)(b), Римський статут; стаття 7(1), Статут МТКЮ; стаття 6(1), Статут МКТР)

Статути спеціальних трибуналів містять форму співучасті “підбурювання”,¹³⁹⁹ тоді як у Статуті МКС йдеться про “примушування або спонукання”.¹⁴⁰⁰ Ці види співучасті охоплюють функціонально однакову поведінку, проте існують певні відмінності в їхньому тлумаченні.

Об’єктивні ознаки вимагають, щоб обвинувачений “сприяв” або “примушував чи заохочував” когось до вчинення злочину (підбурювання);¹⁴⁰¹ впливав на безпосереднього виконавця шляхом переконливого аргументування, переконання або будь-яких інших діянь, яка спонукала таку особу до вчинення злочину (“схилення”);¹⁴⁰² або просив чи закликав безпосереднього виконавця вчинити злочинне діяння (“спонукання”).¹⁴⁰³ Крім

¹³⁹⁹ Статут МТКЮ, стаття 7(1); та Статут МКТР, стаття 6(1).

¹⁴⁰⁰ Римський статут, стаття 25(3)(b).

¹⁴⁰¹ Прокурор проти Блашкіча, IT-95-14-T, рішення від 3 березня 2000 року (“Судове рішення у справі Блашкіча”), п. 280; Апеляційне рішення у справі Кордича і Черкеса, п. 27; Судове рішення, у справі Лімай та ін., п. 514; Апеляційне рішення у справі Багілішема, п. 30.

¹⁴⁰² Кілоло та ін. Судове рішення, п. 76.

¹⁴⁰³ Кілоло та ін. Судове рішення, п. 75.

того, повинен існувати причинно-наслідковий зв'язок між підбурюванням, спонуканням або схиланням та вчиненням злочином. За МКС вимагається, щоб підбурювання/спонукання мало безпосередній вплив на вчинення або спробу вчинення злочину;¹⁴⁰⁴ тоді як спеціальні (*ad hoc*) трибунали вимагали, щоб підбурювання суттєво сприяло вчиненню злочину.¹⁴⁰⁵ Сторона обвинувачення не зобов'язана “доводити, що злочин або основне правопорушення не було б скоєно, якби не підбурювання обвинуваченого”.¹⁴⁰⁶

Підбурювання, схилання або спонукання можуть бути явними або неявними,¹⁴⁰⁷ і можуть мати різні форми, як-от промови або створення середовища, сприятливої для вчинення злочину підлеглими, наприклад, шляхом надання карт-бланшу на вчинення злочину, подачі прикладу власною поведінкою або через відому та постійну терпимість.¹⁴⁰⁸ Між обвинуваченим і безпосереднім виконавцем злочину не обов'язково повинні існувати стосунки “начальник-підлеглий”.¹⁴⁰⁹ Між обвинуваченим і безпосереднім виконавцем злочину не обов'язково повинні існувати стосунки “начальник-підлеглий”.¹⁴¹⁰ Вплив, як правило, має психологічний характер (наприклад, переконання, заманювання або обіцянки), але може також мати форму фізичного тиску (наприклад, примусу або погроз), якщо особа, яку переконують/примушують, все ще має свободу діяти і вирішувати, чи вчиняти злочин, чи ні.¹⁴¹¹

Суб'єктивний елемент цього виду співучасті відрізняється у МКС та спеціальних (*ad hoc*) трибуналах. Що стосується суб'єктивних елементів, то МКС вимагає, щоб обвинувачений усвідомлював, що злочини будуть скоєні за звичайного перебігу подій.¹⁴¹² З іншого боку, спеціальні (*ad hoc*) трибунали вимагають, щоб обвинувачений мав умисел спровокувати або

¹⁴⁰⁴ Римський статут, стаття 25(3)(b); Рішення у справі *Нтаганди* про підтвердження обвинувачень, п. 153. Див. також, Браммерц і Джарвіс, *Переслідування СНПК*, с. 235, з посиланням на Апеляційне рішення у справі *Кордіч і Черкез*, п. 27. Це означає, що дії обвинуваченого повинні були підштовхнути безпосереднього виконавця до вчинення злочину: *Прокурор проти Кілоло та ін.*, ICC-01/05-01/13 A A2 A3 A4 A5, Апеляційне рішення від 8 березня 2018 року (“Апеляційне рішення у справі Кілоло та ін.”), п. 848; Рішення у справі *Кілоло та ін.*, п. 81.

¹⁴⁰⁵ *Шайнович та ін.* Судове рішення: Том 1 з 4, п. 83; *Прокурор проти Квочки та ін.*, IT-98-30/1-T, Судове рішення, 2 листопада 2001 року (“*Квочка та ін.* Судове рішення”), п. 252; *Нахімана та ін.* Апеляційне рішення, п. 480.

¹⁴⁰⁶ *Шайнович та ін.* Судове рішення: Том 1 з 4, п. 84; *Квочка та ін.* Судове рішення, п. 252; *Нахімана та ін.* Апеляційне рішення, п. 480.

¹⁴⁰⁷ *Шайнович та ін.* Судове рішення: Том 1 з 4, п. 83; Судове рішення у справі *Толімір*, пп. 902.

¹⁴⁰⁸ Браммерц і Джарвіс, *Переслідування сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом в МТКЮ*, Oxford University Press, 2016, с. 235, цитуючи МТКЮ, рішення у справі *Галіча*, п. 168. Див. також: Агірре Аранбуру, “Сексуальне насильство поза розумними сумнівами: Використання шаблонних доказів та аналізу в міжнародних справах” (2010) 23 *Leiden JIL*, с. 609, 614.

¹⁴⁰⁹ Браммерц і Джарвіс, *Переслідування СНПК*, с. 235, з посиланням на рішення у справі *Галіча*, п. 168. Див. також: А. Аранбуру, “Сексуальне насильство поза розумними сумнівами Використання шаблонних доказів та аналізу в міжнародних справах” (2010) 23 *Leiden JIL*, с. 609, 614.

¹⁴¹⁰ *Кілоло та ін.*, Судове рішення, п. 77; *Прокурор проти Орїча*, IT-03-68-T, Судове рішення, 30 червня 2006 року (“Судове рішення у справі *Орїча*”), п. 272.

¹⁴¹¹ О. Тріфтерер та К. Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар* (3^{тє} видання, С.Н. Веєк, Hart, Nomos 2016) (“Тріфтерер та Амбос, Коментар”), с. 1003; *Прокурор проти Шешеля*, МІСТ-16-99-А, Апеляційне рішення, 11 квітня 2018 року, п. 124.

¹⁴¹² Римський статут, стаття 25(3)(b); Рішення у справі *Нтаганди* про підтвердження обвинувачень, п. 153; Браммерц і Джарвіс, *Переслідування СНПК*, с. 235, з посиланням на Апеляційне рішення у справі *Кордіч і Черкез*, п. 27.

схилити до вчинення злочину, або усвідомлював значну ймовірність того, що вчинення злочину буде ймовірним наслідком його дій.¹⁴¹³

Цей вид співучасті можна порівняти з “пособництвом”, передбаченим ч. 4 ст. 27 ККУ (див. розділ 3.4.5.3.1.2), яке включає схилення іншої особи до вчинення злочину “шляхом переконання, підпорядкування, погрози, примусу або в інший спосіб”. Хоча “пособництво” існує як окремий вид співучасті згідно з МКП (більш детально обговорюється нижче, див. розділ 3.4.5.3.2.3), тип діяння, передбачений ч. 4 ст. 27, зокрема, “переконання”, “примус” і “погроза”, як видається, більше пов’язаний з підбурюванням, переконанням або схиленням до злочину. Відповідні міркування щодо суб’єктивної сторони злочину (*mens rea*) є такими ж, як і для ККУ. Зокрема, коли злочини можуть бути вчинені з непрямым умислом (тобто, коли обвинувачений передбачав суспільно небезпечні наслідки і хоча не бажав їх, але свідомо припускав їх настання), вони також можуть підпадати під нижчий стандарт МКС (“усвідомлення значної ймовірності того, що вчинення злочину буде ймовірним наслідком їхніх діянь”).

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи просив, закликав або впливав обвинувачений на безпосереднього виконавця щодо вчинення злочинного діяння? • Чи був вплив психологічним за своєю природою (наприклад, шляхом переконання, спокушання або обіцянок)? • Чи мав вплив фізичний характер (наприклад, шляхом примусу або погроз)? • Чи існує причинно-наслідковий зв’язок між підбурюванням і злочинним діянням? • Чи спонукали дії обвинуваченого до вчинення злочинного діяння? • Чи було вчинене злочинне діяння передбачуваним наслідком такого спонукування? • Чи виявив обвинувачений своїми діями намір схилити до злочину? • Чи була поведінка, до якої спонукав обвинувачений, необхідною для вчинення злочину безпосереднім виконавцем? • Чи виявляв обвинувачений своїми діями умисел на схилення до злочину? • Чи була поведінка, якої вимагав обвинувачений, необхідною для вчинення 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання військовослужбовця військової частини про те, що обвинувачений закликав їх вбивати цивільних осіб. • Показання солдата про те, що коли він вступив до військової частини в окупованому місті, обвинувачений (досвідчений солдат) повідомив йому, що для того, щоб стати справжнім патріотом і солдатом, необхідно піти в місто і вбити цивільну особу. • Відеозапис, на якому обвинувачений, місцевий політик, виступає з публічною промовою, в якій закликає натовп красти у місцевого цивільного населення, обіцяючи, що вони можуть залишити собі це майно. • Свідчення безпосереднього виконавця про те, що вони не стали б катувати військовополоненого, якби не вплив обвинуваченого. • Відеозапис групи солдатів, які входять до будинку з метою мародерства одразу після того, як обвинувачений закликав їх до цього. • Докази Human Rights Watch про те, що злочини сталися одразу після публічного звернення обвинуваченого з проханням про їх вчинення.

¹⁴¹³ Апеляційне рішення у справі Кордіч і Черкез, п. 29, 32; рішення у справі Прокурор проти Брданіна, IT-99-36-T, рішення від 1 вересня 2004 року (“Рішення у справі Брданіна”), п. 269; рішення у справі Налетіліча і Мартиновича, п. 60.

злочину безпосереднім виконавцем?	<ul style="list-style-type: none"> • Фотографія обвинуваченого, який направляє пістолет на безпосереднього виконавця перед скоєнням злочину на сексуальному ґрунті. • Свідчення члена воєнізованого формування про те, як обвинувачений прямо заохочував членів підрозділу до зґвалтування та сексуального насильства над цивільними особами. • Відеозапис публічного виступу обвинуваченого, в якому він заявляє, що місцеве населення має бути виселене з окупованої території. • Перехоплене повідомлення, надіслане обвинуваченим військам у польових умовах, у якому він заохочував використовувати полонених солдатів противника як живий щит.
-----------------------------------	--

Таблиця 73: Рекомендації та приклади доказів щодо підбурювання, схиляння, спонукання

3.4.5.3.2.3 Надання допомоги та підбурювання (стаття 25(3)(с), Римський статут; стаття 7(1), Статут МТКЮ; стаття 6(1), Статут МКТР)

Відповідно до МКС, обвинувачений може нести відповідальність за надання допомоги, підбурювання або інше сприяння вчиненню злочину.¹⁴¹⁴

Об'єктивні елементи цього виду співучасті за міжнародним кримінальним правом вимагають, щоб обвинувачений допомагав, підбурював або іншим чином сприяв вчиненню злочину або замаху на його вчинення, зокрема шляхом надання засобів для його вчинення.¹⁴¹⁵ Допомога може полягати в дії або бездіяльності і може бути надана до, під час або після вчинення злочину.¹⁴¹⁶ Таке сприяння може мати форму практичної (або матеріальної) допомоги,¹⁴¹⁷ заохочення,¹⁴¹⁸ або висловлення співчуття щодо вчинення

¹⁴¹⁴ Статут МКС, стаття 25(3)(с); Статут МТКЮ, стаття 7(1); і Статут МКТР, стаття 6(1).

¹⁴¹⁵ *Кілоло та ін.* Судове рішення, пп. 83-84; *Кілоло та ін.* Апеляційне рішення, пп. 1325; *Прокурор проти Аль-Махді*, ICC-01/12-01/15, Рішення про підтвердження обвинувачень проти Ахмада Аль-Факі Аль-Махді, 24 березня 2016 року, п. 26; *Прокурор проти Онгвена*, ICC-02/04-01/15, Рішення про підтвердження обвинувачень проти Домініка Онгвена, 23 березня 2016 року (“Рішення щодо Онгвена про підтвердження обвинувачень”), п. 43; *Прокурор проти Алексовського*, IT-95-14/1-A, апеляційне рішення, 24 березня 2000 року, пп. 163, 165; *Попович та інші*, апеляційне рішення, п. 1732; *Оріч*, пп. 1732; Рішення у справі *Оріча*, п. 269, 282, 288; Рішення у справі *Благовіча та Йокіча*, пп. 726; Рішення і вирок у справі *Семанца*, п. 385, 388.

¹⁴¹⁶ Рішення у справі *Кілоло та ін.*, п. 96; Рішення у справі *Благовіч та Йокіч*, п. 726.

¹⁴¹⁷ *Кілоло та ін.* Судове рішення, п. 88; *Поповіч та ін.* Апеляційне рішення, п. 1732; *Квочка та ін.* Судове рішення, п. 253; *Мркішкіч та ін.* Судове рішення, пп. 1732; *Квочка та інші*, п. 253; *Мркішкіч та інші*, пп. 551; *Прокурор проти Сесая та ін.*, SCSL-04-15-T, Судове рішення, 2 березня 2009 року (“Судове рішення у справі *Сесая та ін.*”), п. 276; *Прокурор проти Тейлора*, SCSL-03-01-1281, Судове рішення, 18 травня 2012 року (“Судове рішення у справі *Тейлора*”), п. 1136.

¹⁴¹⁸ Заохочення не обов'язково має бути явним і може включати ситуації, коли обвинувачений присутній на місці злочину як “мовчазний глядач”, здатний надати мовчазне заохочення “просто своєю присутністю та авторитетом”: *Кілоло та ін.* Судове рішення, п. 89; *Прокурор проти Кайішеми та ін.*, ICTR-95-1-A, Апеляційне

злочину.¹⁴¹⁹ Не обов'язково, щоб обвинувачений був особисто присутній під час вчинення злочину.¹⁴²⁰ Крім того, обвинувачений може бути притягнутий до відповідальності за пособництво, якщо він надавав свою підтримку опосередковано, через посередника, наприклад, діючи в порядку підлеглості.¹⁴²¹

В МКС не існує мінімального порогу допомоги, який повинен бути досягнутий для встановлення відповідальності обвинуваченого за пособництво та підбурювання, а також не існує жодних суворих вимог щодо впливу допомоги на вчинення злочину. Зрештою, питання про те, чи є діяння обвинуваченого “пособництвом”, залежатиме від фактів у кожній конкретній справі, зокрема від ролі обвинуваченого стосовно безпосереднього виконавця (виконавців).¹⁴²² Однак, на думку спеціальних трибуналів, “допомога не обов'язково повинна була спричинити дії виконавця, але вона повинна була мати “суттєвий вплив” на вчинення злочину”.¹⁴²³

Що стосується суб'єктивних елементів надання допомоги та підбурювання, то стандарт відрізняється між МКС та спеціальними (*ad hoc*) трибуналами:

- Перед МКС докази повинні продемонструвати, що дії обвинуваченого були здійснені “з метою сприяння вчиненню такого злочину”.¹⁴²⁴ Недостатньо, щоб обвинувачений просто знав, що його діяння сприятимуть вчиненню злочину.¹⁴²⁵ Це може бути продемонстровано, наприклад, доказами прямого заохочення обвинуваченим вчинення злочину.¹⁴²⁶ В іншому разі, однак, обвинувачений може бути мало обізнаний або взагалі не знати про злочин, якщо безпосередній виконавець (виконавці) перебуває далеко від обвинуваченого і зберігає високий ступінь автономії над своєю діяльністю.¹⁴²⁷ На додаток до цього специфічного

рішення, 1 червня 2001 року (“Кайішема та ін. Апеляційне рішення”), пп. 201-202; Рішення та вирок у справі Семанза, пп. 385; Прокурор проти Нгірабатваре, МІСТ-12-29-А, Апеляційне рішення, 18 грудня 2014 року, п. 150.

¹⁴¹⁹ Кілоло та ін. Судове рішення, п. 89; Попович та ін. Апеляційне рішення, пп. 1732; Мркішич та ін. Судове рішення, п. 551; Квоочка та інші, п. 254; Прокурор проти Фурунджі, ІТ-95-17/1-Т, рішення від 10 грудня 1998 року (“Рішення у справі Фурунджі”), п. 231; ; Прокурор проти Акайесу, ІСТР-96-4-Т, рішення від 2 вересня 1998 року (“Рішення у справі Акаессу”), пп. 484; Судове рішення у справі Сесая та ін., п. 276-277; Судове рішення у справі Тейлора, п. 1136.

¹⁴²⁰ Рішення у справі Кілоло та ін., п. 96; Судове рішення у справі Оріча, п. 282; Судове рішення у справі Фурунджі, п. 209; Апеляційне рішення у справі Кайішема та ін., п. 201; Судове рішення у справі Рутаганди, п. 43.

¹⁴²¹ Кілоло та ін. Апеляційне рішення, пп. 1330; Рішення у справі Кілоло та інші, п. 96; Судове рішення у справі Оріча, п. 282; Прокурор проти Благоевіча та Йокіча, ІТ-02-60-А, Апеляційне рішення від 9 травня 2007 року (“Апеляційне рішення у справі Благоевіча та Йокіча”), п. 127; Попович та ін. Апеляційне рішення, п. 1784.

¹⁴²² Кілоло та ін. Апеляційне рішення, п. 1327; Рішення у справі Кілоло та ін., п. 93; Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Онгвена, п. 43.

¹⁴²³ Рішення у справі Благоевіч та Йокіч, п. 726 (курсив додано); Попович та ін. Апеляційне рішення, п. 1732; Прокурор проти Караджича, ІТ-95-5/18-Т, Судове рішення від 24 березня 2016 року (“Судове рішення у справі Караджича”), п. 576; Судове рішення у справі Фурунджі, п. 235; Судове рішення у справі Рутаганди, п. 43.

¹⁴²⁴ Рішення у справі Онгвен про підтвердження обвинувачень, п. 43.

¹⁴²⁵ Кілоло та ін. Судове рішення, п. 97.

¹⁴²⁶ Шабас, МКС: Коментар, с. 579.

¹⁴²⁷ Див. наприклад, Прокурор проти Єкатому, ІСС-01/14-01/18, Рішення про підтвердження обвинувачень, 11 грудня 2019 року, пп. 164, де Палата попереднього провадження МКС не змогла підтвердити звинувачення у пособництві та підбурюванні, оскільки “Прокурор не зміг довести, що антибакалійські групи, які діяли в районах, віддалених від столиці Бангі, перебували під ефективним контролем членів Національної

елементу суб'єктивної сторони, необхідно також продемонструвати, що обвинувачений мав необхідний умисел і обізнаність щодо злочину, про який йде мова.¹⁴²⁸ Це означає, що обвинувачений повинен був принаймні усвідомлювати, що безпосередній виконавець злочину буде здійснювати його за звичайного перебігу подій.¹⁴²⁹

- З іншого боку, перед спеціальними (*ad hoc*) трибуналами суб'єктивний елемент вимагає, щоб обвинувачений діяв “з усвідомленням того, що його діяння сприяють вчиненню злочину фактичним виконавцем (виконавцями)”.¹⁴³⁰ При цьому не вимагається, щоб обвинувачений знав, який саме злочин він планував вчинити або який був фактично вчинений; достатньо того, що він усвідомлював, що один з низки злочинів, ймовірно, буде вчинений, за умови, що один з цих злочинів був фактично вчинений.¹⁴³¹

Хоча “пособництво” є окремим видом відповідальності відповідно до ч. 4 ст. 27 ККУ (див. розділ 3.4.5.3.1.2), пособництво в цьому контексті, як видається, має відмінне значення від його значення в МКП. Пособництво відповідно до ч. 4 ст. 27 ККУ визначається як “переконання, підпорядкування, погроза [або] примус”, і, таким чином, воно ближче до “підбурювання, переконання чи спонування”, що передбачено в МКП (див. розділ 3.4.5.3.2.2). Однак у ч. 4 ст. 27 також згадується, що пособництво може вчинятися в інших формах, що робить цей перелік невичерпним. Таким чином, певні категорії допомоги, що підпадають під “пособництво” як воно визначено в МКП, можуть бути кваліфіковані як пособництво за ККУ. Надання матеріальної допомоги та сприяння, однак, більш доречно було б кваліфікувати за статтею 27(5) (див. розділ 3.4.5.3.1.3), яка охоплює сприяння вчиненню злочину шляхом “порад, вказівок, надання засобів чи знарядь або усунення перешкод”.

координаційної групи, включаючи Нгаїссону. Хоча відповідні антибалакські групи формально і політично перебували під егідою Національної координації [...], вони зберігали високий ступінь автономії в оперативних питаннях, настільки, що члени Національної координації - особливо Нгаїссона - мали обмежену інформацію про їхні злочинні дії і контроль над ними, якщо такі взагалі були”.

¹⁴²⁸ Кілоло та ін. Судове рішення, п. 98.

¹⁴²⁹ Кілоло та ін. Судове рішення, п. 98.

¹⁴³⁰ Обвинувач проти Каєлієлі, ICTR-98-44А-Т, Рішення та вирок, 1 грудня 2003 року (“Рішення та вирок у справі Каєлієлі”), пп. 768; Обвинувач проти Станішича та Сіматовича, IT-03-69-Т, Судове рішення, 30 травня 2013 року (“Судове рішення у справі Станішича та Сіматовича: Том II”), п. 1264; Рішення у справі Орїча, п. 288.

¹⁴³¹ Рішення у справі Станішича та Сіматовича: Том II, п. 1264; Рішення і вирок у справі Каєлієлі, п. 768; Рішення у справі Орїча, п. 288.

Згідно зі статтею 26 ККУ, пособництво або підбурювання до злочину передбачає, що виконавець мав умисел вчинити злочин. Це найбільше відповідає вимозі МКС про те, що допомога повинна надаватися “з метою полегшити вчинення такого злочину”. Однак, якщо злочини можуть бути вчинені з непрямим умислом (тобто, коли обвинувачений передбачав суспільно небезпечні наслідки і, хоча і не бажав їх, але свідомо припускав їх настання), вони також можуть підпадати під нижчий стандарт спеціальних (*ad hoc*) трибуналів (“з усвідомленням того, що його діяння сприяють вчиненню злочину фактичним виконавцем (виконавцями)”).

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Яке сприяння було надано у вчиненні злочину? • Чи було це сприяння зумовлене поведінкою обвинуваченого? • Чи не заохочував обвинувачений своєю присутністю та авторитетом вчинення злочину? • Чи не запобігли обвинувачені злочину безпосереднього виконавця, якщо вони були зобов'язані це зробити? • Чи мав намір обвинувачений, що його допомога сприятиме вчиненню злочину? • Чи здійснював обвинувачений нагляд за вчиненням або виконанням злочину? • Чи була допомога надана спеціально для сприяння вчиненню злочину? • Яку роль відіграв обвинувачений у визначенні тяжкості та масштабу вчинених злочинів? 	<ul style="list-style-type: none"> • Політичні документи, підписані обвинуваченими, які свідчать про те, що зброя буде передана військовій частині напередодні операцій, під час яких були скоєні воєнні злочини. • Перехоплені повідомлення, надіслані обвинуваченими членам військової частини, в яких вони заохочували військовослужбовців до мародерства цивільного майна після захоплення міста. • Показання безпосереднього виконавця злочину про те, як обвинувачені забезпечували їх прапорами перемир'я і наказували використовувати їх у незаконних цілях. • Транспортні документи, в яких обвинувачений вказаний як водій автобуса, що перевозив цивільних осіб з однієї держави до фільтраційного табору в іншій державі. • Фотографія або відеозапис солдата, який охороняє будинок, куди його товариші по службі привезли жінку для зґвалтування. • Відеозапис публічного виступу обвинуваченого, під час якого він заявляє, що членам воєнізованого угруповання, які згодом використали цю зброю для нападу на цивільних осіб, буде надіслано смертоносну допомогу. • Показання свідка, військовослужбовця однієї з військових частин, про те, як обвинувачений, незважаючи на те, що був командиром підрозділу, стояв осторонь, коли члени підрозділу грабували будинки цивільних осіб після проведення операції. • Відеозапис публічного виступу обвинуваченого з детальним викладом планів “звільнення” регіону сусідньої держави шляхом вигнання членів певної національної групи. • Документи, які свідчать про те, що обвинувачений видавав зброю охоронцям СІЗО з метою сприяння вчиненню злочинів.

Таблиця 74: Ознаки та приклади доказів надання допомоги, підбурювання або іншого сприяння

3.4.5.3.2.4 Інші внески до вчинення злочинів (стаття 25(3)(d), Римський статут)

Відповідно до статті 25(3)(d) Статуту МКС, обвинувачений може бути притягнутий до відповідальності за “іншу участь у злочинах”, якщо він навмисно сприяв вчиненню або спробі вчинення злочину спільно з іншою групою осіб, які діяли зі спільною метою. Фахівці

повинні мати на увазі, що це не розглядається як вид співучасті згідно зі статутами МТКЮ або МКТР.

Об'єктивні ознаки цього злочину вимагають, щоб: (i) безпосередні виконавці, які намагалися вчинити злочин або вчинили його, належали до групи, що діяла зі спільною метою; та (ii) обвинувачений сприяв вчиненню злочину в будь-який інший спосіб, окрім визначених у статті 25(3)(b)-(c) Статуту МКС (тобто, окрім наказу, підбурювання, спонукання або пособництва та підбурювання).¹⁴³²

Група осіб, які діють за спільною метою, не обов'язково повинна бути організована у військову, політичну чи адміністративну структуру,¹⁴³³ і не потрібно доводити, що обвинувачений був членом цієї групи.¹⁴³⁴ Спільна мета групи повинна містити елемент злочинності, тобто вчинення злочину, або вчинення злочину за звичайного перебігу подій.¹⁴³⁵ Це можна встановити за допомогою доказів колективних рішень, дій або бездіяльності групи.¹⁴³⁶ При цьому не обов'язково, щоб спільна мета була заздалегідь узгоджена або сформульована - вона могла виникнути без особливої підготовки і впливати з подальших узгоджених дій групи.¹⁴³⁷

Внесок у досягнення спільної мети може бути зроблений як членами групи, так і особами, які не входять до неї.¹⁴³⁸ Внесок обвинуваченого повинен мати *суттєвий вплив* на вчинення злочину, щоб відповідати цьому виду співучасті.¹⁴³⁹ Як такий, хоча він і не повинен бути єдиним визначальним фактором у вчиненні злочину,¹⁴⁴⁰ внесок не може бути загальним, несуттєвим або тривіальним за своєю природою.¹⁴⁴¹ Тим не менш, не вимагається, щоб обвинувачений фізично вчинив злочин,¹⁴⁴² і його внесок може бути пов'язаний як з матеріальними (фізичними) елементами злочинів (наприклад, наданням зброї), так і з суб'єктивними (психічними) елементами (наприклад, заохоченням).¹⁴⁴³

¹⁴³² Римський статут, стаття 25(3)(d); Судове рішення у справі Катанги, пп. 1620, 1624; Обвинувач проти Катанги, ІСС-01/04-01/07, Рішення про передачу додаткових юридичних та фактичних матеріалів, 15 травня 2013 року, пп. 16; Прокурор проти Мбарушімани, ІСС-01/04-01/10, Рішення про підтвердження обвинувачень, 16 грудня 2011 року ("Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Мбарушімани"), п. 640; Mithaura та ін., Рішення про підтвердження обвинувачень, п. 421; Рутто та ін. Рішення про затвердження обвинувачень, п. 351; Рішення про затвердження обвинувачень у справі Нтаганди, п. 158.

¹⁴³³ Рішення суду у справі Катанги, п. 1626.

¹⁴³⁴ Рішення суду у справі Катанги, п. 1631.

¹⁴³⁵ Рішення суду у справі Катанги, пп. 1626-1627, 1630.

¹⁴³⁶ Рішення суду у справі Катанги, п. 1627.

¹⁴³⁷ Рішення суду у справі Катанги, п. 1626.

¹⁴³⁸ Рішення суду у справі Катанги, п. 1631; Рішення у справі Мбарушімани про підтвердження обвинувачень, пп 272, 275.

¹⁴³⁹ Рішення суду у справі Катанги, пп. 1633-1634.

¹⁴⁴⁰ Рішення суду у справі Катанги, пп. 1633-1634.

¹⁴⁴¹ Рішення суду у справі Катанги, п. 1632.

¹⁴⁴² Рішення суду у справі Катанги, п. 1635.

¹⁴⁴³ Рішення суду у справі Катанги, п. 1635.

Що стосується суб'єктивної сторони, то обвинувачений повинен мати умисел зробити свій внесок.¹⁴⁴⁴ Крім того, внесок повинен бути зроблений з метою сприяння досягненню спільної злочинної мети, якщо така мета передбачає вчинення злочину, або, як альтернатива, він повинен бути зроблений з усвідомленням умислу групи вчинити злочин.¹⁴⁴⁵ Обвинувачений може нести відповідальність лише за ті злочини, які група вчинила або намагалася вчинити з умислом реалізувати спільну мету.¹⁴⁴⁶ Наприклад, обвинувачений не буде нести відповідальність за опортуністичні дії членів групи, які не мають жодного відношення до спільної мети.¹⁴⁴⁷

Оскільки цей вид співучасті вимагає, щоб група осіб діяла зі спільною метою, то діяння, що підпадають під цей вид співучасті, можуть підпадати під дію статті 28(2)-(4) ККУ, яка, як обговорювалося в розділі 3.4.5.2.1, вимагає, щоб злочин, вчинений групою осіб або організованою/злочинною групою, діяв згідно з попередньою змовою або спільним планом, у зв'язку з відповідним видом співучасті за статтею 27. Подібно до "інших внесків", передбачених Статутом МКС, стаття 28 ККУ не визначає точний тип індивідуальних внесків, необхідних для притягнення особи до відповідальності як члена злочинної групи/організації.

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи є докази наявності заздалегідь узгодженого плану? • Якщо ні, чи можна зробити висновок про існування плану з дій або бездіяльності групи? • Якими були географічні та часові рамки ймовірного плану? • Чи була схожість між типом, походженням або характеристиками потерпілих осіб, яких переслідували? • Якими були особи потерпілих (наприклад, спільна професія, віросповідання, політичні погляди тощо)? • Яку роль відіграв обвинувачений щодо тяжкості та масштабу скоєних злочинів? • Чи мав намір обвинувачений зробити свій внесок? • Чи можна зробити висновок 	<ul style="list-style-type: none"> • Протокол зустрічі, на якій безпосередні виконавці обговорювали плани нападу та пограбування будинків у селі. • Перехоплені повідомлення безпосередніх виконавців, які планували напад на цивільну лікарню. • Фотографії та відеозаписи безпосередніх виконавців, які охороняли цивільних затриманих і неодноразово били їх. • Свідчення членів воєнізованого підрозділу про те, що обвинувачений відповідав за постачання РСЗВ "Град" для конкретних операцій. • Розпорядчі документи за підписом обвинуваченого, які дозволяли придбання забороненої зброї. • Свідчення солдата з підрозділу обвинуваченого про те, що обвинувачений використовував свій вплив, звання та зв'язки з військовим керівництвом у регіоні для забезпечення боеприпасами та зброєю командира іншого підрозділу, який планував операцію з розстрілу цивільних лідерів та активістів у регіоні. • Офіційні військові документи, що містять наказ, підписаний обвинуваченим, про те, що військова частина повинна охороняти місце позбавлення волі.

¹⁴⁴⁴ Римський статут, стаття 25(3)(d); Судове рішення у справі Катанги, пп. 1632, 1637-1639; Рішення у справі Мбарушімани про підтвердження обвинувачень, п. 288.

¹⁴⁴⁵ Римський статут, стаття 25(3)(d).

¹⁴⁴⁶ Рішення суду у справі Катанги, п. 1628-1630.

¹⁴⁴⁷ Рішення суду у справі Катанги, п. 1630.

<p>про умисел обвинуваченого з навколишніх обставин?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи були дії обвинуваченого навмисними і чи усвідомлював він, що робить? • Чи мав обвинувачений намір продовжувати злочини? • Чи можна зробити висновок про обізнаність про злочинні наміри групи з навколишніх обставин? • Якою була віддаленість між обвинуваченим та групою? • Чи мав обвинувачений тісні стосунки зі злочинною групою? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідків-товаришів по службі про те, що обвинувачений чітко погодився здійснити відволікаючий маневр на полі бою, щоб злочинна операція могла відбутися. • Відеозапис публічного виступу обвинуваченого з детальним викладом планів “визволення” громадян одного з регіонів сусідньої держави шляхом нападу на цю державу. • Фотографії обвинуваченого разом з іншими державними службовцями, на яких розробляються плани насильницького переміщення місцевого населення з окупованої території. • Список присутніх (включно з обвинуваченим) на нараді членів окупаційної адміністрації, на якій розроблялися плани насильницького переміщення місцевого населення. • Широко розповсюджені звіти з відкритих джерел, що описують злочинні наміри воєнізованої організації. • Свідчення потерпілих, які стверджують, що неможливо не знати про те, що воєнізована група має на меті вигнати представників певної етнічної групи з певної території.
--	---

Таблиця 75: Підказки та приклади доказів іншої участі у скоєнні злочинів

3.4.5.4 Віддання наказу про вчинення воєнного злочину як форма вчинення злочину, передбаченого статтею 438 ККУ

Міжнародні злочини часто вчиняються безпосередніми виконавцями за наказом керівника.¹⁴⁴⁸ Хоча “наказування” є окремим видом співучасті згідно з МКС,¹⁴⁴⁹ в українському законодавстві цей вид відповідальності включений до статті 438, яка криміналізує “віддання наказу” про вчинення дій, описаних у цьому положенні, а саме: “жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, депортація цивільного населення на примусові роботи, розграбування національних багатств на окупованій території, застосування засобів та методів ведення війни, заборонених міжнародними договорами, або будь-які інші порушення законів та звичаїв війни, що визнані міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України” (див. розділи з 3.2.15 до 3.2. для детального обговорення воєнних злочинів за МКП та ККУ). Іншими словами, віддання наказу про вчинення воєнного злочину передбачає основну відповідальність виконавця так само, як і вчинення самого воєнного злочину.

З огляду на відсутність попередньої судової практики у справах, пов’язаних зі статтею 438, особливо за участю командирів, поняття “наказування” до цього часу не отримало широкого тлумачення. Крім того, положення не уточнює, яке діяння підпадає під “наказування”, які форми можуть мати накази, яка необхідна наявність умислу тощо. Тому

¹⁴⁴⁸ Краєр та ін. (2015), с. 359.

¹⁴⁴⁹ Див. наприклад, Римський статут, стаття 25(3)(b).

тлумачення наказування міжнародними судами і трибуналами як виду співучасті може допомогти фахівцям у визначенні сфери застосування цього положення.

3.4.5.4.1 Наказування за МКП (стаття 25(3)(b), Римський статут; стаття 7(1), Статут МТКЮ; стаття 6(1), Статуту МКТР)

Накази стосуються ситуацій, коли обвинувачений (тобто особа, яка має владні повноваження) віддає наказ підлеглому вчинити злочин, і цей підлеглий продовжує вчиняти цей злочин.¹⁴⁵⁰

Об'єктивні ознаки наказу вимагають, щоб: (i) обвинувачений був наділений владними повноваженнями *де-юре* або *де-факто*;¹⁴⁵¹ (ii) обвинувачений віддав вказівку вчинити злочин або вчинити дію чи бездіяльність, в ході якої було вчинено злочин;¹⁴⁵² і (iii) між вказівкою та вчиненням злочину існував причинно-наслідковий зв'язок.¹⁴⁵³

Хоча обвинувачений повинен був перебувати на керівній посаді,¹⁴⁵⁴ тобто існували відносини “начальник-підлеглий”, які надавали обвинуваченому певний рівень контролю над безпосереднім виконавцем на момент наказування,¹⁴⁵⁵ ця посада не обов'язково повинна бути законною, офіційною або постійною.¹⁴⁵⁶ Крім того, вказівка не обов'язково має бути письмовою або надаватися в якійсь конкретній формі, і може передаватися по ланцюгу командування, а не віддаватися безпосередньо обвинуваченим безпосередньому виконавцю

¹⁴⁵⁰ Римський статут, стаття 25(3)(b); Статут МТБЮ, стаття 7(1); Статут МКТР, стаття 6(1). Див. також: Рішення у справі Акаєсу, п. 483; Рішення у справі Блашкіча, п. 281; Апеляційне рішення у справі Кордіча та Черкеса, п. 28; Рішення у справі Прокурор проти Мудакумури, ІСС-01/04-01/12, Рішення щодо заяви прокурора відповідно до статті 58, 13 липня 2012 року (“Рішення у справі Мудакумури щодо заяви прокурора відповідно до статті 58”), п. 63; Рішення у справі Нтаганда, п. 145; Прокурор проти Гбагбо, МКС-02/11/01/11, Рішення про підтвердження обвинувачень, 12 червня 2014 року (“Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Гбагбо”), п. 244.

¹⁴⁵¹ Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень, п. 145; Апеляційне рішення у справі Кордіча та Черкеса, п. 28; Апеляційне рішення у справі Гакумбіці, пп. 181-183; Судове рішення у справі Лімай та ін., пп. 515; Рішення у справі Галіча, п. 168; Рішення у справі Крстіча, пп. 601; Рішення у справі Акаєсу, п. 483; Судове рішення у справі Рутаганди, п. 39.

¹⁴⁵² Рішення у справі Мудакумура щодо заяви прокурора за статтею 58, пп. 63; Рішення у справі Нтаганди про затвердження обвинувачень, п. 145; Рішення у справі Караджича, п. 573; Прокурор проти Галіча, ІТ-98-29-А, Апеляційне рішення від 30 листопада 2006 року (“Апеляційне рішення у справі Галіча”), п. 176; Апеляційне рішення у справі Кордіча та Черкеса, п. 28; Апеляційне рішення у справі Гакумбіці, пп. 181-183; Лімай та ін. Судове рішення, п. 515; Рішення у справі Галіч, п. 168; рішення у справі Krstić, пп. 601; Рішення у справі Акаєсу, п. 483; Судове рішення у справі Рутаганди, п. 39.

¹⁴⁵³ Рішення у справі Мудакумура щодо заяви прокурора за статтею 58, пп. 63; Рішення у справі Нтаганди про затвердження обвинувачень, п. 145; Рішення про підтвердження обвинувачень у справі Гбагбо, п. 244; Прокурор проти Мілутіновича та ін., ІТ-05-87-Т, рішення від 26 лютого 2009 року (“Рішення у справі Мілутіновича та ін.”), п. 88; Прокурор проти Стругара, ІТ-01-42-Т, рішення від 31 січня 2005 року (“Рішення у справі Стругара”), п. 332; Нахімана та ін. Апеляційне рішення, п. 481.

¹⁴⁵⁴ Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень, п. 145; Апеляційне рішення у справі Кордіча та Черкеса, п. 28; Апеляційне рішення у справі Гакумбіці, пп. 181-183.

¹⁴⁵⁵ Рішення у справі Акаєсу, пп. 483; Рішення у справі Блашкіча, п. 278; Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень, п. 120; Обвинувач проти Семанзи, ІСТР-97-2, Апеляційне рішення, 20 травня 2005 року (“Апеляційне рішення у справі Семанзи”), п. 361; Обвинувач проти Ніїрамасухуко та ін., Апеляційне рішення, п. 1915.

¹⁴⁵⁶ Рішення у справі Нтаганди про підтвердження обвинувачень, п. 598; Судове рішення у справі Караджича, пп. 573; Апеляційне рішення у справі Семанца, п. 361.

(виконавцям).¹⁴⁵⁷ Існування наказу може бути доведено за допомогою непрямих доказів, як от наявність великої кількості подібних злочинів, що відбуваються одночасно на одній і тій самій території.¹⁴⁵⁸

Міжнародні суди і трибунали також вимагають наявності причинно-наслідкового зв'язку між наказом і вчиненим злочином. Перед МКС має бути встановлено, що наказ мав *безпосередній вплив* на вчинення або спробу вчинення злочину.¹⁴⁵⁹ Тоді як спеціальні (*ad hoc*) трибунали вимагають, щоб наказ обвинуваченого був фактором, який *суттєво сприяв* вчиненню злочину.¹⁴⁶⁰ Тим не менш, ні МКС, ні спеціальні (*ad hoc*) трибунали не вимагають, щоб наказ був єдиною причиною злочину.¹⁴⁶¹

Що стосується елементів суб'єктивної сторони, то практика МКС та спеціальних (*ad hoc*) трибуналів визнає, що достатньо встановити, що обвинувачений принаймні усвідомлював, що злочин буде скоєно в результаті його інструктажу.¹⁴⁶² Перед МКС виконавець повинен був "принаймні усвідомлювати, що злочин (злочини) буде скоєно "за звичайного перебігу подій" в результаті реалізації його дії або бездіяльності".¹⁴⁶³ Практика спеціальних (*ad hoc*) трибуналів, з іншого боку, передбачає нижчий поріг, який вимагає, щоб "діяння або бездіяльність [було наказано] з усвідомленням значної ймовірності того, що через виконання цього наказу буде скоєно злочин".¹⁴⁶⁴

У деяких ситуаціях можна буде встановити, що обвинувачений мав умисел вчинити злочин. Наприклад, обвинувачений може прямо доручити або переконати безпосереднього виконавця вчинити злочин.¹⁴⁶⁵ Це може передбачати, наприклад, наказ катувати цивільних осіб з метою отримання інформації про пересування ворожих сил. Однак у реальності збройних конфліктів, особливо в державних збройних силах з їхньою формальністю і дисципліною, командири рідко віддають прямі або недвозначні накази про вчинення

¹⁴⁵⁷ Рішення у справі *Караджича*, п. 573; Рішення у справі *Мудакумура* щодо заяви прокурора за статтею 58, п. 63.

¹⁴⁵⁸ Апеляційне рішення у справі *Бошкоскі та Тарчуловські*, п. 164; *Обвинувач проти Камуханди*, ICTR-99-54A-A, Апеляційне рішення від 19 вересня 2005 року, пп. 74; Апеляційне рішення у справі *Галіча*, пп. 170-171; *Обвинувач проти Хатегекімані*, ICTR-00-55B-A, Апеляційне рішення, 8 травня 2012 р., п. 67.

¹⁴⁵⁹ Рішення у справі *Мудакумура* щодо заяви прокурора за статтею 58, пп. 63; Рішення у справі *Нтаганди* про затвердження обвинувачень, п. 145; Рішення у справі *Гбагбо* про підтвердження обвинувачень, п. 244.

¹⁴⁶⁰ Судове рішення у справі *Мілютінович та ін.*, п. 88; Судове рішення у справі *Штугар*, п. 332; Апеляційне рішення у справі *Нахімана та ін.*, п. 481.

¹⁴⁶¹ Судове рішення у справі *Мілютінович та ін.*, п. 88; Рішення у справі *Стругар*, пп. 332; Рішення у справі *Нтаганди* про підтвердження обвинувачень, п. 145.

¹⁴⁶² Рішення у справі *Нтаганди* про підтвердження обвинувачень, п. 145; Апеляційне рішення у справі *Кордіча та Черкеса*, п. 30.

¹⁴⁶³ Рішення у справі *Кілоло та ін.*, п. 82; Рішення у справі *Нтаганди* про підтвердження обвинувачень, п. 153; Рішення у справі *Мудакумури* за заявою прокурора за статтею 58, п. 153; Рішення у справі *Мудакумура* щодо заяви прокурора за статтею 58, п. 63. Це може бути встановлено, наприклад, шляхом демонстрації того, що обвинувачений "достовірно знав", що обвинувачений вчинить злочин через свою попередню поведінку. Рішення у справі *Кілоло та ін.*, п. 857: "керуючи і схвалюючи негласну підготовку свідків, а також організувавши виплати та іншу допомогу свідкам до надання ними свідчень, пан Бемба достовірно знав, що пан Кілоло дасть свідкам відповідні вказівки, і що свідки, в свою чергу, дадуть неправдиві свідчення в суді в результаті його поведінки".

¹⁴⁶⁴ *Прокурор проти Блашкіча*, IT-95-14-A, Апеляційне рішення, 29 липня 2004 року, пп. 42; Апеляційне рішення у справі *Кордіч і Черкез*, п. 30.

¹⁴⁶⁵ Судове рішення у справі *Кілоло та ін.*, п. 861.

злочинів, наприклад, про страту або зґвалтування цивільних осіб, або про цілеспрямований артилерійський обстріл цивільних будівель. Навіть якщо вони це роблять, отримати такі докази надзвичайно складно: чим вищим є командир або політичний лідер, тим складніше, якщо взагалі можливо, це буде зробити. Найчастіше виконавці віддають непрямі або неявні накази, що вимагає оцінки того, чи усвідомлювали вони, що злочин буде скоєно в результаті їхніх вказівок.

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Якою була роль обвинуваченого в організації/ієрархії, в якій він працював? • Чи існувала субординація або підпорядкованість, навіть якщо вона була неформальною? • Чи було нормальним для осіб, які перебували в ланцюгу підпорядкування, діяти поза цим ланцюгом? • Чи існують прямі докази надання наказів (наприклад, фізичні або цифрові копії)? • Чи можна зробити висновок про існування наказу на основі непрямих доказів (наприклад, через велику кількість подібних дій на певній території)? • Яким був характер відданого наказу (тобто, чи передбачав він злочинні дії)? • Яким був характер злочину, який нібито послідував за видачею наказу? • Чи робили обвинувачені якісь попередні заяви, що свідчать про те, що метою їхнього наказу було вчинення злочинів? • Якими були загальні обставини злочину? • Чи вимагало виконання наказу вчинення злочинів? 	<ul style="list-style-type: none"> • Свідчення кількох військовослужбовців про те, що обвинувачений обіймав посаду неофіційного керівника і регулярно віддавав накази, які виконувалися. • Звіти НУО, в яких обвинуваченого називають лідером воєнізованого угруповання, відомого своєю кримінальною діяльністю. • Свідчення ув'язненого в СІЗО, який пояснює, що всі охоронці виконували накази обвинуваченого. • Офіційні військові документи, що фіксують наказ, відданий обвинуваченим своїм підлеглим. • Цифрове перехоплене повідомлення, надіслане обвинуваченим військам у польових умовах з наказом провести операцію. • Офіційний військовий документ, що містить наказ, підписаний обвинуваченим. • Відеозапис публічного виступу обвинуваченого, в якому він заявляє, що віддав наказ збройним силам здійснити акт агресії. • Свідчення солдатів про те, що обвинувачений наказав їм здійснити напад на цивільний об'єкт. • Докази судово-балістичної експертизи, які свідчать про те, що цивільна лікарня була зруйнована високоточним ракетним ударом за наказом обвинуваченого. • Свідчення ув'язнених у слідчому ізоляторі про те, що обвинувачений наказував підлеглим вибивати зізнання "будь-якими засобами". • Перехоплені телефонні розмови між солдатами підрозділу обвинуваченого, які свідчать про те, що обвинувачений надав їм нечіткий наказ допомогти іншому підрозділу в нападі на цивільних осіб, не даючи точного опису типу допомоги, яку вони повинні були надати, незважаючи на те, що обвинувачений знав, що інший підрозділ скоює злочини проти цивільних осіб. • Свідчення підлеглих обвинуваченого про те, що після захоплення міста обвинувачений наказав своєму підрозділу ходити по домівках у пошуках чоловіків призовного віку та відводити їх до спортивного залу місцевої середньої школи для "обробки". • Перехоплені розмови між солдатом та його командиром, обвинуваченим, в яких обвинувачений наказав своєму

	солдату допомогти перевезти групу солдатів до міста та “залишитися на випадок, якщо виникнуть якісь проблеми, і розібратися з ними так, як ти вмієш”.
--	---

Таблиця 76: Підказки та приклади доказів наказування

3.4.5.5 Відповідальність командування

Відповідальність командування/начальства стосується відповідальності військових командирів або цивільних начальників за злочини, скоєні силами або підлеглими, що діють під їхнім командуванням, владою і контролем, які сталися через те, що вони не здійснювали належного контролю над цими силами/підлеглими.¹⁴⁶⁶ Відповідальність військових командирів і цивільних начальників за нездатність запобігти злочинам, скоєним їхніми підлеглими, і покарати за них, кодифікована в статтях 86 і 87 Додаткового протоколу I і є усталеним принципом звичаєвого міжнародного гуманітарного права (МГП).¹⁴⁶⁷

Відповідальність командування відповідно до МГП	
Додатковий протокол I, Стаття 86 Неприйняття заходів	<p>1. Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні перепиняти серйозні порушення та вживати необхідних заходів щодо перепинення всіх інших порушень Конвенцій або цього Протоколу, які є результатом неприйняття заходів, що мають бути прийняті.</p> <p>2. Той факт, що порушення Конвенцій і цього Протоколу було вчинене підлеглою особою, не звільняє її начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності в разі, якщо вони знали, що мають у своєму розпорядженні інформацію, яка повинна була б надати їм можливість дійти висновку в обстановці, що існувала на той час, що така підлегла особа вчиняє або має намір вчинити подібне порушення, і якщо вони не вжили всіх практично можливих заходів у межах своїх повноважень для відвернення або перепинення цього порушення.</p>
Додатковий протокол I, Стаття 87 Обов'язки командирів	<p>1. Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від воєнних командирів, оскільки це стосується осіб, які входять до складу підлеглих їм збройних сил, та інших підлеглих їм осіб, щоб вони не допускали порушень Конвенцій і цього Протоколу і, в разі потреби, перепиняли ці порушення та повідомляли про це компетентні власті.</p> <p>2. З метою запобігання порушенням і перепинення їх Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати, щоб особи, які входять до складу підлеглих їм збройних сил, були обізнані з обов'язками, що покладаються на них Конвенціями і цим Протоколом.</p> <p>3. Високі Договірні Сторони і сторони, що перебувають у конфлікті, повинні вимагати від кожного командира, який знає про</p>

¹⁴⁶⁶ Краер та ін. (2015), с. 368.

¹⁴⁶⁷ Додатковий протокол I, стаття 86(2); МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, правило 153. Відповідальність командування за неспроможність запобігти воєнним злочинам, придушити їх або повідомити про них.

	те, що його підлеглі чи інші особи, що перебувають під його контролем, мають намір вчинити або вчинили порушення Конвенцій або цього Протоколу, вжиття необхідних заходів щодо запобігання подібним порушенням Конвенцій або цього Протоколу і, за потреби, щодо порушення дисциплінарного чи кримінального переслідування проти тих, хто вчинив такі порушення.
Звичаєве МГП, Правило 153. Відповідальність командування за неспроможність запобігти воєнним злочинам, придушити їх або повідомити про них	Командири та інші начальники несуть кримінальну відповідальність за військові злочини, вчинені їхніми підлеглими, якщо вони знали або мали підстави знати, що підлеглі готуються вчинити або вчиняють такі злочини, і не вжили всіх необхідних і розумних заходів для запобігання їх вчиненню, а якщо такі злочини були вчинені - для покарання винних осіб.

Таблиця 77: Відповідальність командування за МГП

Вирішальна роль, яку командири і начальники відіграють у забезпеченні дотримання норм МГП і військової дисципліни,¹⁴⁶⁸ а також той факт, що командири часто несуть найбільшу відповідальність за вчинення злочинів через свою мовчазну згоду зі схемами злочинної діяльності, що реалізуються їхніми підлеглими, робить очевидною важливість цього принципу і знаходить своє відображення у його використанні міжнародними судами і трибуналами для притягнення військових командирів до відповідальності.¹⁴⁶⁹

Згідно з МГП та МКС, відповідальність командування існує у двох формах, що взаємно доповнюють одна одну:¹⁴⁷⁰

- як вид співучасті (наприклад, як це передбачено статтею 28(а) Римського статуту); та

¹⁴⁶⁸ К. Амбос, *Трактат з міжнародного кримінального права, том I: Основи та загальна частина* (1st edn, OUP, 2013), с. 198.

¹⁴⁶⁹ Див. наприклад, Верховний суд США, справа *Ямасіта*, 327 U.S. 1 (1946); Нюрнберзький військовий трибунал I, рішення у справі *Карла Брандта та ін.*, с. 212: “право війни покладає на військового офіцера, який перебуває на командній посаді, беззаперечний обов’язок вживати таких заходів, які знаходяться в межах його повноважень і відповідають обставинам, для контролю за тими, хто перебуває під його командуванням, з метою запобігання діям, які є порушенням права війни”; Статут МТКЮ, стаття 7(3), справа *Delalić та ін.*, пп. 333-343, 346, резолютивна частина; справа *Прокурор проти Хаджихасанович і Кубура*, IT-01-47-A, Апеляційне рішення, 22 квітня 2008 року (“Апеляційне рішення у справі Хаджихасанович і Кубура”); Статут МТР, стаття 6(3); *Prosecutor v. Hategakimana*, ICTR-00-55B-T, Рішення та вирок, 6 грудня 2010 року; *Обвинувач проти Бізімунгу*, ICTR-00-56B-A, Апеляційне рішення, 30 червня 2014 року; Римський статут, стаття 28, Судове рішення у справі *Бемби*; Резолюція Ради Безпеки ООН 1315: Статут Спеціального суду для Сьєрра-Леоне (16 січня 2000 року) S/RES/1315 (“Статут СССЛ”), стаття 6(3); ООН та Королівський уряд Камбоджі, Закон про створення надзвичайних палат у судах Камбоджі для переслідування злочинів, скоєних у період демократичної Кампучії (27 жовтня 2004 року) NS/RKM/1004/006 (“Закон про надзвичайні палати”), стаття 29.

¹⁴⁷⁰ К. Мелоні, “Відповідальність командира: Режим відповідальності за злочини підлеглих чи окремих злочин начальника?” (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 619 (“Мелоні, “Відповідальність командування”), с. 624. Див. також: Д. Робінсон, “How Command Responsibility Got So Complicated: Протиріччя щодо винуватості, його заплутування та просте рішення” (2012) 13 *Мельбурнський журнал міжнародного права* 1 (“Робінсон, “Як відповідальність командира стала такою складною”).

- як окремих кримінальних правопорушень (тобто порушення “обов’язку командира діяти”).

Як буде розглянуто нижче, ККУ наразі не передбачає неприйняття заходів (тобто відповідальність командування) для військових командирів (окрім ситуацій, коли йдеться про українських військових командирів¹⁴⁷¹) як форму співучасті або окреме кримінальне правопорушення. Тим не менш, таке діяння може підпадати під дію статті 438, оскільки вона кодифікована в Додатковому протоколі I,¹⁴⁷² тобто “порушення правил та звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”.

3.4.5.5.1 Відповідальність командування за ККУ

Хоча стаття 426 ККУ передбачає 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), і, таким чином, лише українські командири можуть бути притягнуті до відповідальності за цим положенням.¹⁴⁷³ Таким чином, наразі неможливо притягнути до відповідальності російських військових командирів за їхнє неприйняття заходів в Україні з метою запобігання, припинення або покарання порушень МГП.

Тим не менш, стаття 438 пропонує можливість включення окремого злочину неприйняття заходів до ККУ на підставі статей 86 і 87 Додаткового протоколу I, оскільки неприйняття заходів військових командирів сама по собі є “порушенням правил і звичаїв війни, визнаних міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”. Таке тлумачення дозволило б подолати нинішню нерівність, коли українські командири можуть бути притягнуті до відповідальності за своє неприйняття заходів, а російські командири - ні.

¹⁴⁷¹ Бездіяльність українських військових начальників наразі криміналізується статтею 426 ККУ, яка передбачає кримінальну відповідальність за “Бездіяльність військової влади”, а саме “умисне неприпинення злочину, вчиненого підлеглим, або умисне неприйняття органами військового дізнання рішення про порушення кримінальної справи щодо підлеглого злочинця, а також умисне невиконання військовою службовою особою своїх службових обов’язків, якщо воно заподіяло істотну шкоду”.

¹⁴⁷² Додатковий протокол I, статті 86 і 87.

¹⁴⁷³ ККУ, стаття 401.

Такий висновок ґрунтується на наступному аналізі:

- Статті 86 і 87 Додаткового протоколу I (прочитані разом) викладають доктрину відповідальності командування, згідно з якою передбачувані порушники (тобто командири) можуть бути притягнуті до відповідальності за неприйняття заходів.¹⁴⁷⁴
- Україна юридично зобов'язана включити відповідальність командування у своє національне законодавство. Зокрема:
 - Україна є державою-учасницею Додаткового протоколу I,¹⁴⁷⁵ і тому зобов'язується “поважати і забезпечувати повагу до цього Протоколу за будь-яких обставин”.¹⁴⁷⁶ Таким чином, Україна зобов'язана виконувати статті 86 і 87 для забезпечення повної поваги до Протоколу.¹⁴⁷⁷
 - Відповідальність командування знаходить правову основу в міжнародному звичаєвому праві,¹⁴⁷⁸ яке є обов'язковим для всіх держав, зокрема Україну.¹⁴⁷⁹ Щодо відповідальності командування ЄСПЛ підтвердив, що кримінальне засудження на підставі відповідальності командування через узагальнені внутрішньодержавні заборони воєнних злочинів має достатньо чітке підґрунтя в міжнародному праві внаслідок свого статусу звичаєвого міжнародного права і, таким чином, не суперечить принципу законності.¹⁴⁸⁰
 - У разі розбіжностей між внутрішнім законодавством України та її міжнародними зобов'язаннями за Додатковим протоколом I, внутрішнє законодавство має тлумачитися відповідно до її міжнародно-правових зобов'язань.¹⁴⁸¹

¹⁴⁷⁴ Коментар до Додаткових протоколів, стаття 86, пп. 3541-3542; Рішення у справі *Делаліч та ін.*, п. 340; *Прокурор проти Делаліча та ін.*, IT-96-21-A, Апеляційне рішення, 20 лютого 2001 року (“*Делаліч та ін.* Апеляційне рішення”), п. 237; МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 153. Відповідальність командування за неспроможність запобігти воєнним злочинам, придушити їх або повідомити про них.

¹⁴⁷⁵ МКЧХ, “Договори, держави-учасниці та коментарі: Україна”. Україна ратифікувала Додатковий протокол I 15 січня 1990 року.

¹⁴⁷⁶ Додатковий протокол I, стаття 1.

¹⁴⁷⁷ Коментар до Додаткових протоколів, стаття 1, пункт. 39. Див. також Віденську конвенцію про право міжнародних договорів (прийнята 23 травня 1969 року, набула чинності 27 січня 1980 року) 1155 UNTS 331 (“ВКПМД”), стаття 26: “Кожен чинний договір є обов'язковим для його учасників і повинен виконуватися ними сумлінно”.

¹⁴⁷⁸ *Делаліч та ін.* Судове рішення, п. 343; МКЧХ, База даних звичаєвого МГП, Правило 153. Відповідальність командування за нездатність запобігти воєнним злочинам, придушити їх або повідомити про них. Див. також: Рішення у справі *Блашкіча*, п. 322; рішення у справі *Брданіна*, п. 275; рішення у справі *Стругара*, п. 357; Рішення у справі *Акасу*, пп. 612-613.

¹⁴⁷⁹ Див. Д-р Келленбергер, Президент Міжнародного комітету Червоного Хреста, “Передмова” в Хенкаертс і Досвальд-Бек (ред.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право, том I: Правила*, Cambridge University Press, 2009, xv-xvii. Єдиним винятком з цього правила є випадок, коли держава відкрито і наполегливо заперечує проти такого звичаю. Д-р Корума, суддя Міжнародного Суду ООН, “Передмова”, Хенкаертс і Досвальд-Бек (ред.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право, том I: Правила*, Cambridge University Press, 2009, xviii-xix. Однак такий виняток не стосується України.

¹⁴⁸⁰ *Міланкович проти Хорватії (Milanković v. Croatia)*, рішення, п. 57.

¹⁴⁸¹ ВКПМД, стаття 27.

- Положення Додаткового протоколу I вважаються частиною нормативних законів України на підставі статті 9 Конституції України, в якій зазначено, що “чинні міжнародні договори, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України”.¹⁴⁸²
 - Частина 5 статті 3 ККУ, в якій зазначено, що “закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням чинних міжнародних договорів, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”, також підкреслює, що національне законодавство має тлумачитися у світлі міжнародного права.
- Стаття 438 ККУ забороняє “порушення законів та звичаїв війни”, що охоплює “будь-які інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов’язковість яких надана Верховною Радою України”. Ця стаття міститься в Розділі XX “Кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку”, а отже, стосується істотних порушень правил ведення війни, що становлять окремі кримінальні правопорушення. Стаття 438 стосується *будь-яких інших порушень*, що містяться в міжнародних договорах, обов’язкових для України, і не обмежується певним переліком воєнних злочинів, а тому включає порушення, що містяться в Додатковому протоколі I. Оскільки неприйняття заходів військовими командирами за статтями 86 і 87 може тлумачитися як окремий злочин, вона може бути включена в статтю 438.
 - На користь того, що відповідальність командування може трактуватися як окреме кримінальне правопорушення, свідчить і той факт, що її можна трактувати як окреме кримінальне правопорушення:
 - Буквальне прочитання статей 86 і 87 Додаткового протоколу I підтверджує, що відповідальність командира може бути окремим кримінальним правопорушенням.¹⁴⁸³ Стаття 86 встановлює індивідуальну кримінальну відповідальність командирів за злочини, скоєні їхніми підлеглими, якщо командири не виконують цей обов’язок.¹⁴⁸⁴

¹⁴⁸² Конституція України (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 1996, № 30, ст. 141) 28 червня 1996 року, стаття 9.

¹⁴⁸³ Див. наприклад, Мелоні, “Відповідальність командира: Режим відповідальності за злочини підлеглих чи окремий злочин керівника?” (2007) 5 *Journal of International Criminal Justice* 619, р. 624; Робінсон, “Як відповідальність командира стала такою складною: Суперечність відповідальності, її заплутаність і просте рішення” (2012) 13 *Мельбурнський журнал міжнародного права*; Джексон, “Відповідальність командира” в де Хемптіні, Рот і ван Слідрегт (ред.), *Режими відповідальності в міжнародному кримінальному праві*, Видавництво Кембриджського університету, 2019 р., пп. 8, 10.

¹⁴⁸⁴ *Делаліч та ін. Судове рішення*, п. 340. Крім того, відповідно до Коментаря МКЧХ до Додаткових протоколів, згідно зі статтею 86(2) Додаткового протоколу I, командир може бути підданий дисциплінарному або кримінальному покаранню за бездіяльність щодо порушень, які не є серйозними, а також може підпадати під універсальну юрисдикцію (тобто, “*aut dedere aut judicare*”), коли він бездіяльний щодо серйозних порушень своїх

- Судова практика МТКЮ, яка визнавала можливість того, що відповідальність командира може бути окремим злочином,¹⁴⁸⁵
- Кілька національних юрисдикцій, які також прийняли цей підхід і кодифікували відповідальність командира як окреме кримінальне правопорушення у своєму законодавстві,¹⁴⁸⁶
- **Аналогічне тлумачення** статті 426 ККУ, яка криміналізує “бездіяльність військової влади” як окреме кримінальне правопорушення щодо *української військової влади*; та
- Підтвердження ЄСПЛ того, що кримінальне засудження на підставі відповідальності командування через узагальнені внутрішньодержавні заборони воєнних злочинів має достатньо чітке підґрунтя в міжнародному праві внаслідок його статусу звичаєвого міжнародного права.¹⁴⁸⁷

Таким чином, виходячи з наведеного вище аналізу, неприйняття заходів командирами криміналізується як окремий воєнний злочин за статтею 438. У наступному розділі викладено елементи відповідальності командирів, доповнені міжнародною практикою. Крім того, багато способів, якими командири можуть бути залучені до вчинення міжнародних злочинів, зокрема їхню мовчазну згоду на злочинну діяльність, що здійснюється їхніми підлеглими, можуть підпадати під інші види співучасті за ККУ, а саме наказування (див. розділ 3.4.5.4), організацію (див. розділ 3.4.5.3.1.1), та пособництво та підбурювання (див. розділ 3.4.5.3.1.2).

3.4.5.5.2 Відповідальність командування за МКП (стаття 28(a), Римський статут; стаття 7(3), Статут МТКЮ; стаття 6(3), Статут МКТР)

Як зазначалося вище, відповідальність командирів розглядається міжнародними судами та трибуналами як окремий вид співучасті. Тим не менш, судова практика, що стосується цього виду співучасті, є актуальною для фахівців-практиків під час визначення обсягу “неприйняття заходів” військових командирів.

Відповідальність командування - це відповідальність військових командирів або цивільних начальників за злочини, скоєні силами або підлеглими, що діють під їхнім командуванням,

підлеглих: Коментар МКЧХ до Додаткового протоколу I, стаття 86, пункт. 3542. Серйозні порушення визначені у: Перша Женевська конвенція, стаття 50; Друга Женевська конвенція, стаття 50; Третя Женевська конвенція, стаття 130; Четверта Женевська конвенція, стаття 147; Додатковий протокол I, стаття 85.

¹⁴⁸⁵ *Делаліч та ін.* Апеляційне рішення, п. 237.

¹⁴⁸⁶ Див. *наприклад*, Закон про злочини проти людяності та воєнні злочини, S.C. 2000, с. 24, розділи 5, 7 (Канада); *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches* [Закон про введення Кодексу злочинів проти міжнародного права] (Німеччина) 26 червня 2002 року, *Bundesgesetzblatt Jahrgang II, 2002, № 42, 2254*, розділи 13, 14; Кримінальний кодекс Сербії, 2019, стаття 384; Закон Литовської Республіки “Про схвалення та набуття чинності Кримінальним кодексом” від 26 вересня 2000 р. №VIII-1968, стаття 113¹.

¹⁴⁸⁷ Рішення у справі *Міланкович проти Хорватії*, п. 57.

владою та контролем, які сталися через те, що вони не здійснювали належного контролю над цими силами/підлеглими.¹⁴⁸⁸

Для встановлення відповідальності командира за бездіяльність необхідна наявність таких об'єктивних елементів: (i) обвинувачений був військовим командиром або цивільним начальником, або особою, яка фактично виконувала його обов'язки; (ii) обвинувачений мав ефективне командування і контроль або ефективну владу і контроль над силами, які вчинили відповідний злочин (злочини);¹⁴⁸⁹ і (iii) обвинувачений не вжив необхідних і розумних заходів у межах своїх повноважень для запобігання або припинення вчинення таких злочинів, а також не передав справу компетентним органам для проведення розслідування і притягнення до відповідальності.¹⁴⁹⁰

Обвинувачений повинен був бути військовим командиром або цивільним начальником, або особою, яка виконувала ці обов'язки. МТКЮ підтвердив, що статті 86 і 87 є достатньо широкими, щоб охоплювати цивільних начальників, які мають владні повноваження.¹⁴⁹¹ Цивільний начальник - це особа, яка здійснює аналогічну ієрархічну владу над окремими особами, що вимагається для виконання обов'язків командира, але якщо не може бути створена військова або подібна до військової структура.¹⁴⁹² Командир або начальник не повинен бути офіційно або юридично призначений, але його відповідальність залежить від того, чи має він ефективне командування/повноваження та контроль над своїми підлеглими.¹⁴⁹³

Терміни “ефективне командування” та “ефективні повноваження” мають схоже значення, оскільки обидва стосуються повноважень або права запобігати правопорушенням та карати за них.¹⁴⁹⁴ Однак, якщо “ефективне командування” означає наявність цих прав завдяки посаді обвинуваченого в ланцюгу командування, то “ефективні повноваження” охоплюють різні

¹⁴⁸⁸ Краер та ін. (2015), с. 368.

¹⁴⁸⁹ Зазначаючи, що відповідно до статті 28(b) цивільне начальство повинно мати лише “ефективні повноваження і контроль”.

¹⁴⁹⁰ Додатковий протокол I, стаття 87(1); Римський статут, стаття 28(a); Судове рішення у справі *Благоевіча та Йокіча*, пп. 790; Апеляційне рішення у справі *Кордіча та Черкеса*, п. 827; Рішення у справі *Прокурор проти Халіловіча*, IT-01-48-T, рішення від 16 листопада 2005 року (“Рішення у справі Халіловіча”), п. 56; Рішення у справі *Лімай та ін.*, п. 520; Судове рішення у справі *Оріча*, п. 294; Рішення у справі *Бемби про підтвердження обвинувачень*, п. 407; Рішення про затвердження обвинувачень у справі *Нтаганди*, п. 164.

¹⁴⁹¹ Справа *Делаліч та ін.* Апеляційне рішення, пп. 195-196; справа *Прліч та ін.* Рішення про відхилення попередніх заперечень проти юрисдикції Трибуналу, п. 19; справа *Оріч*, пп. 19; Рішення у справі *Оріча*, пп. 308; Рішення у справі *Алесковського*, п. 70. Відповідно, невійськові члени урядів, члени політичних партій або посадові особи корпорацій можуть нести відповідальність за принципом вищого начальства за злочинну поведінку своїх підлеглих: Трифтерер та Амбос (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: Коментар*, 3rd Edition, К.Х. Бек, Харт, Номос 2016, с. 1101-1102.

¹⁴⁹² Трифтерер та Амбос, *Коментар*, с. 1101.

¹⁴⁹³ Рішення у справі *Бемба*, пп. 177; Апеляційне рішення у справі *Гакумбіці*, п. 143; *Прокурор проти Халіловіча*, IT-01-48-A, Апеляційне рішення від 16 жовтня 2007 року (“Апеляційне рішення у справі Халіловіча”), п. 59; *Delalić та ін.* Апеляційне рішення, п. 197; *Прокурор проти Хаджихасановича та Кубури*, IT-01-47-T, рішення суду від 15 березня 2006 року (“Рішення суду проти Хаджихасановича та Кубури”), п.

¹⁴⁹⁴ *Попович та ін.*, Апеляційне рішення, пп. 1857; *Прокурор проти Оріча*, IT-03-68-T, Апеляційне рішення, 3 липня 2008 року, п. 159; *Делаліч та ін.* Апеляційне рішення, п. 197; Рішення у справі *Бемба*, п. 180; Рішення у справі *Бемба про затвердження обвинувачення*, п. 413;

засоби і методи, за допомогою яких військові командири можуть мати право здійснювати владу або вплив.¹⁴⁹⁵ “Ефективний контроль” є спільним для обох цих елементів і стосується матеріальної здатності командира здійснювати цю владу або вплив шляхом запобігання, припинення або покарання злочинів, скоєних його підлеглими, або передачі справи до компетентних органів для розслідування або судового переслідування.¹⁴⁹⁶ Такий контроль, як правило, є проявом (формальних чи неформальних) відносин “начальник-підлеглий” між обвинуваченим та його військами.¹⁴⁹⁷

Нижче наведено неповний перелік факторів, які можуть свідчити про те, що ймовірний військовий командир мав “ефективний контроль”:¹⁴⁹⁸

- Їхнє офіційне становище у військовій структурі та фактичні завдання, які вони виконували;
- Їхні повноваження віддавати накази, зокрема можливість наказувати військам або підрозділам, що перебувають під їхнім безпосереднім командуванням або на нижчих рівнях, брати участь у воєнних діях;
- Їхня здатність забезпечувати виконання наказів, зокрема розглядати питання про те, чи були ці накази фактично виконані;
- Їхня здатність перепідпорядковувати підрозділи або вносити зміни в структуру командування;
- Вони мають право просувати по службі, замінювати, звільняти або накладати дисциплінарні стягнення на будь-якого члена своїх підрозділів, а також ініціювати розслідування;
- Вони мають право відправляти війська в місця, де відбуваються бойові дії, і виводити їх у будь-який момент;
- Незалежний доступ до засобів ведення війни, як-от засоби зв'язку та зброя, і контроль над ними;
- Їхній контроль над фінансами;
- Їхня здатність представляти сили на переговорах або взаємодіяти із зовнішніми органами чи особами від імені групи;
- Їхнє уявлення про ідеологію руху, якого дотримуються їхні підлеглі; і

¹⁴⁹⁵ Рішення у справі *Бемба* про підтвердження обвинувачень, п. 412-416.

¹⁴⁹⁶ Рішення у справі *Бемба*, п. 183; Рішення про затвердження обвинувачення у справі *Бемба*, п. 415; *Делаліч та ін.* Судове рішення, п. 190-198.

¹⁴⁹⁷ Апеляційне рішення у справі *Халіловича*, п. 59.

¹⁴⁹⁸ Рішення у справі *Бемба*, п. 88. Див. також рішення у справі *Халіловича*, п. 58; рішення у справі *Оріча*, п. 312; рішення у справі *Хаджихасановича та Кубури*, п. 83; рішення у справі *Делаліча та ін.*, п. 206.

- Те, що вони мають певний рівень профілю, який проявляється через публічні виступи та заяви.

Останній об'єктивний елемент вимагає, щоб обвинувачений “не прийняв заходів”, тобто не вжив необхідних¹⁴⁹⁹ та доцільних¹⁵⁰⁰ заходів у межах своїх повноважень.¹⁵⁰¹

- **Запобігати** вчиненню злочинів до того, як вони були скоєні (включно з їх плануванням та підготовкою¹⁵⁰²) наприклад, шляхом (i) забезпечення того, щоб відповідні сили діяли згідно з відповідними нормами права, зокрема видання наказів, спеціально спрямованих на запобігання злочинам;¹⁵⁰³ (ii) вжиття дисциплінарних заходів для запобігання вчиненню звірств, зокрема шляхом відсторонення, виключення або передислокації підлеглих, схильних до насильства; (iii) протесту проти злочинної поведінки та/або наполягання перед вищим органом влади на вжитті негайних заходів; та (iv) відкладення військових операцій та/або проведення цих операцій таким чином, щоб знизити/усунути ризик вчинення конкретних злочинів;¹⁵⁰⁴
- **Припиняти** (або стримувати) вчинення злочинів, наприклад, шляхом: (i) вжиття заходів для запобігання злочинним діям, що тривають; (ii) проведення розслідувань щодо попередніх злочинів; (iii) здійснення дисциплінарних повноважень; або (iv) подання пропозиції про покарання вищому начальнику або передачі справи до судового органу, якщо обвинувачений не має повноважень, щоб зробити це самостійно;¹⁵⁰⁵ або
- **Карати** за злочини, принаймні розслідуючи можливі злочини для встановлення фактів, а якщо начальник не має повноважень для застосування санкцій, то передаючи справу до компетентного органу, уповноваженого розслідувати і переслідувати дії, наприклад, коли командири не мають дисциплінарних повноважень для адекватного покарання за відповідний злочин.¹⁵⁰⁶

¹⁴⁹⁹ **Необхідними** заходами при виконанні цих зобов'язань є ті, які є належними і достатніми для того, щоб командир міг дійсно виконати свій обов'язок щодо запобігання, репресії або покарання. Як правило, це залежить від типу, тяжкості та невідворотності злочинів, про які йдеться: *Рішення суду у справі Бемба*, п. 198; *Рішення суду у справі Тейлор*, п. 501.

¹⁵⁰⁰ **Розумні** заходи - це заходи, які обґрунтовано підпадають під матеріальну владу командира, щоб запобігти, присікти або покарати інкриміновану поведінку. Це буде залежати від того, наскільки командир має матеріальну можливість запобігти або придушити вчинення злочинів, або передати справу компетентним органам для розслідування: *Рішення у справі Караджича*, п. 588; *Рішення про затвердження обвинувачення у справі Бемба*, п. 443; *Апеляційне рішення у справі Бемба*, п. 167.

¹⁵⁰¹ Якщо командир зобов'язаний запобігати злочинам, але не робить цього, покарання постфактум не виправить порушення цього обов'язку: *Рішення у справі Орїча*, п. 326.

¹⁵⁰² *Рішення у справі Орїч*, п. 328.

¹⁵⁰³ *Див. наприклад, Попович та ін. Апеляційне рішення*, п. 1898

¹⁵⁰⁴ *Рішення у справі Бемба*, пп. 202-204.

¹⁵⁰⁵ *Рішення у справі Бемба*, пп. 205-207.

¹⁵⁰⁶ *Рішення у справі Бемба*, п. 208; *Рішення у справі Халілович*, п. 97; *Рішення у справі Хаджіхасанович і Кубура*, п. 1061; *Апеляційне рішення у справі Хаджіхасанович і Кубура*, п. 154; *Прокурор проти Поповича та ін.*, IT-05-88-T, Судове рішення: Том II, 10 червня 2010 року, п. 2053.

Елемент суб'єктивною сторони відповідальності командування вимагає, щоб обвинувачений або знав, або, зважаючи на обставини на той час, повинен був знати, що збройні сили вчиняють або збираються вчинити такі злочини.¹⁵⁰⁷ Іншими словами, обвинувачений або фактично знав про дії своїх сил, або повинен був знати про них.

Фактична обізнаність обвинуваченого не може презюмуватися, а має бути встановлена за допомогою прямих або непрямих доказів.¹⁵⁰⁸ Якщо докази є непрямими, вони повинні демонструвати умовивід, з якого можна зробити єдиний обґрунтований висновок про те, що командир фактично знав або був обізнаний про злочини своїх підлеглих.¹⁵⁰⁹ Потрібно зазначити, однак, що в будь-якому разі не потрібно доводити, що командир знав конкретних безпосередніх виконавців,¹⁵¹⁰ або що командири були обізнані з точними деталями злочинів, які мали бути скоєні.¹⁵¹¹

Якщо докази не свідчать про те, що обвинувачений знав, що злочини були скоєні або готувалися до скоєння його підлеглими, фахівці повинні розглянути питання про те, чи свідчать докази про те, що обвинувачений повинен був знати про це.¹⁵¹² Фактори, що враховуються під час визначення фактичної обізнаності, також мають значення для визначення того, чи “повинен був командир знати” про вчинення злочинів своїми підлеглими або про ризик їх вчинення.¹⁵¹³ Вважається, що обвинувачений знав про злочини, якщо він мав загальну інформацію, яка могла б поставити його до відома про можливі злочини, вчинені його підлеглими, або про можливе вчинення злочинів, і такої інформації було достатньо для обґрунтування подальшого дізнання або розслідування.¹⁵¹⁴

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи займав обвинувачений 	<ul style="list-style-type: none"> • Офіційні документи, що підтверджують, що

¹⁵⁰⁷ Римський статут, стаття 28(а); Рішення у справі Бемба про підтвердження обвинувачень, п. 407; *Delalić та ін.* Судове рішення, п. 346; *Прокурор проти Ндінділійімані та ін.*, ICTR-00-56-T, Рішення та вирок, 17 травня 2011 року (“Рішення та вирок у справі Ндінділійімані та ін”), п. 126.

¹⁵⁰⁸ Рішення у справі Бемба, пп. 191; Рішення у справі Бемба про підтвердження обвинувачення, п. 430; Судове рішення у справі Блашкіч, п. 307; Судове рішення у справі Кордіч проти Черкеса, IT-95-14/2-T, судове рішення від 2 лютого 2001 року, пп. 307; *Обвинувач проти Кордіча і Черкеса*, IT-95-14/2-T, Судове рішення від 26 лютого 2001 року (“Судове рішення у справі Кордіча і Черкеса”), п. 427; Рішення у справі Хаджіхасанович і Кубура, п. 94; Апеляційне рішення у справі Галіча, пп. 171, 180-182.

¹⁵⁰⁹ Див. наприклад, рішення у справі Бемба, п. 192; Апеляційне рішення у справі Васільєвіча, п. 120; *Делаліч та ін.* Апеляційне рішення, п. 458; Рішення у справі Кордіча та Черкеса, п. 427; рішення у справі Блашкіча, п. 307.

¹⁵¹⁰ Рішення у справі Бемба, п. 194; *Ндінділійімана та ін.* Рішення та вирок, с. 34, п. 118; Апеляційне рішення у справі Благоевіча та Йокіча, п. 287.

¹⁵¹¹ Рішення у справі Бемба, п. 194; Апеляційне рішення у справі Галіча, п. 377.

¹⁵¹² Рішення у справі Бемба, п. 170; Рішення у справі Бемба про затвердження обвинувачень, пп. 407, 428. Примітка: Стандарт “повинен був знати” МКС і стандарт “мав підстави знати” спеціальних трибуналів не є аналогічними, однак Палата попереднього провадження МКС у справі Бемба дійшла висновку, що індикатор, розроблений відповідно до стандарту “мав підстави знати”, може бути корисним при застосуванні стандарту “повинен був знати”. Рішення у справі Бемба про підтвердження обвинувачень, п. 434. Щодо стандарту “мав підстави знати”, див., наприклад, рішення у справі Делаліча та ін., п. 223; рішення у справі Брданіна, п. 278; Рішення і вирок у справі Ндінділійімана та ін., п. 126. 126.

¹⁵¹³ Рішення у справі Бемба про підтвердження обвинувачень, п. 434.

¹⁵¹⁴ Рішення у справі Бемба про підтвердження обвинувачень, п. 434; *Делаліч та ін.* Апеляційне рішення, п. 223; Судове рішення у справі Брданіна, п. 278.

<p>офіційну або фактичну посаду у військовій вертикалі управління?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Чи була група, в якій обвинувачений мав звання, державною чи недержавною за своєю природою? • Які фактичні завдання виконував обвинувачений? • Чи мали обвинувачені повноваження віддавати накази? Чи могли вони забезпечити виконання своїх наказів? • Чи мали вони можливість перепідпорядковувати підрозділи або вносити зміни у внутрішні структури, зокрема шляхом просування по службі, заміни, притягнення до дисциплінарної відповідальності або проведення розслідувань щодо військовослужбовців? • Чи є докази того, що обвинувачені були особисто поінформовані про те, що їхні підрозділи були залучені до злочинної діяльності? • Якими були тип, кількість, обсяг, місце та час вчинення незаконних дій? • Якими були засоби зв'язку між обвинуваченими та їхніми підлеглими? • Де знаходилося командування в той час (тобто, чи було воно географічно віддалене від місця вчинення злочинів)? • Яким був розголос незаконних дій (наприклад, чи повідомлялося про них у засобах масової інформації, про які знав обвинувачений)? • Чи існують докази систематичності злочинів? • Яким був рівень підготовки підлеглих обвинуваченого? • Чи були якісь доповіді, адресовані обвинуваченому, або 	<p>обвинувачений є високопоставленим командиром у збройних силах.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Показання солдатів нижчої ланки, які визнають обвинуваченого своїм безпосереднім командиром або заявляють, що їхній підрозділ отримував накази від обвинуваченого. • Серія електронних повідомлень, надісланих обвинуваченим до військової частини з наказом виконати військові операції. • Заяви обвинувачених, в яких вони визнають свою роль та посаду. • Звіти ОГС, що називають обвинуваченого високопоставленим представником збройних сил держави. • Нагороди або відзнаки, надані обвинуваченим підрозділам/членам підрозділів, щодо яких ведеться розслідування. • Перехоплена телефонна розмова обвинуваченого з іншим командиром, в якій він пояснює, що наклав стягнення на свій підрозділ, коли той не виконував наказів. • Протокол наради, на якій обвинувачений давав вказівки своїм підлеглим. • Звіти військових експертів, що пояснюють субординацію у відповідній військовій частині та описують контроль, який здійснював обвинувачений. • Свідчення військовополонених, які були солдатами в структурі командування обвинуваченого, з описом того, як діяло командування. • Офіційні військові документи, в яких детально описується, що обвинувачений займає дисциплінарну посаду по відношенню до військових частин, і що вони були підготовлені для придушення злочинної діяльності в цих частинах. • Перехоплена телефонна розмова, в якій обвинувачений згадує про злочини, скоєні його підрозділами. • Широко розповсюджені повідомлення НУО або ЗМІ про те, що військовий підрозділ, яким командував обвинувачений, був сумнозвісний через вчинення сексуального насильства над цивільними особами під час операцій. • Відеозаписи злочинів, скоєних військовою частиною під командуванням обвинуваченого, які широко поширювалися в Telegram або соціальних мережах. • Карта міста під час перебування в ньому військової частини обвинуваченого, на якій показано його штаб у центрі міста, де відбувалася переважна більшість кампаній насильства над цивільним населенням міста. • Показання свідка, обміняного військовополоненого, про те, що коли він був затриманий ворогом, він бачив, як
---	---

<p>прес-релізи міжнародних організацій та НУО щодо злочинів?</p> <ul style="list-style-type: none"> • Яким був рівень комунікації між обвинуваченими та їхніми підлеглими? • Виходячи з ресурсів і знань, доступних обвинуваченому, які дії були обґрунтованими на той час для запобігання, припинення або покарання злочинів? • Чи не вжив обвинувачений заходів для запобігання, припинення або покарання злочинів, коли він міг вжити необхідних і розумних заходів для цього? • Чи не передали обвинувачені справи про злочини до компетентного суду, коли вони могли вжити необхідних і розумних заходів для цього? • Чи можна було б запобігти злочинам, якби обвинувачені належним чином здійснювали ефективний контроль? 	<p>солдати приносили вкрадені ними цивільні речі (наприклад, ювелірні вироби, гроші, гаджети тощо) до місця утримання під вартою, і чув, як вони хвалилися тим, що примушували місцевих жінок вступати з ними в статеві стосунки, і все це в присутності їхнього командира (тобто, обвинуваченого).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Відео, на якому обвинувачений перебуває у слідчому ізоляторі, який був широко відомий як місце, де катували затриманих. • Докази того, що зона відповідальності підрозділу, яким командував обвинувачений, була географічно віддаленою, і він був єдиним підрозділом, який скоював злочини в цій місцевості. • Показання цивільних осіб, які були “евакуйовані” з їхнього міста, про те, що вони бачили, як деякі з їхніх співгромадян зазнавали побиття та жорстокого поводження з боку солдатів, які відмовлялися евакуюватися, у присутності обвинуваченого, який, як свідкам було відомо, був командиром військової частини, що здійснювала евакуацію. • Газетні статті того часу, коли обвинувачений командував частиною в певній місцевості, з детальним описом злочинів, які були в заголовках новин. • Відеозапис звернення Генерального секретаря ООН із засудженням актів сексуального насильства, які регулярно здійснювали члени воєнізованої організації, очолюваної обвинуваченим. • Показання інших військових командирів про те, що всім військовим (включно з обвинуваченими) було відомо про те, що незаконні методи ведення війни регулярно застосовуються. • Докази широкого розповсюдження злочинності в населеному пункті, де дислокувалися підлеглі обвинуваченого. • Звіти про злочинну діяльність, надіслані польовими командирами обвинуваченим, які так і не були передані до компетентного слідчого органу. • Фотографія обвинувачених разом з підрозділом, яким вони командували, під час операції, в ході якої були скоєні злочини. • Військовий статут, що описує, як обвинувачений, як командир підрозділу, має повноваження та зобов’язання застосовувати дисциплінарні стягнення до членів свого підрозділу за вчинення порушень під час операцій. • Показання підлеглих обвинуваченого, які описують, як, відповідно до субординації, всі члени підрозділу були зобов’язані виконувати накази обвинуваченого.
---	--

Таблиця 78: Підказки щодо відповідальності командування та приклади доказів

3.4.5.6 Підбурювання до геноциду

Частина 2 статті 442 Кримінального кодексу України забороняє публічні заклики до вчинення геноциду, а також виготовлення та розповсюдження будь-яких матеріалів, що містять заклики до вчинення геноциду. Підбурювання до геноциду передбачає основну відповідальність винної особи так само, як і відповідальність за вчинення актів геноциду. Підбурювання також вимагає наявності такого ж умислу, як і в ч. 1 ст. 442, тобто “з метою повного або часткового знищення будь-якої національної, етнічної, расової чи релігійної групи”, оскільки підбурювання до геноциду міститься в статті, що забороняє геноцид (тобто в ст. 442).

Стаття 442. Геноцид

2. Публічні заклики до геноциду, а також виготовлення матеріалів із закликами до геноциду з метою їх розповсюдження або розповсюдження таких матеріалів - караються арештом на строк до шести місяців або позбавленням волі на строк до п'яти років.

3.4.5.6.1 Підбурювання до вчинення геноциду за МКП (стаття 25(3)(e), Римський статут; стаття 4(3)(c), Статут МТКЮ; стаття 2(3)(c), Статут МКТР)

Підбурювання до вчинення геноциду встановлюється шляхом доведення того, що обвинувачений умисно безпосередньо і публічно підбурював інших до вчинення геноциду.¹⁵¹⁵ Пряме та публічне підбурювання передбачає дії, спрямовані на безпосереднє спонукання іншої особи до вчинення геноциду за допомогою одного з таких засобів: промови, вигуків або погроз, виголошених публічно або на публічних зібраннях; продажу, розповсюдження або демонстрації письмових або друкованих матеріалів публічно або на публічних зібраннях; плакатів або постерів; або за допомогою будь-яких інших засобів аудіовізуальної комунікації.¹⁵¹⁶

Щоб визначити, чи справжнім змістом промови (або іншого засобу масової інформації) є підбурювання інших до вчинення геноциду, фахівці-практики повинні дослідити, як її зрозуміла цільова аудиторія, і оцінити, наприклад, культуру місцевості, в якій промова була виголошена; нюанси мови, використаної в промові, і тон промови; а також те, чи була промова виголошена в контексті середовища з ознаками геноциду, що вже існує.¹⁵¹⁷

Суб'єктивний елемент цього виду співучасті вимагає, щоб обвинувачений умисно безпосередньо спонукав або провокував іншу особу до вчинення геноциду.¹⁵¹⁸ Це означає, що обвинувачений мав бажання “своїми діями створити у свідомості особи (осіб), на яку (яких) він впливає, певний стан, необхідний для вчинення такого злочину”.¹⁵¹⁹ Іншими словами,

¹⁵¹⁵ Обвинувальний вирок у справі Акаєсу, пп. 554-557; , Апеляційне рішення у справі Нахімана та ін., пп. 677; Рішення у справі Нірамасухуко та ін., пп. 5985-5987. Див. також: Римський статут, стаття 25(3)(e); Статут МТБЮ, стаття 4(3)(c); Статут МКТР, стаття 2(3)(c); Тріфтерер і Амбос (ред.), Римський статут Міжнародного кримінального суду: *A Commentary*, 3rd Edition, С.Н. Веєк, Нарт, Nomos 2016), с. 1016-1017.

¹⁵¹⁶ Прокурор проти Нірамасухуко та ін., ICTR-98-42-T, Рішення щодо клопотань захисту про виправдання за правилом 98bis, 16 грудня 2004 р., п. 109; Судове рішення у справі Акаєсу, п. 559.

¹⁵¹⁷ Нірамасухуко та ін. Рішення та вирок, п. 5986; Судове рішення у справі Акаєсу, п. 557; Прокурор проти Нахімани та ін., ICTR-99-52-T, Судове рішення, 3 грудня 2003 року, пп. 1022

¹⁵¹⁸ Рішення у справі Акаєсу, п. 560.

¹⁵¹⁹ Рішення у справі Акаєсу, п. 560.

особа, яка підбурює інших до вчинення геноциду (тобто обвинувачений), повинна сама мати конкретний умисел на вчинення геноциду, а саме на повне або часткове знищення національної, етнічної, расової чи релігійної групи як такої.¹⁵²⁰

Підказки для практиків	Приклади доказів
<ul style="list-style-type: none"> • Чи робив обвинувачений публічні заклики до вчинення геноциду до певної кількості осіб? • На яких форумах обвинувачений зробив цей публічний заклик? <ul style="list-style-type: none"> ○ промову? ○ засоби масової інформації, наприклад, телебачення чи радіо? ○ вигуками чи погрозами в громадських місцях або на публічних зібраннях? ○ через продаж або розповсюдження, пропозицію продажу або демонстрацію письмових матеріалів чи друкованої продукції в громадських місцях або на публічних зібраннях? ○ через публічну демонстрацію плакатів чи постерів? ○ за допомогою будь-яких інших засобів аудіовізуальної комунікації? • Чи закликав обвинувачений у цій промові (або іншій формі масової комунікації) безпосередньо до вчинення геноциду? <ul style="list-style-type: none"> ○ Якщо ні, то чи була промова обвинуваченого лише мовою ворожнечі? • Або ж, чи справжнім змістом промови було підбурювання до геноциду, зважаючи на конкретну мову, яка була використана, та/або аудиторію, до якої була звернена промова? 	<ul style="list-style-type: none"> • Показання свідка, який бачив виступ обвинуваченого перед великою групою людей, під час якого він закликав присутніх знищити певну національну групу. • Оприлюднена промова, в якій обвинувачений, лідер держави, неодноразово заперечував існування держави-супротивника, зокрема заперечував, що ця держава має унікальну культуру, мову та народ. Крім того, обвинувачений вказав, що всі, хто стверджує протилежне, є нацистами, які заслуговують на покарання і повинні бути знищені. • У засобах масової інформації публікуються заяви обвинуваченого, політика, в яких він звинувачує іншу державу у скоєнні злочинів проти свого народу, зокрема проти людей, які належать до тієї ж національності, що й обвинувачений. Обвинувачений підкреслив, що його держава та її збройні сили зобов'язані діяти і вживати всіх необхідних заходів для запобігання подальшої шкоди, і закликав збройні сили “шукати і забезпечувати, щоб кожен останній ворог зник з цієї землі”. • Відеозапис публічного виступу обвинуваченого, в якому він звинувачує релігійну групу в проблемах, від яких постраждала релігійна група обвинуваченого, і закликає присутніх зробити все можливе, щоб вирішити цю проблему. • Газетна стаття, написана обвинуваченим із закликом до вбивства та знищення расової групи. • Доповідь ООН, в якій детально описані випадки, коли обвинувачені виступали з публічними підбурювальними промовами, в яких вони погано відгукувалися про певну етнічну групу і звинувачували цю групу в економічних проблемах їхньої країни. • Показання свідка про те, що обвинувачені виступали перед натовпом і закликали людей об'єднатися для знищення “ворога”, маючи на увазі, що “ворогом” були члени певної релігійної групи. • Радіопередачі, за які відповідав обвинувачений, в яких слухачів неодноразово і наполегливо закликали вжити заходів проти “ворожої” національної групи, супроводжувалися постійним очорненням цієї групи. • Доповіді ООН з прав людини детально описують, що зауваження обвинуваченого були зроблені в контексті обстановки, яка вказувала на геноцид.

¹⁵²⁰ Рішення у справі Акасу, п. 560; Нірамасухуко та ін. Рішення та вирок, п. 5985.

<ul style="list-style-type: none"> • Чи закликав обвинувачений до насильства, ненависті або образи щодо певної групи? • Чи мав обвинувачений умисел спричинити фізичне або біологічне знищення принаймні значної частини групи? • Чи робили обвинувачені публічні заяви, поширювали документи або статті, брали участь у радіо- чи телепередачах тощо, в яких вказували на існування плану або політики геноциду? 	<ul style="list-style-type: none"> • Публікація в газеті, що належить і редагується обвинуваченим, статей, що закликають до знищення певної національної групи. • Програмний документ, підписаний обвинуваченим і опублікований у місцевій газеті, в якому викладено план виселення певної національної групи.
--	--

Таблиця 79: Ознаки підбурювання до геноциду та приклади доказів

3.5 РОЗРОБКА ПРАВОВОЇ ПОЗИЦІЇ ТА АНАЛІЗ ЗІБРАНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

З огляду на те, як фахівці-практики мають аналізувати та зіставляти наявну інформацію, щоб продемонструвати, що міжнародні злочини дійсно були скоєні, у цьому розділі розглядатимуться такі теми: (i) встановлення доказів окремих злочинів (див. розділ 3.5.1); (ii) мапування доказів окремих злочинів (див. розділ 3.5.2); та (iii) встановлення зв'язку (див. розділ 3.5.3).

3.5.1 Встановлення доказів окремих злочинів

При документуванні міжнародних злочинів з метою надання допомоги, спершу в міжнародно кримінальних справах потрібно, щоб фахівці проаналізували і зіставили наявну інформацію, щоб продемонструвати, що міжнародні злочини дійсно були скоєні. Величезний обсяг інформації, зібраної в ході документування, вимагає від фахівців мапування найбільш серйозних злочинів, які повинні бути виділені і, при необхідності, обрані як ціль, з використанням чіткої і обґрунтованої методології.

3.5.2 Мапування доказів окремих злочинів

На початку процесу мапування фахівцям потрібно зберігати широкий фокус, в ідеалі не зосереджуючись на одному окремому інциденті або обвинуваченні (наприклад, масове вбивство), оскільки це може призвести до передчасного звуження масштабів документування або призвести до ігнорування фахівцями цінної інформації або тверджень, які можуть мати життєво важливе значення для можливого судового переслідування або інших потенційних випадків.

Для цього, можливо, було б корисно прийняти тематичний підхід. Розглянувши загальнодоступні докази правопорушень, скоєних в Україні, можна визначити кілька тематичних областей та/або елементів правопорушень, які, враховуючи тяжкість і/або масштаб правопорушень, можуть бути обґрунтовано пріоритетними в первинному процесі мапування. Вони можуть охоплювати, наприклад:

- (i) Напади на цивільне населення;
- (ii) Зґвалтування та інші акти сексуального насильства;
- (iii) Катування і нелюдське поводження;
- (iv) Моріння голодом; і
- (v) Насильницькі зникнення.

За допомогою цієї вправи мапування фахівці можуть скласти приблизну схему скоєння злочинів і почати оцінювати їхню частоту та тяжкість. Цей початковий процес мапування закладе основу для фахівців щодо збору інформації про “докази окремих злочинів”, що відноситься до обставин і фактів, які мають безпосереднє відношення до здійснення злочинів,¹⁵²¹ зокрема окремі події (тобто конкретні злочини, які відбулися, і супутні обставини), а також осіб, які беруть участь або присутніх у/або поблизу місце цих злочинів.¹⁵²² При аналізі ця інформація може виявитися вирішальною для виявлення і успішного судового переслідування конкретних виконавців.¹⁵²³

Елементи, які потрібні для встановлення доказів окремих злочинів розглянуті в розділі 3.2.

3.5.3 Встановлення зв'язку

По-друге, фахівцям необхідно встановити “докази зв'язку”, який є терміном, використовуваним для опису доказів, які допомагають пов'язати ймовірних виконавців з цими порушеннями.¹⁵²⁴ Збір доказів зв'язку міжнародних злочинів, як правило, вимагає підходу “знизу-вгору”, при якому кожна “ланка” в ланцюжку відповідальності простежується від безпосереднього виконавця злочину вгору, щоб охопити тих, хто, незважаючи на фізичне або організаційне відсторонення від його фізичного вчинення, тим не менш, сприяв злочину через ланцюжки командування і рівні прийняття рішень.¹⁵²⁵ Це може передбачати, наприклад, високопоставлених політиків, військових або співробітників служб безпеки, багато з яких часто вважаються “найбільш відповідальними”¹⁵²⁶ за міжнародні злочини, враховуючи їхню повну відповідальність за наказування або інше сприяння їх вчиненню.

¹⁵²¹ М. Ністедт (ред.), К. А. Нільсен та Дж. К. Клеффнер, “Керівництво з надання допомоги в міжнародних кримінальних розслідуваннях” (Folke Bernadotte Academy and Swedish National Defence College 2011 р.) (“Ністедт та інші, Керівництво”), с. 42.

¹⁵²² Ністедт та інші, Керівництво, с. 42.

¹⁵²³ Моделі злочинів можуть допомогти у встановленні доказів взаємозв'язку, враховуючи загальні теми в рамках “моделі”. Крім того, шаблон не обов'язково повинен бути чимось надмірно складним, це може бути щось настільки просте, яка конкретно уніформа, що позначає конкретну групу військових, відповідальних за злочини. Див., С. Ф. Рібейро і Д. Ван Дер Стратен Понтоз, “Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в умовах конфлікту: Найкраща практика документування сексуального насильства як злочину або порушення міжнародного права” (2^{га} ред, UK Foreign & Commonwealth Office 2017 р.) (“Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту”), с. 226.

¹⁵²⁴ УВКПЛ, “Хто несе відповідальність? Покладання індивідуальної відповідальності за порушення міжнародних норм у галузі прав людини та гуманітарного права в комісіях Організації Об'єднаних Націй з розслідування, місіях зі встановлення фактів та інших розслідуваннях” (2018 р.) (“УВКПЛ, Хто несе відповідальність?”) с. 17.

¹⁵²⁵ УВКПЛ, Хто несе відповідальність?, с. 40.

¹⁵²⁶ Міжнародний кримінальний суд (“МКС”), Канцелярія прокурора (“КП”), “Стратегічний план (2016-2018 років)” (16 листопада 2015 р.) (“КП МКС Стратегічний план 2016-2018 років”), п. 35-36.

Для встановлення зв'язку цих осіб з міжнародними злочинами зазвичай потрібні докази, які демонструють існування ієрархій, які ідентифікують тих, хто здійснює ефективний контроль всередині цих ієрархій. Розуміння того, як встановлювати такі зв'язки, корисно при зіткненні зі складними структурами командування (військовими командирами, начальниками (тобто цивільними) або і тими, і іншими). Це особливо важливо тому, що в ході судового переслідування у справах щодо вищого керівництва захист може не заперечувати існування “основних” доказів окремих злочинів, а, швидше, вирішить зосередитися на (спростування доказів) ланцюжків відповідальності між злочинами та обвинуваченим.¹⁵²⁷

Враховуючи їхню організаційну і фізичну віддаленість від злочинів, докази зв'язків, які свідчать про кримінальну відповідальність осіб з вищих ешелонів влади, можуть бути не відразу доступні. Тим не менш, цілком імовірно, що такі докази з'являться самі собою, як тільки буде виявлено та проаналізовано докази окремих злочинів, а інші (наприклад, співники і співвиконавці) на більш низьких рівнях командної структури стануть об'єктом розслідування або будуть розглядатися судом.¹⁵²⁸ Звичайно, процес документування не завжди може бути таким лінійним: може знадобитися поєднання підходу “зверху вниз” і “знизу вгору”.¹⁵²⁹

3.5.3.1 Рівні виконавців

Кількість рівнів, що зв'язують підозрюваного з злочинцем, буде залежати від того, наскільки далеко підозрюваний віддалений від фізичної вчинення злочину, і від складності структур і установ, які використовуються злочинцем.¹⁵³⁰

Встановлення зв'язку між “найбільш відповідальними” особами і вчиненими злочинами зазвичай включає, як мінімум, такі рівні:

- (i) виявлення **безпосередніх виконавців** і організацій, членами яких вони є;
- (ii) документування організаційних структур і **виконавців середньої ланки**; і
- (iii) документування діянь **високопоставлених виконавців**.

3.5.3.1.1 *Перший рівень: безпосередні виконавці та організації, членами яких вони є*

“Перший” рівень зв'язку передбачає встановлення особи і конкретного діяння безпосередніх виконавців, тобто тих, хто фізично скоїв злочин (наприклад, з точки зору вбивства шляхом стрільби, особи (осіб), які натиснули на спусковий гачок).¹⁵³¹

¹⁵²⁷ Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії (“МТКЮ”), “Керівництво МТКЮ по розробленій практиці” (Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії (UNICRI Publisher 2009 р.) (“Керівництво МТКЮ по розробленій практиці”), с. 122.

¹⁵²⁸ Див. також, ІКП МКС Стратегічний план 2016-2018 років, п. 35.

¹⁵²⁹ Керівництво МТКЮ по розробленій практиці, с. 15.

¹⁵³⁰ Інститут міжнародних кримінальних розслідувань (“ІМКР”), “Керівництво для слідства” (2014 р.) (“Керівництво для слідства ІМКР”), р. 96.

¹⁵³¹ Керівництво для слідства ІМКР, с. 105

Показання, ймовірно, стануть основним джерелом доказів злочину, оскільки вони можуть встановити, що сталося, коли і де стався злочин, хто був залучений і його наслідки. Навіть якщо свідки і потерпілі не можуть точно ідентифікувати виконавців, зібрана інформація може дати важливі зачіпки, які можуть допомогти процесу документування,¹⁵³² зокрема інформацію, що ідентифікує виконавців як таких, що належать до певної групи, як-от одяг, транспортні засоби, діалект або зброю.¹⁵³³

Фізична інформація також зазвичай пов'язана з цим “першим” рівнем виконавців. Вона передбачає тип інформації, яку можна було б знайти на місці злочину, наприклад, знаряддя вбивства, гільзи, плями крові або відбитки пальців. У рівній мірі може бути корисно встановити потерпілих від злочину, наприклад, тих, хто був ексгумований з масового поховання.¹⁵³⁴

Відео- або фотоінформація, якщо вона автентична (див. розділ 5.5.3), також може бути досить доказовою і надійною інформацією про те, як стався злочин. Вона може, наприклад, містити зображення травм або пошкоджень, отриманих в результаті порушення.¹⁵³⁵ В контексті справи про міжнародні злочини це може дати ключову інформацію про особи безпосередніх виконавців, які, можливо, були зняті на камеру свідками або навіть могли знімати себе при вчиненні злочинів.¹⁵³⁶

Незалежно від “старшинства” кінцевої мети процесу документування, встановлення цього “першого” рівня виконавців має важливе значення: без такої інформації буде важко встановити який-небудь зв'язок між злочинами і тими на керівному рівні, хто контролював або сприяв злочинним діям. Встановивши такий зв'язок, фахівці-практики можуть спробувати встановити організації, до яких належали ці виконавці або з якими вони співпрацювали для вчинення конкретного документованого злочину.¹⁵³⁷ Це, природно, дозволить фахівцям-практикам висунути припущення або зробити висновок про те, хто на більш високому рівні командування або впливу може нести відповідальність за дії безпосереднього виконавця.

¹⁵³² Керівництво для слідства ІМКР, р. 105.

¹⁵³³ Керівництво для слідства ІМКР, р. 105.

¹⁵³⁴ Прокурор проти Крстича, ІСТУ-ІТ-98-33-Т, Рішення суду, 2 серпня 2001 р., п. 71.

¹⁵³⁵ Прокурор проти Караджича, ІСТУ-ІТ-95-5/18-Т, Рішення суду, 24 березня 2016 р., с. 236.

¹⁵³⁶ Керівництво для слідства ІМКР, с.107; Прокурор проти Ладжеварди, 5-3StE 2/16-4-1/16, Рішення суду, 12 липня 2016 р. Наприклад, у справі Аль-Махді, що розглядається МКС, обвинувачений був відображений на декількох відео і фотографіях, що пояснюють, як має розгортатися напад, підносять молитву, присвячену нападу, а також присутнім на місцях нападу: див., [Прокурор проти Аль-Махді](#), ІСС-01/12-01/15, Рішення і вирок, 27 вересня 2016 р., п. 35, 37 and 38.

¹⁵³⁷ М. Бергсмо і у. Х. Уайлі, “Керівництво з моніторингу прав людини: введення для співробітників з прав людини” (University of Oslo, Norwegian Centre for Human Rights 2008 р.), с. 8.

3.5.3.1.2 *Другий рівень: організаційні структури та виконавці середньої ланки*

“Другий” рівень спрямований на чітке розуміння організації та ієрархічної структури групи, ідентифікованої як причетна до скоєння злочину,¹⁵³⁸ і виявлення будь-яких виконавців середньої ланки, відповідальних за його вчинення. Це може передбачати співставлення:

- (i) Структури всередині організації;
- (ii) Людей, що мають певні повноваження, та обсяг їх повноважень;¹⁵³⁹
- (iii) Спосіб, в який такі особи комунікували один з одним (особливо, як передаються і виконуються накази і вказівки, а також складаються звіти); і
- (iv) Які закони і нормативні акти визначають відносини між людьми та *фактичні* канали влади¹⁵⁴⁰

Насправді, кількість рівнів, які необхідних досліджувати на цьому етапі, “буде варіюватися в залежності від конкретного випадку, в залежності від безлічі факторів, зокрема інституційної структури самої організації, злочину, для вчинення яких вона була задіяна, і засобів, за допомогою яких були скоєні злочини”.¹⁵⁴¹

Однак, незалежно від кількості рівнів, розслідуваних на цьому етапі, у процесі зазвичай виявляється низка виконавців середньої ланки, зокрема особи, які стоять вище безпосередніх виконавців злочину, які підзвітні вищому керівництву організації. Такі особи можуть самі стати об’єктом розслідування або можуть спрямувати розслідування ‘вгору’, до високопосадових виконавців.

3.5.3.1.3 *Третій рівень: високопоставлені виконавці*

Останній, “третій” рівень відноситься до високопосадових виконавців, як-от високопоставлених політиків, військових або поліцейських чиновники або командирів недержавних угруповань,¹⁵⁴² які організують, а не беруть участі в безпосередньому вчиненні злочину.¹⁵⁴³

Документування потенційних високопоставлених виконавців часто є складним, і вимагає всебічного розуміння (юридичних та фактичних) зв’язків і взаємовідносин між розслідуваним посадовцем і посередницькими підрозділами та безпосередніми виконавцями, що діють під їхнім керівництвом.¹⁵⁴⁴ Домогтися успіху може бути важко, оскільки чим далі просувається процес документування, особливо у вищих ешелонах влади і повноважень, тим менше ймовірність знайти інформацію, яка зв’язує високопоставлених посадових осіб з ймовірними злочинами.

¹⁵³⁸ Керівництво для слідства ІМКР, с. 108.

¹⁵³⁹ Керівництво для слідства ІМКР, с. 108.

¹⁵⁴⁰ Керівництво для слідства ІМКР, с. 108.

¹⁵⁴¹ Керівництво для слідства ІМКР, с. 107.

¹⁵⁴² ІМКР “Керівництво з розслідування військових злочинів, злочинів проти людяності і геноциду в Боснії і Герцеговині” (2013 р.), с. 31.

¹⁵⁴³ Ністедт та інші, Керівництво, с. 43.

¹⁵⁴⁴ Керівництво для слідства ІМКР, с.109.

Однак, існує ціла низка інформації, яка може виявитися корисною в цьому відношенні. Розвиваючи розуміння юридичних і фактичних повноважень розглянутого високопосадовця, фахівці можуть вивчити низку документальної інформації і, якщо така є, використовувати навички спеціалізованих військових або політичних аналітиків. Аналогічним чином, свідки-інсайдери і співники, швидше за все, нададуть *важливу* інформацію, що стосується фактичних ланцюжків повноважень, які обходять юридичні відносини.¹⁵⁴⁵ Однак фахівці-практики повинні усвідомлювати значні проблеми і ризики, пов'язані з отриманням достовірної інформації про зв'язки від свідків-інсайдерів і співників. Зокрема, вони можуть:

- (i) Бути замішаним у злочинах і бути іншими особами, що становлять інтерес для слідства;
- (ii) Демонструвати вороже ставлення до процесу документування;¹⁵⁴⁶
- (iii) Звинувачувати інших, щоб захистити себе або когось іншого від документування;
- (iv) Розглядати це як можливість для просування свого власного порядку денного; або, в рівній мірі,
- (v) Піддаватися ризику залякування або репресій за надання такої інформації.¹⁵⁴⁷

ЧАСТИНА ТРЕТЯ: ДОКУМЕНТУВАННЯ СПРАВ МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ

Частина третя містить керівництво з підготовки та проведення документування міжнародних злочинів. Основна увага приділяється тому, як безпечно і надійно збирати інформацію, щоб забезпечити її допустимість в ході внутрішніх або міжнародних судових проваджень. Зокрема:

- У **четвертому розділі** містяться рекомендації щодо основних підготовчих кроків, які фахівці повинні виконати перед початком документування, щоб забезпечити належну обробку та надійне зберігання будь-якої зібраної інформації відповідно до передової міжнародної практики.
- **Розділ п'ятий** стосується збору та збереження інформації. Він починається з ознайомленням з інформацією / доказами та огляду застосованих вимог щодо допустимості доказів. По-друге, в розділі описуються конкретні кроки, які повинні зробити фахівці щодо отримання, запису, обробки, збереження і автентифікації різних категорій інформації, включно з фізичною, документарною, цифровою і розвідкою з відкритих джерел ("OSINT").

¹⁵⁴⁵ Керівництво для слідства ІМКР, с.109.

¹⁵⁴⁶ УВКПЛ, "Керівництво з моніторингу прав людини" (2011 р.) UN Doc HR/P/PT/7/Rev1, с. 25.

¹⁵⁴⁷ Керівництво МТКЮ по розробленій практиці, с. 20: з цієї причини слід подбати про те, щоб забезпечити безпеку свідків-інсайдерів.

- У **шостому розділі** висвітлюється найкраща практика роботи з потерпілими і свідками міжнародних злочинів, включно з передовим досвідом при опитуванні особливо вразливих свідків.
- У **сьомому розділі** розглядаються передові методи документування сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом (“СНПК”).

4 ПІДГОТОВКА ДО ДОКУМЕНТУВАННЯ

Документування міжнародних злочинів може сильно відрізнятися від документування національних злочинів. Підготовка має важливе значення. У цьому розділі викладаються ключові кроки, які повинні зробити фахівці-практики до початку документування.

Щоб допомогти фахівцям-практикам у підготовці до розслідування, у цьому розділі розглядатимуться такі теми:

- **4.1 Підготовка набору та папки для документування:** розуміння того, як підготувати набір для проведення документування та папку для документування.
- **4.2 Впровадження системи зберігання:** розуміння того, як зберігати інформацію та як підтримувати ланцюжок зберігання.
- **4.3 План для документування:** розуміння того, як створити план для документування, який повинен включати: (i) попереднє дослідження та визначення звинувачень і цілей; (ii) потенційне ймовірне правопорушення та елементи, які необхідно довести; (iii) потенційні предмети для дослідження; (iv) хто буде частиною групи, а також план діяльності з документування та збору інформації; (v) завдання, які необхідно виконати, а також необхідні ресурси та витрати; та (vi) огляд.
- **4.4 Підготовка оцінки ризику та стратегії:** розуміння того, як оцінювати ризики для потенційних потерпілих осіб/свідків, спеціаліста та процесу документування.

4.1 ПІДГОТОВКА НАБОРУ ОБЛАДНАННЯ І ПАПКИ ДЛЯ ДОКУМЕНТУВАННЯ

4.1.1 Набір обладнання для проведення документування

Перед початком будь-яких дій щодо документування, слід підготувати **Набір обладнання для проведення документування**.

Такий набір має містити:¹⁵⁴⁸

1. Засоби зв'язку, мобільний телефон, супутниковий телефон, радіо (або схоже);
2. Ноутбук;

¹⁵⁴⁸ Д. Грум, *Довідник з розслідування порушень прав людини* (2-е видання, Createspace 2011) (“Довідник Грума”), стор 55.

3. Цифровий пристрій для запису звуку, який може використовуватися для запису опитувань, усних зауважень до дій з документування, а також власних міркувань на місці злочину;
4. Цифрові носії інформації (флеш-накопичувачі, карти пам'яті і т.д.);
5. Навігатори глобальної системи позиціонування ("GPS") (і карти);
6. Фотокамера (**Дошка для фотографій інформації** - це зручний інструмент для отримання фотографічної інформації: невелика дошка або чистий аркуш паперу для запису ключової інформації, яка допоможе ідентифікувати фотографію пізніше); і
7. Інші предмети, які можуть бути корисні: вимірювальна стрічка; блокнот; мотузки і знаки для охорони місця події; набір комп'ютерних інструментів для вилучення жорстких дисків і пристроїв; пакети для доказів різних розмірів; спеціальна стрічка для доказів; коробки для доказів; гумові перчатки; ватні тампони; пластикові пакети; ліхтарик; аптечка першої допомоги і т. д.

4.1.2 Підготовка Папки для документування

Фахівцям-практикам слід використовувати **Папку для документування** для каталогізації інформації, зібраної в ході документування.¹⁵⁴⁹ Папка для документування може бути створена як в електронному, так і в друкованому вигляді, але **повинна містити всі записи про вашу діяльність з документування та копії зібраної інформації.**¹⁵⁵⁰

Для **немасштабної діяльності з документування**, пов'язаної з одиничними злочинами, або яка містить обмежену інформацію, може бути досить простої папки з такою інформацією:¹⁵⁵¹

1. Особа і дані ймовірного виконавця(ів) і будь-яких потерпілих або свідків. Інформація про свідків повинна зберігатися в окремому файлі, щоб забезпечити її конфіденційність і безпеку;
2. Місце, дата, час, обставини і характер події;
3. Реакція уряду та / або інших груп; і
4. Будь-які інші доступні матеріали, що стосуються справи, наприклад, поліцейські записи, медичні або криміналістичні висновки, показання свідків і т. д.

Для **масштабнішої діяльності з документування**, пов'язаної з великим обсягом інформації та / або численними звинуваченнями у вчиненні кримінальних злочинів, слід створити більш велику папку або базу даних (переважно електронну, але при необхідності також у друкованому вигляді), що має передбачати:

1. **Файл управління справами:** містить "Журнал діяльності", що описує всі вжиті дії і ким вони були зроблені.¹⁵⁵²

¹⁵⁴⁹ Довідник Грума, с. 64.

¹⁵⁵⁰ Довідник Грума, с. 66.

¹⁵⁵¹ Д. Алессандра та ін., "Довідник Громадянського Суспільства Щодо Документування Порухень Прав Людини: Принципи І Передова Практика" (Public International Law & Policy Group ("PILPG") 2016) ("Довідник PILPG"), сс. 121-122.

2. **Файл комунікацій:** містить “Журнал комунікацій”, в якому записується будь-яке відповідне повідомлення (включно з письмовою кореспонденцією), що пов’язане з ходом процесу документування, і включає такі деталі, як дата, час, тривалість, учасники і зміст повідомлення.¹⁵⁵³
3. **Файл заяв свідків:** містить копії заяв свідків або короткий виклад (бажано, щоб оригінали підписаних показань зберігалися окремо в надійному місці) і “Журнал комунікацій зі свідками” (хронологічний запис усіх контактів, які фахівець мав з кожним свідком, включно з датою, часом і місцем проведення опитування, замітки щодо опитування та імена присутніх людей). Будь-яка інформація, яка може ідентифікувати потерпілого або свідка, не повинна включатися в цей файл, і на свідка слід посилатися за кодовим номером.¹⁵⁵⁴
4. **Файл конфіденційної інформації про свідків:** містить конфіденційну інформацію про свідка, яка повинна зберігатися **окремо** від основного Файлу заяв свідка. Цей файл повинен мати “Лист з кодом свідка”, який ідентифікує кожного свідка і його кодний номер, і “Інформаційний лист свідка”, що містить достатню інформацію про свідка, щоб гарантувати, що їх можна знайти.¹⁵⁵⁵
5. **Інформаційний файл:** містить запис всієї зібраної фізичної, фотографічної/відео-та документальної інформації, розділеної на різні журнали для кожного типу інформації (наприклад, “Журнал фізичної інформації”), з окремим записом для кожної частини інформації. Кожен запис повинен містити, як мінімум, дату збору інформації, ім’я особи, яка збирала інформацію, і опис об’єкта.¹⁵⁵⁶ Зберігайте копії всіх фотографій / відео і документів або в окремому фізичному сховищі, або в цифровій формі, на зовнішньому жорсткому диску або завантажуючи копії в безпечне місце.¹⁵⁵⁷ (Див. також також розділи 5.3-5.5).
6. **Файл рисунків і діаграм:** містить рисунки або діаграми, створені в процесі документування, і “Журнал рисунків і діаграм” з докладним описом дати створення кожного рисунку або діаграми, ім’я автора і опис того, що зображено на рисунку / діаграмі. Розумно зробити копії всіх рисунків, схем і діаграм, які будуть зберігатися окремо.¹⁵⁵⁸

Інформація в Папці для документування повинна бути ретельно каталогізована і чітко пронумерована. Вона не повинна бути збірником матеріалів, складених у випадковому порядку. Це здійснюється шляхом поділу великих папок на томи (обсягом до 250 сторінок кожен) і розміщення матеріалів в **хронологічному порядку** стосовно конкретної географічної місцевості або справи. Цей підхід повинен **послідовно** дотримуватися протягом усіх дій з документування.

¹⁵⁵² Довідник Грума, сс. 72, 73.

¹⁵⁵³ Довідник Грума, сс. 65, 66.

¹⁵⁵⁴ Довідник Грума, сс. 64, 67, 68.

¹⁵⁵⁵ Довідник Грума, сс. 66, 69.

¹⁵⁵⁶ Довідник Грума, с. 70.

¹⁵⁵⁷ Довідник Грума, сс. 70-71.

¹⁵⁵⁸ Довідник Грума, с. 71.

4.1.2.1 Запис деталей документування у блокноти для документування

Бажано, щоб фахівці-практики використовували **дві записні книжки / блокноти** (або, де це більш практично, одну, чітко розділену записну книжку) для запису деталей процесу документування.

Блокнот 1: для запису всієї **об'єктивної** інформації, виявленої в процесі документування, а також дій фахівців-практиків. Для кожної виконаної дії включіть короткий опис того, де ви були, хто там був, що ви спостерігали і коли, а також яка інформація була виявлена. Намагайтеся якнайшвидше записувати події, щоб забезпечити точність запису.¹⁵⁵⁹

Блокнот 2: для запису будь-якого суб'єктивного аналізу, власних міркувань або інших подібних коментарів.¹⁵⁶⁰

4.2 ВПРОВАДЖЕННЯ СИСТЕМИ ЗБЕРІГАННЯ ДАНИХ

До початку будь-яких дій з документування, фахівці повинні розглянути питання про те, де і як буде зберігатися і систематизуватися будь-яка зібрана інформація. Якщо інформація зберігається не відповідно до передової практики, на неї не можна покладатися в подальшому в судовому процесі.

Якщо фахівці-практики не можуть забезпечити конфіденційність та / або цілісність інформації, вони **не повинні збирати її, щоб уникнути втрати, пошкодження або непридатності інформації.**

4.2.1 Як зберігати інформацію

Фахівці мають використовувати комбінацію ручної/фізичної та цифрової систем зберігання.¹⁵⁶¹ Для зберігання/інвентаризації фізичної інформації необхідна ручна/фізична система зберігання. Все, що знаходиться в фізичному архіві, має бути оцифровано, щоб зробити його доступним для пошуку, розкриття та захисту.¹⁵⁶² Цифровий архів також буде включати в себе будь-які матеріали, створені в цифровому форматі.¹⁵⁶³ Фахівці мають провести оцінку ризиків всіх доступних варіантів зберігання і оцінити, які системи

¹⁵⁵⁹ М. Ністедт (ред.), К. А. Нільсен та Дж. К. Клеффнер, "Керівництво з надання допомоги в міжнародних кримінальних розслідуваннях" (Folke Bernadotte Academy and Swedish National Defence College 2011) ("Довідник Ністеда та ін."), с. 50.

¹⁵⁶⁰ Довідник Ністеда та ін., с. 50; *Прокурор проти Лубанги*, ІСС-01/04-01/06, Рішення про допустимість чотирьох документів, 13 червня 2008, пп. 36-42.

¹⁵⁶¹ Див., напр., Д. Алессандра та ін., "Довідник Громадянського Суспільства Щодо Документування Поршень Прав Людини: Принципи I Передова Практика" (Public International Law & Policy Group ("PILPG") 2016) ("Довідник PILPG"), сс. 123-127; С. Ф. Рібейро і Д. ван дер Стратен Понтоз, "Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в умовах конфлікту: найкраща практика документування сексуального насильства як злочину або порушення міжнародного права" (2-е видання, UK Foreign & Commonwealth Office, 2017) ("Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті"), с. 203

¹⁵⁶² Див., напр., "Керівництво з розслідування воєнних злочинів, злочинів проти людяності і геноциду в Боснії і Герцеговині" (Організація з безпеки і співробітництва в Європі (ОБСЄ), 2013) ("Керівництво ОБСЄ з розслідування військових злочинів, злочинів проти людяності і геноциду в Боснії і Герцеговині"), с. 233.

¹⁵⁶³ Див., напр., Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 206.

найкраще підходять, виходячи з фізичного простору і наявних заходів безпеки, а також можливостей і ресурсів (див. розділ 4.4).¹⁵⁶⁴

Основні принципи зберігання і поводження з інформацією:

Незалежно від того, чи використовується цифрова або фізична система, на додаток до конкретних правил, розглянутих у розділах 5.3 і 5.4, фахівці мають слідувати цим **базовим принципам**.¹⁵⁶⁵

1. Переконайтеся, що матеріали зберігаються безпечним і надійним способом - як фізичним, так і цифровим способом - у логічному порядку (тобто хронологічному порядку) і легко дістаються.
2. Впровадьте політику, яка визначає, хто матиме контроль над інформацією та доступ до неї. Переконайтеся, що тільки відповідальний персонал має доступ до інформації, і розробіть план безпеки (див. розділ 4.4.2.1) для гарантування безпеки цих осіб.
3. Всі речі повинні бути каталогізовані з використанням встановленої системи нумерації. Там, де це доречно, номер речі повинен містити зв'язок / посилання на пов'язані докази. Наприклад, документи, згадані в заявах свідків, повинні бути чітко позначені як такі.
4. Зберігайте загальнодоступну інформацію окремо від конфіденційної інформації (включно з інформацією, що ідентифікує потерпілого / свідка та їхні заяви).
5. Переконайтеся, що дотримуються вимоги конфіденційності, застосовні до інформації в Папці для документування, і що інформація не розголошується третім особам (наприклад, в порушення професійної таємниці).¹⁵⁶⁶
6. Зберігайте резервну копію зібраної інформації в іншому безпечному місці.
7. Майте плани екстреної евакуації для забезпечення збереження матеріалів, якщо це необхідно.
8. Майте доступ до інформації в безпечному середовищі і уникайте поїздок з конфіденційними документами або файлами. При необхідності використовуйте зашифровані USB-накопичувачі.

Такі організації, як **Human Rights Information and Documentation Systems** ("HURIDOCs"), надають додаткові рекомендації та корисні ресурси.¹⁵⁶⁷

Якщо використовується фізична (ручна) система зберігання, необхідно дотримуватися наступних додаткових основних принципів.¹⁵⁶⁸

1. Ведіть журнал для реєстрації будь-якого проникнення до сховища. Журнал реєстрації повинен містити такі відомості, як ім'я людини, дата, час і мета звернення, а також до яких предметів був отриманий доступ; і
2. Якщо інформація швидко псується (наприклад, старі блокноти), переконайтеся, що умови зберігання є належними. Зокрема, зберігайте докази далеко від джерел тепла, світла, вогкості і вологості, а також комах, мишей або інших тварин, які можуть їх пошкодити (див. також розділи 5.3 і 5.4).

¹⁵⁶⁴ Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 203.

¹⁵⁶⁵ Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, сс. 203-204.

¹⁵⁶⁶ КПК України, Стаття 222.

¹⁵⁶⁷ З HURIDOCs можна зв'язатися за адресою: 11 Rue du Cornavin, CH - 1201 Женева, Швейцарія (+41 227555252, info@huridocs.org).

¹⁵⁶⁸ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 205.

Якщо використовується цифрова система зберігання даних, необхідно дотримуватися таких додаткових основних принципів:¹⁵⁶⁹

1. Оцініть, які технології найбільш підходять для вашої мети (*Security in-a-Box - Інструменти і тактики цифрової безпеки* містять рекомендації щодо доступних технологій);¹⁵⁷⁰
2. Впровадьте протокол цифрової безпеки перед збором і зберіганням інформації в електронному вигляді. Відкриті джерела, наприклад *Security in-a-Box - Посібник з цифрової безпеки*, містять рекомендації, але в ідеалі слід також проконсультуватися з фахівцями;
3. Захистіть і зашифруйте всі конфіденційні електронні файли за допомогою антивірусного програмного забезпечення і паролів, а також безпечно зберігайте паролі в окремому місці. Засоби шифрування часто знаходяться у вільному доступі в Інтернеті. Ось деякі приклади: *AxCrypt, BitLocker, GNU Privacy Guard і 7-Zip*; і
4. Автоматично записуйте будь-який здійснений доступ до цифрових файлів і використовуйте функцію редагування файлів для відстеження будь-яких внесених змін. Регулярно створюйте резервні копії цифрових файлів, щоб всі зміни були надійно збережені (*Див. також розділ 5.5*.)

4.2.2 Як підтримувати ланцюг зберігання

Ланцюжок зберігання доказів є важливим показником справжності (тобто “походження” і “авторства”), а, отже, і надійності, при визначенні допустимості доказів (див. розділ 5.2). З моменту збору і до моменту використання інформації в суді як доказу,¹⁵⁷¹ у кожного зберігача відповідної інформації має бути доказ надійного і постійного володіння нею.¹⁵⁷²

Тому, фахівцям-практикам слід мати встановлені процедури для відстеження того, хто зберігав контроль над зібраною інформацією. Ланцюжок зберігання не має порушуватися, інформація має бути захищена, а всі переміщення мають реєструватися.¹⁵⁷³ Як правило,

¹⁵⁶⁹ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 206.

¹⁵⁷⁰ *Security in-a-Box* надає такі послуги, як: захист вашого пристрою від шкідливих програм і фішингових атак; захист інформації від фізичних загроз; створення і підтримання надійних паролів; захист конфіденційних файлів на вашому комп'ютері; відновлення втраченої інформації; знищення конфіденційної інформації; збереження конфіденційності ваших цифрових повідомлень; збереження анонімності і обхід цензури в Інтернеті; захист даних від соціальних мереж; і максимально безпечно використання вашого смартфона.

¹⁵⁷¹ Міжнародний Кримінальний Трибунал По Колишній Югославії (“МТКЮ”), “Керівництво МТКЮ з Розвинутої Практики” (2009) (“Керівництво МТКЮ з Розвинутої Практики”), с. 28.

¹⁵⁷² М. Х. Грем, *Федеральні Правила Доказування в Двох Словах* (3е вид., West Academic Publishing 1992), с. 402; *Керівництво МТКЮ з Розвинутої Практики*, с. 28.

¹⁵⁷³ Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії (“МТКЮ”), “Керівництво МТКЮ по розвинутій практиці” (2009), с. 28

кількість людей, які обробляють інформацію або іншим чином отримують до неї доступ, має бути обмежена настільки, наскільки це можливо.¹⁵⁷⁴

Як згадувалося вище, запис процедури збору інформації має бути створений і збережений в Папці для документування (див. розділ 4.1.2). Крім того, фахівцям-практикам рекомендується зробити такі кроки:

- Переконайтеся, що докази **упаковані і промарковані**. Це гарантує, що: (i) предмети захищені від пошкодження, заміни або зміни; і (ii) на маркуванні вказана важлива інформація про вміст упаковки, її походження, первісний стан і т. д. для отримання додаткової інформації див. розділ 5.3.
- Записуйте всі переміщення інформації в **журнал реєстрації**.

4.3 СТВОРЕННЯ ПЛАНУ ДОКУМЕНТУВАННЯ

Фахівці-практики повинні скласти план для *кожного* виду діяльності, пов'язаного з документуванням міжнародних злочинів (тобто “План документування”). План документування слід використовувати в якості *загального керівництва* для процесу документування.¹⁵⁷⁵ Хороший план документування має бути реалістичним і гнучким; його обсяг, передбачувані результати і методологія мають ґрунтуватися на можливостях команди; і в нього слід вносити зміни в міру появи нової інформації.¹⁵⁷⁶

План документування повинен містити наступне:¹⁵⁷⁷ (i) попереднє дослідження і визначення звинувачень і цілей; (ii) потенційні інкриміновані злочини (злочин) і необхідні елементи, які мають бути доведені; (iii) потенційні теми для вивчення; (iv) людей, які входитимуть до складу команди, а також план заходів з документування та збору інформації; (v) завдання, які необхідно виконати, а також необхідні ресурси і витрати, і (vi) перегляд. Кожен з них по черзі обговорюється нижче.

4.3.1 Попереднє дослідження та визначення звинувачень і цілей

Перед складанням **Плану документування** команда повинна провести попереднє дослідження наступних питань:¹⁵⁷⁸

- Місцевий контекст, в якому були скоєні ймовірні злочини;
- Які саме злочини були скоєні;

¹⁵⁷⁴ М. Ністедт (ред.), К. А. Нільсен і Дж. К. Клеффнер, “Керівництво з надання допомоги в міжнародних кримінальних розслідуваннях” (Folke Bernadotte Academy and Swedish National Defence College, 2011), с. 57

¹⁵⁷⁵ Керівництво ОБСЄ з Розслідування Воєнних Злочинів, Злочинів Проти Людяності та Геноциду в Боснії і Герцеговині, с. 184

¹⁵⁷⁶ Див. напр., Інститут Міжнародних Кримінальних Розслідувань (“ІМКР”), “Керівництво Для Слідчих” (2014) (“Керівництво Для Слідчих ІМКР”), сс. 194-198.

¹⁵⁷⁷ Керівництво для слідчих ІМКР, с. 193; Керівництво ОБСЄ з розслідування воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду в Боснії і Герцеговині, сс. 184-185.

¹⁵⁷⁸ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 123-124.

- Місцеві політичні та військові структури (наприклад, Донецька або Луганська Народні Республіки);
- Ймовірні виконавці (у тому числі політичні, військові або охоронні організації, з яких вони походять);
- Юридичні та соціальні послуги, доступні в регіоні для жертв/свідків;
- Чи могла наявна інформація вже бути задокументована іншими суб'єктами (наприклад, українськими прокурорами, активістами чи іншими ОГС); і
- Чи необхідне подальше документування.

Цього можна досягти, зокрема, використовуючи інформацію з відкритих джерел (див. розділ 5.6), включаючи веб-сайти, засоби масової інформації та звіти міжнародних організацій або інших ОГС.

4.3.2 Потенційні правопорушення та елементи, які необхідно довести

Перед початком дій з документування, фахівці мають скласти попереднє уявлення про ймовірні правопорушення.

В ідеалі фахівці мають проводити документування міжнародних злочинів у два етапи:

1. Розгляньте інформацію, яка вказує на те, що ймовірні злочини були вчинені (див. розділ 3.2); і
2. Оцініть зв'язки між ймовірними злочинами і (ланцюжком) людей, імовірно відповідальних за їх вчинення (див. розділ 3.4).

4.3.3 Потенційні суб'єкти для документування

Діяльність з документування не повинна бути упередженою і має бути зосереджена на всіх сторонах конфлікту. Хоча фахівці повинні утримуватися від передчасних спроб ідентифікувати підозрюваних, буде корисно зрозуміти, які саме групи ймовірно скоїли злочини в даній місцевості. З цією метою фахівці повинні вивчити повідомлення про формування, що діють у районах, де були скоєні злочини.

4.3.4 Команда документування, план дій з документування і збір інформації

У світлі виявлених потенційних правопорушень в плані документування слід детально вказати, які види інформації можуть бути зібрані, де вона, ймовірно, буде знаходитися і як її отримати.¹⁵⁷⁹ Одній людині слід призначити роль керівника групи, який буде регулярно давати інструкції команді і стежити за тим, щоб діяльність з документування була ретельно

¹⁵⁷⁹ Керівництво для слідчих ІМКР, с. 196.

спланована, а інструкції були реалістичними, ефективними, не надто формалістичними і передбачали заходи, які можуть просунути процес документування.¹⁵⁸⁰

У загальних рисах план повинен містити:

- Кроки, які можуть зробити фахівці для отримання додаткових зачіпок і забезпечення досить широкого збору інформації;
- Місця, де можна знайти необхідну інформацію (зокрема, де міг статися злочин, де потерпілий (потерпілі) і/або виконавець(ці) перебували безпосередньо до, під час або після події);¹⁵⁸¹
- Будь-яка пріоритезація відвідування місць злочину;¹⁵⁸²
- Кроки, які необхідно зробити для отримання та пошуку і збереження інформації на кожному місці злочину (див. розділи 5.3 і 5.4);¹⁵⁸³ і
- Потенційний свідок (свідки), який може надати релевантні та доказові версії або інформацію про подію (див. розділ 5.2); і

Планування діяльності має також охоплювати визначення (мапування) суб'єктів інших слідчих на місцях, а також доступні шляхи перенаправлення, доступні для потерпілих осіб і свідків, включно з медичною, психосоціальною та юридичною підтримкою (див. розділ 6), та інші потенційні співрозмовники або джерела інформації, включно з іншими ОГС, агентствами ООН, журналістами, медичними працівниками тощо.

4.3.5 Завдання, які необхідно виконати, а також ресурси і витрати

Фахівці-практики мають враховувати адміністративні деталі, як-от: кількість персоналу, необхідного для проведення документування (включно з перекладачами, слідчими і технічними експертами, як-от фахівці із захисту дітей);¹⁵⁸⁴ розташування офісів; необхідні системи зберігання; і будь-які інші додаткові необхідні ресурси.¹⁵⁸⁵ Це може означати обладнання, безпеку, організацію поїздок, проживання тощо.

План документування має містити детальні відомості про ролі та обов'язки кожного залученого співробітника, щоб уникнути дублювання діяльності або суперечок.¹⁵⁸⁶

За експертною консультацією слід звернутись до міжнародних експертів (наприклад, Мобільні команди правосуддя). Використовуючи цю допомогу, фахівці-практики повинні переконатися, що всі члени команди:¹⁵⁸⁷ належним чином відібрані і перевірені; пройшли

¹⁵⁸⁰ Див., Звіти про пов'язані проблеми у Белоусов, Прокурор. Керує? Координує? Наглядає? Розслідує, сс. 13, 107-110.

¹⁵⁸¹ Довідник Грума, с. 83.

¹⁵⁸² Довідник Грума, с. 83.

¹⁵⁸³ Довідник Грума, с. 80.

¹⁵⁸⁴ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 129

¹⁵⁸⁵ Керівництво для слідчих ІМКР, сс. 197.

¹⁵⁸⁶ Керівництво ОБСЕ з розслідування воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду в Боснії і Герцеговині, с. 189.

¹⁵⁸⁷ Довідник PILPG, сс. 48-49.

відповідне навчання та підготовку або мають доступ до спеціалізованої допомоги; здатні мати справу з потерпілим (потерпілими) від серйозних порушень прав людини, включно з неповнолітніми та/або потерпілим(и) від сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом (“СНПК”); де це можливо, навчати персонал роботи з травмами і тому, як розпізнавати посттравматичний стресовий розлад і реагувати на нього; відповідають за свої дії; не ставлять під загрозу безпеку потерпілих, свідків або інших осіб, з якими вони вступають у контакт.

Там, де це необхідно і можливо, План документування має також містити кошторис витрат на документування з урахуванням витрат на поїздки, спеціалізований персонал, витрати на обладнання, системи зберігання документів і витрати на обслуговування.¹⁵⁸⁸

4.3.6 Перегляд

План документування має передбачати постійний перегляд в міру отримання нової інформації.¹⁵⁸⁹ Крім того, бажано, щоб в ньому були вказані конкретні строки перегляду результатів і включення їх в План (наприклад, на певних етапах процесу або через регулярні проміжки часу).¹⁵⁹⁰

4.4 ПІДГОТОВКА ОЦІНКИ РИЗИКІВ І СТРАТЕГІЇ

В рамках Плану документування (див. розділ 4.3, вище) фахівцям слід провести оцінку ризиків та розробити стратегію врахування ризиків для запобігання та зменшення шкоди.¹⁵⁹¹

Оцінка ризиків повинна визначити потенційні ризики для всіх членів команди, потерпілих і свідків, а також для будь-якого іншого джерела інформації.¹⁵⁹² Незважаючи на те, що оцінка ризиків повинна проводитися до початку процесу документування, а стратегія запобігання і зниження ризиків має бути частиною Плану документування, **існує постійний обов’язок проводити оцінку ризиків протягом усього процесу документування.**

Там, де це можливо, фахівцям слід звертатися за консультацією до спеціалістів з безпеки, щоб переконатися, що процедури забезпечення безпеки відповідають мінімальним стандартам. Всі оцінки ризику повинні відповідати принципу “Не нашкодь” (див. розділ 6.1).

Оцінка ризиків має, як мінімум:

- **Визначити потенційні ризики:** (i) потенційні ризики для безпеки в місці знаходження команди; (ii) потенційні або фактичні наслідки збору інформації,

¹⁵⁸⁸ Керівництво для слідчих ІМКР, с. 196.

¹⁵⁸⁹ Керівництво для слідчих ІМКР, с. 195.

¹⁵⁹⁰ Керівництво для слідчих ІМКР, с. 196.

¹⁵⁹¹ Див. також розділ 6.1.3 Оцінювання ризику.

¹⁵⁹² Довідник PILPG, с. 39.

зокрема для самої команди; і (iii) потенційні ризики, з якими стикається потерпілий (потерпілі)/свідок (свідки).

- **Інтегрувати результати оцінки ризиків і діяти відповідно до них:** розробити і впровадити адекватну стратегію для усунення потенційних ризиків і додати їх до Стратегії управління ризиками, що міститься в Плані документування (*див.* вище). Розгляньте учасників та / або установи, які можуть допомогти знизити певні ризики, включно з, наприклад, неурядовими організаціями або добровольцями, які надають допомогу потерпілим і свідкам.
- **Перевіряти, чи були належним чином усунені ризики:** оцінка ризиків повинна тривати протягом усього процесу документування, особливо на початку кожного нового виду діяльності. Якщо будуть виявлені додаткові загрози, фахівцям слід відповідним чином оновити стратегію.
- **Створити систему звітності** на випадок, якщо співробітники, свідки, потерпілі або інші зацікавлені сторони повідомлять команду про будь-які сприйняті ризики. Відповідно:
 - Оцінка ризику має бути спрямоване на отримання думки / ймовірної реакції місцевих громад та зацікавлених сторін до і під час дій з документування; і
 - Оцінка ризику має передбачати спосіб сприяння безпечному спілкуванню з потерпілими, свідками або іншими зацікавленими сторонами, щоб забезпечити оперативне отримання інформації про занепокоєння (проблеми).

4.4.1 Оцінювання ризиків для ймовірного потерпілого/свідка

Оцінка і зниження ризиків для потерпілих і свідків має важливе значення. Більш детально це розглядається в розділі 6 (Принципи, орієнтовані на постраждалих), зокрема в розділі 6.1.3 (Оцінка ризиків).

4.4.2 Оцінювання ризиків для фахівців-практиків

Фахівці можуть піддаватися різним видам загроз і ризиків для свого фізичного та емоційного здоров'я. Загальні загрози передбачають: екологічні ризики; стрес, втома та супутні / вторинні травми в результаті опитування потерпілих або свідків; конкретні напади з боку окремих осіб або груп, щодо яких здійснюється документування, та/або їх прихильників; офіційний тиск з боку інших національних органів; і спорадичне насильство і напади з боку озброєних груп.¹⁵⁹³

Ґрунтуючись на оцінці ризику, фахівцям слід скорегувати свою діяльність і плани, щоб спробувати знизити потенційні ризики або бути готовими усунути їх, якщо вони виникнуть в процесі документування, шляхом здійснення наступних заходів:

¹⁵⁹³ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, сс. 108, 128.

4.4.2.1 Планування безпеки

- Розробіть план / політику безпеки та встановіть протоколи безпеки для найбільш ймовірних інцидентів;
- Утримуйтеся від проникнення на місце події до тих пір, поки вони не будуть “прочесані” і захищені відповідними органами;
- Проінструкуйте всіх членів команди триматися протоптаних шляхів, ніколи не наближатися до об’єктів, які можуть бути нерозірваними снарядами, і переконуватися, що у команди є засоби екстреного захисту, як-от куленепробивні жилети або засоби індивідуального захисту на випадок викиду небезпечних газів / рідин.;
- Подумайте про те, щоб зв’язатися з місцевим офісом Halo Trust і/або запросити у місцевих жителів інформацію про відомі зони ризику; і
- Заплануйте регулярні зустрічі команди. Проводити брифінги на основі інформації з першоджерел про можливі загрози і ризики, обмінюйтесь і аналізуйте показники безпеки і відповідним чином адаптуйте чутливі заходи (наприклад, місце, час або видимість зустрічей).

4.4.2.2 Навчання

- Навчайте персонал аспектам охорони та безпеки, найбільш важливим для їхньої роботи (наприклад, особиста безпека, менеджмент безпеки, перша допомога, цифрова безпека та безпечне водіння), і постійно оцінюйте такі тренінги;
- Підготуйте співробітників до того, щоб уникнути потенційних надзвичайних ризиків, як-от обстрілів, повітряних нальоти, викиду небезпечних речовин і т.д.;
- Переконайтеся, що всі співробітники розуміють ризики можливого ворожого стеження і проходять навчання з питань особистої та комунікаційної безпеки; і
- Підвищуйте розуміння співробітниками цифрових технологій, зокрема того, як вони працюють і як вони захищають або не захищають інформацію.¹⁵⁹⁴

4.4.2.3 Надані ресурси

- Переконайтеся, що всі члени команди володіють всім необхідним обладнанням для подолання будь-яких можливих ризиків, включно з медикаментами, паливом, захисним спорядженням, засобами зв’язку, і т.д.;
- Враховуйте мінімальну кількість осіб, які можуть виконувати відповідні обов’язки, і утримуйтеся від залучення занадто великої кількості осіб, якщо їх участь на місці не є необхідною; і
- При відвідуванні місць вчинення злочинів або нещодавно звільнених районів, по можливості, подорожуйте зі співробітниками служб безпеки.

¹⁵⁹⁴ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 109.

4.4.2.4 Розробіть протокол відряджень

- Запровадьте протоколи санкціонування поїздок, які гарантують, що поїздки здійснюються тільки після оцінювання/пом'якшення ризиків;
- Подумайте, чи можна відкласти виїзди на місця і проведення дій з документування до тих пір, поки місцевість не стане безпечною, і уникайте рішень, які можуть істотно загрожувати безпеці, наприклад, проникнення на місцевість, яка не була розмінована, проведення документування в місцевості, що піддається регулярним інтенсивним обстрілам, проникнення на місцевість, що знаходиться під неминучим ризиком блокади тощо;
- Розробіть протоколи зв'язку в надзвичайних ситуаціях для певних випадків, наприклад, запобіжні заходи, які необхідно здійснити під час поїздок в транспортних засобах;¹⁵⁹⁵ і
- Розробіть план дій у надзвичайних ситуаціях,¹⁵⁹⁶ наприклад, переконайтеся, що команда підготовлена до екстреної евакуації альтернативними засобами в разі, якщо їх транспортний засіб зламано, втрачено або знищено.

4.4.2.5 Розробіть протокол з медичної допомоги та догляду за собою

- Визначте та дізнайтеся, як дістатися до найближчого медичного закладу та інших служб підтримки, а також до укриттів для екстрених випадків;
- Забезпечте регулярне підбиття підсумків зі співробітниками, щоб звести до мінімуму ризик непрямой травми, і заохочуйте співробітників до розробки плану догляду за собою і впровадження здорових звичок;
- Забезпечте доступ до консультанта, який спеціалізується на роботі з травмами;
- Обмежте кількість опитувань або процесів документування, які співробітники повинні проводити в день, і забезпечте, щоб вони робили адекватні перерви між своїми різними завданнями; і
- Проводьте конфіденційні зустрічі групи, щоб конкретно розглянути емоційний вплив будь-якого розслідування, що триває.¹⁵⁹⁷

4.4.2.6 Міркування щодо ЗМІ

- За необхідності запровадьте комунікаційну стратегію. Прийнята стратегія може вимагати застосування різних підходів на різних етапах процесу кримінального правосуддя (наприклад, вимога конфіденційності під час процесу документування, але широкого розголосу під час судового розгляду і після нього для досягнення

¹⁵⁹⁵ Генеральний директорат Європейської комісії з гуманітарної допомоги, “Загальне керівництво з безпеки для гуманітарних організацій” (2004), с.с. 32-33; Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 110.

¹⁵⁹⁶ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 109.

¹⁵⁹⁷ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с.с. 110, 139.

максимальних цілей, як-от запобігання майбутніх порушень прав людини та / або мобілізація міжнародної підтримки);

- Переконайтеся, що всі учасники розслідування знайомі з прийнятою стратегією;¹⁵⁹⁸ і
- Не допускайте витоку в ЗМІ інформації, що стосується потерпілих або свідків.

4.4.3 Оцінка ризиків для процесу документування

На додаток до ризиків для окремих осіб, фахівцям слід також враховувати ризики для самого процесу документування. Загальні загрози передбачають витік конфіденційних доказів і відомостей про свідків, потерпілих, джерел або зацікавлених осіб; крадіжку, підміну або знищення доказів; хакерство, спотворення або перехоплення цифрових доказів - все це може підірвати довіру до процесу документування і якість зібраної інформації.¹⁵⁹⁹ Фахівцям слід запровадити таке:¹⁶⁰⁰

- **Розробка плану / політики безпеки:** слід розробити план управління інформацією та план забезпечення заходів з охорони для обробки конфіденційної та чутливої інформації членами команди, а також для захисту від будь-якого несанкціонованого витоку або зміни доказів;
- **Розробка системи шифрування:** цифрова інформація має зберігатися на захищеному диску і бути достатньо захищеною з паролем, регулярними резервними копіями, а також захищеною за допомогою програмного забезпечення для шифрування та безпеки (див. розділ 5.5);
- **Зберігання в безпечному місці:** зібрана інформація повинна зберігатися в безпечному місці. У разі фізичного зберігання сховище повинно бути належним чином захищене фізичними бар'єрами, надійними замками, системами спостереження та сигналізації для виявлення проникнень, пожежі, води або інших надзвичайних ситуацій (див. розділ 5.3); і
- **Обережний обмін інформацією:** обмін інформацією повинен бути обмежений членами команди виключно через службову необхідність. Крім того, фахівці-практики можуть також ділитися інформацією з МКС та/або українською владою, і тому необхідно буде розглянути найбільш доречний процес для цього і переконатися, що вони отримали інформовану згоду потерпілого / свідка (див. розділи 6.2 і 6.3). Крім того, за певних обставин може бути вигідно оприлюднити, наприклад, списки потенційних виконавців. Це ускладнило б для виконавців підрив

¹⁵⁹⁸ “Керівні принципи міжнародних поїздок щодо встановлення фактів у галузі прав людини та доповідей неурядових організацій” (Керівні принципи Лунд-Лондона)” (*International Bar Association: Human Rights Institute*, 1 червня 2009), с. 6.

¹⁵⁹⁹ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 111; *Прокурор проти Аль-Джадід САЛ і Аль-Хайят*, STL-14-05/T/CJ, Рішення, 18 вересня 2015, п. 40.

¹⁶⁰⁰ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, сс. 111-114; Довідник PILPG, сс. 132-137.

або перешкоджання процесу документування через посилення контролю за їхніми діями і додало б більше довіри процесу.¹⁶⁰¹

Вищевказані заходи повинні бути прийняті разом з заходами, вже згаданими в розділах 4.4.1-4.4.2.

¹⁶⁰¹ Наприклад, Спеціалізована прокуратура спеціалізованих палат по Косово визнала за необхідне опублікувати нехарактерне для неї публічне повідомлення про звинувачення проти косовських лідерів через їх неодноразові спроби підірвати роботу і перешкодити їй. *Див.*, Спеціалізована прокуратура Косово, *Заява для преси* (24 червня 2020).

5 ЗБІР ТА ЗБЕРЕЖЕННЯ ІНФОРМАЦІЇ

У цьому розділі описуються конкретні кроки, що стосуються отримання, запису, обробки, збереження та автентифікації фізичної, документальної, цифрової інформації, розвідки з соціальних джерел (“SOCINT”) та розвідки з відкритих джерел (“OSINT”). Перш ніж заглибитись в подробиці, в першому розділі будуть представлені докази/інформація, з особливим акцентом на типах доказів в міжнародних кримінальних процесах і вимогах, пов’язаних з їх допустимістю.

Щоб допомогти фахівцям в розумінні найкращої практики збору та збереження інформації/доказів, у цьому розділі розглядатимуться такі теми:

- **5.1 Вступ до інформації/доказів:** розуміння того, що означає “доказ” і різні категорії доказів.
- **5.2 Огляд принципів прийнятності:** розуміння принципів прийнятності доказів.
- **5.3 Збір, обробка та збереження фізичної інформації:** розуміння дій під час спостереження та документування місця злочину, отримання фізичної інформації від джерела, а також під час запису, обробки та зберігання фізичної інформації.
- **5.4 Збір, обробка та збереження документальної інформації:** розуміння того, як збирати, отримувати, підтверджувати, записувати та зберігати документну інформацію.
- **5.5 Збір, обробка та збереження цифрової або аудіовізуальної інформації:** розуміння загальних правил збору та створення цифрової інформації, оцінка загальних вимог до обробки та збереження цифрової інформації та розуміння того, як автентифікувати та перевіряти цифрову інформацію;
- **5.6 Збір і збереження доказів OSINT/SOCINT:** розуміння концепцій і визначень розвідки з відкритих джерел та соціальних мереж, розуміння їх використання, обмежень і підводних каменів, розуміння фундаментальних принципів їх використання та виділення попередніх міркувань під час розробки робочого процесу.

5.1 ВСТУП ДО ДОКАЗІВ/ІНФОРМАЦІЇ

Документування і розслідування міжнародних злочинів зазвичай пов’язані зі значним обсягом інформації. Фахівці повинні гарантувати, що зібрана інформація може бути використана в якості доказу в ході подальшого судового розгляду, тобто що вона допустима в національному або міжнародному суді або трибуналі, включно з Міжнародним кримінальним судом (“МКС”). У цьому підрозділі буде пояснено різницю між “інформацією” та “доказами”, перш ніж будуть обговорюватися різні типи доказових матеріалів, які можуть бути використані як у МКС, так і у внутрішньому судовому переслідуванні. Насамкінець, в ньому будуть викладені основні вимоги до допустимості доказів в МКС.

5.1.1 Що таке докази?

5.1.1.1 “Інформація” і “докази”

Різниця між “інформацією” і “доказами” полягає в їх використанні в кримінальному судочинстві. Не всяка інформація є доказом. Велика частина інформації, зібраної в ході розслідування, може служити лише зачіпкою або просто допомогти в оцінці обставин.

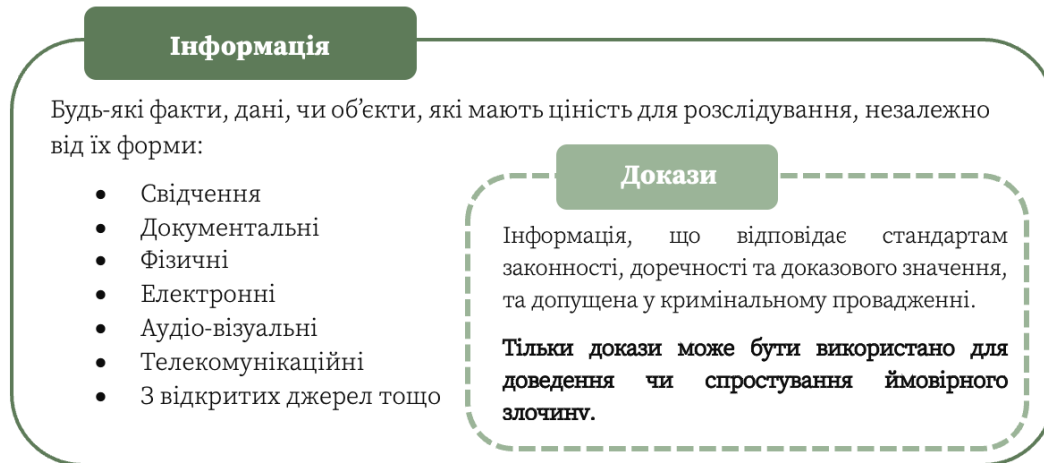


Рисунок 2: “Інформація” і “докази”

5.1.1.2 Види доказових матеріалів

Докази можуть бути представлені в багатьох формах, які можна в широкому сенсі поділити на свідчення, документальні, фізичні¹⁶⁰² і, в останні роки, цифрові, аудіовізуальні.¹⁶⁰³ Це той тип інформації, яку мають спробувати зібрати фахівці-практики, оскільки кожна з них може мати значення для доказу вчинення міжнародних злочинів в національних і міжнародних судах.

Багато з цих категорій накладаються одна на одну, але в той же час доповнюють і підсилюють один одного.¹⁶⁰⁴ Наприклад, розслідування воєнного злочину нападу на цивільні об'єкти, може містити такі докази: (i) фізична інформація (наприклад, залишки використаної зброї або боєприпасів); (ii) цифрова інформація (наприклад, фотографії та відеозаписи нападу та/або його наслідків); (iii) інформація з показань (наприклад, заяви осіб, які були свідками нападу); і (iv) документальна інформація (наприклад, військові документи, що містять наказ про обстріл цивільного об'єкта); тощо.

¹⁶⁰² М. Ністедт (ред.), К. А.Нільсен і Дж. К. Клеффнер, “Керівництво з надання допомоги в міжнародних кримінальних розслідуваннях” (Folke Bernadotte Academy and Swedish National Defence College, 2011), с. 54; С. Ф. Рібейро і Д. ван дер Стратен Понтоз, “Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в умовах конфлікту: найкраща практика документування сексуального насильства як злочину або порушення міжнародного права” (2-е видання, UK Foreign & Commonwealth Office, 2017) (“Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті”), с. 143.

¹⁶⁰³ Див. напр., Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, сс. 143, 148.

¹⁶⁰⁴ Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 143.

Вид доказу		Додаткова інформація
Показання свідків	Докази або заяви, які свідок дає під присягою, будь-то письмові (у формі письмової заяви), усні або за допомогою запису показань. ¹⁶⁰⁵	Містить інформацію від потерпілих, широкого кола свідків, пов'язаних з інцидентом, інсайдерських свідків або підозрюваного/обвинуваченого. Експерти також можуть давати усні свідчення, щоб обговорити та деталізувати результати своїх аналітичних звітів у суді. Крім того, потерпілі можуть виступити із заявами під час винесення вироку.
Речові докази	Об'єкти, включно з матеріалами, виявленими за допомогою наукових засобів. ¹⁶⁰⁶	Приклади містять: залишки зброї або боеприпасів, уніформу, предмети, зібрані на місці злочину, і т. д.
Документальні докази	Будь-які докази, які можуть бути представлені у суді у формі документів, на відміну від усних показань.	Приклади містять: закони, правила, стенограми, медичні записи, тюремні записи, газети, судові протоколи, публічні заяви або оголошення, щоденники, накази, протоколи, укази і офіційні журнали реєстрації (наприклад, використання транспортних засобів, зміна варти і журнали відвідувачів тощо), звіти. ¹⁶⁰⁷ Документальна інформація може бути зібрана з різних державних і приватних джерел, включно з: потерпілими/свідками, державними органами, неурядовими організаціями, міжнародними організаціями, національними або міжнародними засобами масової інформації, включно з радіопередачами, приватними особами та організаціями, газетами та інтернет-джерелами.
Докази з відкритих	Інформація, яка є загальнодоступною або	У той час як інформація з відкритим доступом “не визначається її конкретним джерелом”, ¹⁶⁰⁹ в

¹⁶⁰⁵ Див. напр., Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії (“МТКЮ”), “Керівництво МТКЮ по розвинутій практиці” (2009), сс. 79-82; МТКЮ, Інформаційний бюлетень для свідків МТКЮ (Секція у справах потерпілих і свідків 2007), сс. 5-6.

¹⁶⁰⁶ Див., напр., Д. Алессандра та ін., “Довідник Громадянського Суспільства Щодо Документування Порушень Прав Людини: Принципи І Передова Практика” (Public International Law & Policy Group (“PILPG”) 2016) (“Довідник PILPG”), с. 84-88. Див. також, Довідник Ністеда та ін., с. 64.

¹⁶⁰⁷ Довідник Ністеда та ін., сс. 62-63. Наприклад, у справі *Багілішема*, Захист представив як доказ лист, написаний обвинуваченим одночасно з передбачуваними злочинами. Один із суддів написав в окремому висновку, що “у той час, коли він писав лист, обвинувачений, звичайно, не міг уявити, що йому належить передстати передом судом такого роду. Отже, це підвищує довіру до питань, які в ньому підіймаються”: *Прокурор проти Багілішема*, ICTR-95-1A-T, Окрема думка судді Асока де З. Гунавардана, 7 червня 2001, п. 119.

джерел	доступна за запитом або покупкою. ¹⁶⁰⁸	цілому її можна розділити на онлайн інформацію і документальну інформацію (див. нижче).
Документальні докази з відкритих джерел	Документальні докази, доступні за допомогою загальнодоступних засобів, як-от в друкованому вигляді або в Інтернеті.	Корисні для встановлення передісторії конфлікту та міри, в якій певна інформація є відомою. Наприклад: книги, журнали, статті, мікрофіші, звіти, публічні заяви, свідчення, прес-релізи, державні документи, бібліотечні фонди, газети.
Онлайн докази з відкритих джерел	Інформація, загальнодоступна в Інтернеті.	Верифікація ¹⁶¹⁰ і автентифікація ¹⁶¹¹ можуть продемонструвати надійність і справжність такого роду доказів. Наприклад: новини в Інтернеті; звіти експертів та неурядових організацій; зображення/відео, розміщені в соціальних мережах (Facebook, YouTube, Twitter, Instagram, LinkedIn тощо.); ¹⁶¹² геопросторові / супутникові знімки; картографічні дані; витік конфіденційних документів; інформація на веб-сайтах, онлайн-форумах або загальнодоступних групах WhatsApp.
Цифрові та аудіовізуальні докази	Будь-який приватний цифровий або аудіовізуальний контент, який інакше не буде класифікований як інформація з відкритих	Цифрові докази можуть допомогти встановити наміри виконавця, місцезнаходження під час злочину, відносини з іншими підозрюваними, схему пересування або наявність загального плану. ¹⁶¹³ Наприклад: електронні медичні записи, відео або фотографії, ¹⁶¹⁴ записи з камер

¹⁶⁰⁹ Центр з прав людини: Юридична школа Каліфорнійського університету в Берклі, “Нова криміналістика: використання інформації з відкритих джерел для розслідування тяжких злочинів” (2017), с. 7.

¹⁶⁰⁸ Н. Механдру і А. Кеніг, Докази з відкритих джерел та Міжнародний кримінальний суд (*Harvard Human Rights Journal*, 15 квітня 2019).

¹⁶¹⁰ Верифікація (перевірка) - це термін, який використовується в розслідуваннях за відкритими даними. Це відноситься до встановлення того, що контент є тим, за що він себе видає, і, якщо це зображення або відео, що воно було знято в зазначеному місці, в зазначену дату і час: К. Метісон, “Відео в якості польового керівництва по доказам” (*WITNESS* 2016) сс. 52.

¹⁶¹¹ У контексті онлайн-доказів з відкритих джерел автентифікація означає гарантію того, що онлайн-контент не був підроблений або змінений в тій чи іншій формі. Щоб досягти більш високого ступеня автентичності, завжди краще отримати оригінальну частину контенту з постеру.

¹⁶¹² Див. напр., Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 152.

¹⁶¹³ Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 153.

¹⁶¹⁴ МКС прямо передбачає допустимість відеодоказів в якості раніше записаних показань: Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998 р., набув чинності 1 липня 2001 р.) 2187 UNTS 3 (“Римський статут”), Стаття 69(2); МКС, Правила процедури та доказування, відтворені з *Офіційних Звітів Асамблеї держав-учасниць Римського статуту Міжнародного кримінального суду, Перша сесія, Нью-Йорк* (3-10 вересня 2002) ICC-ASP/1/3 (“Правила процедури і доказування МКС”), Правило 68. Див. також, *Прокурор проти Катанги*, ICC-01/04-01/07, Рішення за клопотаннями прокурора про колегію адвокатів, 17 грудня 2010 (“Рішення за клопотаннями прокурора про колегію адвокатів у справі Катанги”), п. 24(d): відеозапис може бути визнаний

	джерел.	відеоспостереження, докази, отримані з приватних комп'ютерів і / або мобільних телефонів, як-от дані додатків або електронні листи, або історія пошуку в Інтернеті.
Телекомунікаційні докази	Підпадає під категорію аудіовізуальних і цифрових доказів і охоплює широкий спектр потенційних форм інформації, що відносяться до телекомунікацій.	Можуть бути корисними для підтвердження і можуть вказувати на мережі, як-от родинні зв'язки або ланцюги командування. Наприклад: записи постачальників послуг зв'язку, як-от записи про абонентів; дані про телефон (включно з додатками та аудіовізуальними файлами); інформація про сайт стільникового зв'язку; інформація про виставлення рахунків та платежі; звіти про мережу та фінансова історія; записи даних про дзвінки, які можуть містити метадані дзвінка, але не його вміст. ¹⁶¹⁵

Таблиця 80: Види доказів

5.1.2 Категорії доказів

У цьому підрозділі представлений огляд різних категорій допустимих доказів (див. розділ 5.2.1) в міжнародних кримінальних судах і трибуналах: прямі (свідчення), непрямі (обставинні і засновані на чужих словах), виправдувальні, підтверджувальні, експертні та конфіденційні.

5.1.2.1 Прямі і непрямі докази

Фахівці-практики мають прагнути збирати як прямі, так і непрямі доказові матеріали, незалежно від мети, для якої збирається інформація (наприклад, внутрішні або міжнародні судові процеси, справи за універсальною юрисдикцією, звіти про адвокацію і т.д.).

	Пояснення	Приклади
Прямі докази	Безпосередньо доводить факт без необхідності робити додаткові висновки	<ul style="list-style-type: none"> Показання свідка, який бачив, як ракета потрапила до школи, або солдата, який стріляв у беззбройного цивільного. Відеозапис, на якому виконавці страчують військовополонених. Військовий документ, що наказує збройному формуванню обстріляти незахищене село, де не було розміщено ніяких військ або військових об'єктів противника.
Непрямі докази	Безпосередньо не доводить факт, але, коли підтверджується,	<ul style="list-style-type: none"> Свідки, які не бачили точного моменту нападу на житловий район, але змогли визначити наслідки,

“доказом, який говорить саме за себе і може розглядатися в цьому відношенні як реальний доказ”, якщо буде встановлено його оригінальність і цілісність.

¹⁶¹⁵ Всі ці типи телекомунікаційних даних використовувалися в *Прокурор проти. Айяш та ін.*, STL-11-01/T/TC. Див., Спеціальний трибунал по Лівану, “Підручник з доказів в галузі телекомунікацій: Керівництво по розумінню показань Айяша та ін.” (без дати), сс. 3-4.

	<p>дозволяє зробити розумний висновок про те, що факт існує.¹⁶¹⁶ Це може бути важливо для встановлення факту в міжнародних судових процесах, наприклад, коли немає очевидців або пов'язаних з ними документів.¹⁶¹⁷</p>	<p>зокрема характер пошкоджень і травм.</p> <ul style="list-style-type: none"> Щоб зробити висновок про причетність обвинуваченого до вбивства потерпілого, достатньо наступних непрямих (обставинних) факторів: (i) обвинувачений зіграв помітну роль у викраденні потерпілого; (ii) солдати затримали потерпілого у військовому таборі; (iii) потерпілий був вбитий; (iv) солдати позбулися його тіла; і (v) обвинувачений спостерігав і контролював наслідки вбивства.¹⁶¹⁸
--	--	---

Таблиця 81: Приклади прямих і непрямих доказів

Перш ніж непряма/обставинна інформація зможе надати справі будь-яку реальну цінність, фахівці повинні зібрати інформацію, що виключає всі інші розумні висновки, які можуть бути зроблені з цієї інформації.¹⁶¹⁹

5.1.2.1.1 Показання свідків

Показання свідків - це документ¹⁶²⁰ або аудіовізуальний запис,¹⁶²¹ що містить спогади, спостереження та думки опитуваного, який може бути потерпілим, свідком, громадським діячем, інсайдером, підозрюваним, слідчим¹⁶²² або експертом (див. нижче, для отримання додаткової інформації про експертні докази), незалежно від того, чи дано це під присягою.¹⁶²³ Для отримання додаткової інформації про принципи, що стосуються показань свідків та опитування, зокрема про те, як проводити опитування, орієнтоване на інтереси потерпілих, або опитування особливо вразливих осіб, див. розділ 6.6, нижче.

5.1.2.1.2 Докази з чужих слів

Докази з чужих слів - це докази, представлені в суді щодо твердження, зробленого поза судом, щоб довести істинність заявленого питання.¹⁶²⁴ Воно може бути в усній чи

¹⁶¹⁶ Див., Прокурор проти Делаліча та ін., IT-96-21-A, Апеляційне рішення, 20 лютого 2001 (“Апеляційне рішення у справі Делаліча та ін.”), п. 458; Д. Грум, Довідник з розслідування порушень прав людини (2^е вид., Createspace 2011) (“Довідник Грума”), с. 41.

¹⁶¹⁷ М. Кламберг, Докази в міжнародних кримінальних судах (Brill 2013) (“Кламберг, Докази в міжнародних кримінальних судах”), с. 408.

¹⁶¹⁸ Це проілюстровано в Прокурор проти Хатегекімана, ICTR-00-55B-A, Апеляційне рішення, 8 травня 2012, п. 68.

¹⁶¹⁹ Див., Прокурор проти Скатіча, IT-97-24-A, Апеляційне рішення, 22 березня 2006, п. 219; Довідник Грумп, с. 41.

¹⁶²⁰ Керівництво МТКЮ з Розробленої Практики, сс. 79-81.

¹⁶²¹ Див., наприклад, розділ “Потерпілі і свідки МТКЮ”, Інформаційний Буклет для Свідків МТКЮ (2007).

¹⁶²² Письмові показання слідчого часто даються шляхом самоінтерв'ю, тому воно нагадує монолог.

¹⁶²³ Показання свідків в строгому сенсі слова відносяться до показань під присягою в кримінальному судочинстві, відповідно до яких свідомо брехливий свідок може бути притягнутий до відповідальності за неправдиві показання. Однак його також можна знайти в інших місцях, наприклад, у звіті слідчого або нотатках перекладача, за умови, що звіти походять від свідка (допитуваного). Такі заяви можуть бути неприйнятні через відсутність формальностей, але їх все одно може знадобитися передати захисту. У той час як підписана заява є акуратною і формальною, одночасне записування може краще зафіксувати початкові слова допитуваного, а не підписана чернетка може показати будь-яку “еволюцію” історії свідка. Як такі, вони розглядаються як показання свідків. Це важливо розуміти в контексті отримання інформованої згоди і при плануванні процедур допиту. Див. розділи 6.2 та 6.6.

¹⁶²⁴ ADC-ICTY, Керівництво по міжнародному захисту в кримінальних справах: Практика, розроблена Асоціацією Захисників перед Міжнародними Судиами і Трибуналами (“АЗМСТ”) в рамках проекту “Правосуддя щодо воєнних злочинів” (UNICRI, ADC-ICTY & OHCHR 2020) (“Керівництво АЗМСТ по міжнародному захисту в кримінальних

документальній формі;¹⁶²⁵ з перших вуст (тобто свідок переказує інформацію, надану йому іншою особою); з других вуст; або більш віддалені (тобто інформація, яка була передана між двома або більше особами до того, як була передана свідку, який виступає в суді).¹⁶²⁶

Згідно з міжнародною практикою, докази з чужих слів, як правило, допустимі в суді.¹⁶²⁷ Єдина проблема полягає в тому, яку вагу слід їм надати.¹⁶²⁸ Це буде залежати від “нескінченно мінливих обставин, що оточують показання, засновані на чужих словах”.¹⁶²⁹ До них відносяться, наприклад, чи було твердження: надано під присягою; піддано перехресному допиту; дано перед суддею; отримано з перших вуст або більш віддалено; зроблено за допомогою багаторівневого перекладу; або зроблено одночасно з подіями.¹⁶³⁰

5.1.2.2 Виправдувальні докази

Виправдувальні докази - це докази, які можуть вказувати на невинуватість обвинуваченого.¹⁶³¹ Фахівці мають докласти максимум зусиль для вивчення будь-яких виправдувальних доказів.¹⁶³²

5.1.2.3 Підтверджувальні докази

Підтверджувальні докази - це докази, з яких можна зробити розумний висновок, що підтверджує і підтримує інші категорії доказів або яким-небудь істотним чином зв'язує відповідну особу зі злочином. Це посилює або підтверджує те, що показують інші докази.¹⁶³³ Підтвердження також має відношення до оцінки достовірності та значущості показань свідка.¹⁶³⁴

справах”), с. 78; Королівська прокуратура Великої Британії, “Кодекс для королівських прокурорів” (Legal Guidance, 10 вересня 2021).

¹⁶²⁵ Керівництво АЗМСТ по міжнародному захисту в кримінальних справах, с. 78; *Прокурор проти Руто і Санга*, ICC-01/09-01/11, Відредагована версія спільної відповіді загального юридичного представника потерпілих на “Клопотання захисту Руто про виправдувальний вирок” і на “Клопотання захисту Санга “Про відсутність підстав для притягнення””, 29 січня 2016 (“Спільна відповідь юридичного представника потерпілих у справі *Руто і Санга*”), п. 46.

¹⁶²⁶ Керівництво АЗМСТ по міжнародному захисту в кримінальних справах, с. 87.

¹⁶²⁷ *Прокурор проти Катанги і Чуї*, ICC-01/04-01/07, Заяви обвинувачення про допустимість доказів з чужих слів, 9 липня 2010, п. 6; *Прокурор проти Чуї*, ICC-01/04-02/12 А, Рішення по апеляції прокурора на рішення II судової палати, озаглавлене “Рішення відповідно до Статті 74 Статуту”, 7 квітня 2015, п. 226. Див. також, МТКЮ, “Справа Блашкіча: Заперечення захисту проти допустимості показань з чужих слів відхилено” (Прес-реліз No. CC/PIO/286-E, 23 січня 1998); Кламберг, *Докази в міжнародних кримінальних судах*, сс. 370-372.

¹⁶²⁸ Спільна відповідь юридичного представника потерпілих у справі *Руто і Санга*, п. 41.

¹⁶²⁹ *Прокурор проти Поповіча та ін.*, IT-05-88-A, Апеляційне рішення, 30 січня 2015 (“Апеляційне рішення у справі *Поповіча та ін.*”), п. 1307, зноска 3787 посилаючись на *Прокурор проти Карери*, ICTR-01-74, Апеляційне рішення, 2 лютого 2009, п. 39.

¹⁶³⁰ Див. напр., Кламберг, *Докази в міжнародних кримінальних судах*, с. 371 посилаючись на *Прокурор проти Кордіча і Черкеза*, IT-95-14/2, Рішення по апеляції щодо заяви померлого свідка, 21 липня 2000 (“Рішення по апеляції щодо заяви померлого свідка у справі *Кордіча і Черкеза*”), пп. 23-28.

¹⁶³¹ Римський статут, стаття 67(2).

¹⁶³² Довідник Грума, с. 254.

¹⁶³³ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 61.

¹⁶³⁴ *Прокурор проти Мілошевича*, IT-98-29/1-A, Апеляційне рішення, 12 листопада 2009, п. 215.

Потенційний діапазон видів і джерел підтверджувальних доказів величезний і буде залежати від контексту, в якому сталася розглянута подія. Підтверджувальні докази можуть бути отримані, наприклад, від особи, яка повідомила про злочин (крім потерпілого); осіб, які бачили або чули про інцидент; свідків, які контактували з потерпілим до вчинення злочину; свідків, які розмовляли з потерпілим після вчинення злочину; і сусідів потерпілого, колег, вчителів тощо.

5.1.2.4 Експертні докази

Експерти - це особи, що володіють спеціальними навичками і знаннями, набутими в ході навчання, які можуть бути залучені для надання допомоги суду у вирішенні питань, що виходять за рамки розуміння і досвіду звичайного судді, як-от конкретні питання технічного характеру або неєобхідних знань в певній галузі.¹⁶³⁵

5.1.2.5 Конфіденційні докази

Фахівці-практики мають проявляти крайню обережність, погоджуючись прийняти докази конфіденційно. Будь-яке рішення про конфіденційне прийняття доказів повинно бути прийнято в письмовій формі і повинно відображати єдину політику. Крім того, джерело доказів має бути повідомлено, що хоча Римський статут дозволяє Прокурору зберігати конфіденційність деякої інформації під час провадження до тих пір, поки вона не використовується ні для чого, крім отримання нових доказів, це є виняток, і його не слід очікувати.¹⁶³⁶

5.2 ОГЛЯД ПРИНЦИПІВ ДОПУСТИМОСТІ

Правила, що регулюють допустимість доказів, служать для визначення того, чи можуть конкретні докази бути отримані судом на підтримку факту.¹⁶³⁷ Фахівці-практики повинні

¹⁶³⁵ *Прокурор проти Акайесу*, ICTR-96-4-T, Рішення за клопотанням захисту про явку обвинуваченого в якості свідка-експерта, 9 березня 1998 (“Рішення за клопотанням захисту у справі Акайесу”), с. 2; *Прокурор проти Семанзи*, ICTR-97-20-A, Апеляційне рішення, 20 травня 2005, п. 303; *Прокурор проти Нахімана та ін.*, ICTR-99-52-A, Апеляційне рішення, 28 листопада 2007 (“Апеляційне рішення у справі Нахімана та ін.”), п. 198; *Прокурор проти Брданіна*, IT-99-36-T, Рішення про подання стороною обвинувачення показань свідка-експерта Евана Брауна, 3 червня 2003 (“Рішення про подання стороною обвинувачення показань свідка-експерта Евана Брауна у справі Брданіна”); *Прокурор проти Йокіча*, IT-05-88-R77.1-A, Апеляційне рішення за звинуваченнями в неповазі до суду, 25 червня 2009, п. 18; Апеляційне рішення у справі *Поповіча та ін.*, п. 375; *Прокурор проти Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, Оpubлікована відредагована версія “Відповіді від імені пана Нтаганди на “Відповідь сторони обвинувачення на “Додаткові матеріали від імені Нтаганди щодо запропонованих свідків-експертів”, 23 лютого 2016, пп. 8, 11; *Прокурор проти Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, Рішення про попередні відводи захисту свідкам-експертам сторони обвинувачення, 9 лютого 2016 (“Рішення за попередніми запереченнями захисту у справі Нтаганди”), п. 7; *Прокурор проти Рутто і Санга*, ICC-01/09-01/11, Рішення за клопотанням захисту про виключення експертного висновку Ерве Мопеу, 7 серпня 2013 (“Рішення за клопотанням захисту про виключення експертного висновку Ерве Мопеу у справі Рутто і Санга”), п. 11. Див. також, Керівництво МТКЮ з розробленої практики, сс. 25-26; С. Чоудрі, “Доступ жінок до правосуддя: керівництво для практикуючих юристів” (С. Чоудрі, “Доступ жінок до правосуддя: керівництво для практикуючих юристів” (Рада Європи, Жовтень 2018) с. 20; УНЗ ООН, “Керівництво по ефективному реагуванню прокуратури на насильство щодо жінок і дівчаток” (Criminal Justice Handbook Series 2014), сс. 111-112.

¹⁶³⁶ Римський статут, Стаття 54(3)(e).

¹⁶³⁷ “Допустимість доказів” у Дж. Ло і Е. А. Мартін, *Юридичний словник* (7^е вид., OUP 2009).

знати про ці принципи допустимості, щоб гарантувати, що інформація, яку вони збирають, в кінцевому підсумку може бути прийнята в якості доказу в суді. Збираючи інформацію про міжнародні злочини, фахівці повинні враховувати застосовні національні положення про прийнятність доказів і відповідні вимоги будь-якого міжнародного суду (наприклад, МКС), який також має юрисдикцію в цій галузі.

Кримінально-процесуальний кодекс України (КПК) встановлює декілька вимог до інформації, яка є допустимою у кримінальному провадженні. До них можна віднести:

- **Належність:** відповідна інформація прямо чи опосередковано підтверджує наявність або відсутність обставин, пов'язаних з кримінальним провадженням, “а також достовірність чи недостовірність, можливість чи неможливість використання інших доказів”;¹⁶³⁸
- **Допустимість:** інформація є допустимою, якщо вона отримана в порядку, встановленому КПК.¹⁶³⁹ Інформація є непринятною, якщо вона була отримана з порушенням права на справедливий судовий розгляд, наприклад, проведення процесуальних заходів без ордеру, порушення права обвинуваченого на захист/перехресний допит, отримання інформації із застосуванням катувань тощо;¹⁶⁴⁰
- **Надійність:** інформація є надійною, коли на її основі можна встановити справжні обставини справи;¹⁶⁴¹ та
- **Достатність та взаємозв'язок між доказами:**¹⁶⁴² доказ є достатнім, якщо він у сукупності з іншими доказами дає змогу встановити наявність чи відсутність обставин у справі, які підлягають доказуванню.¹⁶⁴³

¹⁶³⁸ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13 квітня 2012 року No. 4651-VI (‘КПК’), стаття 85(1).

¹⁶³⁹ КПК, стаття 86(1).

¹⁶⁴⁰ КПК, стаття 87(2).

¹⁶⁴¹ КПК, стаття 94(1), стаття 358(3). КПК визначає поняття “достовірність”. Однак відповідні визначення містяться в інших процесуальних кодексах України: *див., наприклад, Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року, No. 1618-IV, стаття 79(1); Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року, No. 2747-IV, стаття 75(1).*

¹⁶⁴² КПК, стаття 94(1).

¹⁶⁴³ Подібно до поняття “надійність”, поняття “достатність” та поняття “взаємозв'язок” не визначені в КПК. Відповідні визначення містяться в інших процесуальних кодексах України: *див., наприклад, Цивільний процесуальний кодекс України від 18 березня 2004 року, No. 1618-IV, стаття 80; Кодекс адміністративного судочинства України від 6 липня 2005 року, No. 2747-IV, стаття 76.*



Рисунок 3: Вимоги до доказів за КПК

Щоб інформація була “допустимою” в МКС, вона повинна бути актуальною, надійною, а її доказова цінність повинна переважувати будь-який негативний вплив на справедливість судового розгляду.¹⁶⁴⁴

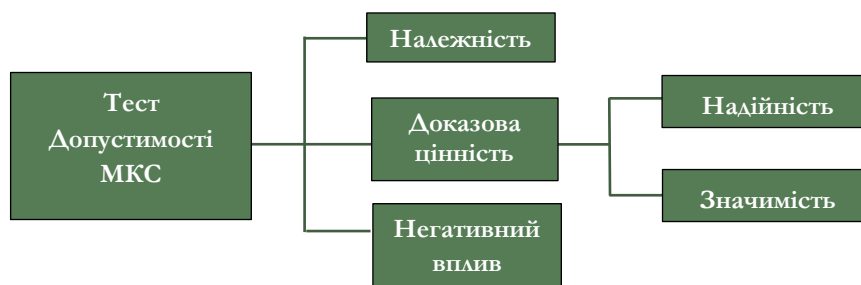


Рисунок 4: Тест допустимості МКС

За умови, що ці тести будуть виконані в кінці судового розгляду, суд також оцінить відносну важливість, що надається кожному доказу (тобто “доказова вага”).¹⁶⁴⁵

Фахівці-практики повинні пам'ятати про такі критерії при зборі інформації:

- **Належність:** перевіряє, чи відноситься частина інформації до речей, що документуються, і робить існування факту більш чи менш імовірним.¹⁶⁴⁶ Наприклад, відеозапис, на якому обвинувачений стріляє в групу цивільних осіб, підвищує ймовірність того, що обвинувачений стріляв у цивільних осіб і, таким чином, вчинив злочин умисного вбивства.

¹⁶⁴⁴ Римський статут, стаття 69(4); Правила процедури і доказування, Правило 64; Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі Катанги, п. 16 і далі; Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06, Рішення про допустимість чотирьох документів, 13 червня 2008 (“Рішення про допустимість чотирьох документів у справі Лубанги”), пп. 25-32; Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06, Виправлення до рішення про допустимість чотирьох документів, 13 червня 2008 (“Виправлення до рішення про допустимість чотирьох документів у справі Лубанги”), пп. 27-31; С. Госнел, “Допустимість доказів” у К.А.А. Хан та ін. (ред.), *Принципи доказування в міжнародному кримінальному правосудді* (OUP, 2010) (“Госнел “Допустимість доказів” (2010)”), с. 376.

¹⁶⁴⁵ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі Катанги, п. 13.

¹⁶⁴⁶ Прокурор проти Кілоло та ін., ІСС-01/05-01/13, Рішення відповідно до статті 74, 19 жовтня 2016 р. (“Рішення відповідно до статті 74 у справі Кілоло та ін.”), п. 195; Виправлення до рішення про допустимість чотирьох документів у справі Лубанги, п. 27; Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі Катанги, п. 16.

- **Доказова цінність:** вирішує, як частина інформації доводить або демонструє щось спірне.¹⁶⁴⁷ Наприклад, показання свідків, що описують дії підозрюваних в окупованому селі, були б досить переконливим доказом їхньої присутності там. Оцінювання доказової цінності зосереджено навколо двох питань - надійності та значущості.
 - **Надійність:** інформація є надійною, якщо вона “добровільна, правдива і заслуговує довіри”.¹⁶⁴⁸ Це містить оцінку *точності* інформації (тобто достовірності та чіткості);¹⁶⁴⁹ *правдоподібності* (тобто ступеня, в якій їй можна довіряти); і *автентичності* (тобто чи є вона справжньою).¹⁶⁵⁰
 - **Значущість:** допомагає Суду дійти висновку про (відсутність) існування істотного чинника при оцінці достовірності інших доказів у справі.¹⁶⁵¹ Інформація може бути визнана значущою двома способами: (i) істотно допомагаючи Суду прийти до “висновку про існування або неіснування матеріального факту”;¹⁶⁵² або (ii) допомагаючи Суду оцінити “надійність інших доказів у справі”.¹⁶⁵³
- **Шкідливий вплив:** навіть якщо інформація має відношення до справи і має доказову цінність, вона, тим не менш, може бути виключена, якщо вона може завдати шкоди справедливості судового розгляду, включно зі шкодою правам обвинуваченого, справедливій оцінці показань або іншим доказам.¹⁶⁵⁴ Згідно з Римським статутом, інформація не буде допущена, якщо вона отримана “шляхом порушення [Статуту] або міжнародно визнаних прав людини”, якщо порушення “ставить під істотний сумнів” її достовірність.¹⁶⁵⁵

При визначенні того, чи є та чи інша інформація допустимою, фахівці-практики повинні враховувати:

¹⁶⁴⁷ Римський статут, Стаття 69(4). Див. також, Госнел “Допустимість доказів” (2010), р. 386.

¹⁶⁴⁸ Рішення про допустимість чотирьох документів у справі *Лубанги*, п. 28, зноска 81 посилаючись на *Прокурор проти Алексовскі*, IT-95-14/1, Рішення по апеляції прокурора щодо допустимості доказів, 16 лютого 1999 (“Рішення по апеляції прокурора щодо допустимості доказів у справі *Алексовскі та ін.*”), п. 15.

¹⁶⁴⁹ Апеляційне рішення у справі *Нахімана та ін.*, п. 194.

¹⁶⁵⁰ Андерсон та ін., с. 380; С. Дабберлі, А. Кеніг і Д. Мюррей, “Вступ: поява цифрових свідків” у С. Дабберлі, А. Кеніг і Д. Мюррей, *Цифровий свідок: використання інформації з відкритих джерел для розслідування, документування та відповідальності в галузі прав людини* (OUP 2020), р. 10.

¹⁶⁵¹ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, п. 34.

¹⁶⁵² Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, п. 34.

¹⁶⁵³ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, пп. 34-35.

¹⁶⁵⁴ *Прокурор проти Руту і Санга*, ICC-OI/09-01/11, Рішення за клопотанням обвинувачення про допуск документальних доказів, 10 червня 2014, п. 16; *Прокурор проти Бемби та ін.*, ICC-01/05-01/13, Відповідь на “Перший запит обвинувачення про допуск доказів зі столу адвокатів”, 15 липня 2016, п. 6. Див. також, Римський статут, Стаття 69(4).

¹⁶⁵⁵ Римський статут, стаття 69(7)(а).

Чи сталося порушення міжнародно визнаного права людини?	
Ні	Докази можуть бути допустимі за умови дотримання інших вимог (належність, доказова цінність і т. д. – див. вище).
Так	Докази не відкидаються автоматично. Фахівці повинні оцінити, чи було порушення прав обвинуваченого настільки серйозним і істотним, щоб вплинути на достовірність доказів.

Рисунок 5: Визначення того, чи сталося порушення міжнародно визнаного права людини

Нижче наведено приклади порушень основних прав, які можуть перешкоджати правам обвинуваченого, справедливості судового розгляду та надійності інформації:

- **Катування, нелюдське або таке, що принижує гідність поводження.** Зізнання, отримані в результаті катування або жорстокого поводження, визнаються недопустимими відповідно до права прав людини.¹⁶⁵⁶ Якщо така інформація допускається, це є серйозним порушенням права на справедливий судовий розгляд.¹⁶⁵⁷
- **Право на приватність.** Питання, пов'язані з допустимістю доказів, можуть бути пов'язані, наприклад, з незаконним прослуховуванням телефонних розмов або свавільними обшуками будинку.¹⁶⁵⁸ Однак, на відміну від інформації, отриманої в результаті катування, докази, отримані в результаті порушення права на недоторканність приватного життя, не завжди будуть порушувати право на справедливий судовий розгляд.¹⁶⁵⁹

5.2.1 Доказова вага

Доказова вага - це відносна важливість, що надається окремому доказу при прийнятті рішення про те, чи доведено певне питання чи ні.¹⁶⁶⁰

¹⁶⁵⁶ КПК України, стаття 87(2)(2); Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або таких, що принижують гідність, видів поводження і покарання (прийнято 10 грудня 1984, набрало чинності 26 червня 1987) UNTS 1465 ("Конвенція проти катувань"), стаття 15: "Кожна держава-сторона забезпечує невикористання будь-якої заяви, що, як встановлено, була зроблена під час катування, як доказу в ході будь-якого судового розгляду, за винятком випадків, коли вона використовується проти особи, звинуваченої у здійсненні катувань, як доказ того, що таку заяву було зроблено".

¹⁶⁵⁷ *Джаллох проти Німеччини*, Заява № 54810/00, Рішення, 11 липня 2006, п. 105: "використання доказів, отриманих в порушенні статті 3 [ЄКПЛ], в кримінальному провадженні викликає серйозні питання щодо справедливості такого розгляду. На його думку, викривальні докази (...), отримані в результаті актів насильства або жорстокості або інших форм поводження, які можуть бути кваліфіковані як катування, ніколи не повинні використовуватися як доказ вини потерпілого, незалежно від їх доказової цінності. Будь-який інший висновок служив би лише непрямому виправданню такого роду морально неприпустимої поведінки".

¹⁶⁵⁸ *Шенк проти Швейцарії*, Заява № 10862/84, Рішення, 12 липня 1988, п. 48.

¹⁶⁵⁹ *Лисюк проти України*, Заява № 72531/13, Рішення, 14 жовтня 2021, п. 66-76: "докази, про які йдеться [які були отримані органами прокуратури в порушення статті 8 Конвенції, яка передбачає право на повагу до приватного життя], зіграли обмежену роль у засудженні заявника. [...] враховуючи вищевказані міркування щодо ролі, яку зіграли оспорювані докази, і враховуючи їх надійність, доводи заявника явно не могли мати вирішального значення для результату розгляду. Отже, не було порушення пункту 1 Статті 6 Конвенції у зв'язку з допуском запису розмови заявника [...] як доказ проти нього"; Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Лубанги*, пп. 79-90.

¹⁶⁶⁰ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, п. 13.

Наприклад, справжньому, але з низькою чіткістю відеозапису, де підозрюваний розмахує ножем, може бути надано менше значення, ніж показанням очевидця нападу, за умови, що показання свідка вважаються надійними і правдоподібними. При розгляді вагомості доказів суди будуть враховувати загальний характер доказів (наприклад, чи були вони отримані за допомогою технології або виготовлені особою, зацікавленою в процесі), а також чи є вони прямими, непрямыми або є показаннями з чужих слів. Менша вага може надаватися показаннями свідків, які не піддавалися перехресному допиту або показання не були дані під присягою (наприклад, певні зведення).¹⁶⁶¹

5.3 ЗБІР, ОБРОБКА І ЗБЕРЕЖЕННЯ ФІЗИЧНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

У наведених нижче стандартах викладаються основні принципи, яких слід дотримуватися, якщо фахівці збирають або отримують фізичну інформацію. Фізична інформація відноситься до фізичних об'єктів, наприклад, зброї або боеприпасів (як-от гільзи від куль або ніж, використаний при нападі), вибухових пристроїв (включно з осколками), людських останків, засобів зв'язку і відбитків (як-от відбитки пальців, сліди ніг, порізи, сліди від інструментів і т.д.), знайденим на місці злочину. Як правило, фахівці-практики отримують фізичну інформацію двома способами: збирають її на місці злочину; або отримують її з джерела, як-от від свідка або потерпілого від злочину.

Огляд і документування місць злочинів, а також збір фізичної інформації можуть бути пов'язані з ризиками для здоров'я і безпеки. Фахівці-практики повинні проявляти крайню обережність при зборі та обробці фізичної інформації або доступі до місць злочинів. Зазвичай це вимагає високого ступеня підготовки і досвіду. Однак, якщо внаслідок обставин вам необхідно збирати, обробляти або зберігати фізичну інформацію, тоді дотримуйтеся принципів, викладених в цьому розділі, які містять рекомендації щодо: (i) кроків, необхідних для огляду і документування місця злочину.; (ii) як збирати, отримувати та обробляти фізичну інформацію; і (iii) як безпечно зберігати фізичну інформацію.

5.3.1 Огляд і документування місця злочину

Менеджмент місця злочину - це високотехнічний процес, що вимагає досвіду професійного слідчого у кримінальних справах. Недосвідчений фахівець може легко забруднити місце злочину різними способами. Тому, за загальним правилом:

- Не намагайтеся проникнути на місце злочину, забезпечити його охоронюваність, керувати ним або втручатися; і
- Якщо це практично можливо, зв'яжіться з відповідними національними або міжнародними органами у вашому регіоні для обробки місця злочину.

¹⁶⁶¹ Н.А. Комбс, *Докази* (William & Mary Law School 2011), с. 329, зноска 70 цитує *Прокурор проти Тадіча*, IT-94-1-T, Рішення за клопотаннями захисту про виклик і захист свідків захисту і про надання показань по відеозв'язку, 25 червня 1996, п. 21. Див. також, Рішення по апеляції прокурора щодо допустимості доказів у справі *Алексовскі*, п. 15; *Прокурор проти Тадіча*, IT-94-1-A-R77, Рішення щодо звинувачень у неповазі до попереднього адвоката, Мілан Вуїн, 31 січня 2000, п. 93.

Тільки спостерігайте, документуйте і, при необхідності, збирайте інформацію з місця злочину, якщо:

- Професійні слідчі не бажають або не можуть вчасно отримати доступ до місця злочину, щоб зберегти інформацію, що міститься там;
- Інформація, отримана з місця злочину, буде загублена або пошкоджена, якщо місце злочину не буде забезпечено охороною; і
- Ви впевнені в своєму досвіді і провели відповідну оцінку ризиків (*див.* розділ 4.4), щоб гарантувати, що ви та інші особи залишаєтеся в безпеці.

У разі, якщо ці умови дотримані, здійсніть такі заходи щодо огляду та документування місця злочину:

5.3.1.1 Крок перший: планування та убезпечення місця злочину

Перед виїздом на місце злочину повинна бути сформована група документування на чолі з керівником групи. Керівник команди повинен суворо контролювати, спрямовувати та координувати роботу всіх членів команди.

Перед виходом на місце злочину керівник групи повинен розробити **план**, якого повинні дотримуватися всі члени групи. Він має містити вичерпний інструктаж усіх членів команди щодо безпеки та захисту. План має містити все обладнання та інструменти, які знадобляться групі, включно з пристроями для запису та захисним одягом. План також має містити опис того, як будуть збиратися докази, щоб забезпечити їх ланцюжок зберігання. Для отримання додаткової інформації *див.* розділ 4.

Наближаючись до місця злочину, керівник команди повинен розглянути найбезпечніший підхід і переконатися, що потенційні докази не будуть випадково пошкоджені. Зверніть увагу на все, що ви помітили під час підходу до місця злочину, що може мати відношення.

По-перше, переконайтеся, що об'єкт безпечний і не містить жодних ризиків, як-от мін, нерозірваних пристроїв, пасток або інших прихованих загроз (наприклад, біологічні, хімічні або інші небезпечні матеріали). Крім звичайних ризиків збройного конфлікту, особи, які вчиняють порушення прав людини, часто зацікавлені у знищенні інформації і будуть використовувати для цього насильницькі засоби.

Як правило, безпека членів команди та будь-якої іншої особи, виявленої на місці злочину, завжди повинна мати пріоритет над збором інформації.

При оцінюванні місця злочину:¹⁶⁶²

- Визначити і розпланувати шляхи евакуації з урахуванням того, як ваша команда і зібрана інформація можуть бути вивезені з місця події. *Див.* також розділ 4.4.

¹⁶⁶² Довідник PILPG, сс. 43, 80-82; Довідник Ністеда та ін., сс. 64-65.

- Визначити медичні установи, що знаходяться поблизу та оцінити можливість доступу до медичної допомоги при необхідності.
- Знайти інших осіб, які працюють у цій місцевості, і визначити надійність місцевої влади та доцільність співпраці;
- Переконатися, що кваліфікований персонал “прочесав” місцевість на предмет наземних мін, боєприпасів, що не розірвалися, і мін-пасток.
- Зробити початкові спостереження (подивитись, прислухатись, понюхати), щоб оцінити безпеку місцевості; і
- Одягати захисний одяг (наприклад, захисні шоломи, рукавички та взуття).
- Приділити пріоритетну увагу наданню першої допомоги всім постраждалим, виявленим на місці події, в разі необхідності.

5.3.1.2 Крок другий: визначення місця злочину

Як тільки буде встановлена безпечність місцевості, фахівець-практик має визначити місце злочину. Для цього необхідно:

- **Визначити центральну точку (точки) місця злочину**, тобто точне місце, де стався злочин (наприклад, вулиця, де був застрелений чоловік, або кімната, де стався акт насильства).
- **Подумати, чи є які-небудь вторинні місця злочину**. Фізична інформація може бути знайдена в місцях, які необов'язково знаходяться в безпосередній близькості від місця злочину. Фахівець-практик має спробувати визначити всі місця, де може бути знайдена фізична інформація (наприклад, місця проведення розслідування).
- **Оточити територію навколо місця розслідування**. Вона має бути достатньо великою, щоб вмістити всю необхідну фізичну інформацію.

5.3.1.3 Крок третій: захистіть місце злочину

Як тільки місце злочину визначено, фахівцям необхідно убезпечити місце події з метою збереження цілісності процесу документування та подальших розслідувань, а також переконатися, що ніщо не заважає інформації, що міститься в ньому.¹⁶⁶³ Це вимагає від фахівця-практика:¹⁶⁶⁴

- Точно записати місця розташування об'єкта;
- Встановити один загальний пункт в'їзду / виїзду з місця злочину;
- Контролювати доступ до місця злочину;
- Вести журнал обліку всіх тих, хто отримує доступ до місця злочину;
- Якщо місце злочину знаходиться на відкритому повітрі, негайно сфотографуйте його і укрийте від негоди; і

¹⁶⁶³ Довідник Грума, с. 80-81.

¹⁶⁶⁴ Довідник Грума, сс. 85-86; Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 190; Довідник PILPG, сс. 80-82.

- Переконайтеся, що кожен, хто потрапляє до місця злочину, утримується від його забруднення. Це можна зробити, уникаючи використання будь-яких засобів, доступних на місці події (як-от телефони та вбиральні); не їсти, не пити і не курити на місці події; не пересувати ніщо / нікого в межах місця події (за винятком ситуацій, коли це абсолютно необхідно); не торкатися предметів, знайдених в місці злочину; не смітити і не плюватися.

Присутність фахівців-практиків на місці злочину, ймовірно, викличе інтерес у місцевого населення, яке може зібратися в цьому районі. Таким чином, життєво важливо, щоб периметр використовувався не тільки як засіб захисту від них, але і для розміщення людей по периметру, які можуть взаємодіяти з місцевим населенням і встановити, чи знає хто-небудь з них що-небудь про це місце і події, що відбулися. Імена та контактна інформація таких людей повинні бути записані, щоб на більш пізньому етапі можна було організувати офіційні опитування.

У ймовірному випадку, якщо місцева поліція буде розпущена в результаті військових дій або окупації, також необхідно буде забезпечити якусь форму охорони, щоб зберегти місце злочину недоторканим; і запобігти мародерству, збору сувенірів та інших злочинних дій.

5.3.1.4 Крок четвертий: огляд і фіксація місця події

Після того, як місце злочину убезпечено, наступним кроком є всебічна і максимально докладна фіксація місця події в Папці для документування, включно з будь-якими релевантними додатками (наприклад, на схемах, рисунках, поясненнях, відеозаписах і т.д.), і у ваших блокнотах (див. розділ 4.1.2 і 4.1.2.1). Мета цього полягає в тому, щоб скласти **точний і надійний звіт про первісний стан місця злочину**. Детальний опис дій, зроблених фахівцями на місці злочину, може виявитися життєво важливим для встановлення того, чи було стороннє втручання на місце злочину.¹⁶⁶⁵

Дуже важливо, щоб місце події було всебічно відображено (замаповано) за допомогою безпілота, відео, фотографій та рисунків. На цьому ранньому етапі значення цього запису може бути не відразу очевидним, але може виявитися критичним пізніше, коли злочини будуть виявлені й їх необхідно буде встановити. Рисунки (скетчі) допомагають забезпечити те, що положення відповідних об'єктів і відстані можуть бути точно зафіксовані.

Підготуйте детальний рисунок місця злочину з висоти пташиного польоту (включно із вказівкою масштабу, використовуваного на кресленні). Рисунок має бути підписаний, датований і збережений. Там має бути вказано:

- Напрямок півночі;
- Центральна точка місця злочину;
- Місце, де відбувався злочин(и);

¹⁶⁶⁵ Довідник Грума, с. 86.

- Місцезнаходження ідентифікованої інформації або об'єктів (включно з людськими останками). Такі об'єкти повинні бути марковані і описані;
- Будь-які орієнтири, дороги або будівлі з написом і описом; і
- Будь-яке вимірювання відповідних об'єктів і просторів між ними.

На цьому етапі керівник команди повинен створити безпечну зону для тимчасового зберігання інформації відповідно до необхідності підтримки ланцюжка зберігання (див. розділ 4.2.2 вище).

Фахівцям також необхідно подумати про цікаві місця, які насправді не є місцями злочину, як-от будівлі / табори, в яких жили російські солдати, які можуть містити багато інформації, що має доказову цінність, яка стосується ідентифікації підрозділів, розграбованих товарів, графіті, умислу і т. д.

5.3.1.5 Крок п'ятий: ознайомчий огляд і первинне документування

Після того, як місце події нанесено на карту і сфотографовано, керівник має провести ознайомчий огляд і первинне документування місця події.¹⁶⁶⁶ Ознайомчий огляд дає відповідальному фахівцю огляд всього місця події, і стан місця події має бути зазначено в звіті. Це також дає першу можливість виявити цінні та крихкі (ламкі) докази та визначити початкові процедури документування. Щоб уникнути забруднення слід використовувати встановлений шлях входу на місце події.

При деталізації місця події, фахівцям рекомендується:¹⁶⁶⁷

1. Зафіксувати факти, що стосуються місця злочину (не власні думки).
2. Переконатися, що всі записи є точними, докладними і професійно збережені; записи, які ви створюєте, можуть в кінцевому підсумку стати доказами у будь-якому судовому процесі;
3. Записати дату / час самого можливого злочину, і зафіксувати ваш час і дату прибуття і від'їзду.
4. Зафіксувати місце та розмір місця злочину за допомогою GPS-координат та вручну на карті (наприклад, за допомогою дронів). Карта повинна бути підписана, датована і збережена.
5. Звернути увагу на тип злочинів, які могли статися на місці злочину.
6. Відзначити всі додаткові спостереження. Наприклад:
 - Будь-які спостережні пункти, що використовувались для спостереження за місцем злочину;

¹⁶⁶⁶ Бюро сприяння правосуддю США, 'Розслідування на місці злочину: керівництво для правоохоронних органів' (вересень 2013), с.с. 11-12.

¹⁶⁶⁷ Довідник Грума, с. 94; Інститут міжнародних кримінальних розслідувань ("ІМКР"), "Керівництво для слідчих" (2014) ("Керівництво для слідчих ІМКР"), с. 264; М. Бергсма і у. Х. Уайлі, "Фахівці в галузі прав людини і кримінальне розслідування і судові переслідування основних міжнародних злочинів" в *Керівництві з моніторингу прав людини* (Norwegian Centre for Human Rights 2008), сс. 14-16; Довідник PILPG, сс. 82-84; П. Ласка, *Інтерфейс: керівництво для фахівців, що підтримують систему кримінального правосуддя* (Springer's Forensic Laboratory Science Series 2011), сс. 1-3.

- Як виглядало місце злочину після прибуття;
- Чи було щось переміщено всередину або вилучено з місця злочину;
- Розташування, опис і розміри будь-якої потенційно цінної інформації, знайденої або виявленої (включно з будь-якими покійними потерпілими);
- Будь-які особи, присутні на місці злочину, або які залишають його, і їх діяльність; і
- Імена та ідентифікаційні дані (повні імена, дати народження, паспортні дані, місце проживання, контактна інформація і т. д.).
- Опис будь-яких підозрілих транспортних засобів, які ви помітили, включно з кольором, роком випуску, маркою, кузовом і водійськими правами; і
- Опис будь-яких підозрілих осіб, використовуючи метод “з голови до ніг”, тобто його/її расу, стать, вік, зріст і вагу, за яким слідує опис людини з голови (волосся) до пальців ніг (взуття).

7. Доповніть або замініть письмовий запис голосовими записами, фотографіями та відеозаписами, де це зручніше за письмові результати спостережень.

Після огляду керівник команди має оцінити потребу в додатковому персоналі, наприклад експертах-криміналістах або балістичних експертах. Як зазначено вище, важливо, щоб такі експерти були включені до складу слідчих груп з самого початку, однак на певних місцях злочину може знадобитися кілька експертів. Так буде, наприклад, коли кілька будівель, за попередньою оцінкою, були знищені невідомою зброєю. Усі додаткові експерти, доставлені на місце події, мають бути задокументовані разом із їхніми завданнями.

5.3.1.6 Крок шостий: більш конкретне документування

У той час як п'ятий крок містить загальне документування місця злочину за допомогою безпілотних літальних апаратів і т. д., шостий крок вимагає більш конкретної і цілеспрямованої документації, заснованої на загальному розумінні фокусу документування. Можливо, було б логічно провести цей крок одночасно з кроком сьомим (Комплексний збір фізичної інформації). Голова команди має забезпечити, щоб злочинні випадки /події були конкретно задокументовані за допомогою фотографій, відеозаписів, рисунків, вимірювань та нотаток. Всі вони можуть бути додатково долучені до Папки для документування (див. розділ 4.1.2). Під керівництвом голови команди, коли це доречно, фахівці мають документувати місце події такими способами:

- **Фотографії:** Фотографії корисні для документування загального місця події, а також для зйомки крупним планом помітних частин такого місця. Має бути спланований маршрут фотозйомки місця злочину. Тимчасові об'єкти, як-от плями крові або відбитки, повинні бути сфотографовані якомога швидше. Фотографії повинні бути від зовнішнього до внутрішнього вигляду місця злочину і від загального до конкретного фокусу. Для отримання додаткової інформації *див.* розділ 5.5.1.1.
- **Відео:** На додаток до фотографій можуть бути зроблені відеозаписи. Для отримання додаткової інформації *див.* розділ 5.5.1.1.

- **Рисунки:** Рисунки (скетчі) слід зробити у безпосередній близькості від місця події, зазначивши відносне розташування речових доказів і відстані до сусідніх будівель і орієнтирів. Рисунок це важливий спосіб запису просторових відносин об'єктів. Рисунок має бути завершений до того, як що-небудь буде переміщено або знищено. Точні вимірювання повинні бути включені. Пропорційні вимірювання можуть бути використані для розрахунку ключових параметрів, як-от, наприклад, траєкторія кулі.
- **Загальні зауваження:** Задokumentуйте локацію місця події, час прибуття та від'їзду. Початкові нотатки про подію мають відповідати на питання: хто, що, де, чому і як. Опишіть місце так, як воно виглядає. Записуйте мінливі деталі, як-от запахи, звуки, визначні пам'ятки та умови, як-от, наприклад, температура та погода.

Будь-яка рятувальна операція повинна бути зафіксована. Наприклад, великі зруйновані будівлі можуть викликати “рятувальну операцію”, якщо вважається, що люди поховані під уламками. Все це повинно бути записано. Знайдені тіла повинні бути сфотографовані в тому вигляді, в якому вони були знайдені. Після того, як покійного приберуть, слід сфотографувати місце, де знаходилося тіло. Слід також відзначити ознаки активності.

Деталізація дій, проведених групою документування на місці злочину, може виявитися життєво важливою для встановлення того, чи було місце злочину підроблено.¹⁶⁶⁸ Весь персонал, призначений для документування місця злочину, повинен вести записи та журнали своєї індивідуальної діяльності. Важливо вести постійний облік усіх дій на місці злочину.

5.3.1.7 Крок сьомий: всебічний збір інформації

У будь-який час, якщо інформація не може бути зібрана через побоювання щодо того, як з нею слід поводитися належним чином, слідчі і прокурори мають зробити відмітку про це в протоколі огляду, включно з місцем розташування і даними надавача. Це дозволить зібрати інформацію на більш пізній стадії.

Групи з документування мають працювати над забезпеченням дотримання цілеспрямованої і всеосяжної процедури збору доказів. Для кожного окремого місця злочину процесуальний керівник має визначити, який тип методології пошуку є найбільш відповідним. Існує чотири типи методології пошуку, які можна розглянути:

Пошук методом смуг	Шукачі йдуть паралельно по певних лініях в одному і тому ж напрямку.
Пошук методом сітки	Пошук по сітці виконується шляхом завершення пошуку по смузі в одному напрямку, а потім йде в перпендикулярному напрямку. Хоча це займає більше часу, ніж пошук по смугах, його перевага полягає в тому, що він забезпечує більш ретельний пошук на місцевості.
Пошук методом зон	Це передбачає поділ території на суміжні зони. Чим менше розмір зони, тим більш методичним може бути пошук. У кожній зоні може бути кілька шукачів.

¹⁶⁶⁸ Довідник Грума, с. 86.

Пошук методом спіралей	Це передбачає пошук по спіральній формі, тобто або починається в центрі і йде по спіралі назовні, або починається ззовні і йде всередину. Проблема з останнім полягає в тому, що докази можуть бути знищені, коли шукач переміщується до центру місця злочину.
-------------------------------	--

Таблиця 82: Методи пошуку для збору інформації з місця злочину

Важливо, щоб керівник команди контролював збір інформації. Він повинен вибрати систематичну модель пошуку для збору інформації на основі розміру та розташування місця події. **Керівник повинен пам'ятати про будь-які особливі обставини на місці злочину, які можуть вимагати унікального підходу.** Наприклад, якщо процес документування проводиться в установі позбавлення волі, методологія пошуку повинна відповідати розміру та плану цієї конкретної сцени. У таких ситуаціях фахівці повинні враховувати, що інформація може існувати на більш високому рівні, ніж на типовому місці злочину, і що деякі докази, можливо, були навмисно приховані. Шари матеріалу слід перемістити, щоб виявити будь-які докази, які могли бути заховані під ними. У камерах в місцях позбавлення волі фахівці повинні обов'язково відсунути підстилку та рами, лампи, вентиляційні решітки, решітки на камерах та урни для сміття.

Перехідна інформація повинна бути початковим центром процесу документування. Сюди входить інформація, яка є найбільш чутливою до погіршення стану довкілля. Загалом, процес документування має переходити від методів збору, які є найменш інтрузивними, до найбільш інтрузивних. Фактори навколишнього середовища слід постійно оцінювати, а план переформулювати, якщо необхідно, щоб уникнути деградації.

Як правило, доручайте збір судово-медичної інформації (тобто ДНК, крові, сперми, частин тіла тощо) кваліфікованим фахівцям, як-от судово-медичним експертам. Забруднені кров'ю предмети слід збирати та зберігати, де це можливо, цілком, тобто фахівці повинні збирати весь одяг, а не вирізати забруднену ділянку. З такими предметами слід обережно поводитися, щоб уникнути забруднення, і, якщо вони зібрані фахівцями, зберігати їх у поліетиленовому пакеті.

Аналогічно, збір потенційно небезпечної інформації, як-от вогнепальної або іншої зброї та пов'язаних з нею матеріалів (наприклад, патрони, гільзи та кулі), за можливості, слід доручати професійно підготовленим фахівцям-практикам. Прискорювальні речовини та легкозаймисті рідини також повинні збиратися спеціалізованими експертами. Усі фахівці повинні пам'ятати про ознаки присутності таких речовин за запахом, виглядом і звуком. Вони повинні бути зафіксовані в нотатках, і фахівці ніколи не повинні намагатися оперувати такою інформацією без консультації з експертом.

Збираючи інші типи фізичної інформації з місця злочину, практики повинні:

- Пріоритезуйте збір інформації, яка може зникнути/зіпсуватися, якщо її не зібрати негайно.
- Одягніть захисний одяг (наприклад, рукавички) перед тим, як збирати предмет, щоб уникнути забруднення.

- Перш ніж видалити, сфотографуйте інформацію в її оригінальному місці.
- Отримайте стандартні/еталонні зразки з місця події.
- негайно захистіть електронні докази (наприклад, камери спостереження та комп'ютери) поблизу місця події (див. розділ 5.5.1.2).
- Задokumentуйте стан вогнепальної/зброї перед тим, як зробити її безпечною для транспортування та подання.
- Записуйте опис і початкове розташування інформації в ескізах і примітках.
- Записувати, обробляти та зберігати інформацію для підтримки її ланцюга зберігання (див. розділ 4.2.2).
- Якщо можливо, проконсультуйтеся з експертами, щоб допомогти зі збором фізичної інформації, яка потребує спеціальних знань (наприклад, порох, ДНК або тілесні рідини), щоб запобігти погіршенню чи забрудненню.

5.3.1.8 Крок восьмий: завершення збору доказів і підбиття підсумків

Коли документування завершено, керівник має створити групу з підбиття підсумків на місці злочину, що включає всіх збирачів доказів і слідчих, а також найбільш слухних експертів.

Мета підбиття підсумків полягає у:

- Визначенні, які докази були зібрані;
- Обговоренні попередніх результатів огляду місця події з членами команди;
- Обговоренні потенційної судово-технічної експертизи, яка буде проведена;
- Ініціюванні будь-яких дій, визначених в ході обговорення, які можуть знадобитися для завершення розслідування на місці злочину;
- Інформуванні відповідальної особи (осіб) про завершення виконання поставленого завдання на місці злочину; та
- Встановлення подальших обов'язків для співробітників правоохоронних органів та інших служб реагування на місці події.

Потім керівник має провести остаточний огляд місця злочину, щоб переконатися, що всі докази були зібрані і місце події було повністю оглянуто. З цією метою керівник повинен провести заключний огляд. Заключний огляд має забезпечити таке:

- Кожна ділянка, ідентифікована як частина місця злочину, візуально оглянута;
- Всі докази, зібрані на місці події, обліковуються;
- Все обладнання та матеріали, викликані розслідуванням, прибрані;
- Про будь-які небезпечні матеріали або умови повідомлено і це питання вирішується;
- Місце злочину звільнено відповідно до вимог юрисдикції; і
- Фотографії, що відображають стан місця події при виході, зроблено.

Потім місце злочину “повертається” місцевому населенню.

Як обговорюється нижче, після завершення процесу документування керівник команди повинен забезпечити, щоб всі протоколи дій та інша документація, що стосуються місця злочину, були задокументовані в Папці для документування (*див.* розділ 4.1.2), а всі речові докази зберігалися відповідно до найкращих стандартів, зокрема шляхом підтримки ланцюга зберігання (*див.* розділ 4.2.2).

5.3.2 Отримання фізичної інформації від джерела

При отриманні речових доказів від джерела (тобто від потерпілого, свідка або третьої сторони) фахівцям слід:¹⁶⁶⁹

- Уникати отримання інформації в обмін на гроші;
- Переконатися, що джерело отримало інформацію “допустимими засобами”. Іншими словами, це означає, що інформація повинна бути отримана чесно, без загроз, примусу або обману і з належним урахуванням справедливого ставлення до інших, особливо вразливих осіб (*див.* розділ 5.2 вище);¹⁶⁷⁰
- Розглянути мотиви творця/джерела при створенні/наданні документального матеріалу;
- Записати персональні та контактні дані джерела;
- При поводженні з предметом одягати захисний одяг (наприклад, латексні перчатки), щоб гарантувати, що будь-яка криміналістична інформація на предметі не буде забруднена;
- Уникайте зміни первісного стану інформації будь-яким чином (наприклад, шляхом зшивання документа або прання предмета одягу.);
- Ніколи не обіцяти джерелу, що інформація або їх особа залишаться конфіденційними за будь-яких обставин;
- Пояснити джерелу, що органи влади, які отримують інформацію, в змозі вирішити будь-які проблеми конфіденційності та/або безпеки шляхом вжиття захисних заходів; (*див.* розділ 6.1.4)
- Зробити копії оригінальної інформації (наприклад, сфотографуйте фізичну інформацію або відскануйте документ) якомога швидше і зберігайте оригінал належним чином, щоб запобігти втраті або пошкодженню (*див.* нижче). Уникайте створення занадто великої кількості копій оригінального документа.¹⁶⁷¹

¹⁶⁶⁹ Довідник Ністедта та ін., с. 56; The Engine Room та ін., “Навігація за даними: як орієнтуватися в цифрових даних для досліджень в області прав людини” (червень 2016) (“Навігація за даними: як орієнтуватися в цифрових даних для досліджень в області прав людини”), с. 24; Керівництво для слідчих ІМКР, с. 237.

¹⁶⁷⁰ “Допустимі засоби” описані в статті 69(8) Римського статуту, яка конкретно передбачає, що інформація, отримана в результаті порушення Статуту або міжнародно визнаних прав людини, не є прийнятною, якщо: (i) порушення ставить під істотний сумнів достовірність інформації або; (ii) визнання інформації суперечило б і завдало б серйозної шкоди цілісності провадження. *Див. також, КПК України, стаття 87.*

¹⁶⁷¹ *Див. напр., Керівництво для слідчих ІМКР, с. 237.*

5.3.3 Збір, обробка і збереження фізичної інформації

Уся фізична інформація повинна бути належним чином записана, оброблена та збережена для забезпечення її надійності та, як наслідок, її успішного використання як доказу в суді. У разі дотримання наведених нижче вказівок буде гарантія того, що фахівці-практики підтримують точний і повний ланцюжок зберігання (див. розділ 4.2.2) відповідного елемента та того, що він зберігається в безпечному середовищі.

5.3.3.1 Збір фізичної інформації

Коли фахівець збирає або отримує фізичну інформацію (будь-то під час огляду місця злочину, після обшуку особи або його власності, або від джерела), **фахівець має забезпечити, щоб всі записи дій з документування та інша документація, що відноситься до місця злочину, були занесені до Папки для документування** (див. розділ 4.1.2). Розділ Папки для документування, присвячений фізичній інформації, має містити:¹⁶⁷²

- Журнал фізичної інформації для реєстрації збору фізичної інформації з місця злочину із зазначенням:
 - Ідентифікаційний номер об'єкта, присвоєний фахівцем-практиком;
 - Опис об'єкта;
 - Коли, де і ким був зібраний об'єкт (включно з їхньою особистою та контактною інформацією);
 - Коли, де і ким він був наданий об'єкт, якщо такий був наданий особою (включно з їхньою особистою та контактною інформацією); і
 - Будь-які додаткові коментарі щодо обставин, за яких інформація була зібрана / надана.
- Фотографії зібраної інформації.

Крім того, якщо місце злочину було оглянуто, Папка для документування має містити таке:

- Загальний військовий наратив, що вкладає місце злочину в належний історичний контекст;
- Будь-які відео/фотографії, карти або рисунки (скетчі), які були створені з місця злочину або речових доказів;
- Бланки військової документації, що стосуються первинного огляду місця злочину;
- В'їзна/виїзна документація; і
- Всі фотографії та відеозаписи, зроблені з метою мапування місця злочину.

5.3.3.2 Обробка фізичної інформації

Щоб підтримувати ланцюжок зберігання (див. розділ 4.2.2), **якомога менша кількість людей повинна мати доступ до обробки інформації**. Якщо будь-яка ланка в ланцюжку зберігання відсутня або знаходиться під питанням, суду може знадобитися оцінити, чи було воно

¹⁶⁷² Керівництво для слідчих ІМКР, с. 263.

навмисно або ненавмисно змінено в порівнянні з його початковим станом, що може вплинути на його допустимість або надійність і вагу, що надається суддями.

5.3.3.2.1 Пакування та маркування доказових матеріалів

Інформація має бути упакована, маркована та запечатана. Спосіб пакування повинен гарантувати, що предмет не може бути змінений або замінений без порушення цілісності упаковки, і що він належним чином захищений від пошкодження, псування, погіршення або втрати своїх властивостей. Наприклад, частина фізичної інформації може бути упакована в пластиковий пакет для зберігання або конверт. Запечатайте пакет/конверт клейкою стрічкою таким чином, щоб можна було виявити будь-які втручання. Біологічні речовини, наприклад предмети, що містять тілесні рідини, як-от плями крові або сперму, слід зберігати в поліетиленовому пакеті.

Якщо ця частина (об'єкт) фізичної інформації занадто об'ємна для пакування або існують інші причини, які не дозволяють фахівцям упакувати предмет, необхідно прикріпити етикетку, яку можна зняти або змінити.

Як тільки така інформація упакована, на неї має бути нанесена така інформація, щоб забезпечити їх майбутню ідентифікацію і зберегти ланцюжок зберігання. Вона має містити:¹⁶⁷³

- Ідентифікаційний номер, присвоєний об'єкту при зборі;
- Ім'я людини, яка першою забрала предмет, дату і час, коли він був зібраний, і місце, де він був знайдений;
- Опис об'єкта (зовнішній вигляд, кількість, розмір, вага тощо); і
- Імена всіх осіб, які володіли предметом, дата, час і місце обробки, а також мета, з якою вони його обробляли.

Подумайте, чи потрібно доповнювати маркування упаковки будь-якими іншими деталями, щоб відрізнити кожен предмет від аналогічних зібраних предметів. Наприклад, якщо інформація є частиною набору або колекції (наприклад, кілька фотографій місця злочину), переконайтеся, що кожен предмет позначений і ідентифікований як частина набору, і прикріпіть до нього примітку із зазначенням того, які предмети складають повний набір.¹⁶⁷⁴

5.3.3.3 Підтримка безпечної і надійної системи зберігання

Після того, як фахівець-практик виконав необхідні дії, що стосуються збору та обробки фізичного предмета, він повинен бути збережений. Відповідно, фахівці-практики мають:¹⁶⁷⁵

¹⁶⁷³ Довідник RILPG, сс. 36, 94.

¹⁶⁷⁴ Міжнародний протокол про документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 205.

¹⁶⁷⁵ Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с. 205.

1. **Зберігайте інформацію в надійному, безпечному місці**, наприклад в кімнаті або шафі з замком, що не задежить від факторів навколишнього середовища (екстремальна спека або холод, вода тощо) і несанкціонованого доступу;
2. **Призначте особу, відповідальну за зону зберігання та контроль**, яка має доступ до фізичних предметів;
3. Ведіть журнал реєстрації, щоб записувати, хто входить в кімнату і з якою метою;
4. Переконайтеся, що будь-яке поводження з предметом (обробка) після зберігання належним чином зареєстровано; і
5. Зверніться до органів влади, щоб якомога швидше передати предмет(и) професійним слідчим.

Див. також розділ 4.2 для отримання додаткової інформації про те, як впровадити систему зберігання.

5.4 ЗБІР, ОБРОБКА ТА ЗБЕРЕЖЕННЯ ДОКУМЕНТАЛЬНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Документальна інформація з приватних і публічних джерел може бути життєво важливим доказом для встановлення елементів конкретного міжнародного злочину і встановлення зв'язку виконавців зі злочинами. Відповідно, фахівці мають забезпечити належний збір, обробку і збереження документальної інформації, щоб забезпечити її допустимість в національних і міжнародних судових процесах. У цьому розділі будуть розглянуті питання збору, автентифікації, запису та зберігання документальної інформації.

5.4.1 Збір та отримання документальної інформації

Фахівці, як правило, отримують документальну інформацію двома способами: (i) збирають її на місці злочину; або (ii) отримують її від джерела, наприклад, від свідка або потерпілого. Фізичні документи можуть збиратися, оброблятися і зберігатися фахівцями таким же чином, як і інша фізична інформація. Див. розділ 5.3 для отримання більш детальної інформації.

5.4.2 Автентифікація документальної інформації

Одним з найбільш важливих питань, що стосуються документальної інформації, є автентичність (справжність), яка нерозривно пов'язана з остаточною оцінкою її достовірності і доказової цінності (див. розділ 5.2) при оцінці допустимості. Справжність документа повинна бути встановлена, щоб він міг бути допущений як доказ в суді.¹⁶⁷⁶

У наступному розділі буде детально викладено способи, за допомогою яких різні види документальної інформації можна автентифікувати відповідно до міжнародних стандартів.

¹⁶⁷⁶ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, пп. 22-23; *Прокурор проти Каремара та ін.*, ICTR-98-44-T, Рішення за клопотанням обвинувачення про допуск до інформації деяких речових доказів з інших судових процесів, 30 жовтня 2007, п. 6; *Прокурор проти в. Нірамасухуко*, ICTR-98-42-AR73.2, Рішення по апеляції Нірамасухуко про допустимість інформації, 4 жовтня 2004, п. 7.

5.4.2.1 Автентифікація

Наданий документ може бути: **самоавтентифікований**, наприклад, офіційний документ, який загальнодоступний з офіційного джерела; на **перший погляд достовірний**, що означає, що він має достатні ознаки достовірності, як-от логотип, фірмовий бланк, підпис, дата або печатка, і, скоріш за все, був виготовлений у ході звичайної діяльності особи чи організації, які його створили, або якщо **відсутні достатні ознаки достовірності**, що означає, що його справжність повинна бути встановлена, щоб суд міг переконатися, що документ є тим, за що він себе видає.

Якщо документ не є самоавтентифікованим або на перший погляд достовірним, фахівці мають зробити такі кроки якомога швидше після отримання документа (документів) для оцінки справжності документа:¹⁶⁷⁷

- Визначити автора і джерело документа (включно з організацією, до якої вони належать) і їх мотивацію до створення/надання документа;
- Встановити коли, де і з якою метою був виготовлений документ;
- Виявити свідків, в ідеалі автора документа, які можуть розповісти про його створення або походження;
- Встановити походження (тобто виникнення і джерело) інформації, на яку спирався автор при підготовці документа.;
- Знайти (по можливості) копії документа з різних джерел і зіставити їхній зміст;
- Вказати, як був отриманий документ (тобто чи був він отриманий допустимими способами (див. розділ 5.3.2));
- Реєструвати та підтримувати ланцюг зберігання документа (див. розділ 4.2.2) з моменту його створення до його надання національним або міжнародним органам влади.; і
- Збирати додаткову інформацію для підтвердження справжності документа (див. розділ 5.2).

5.4.2.2 Конкретні рекомендації щодо того, як перевіряти справжність конкретних видів інформації і визначати їхню загальну доказову цінність

Вид інформації	Опис	Необхідні кроки для забезпечення автентифікації
Звіти неурядових організацій (“НУО”),	Як правило, звіти, які здаються добре дослідженими від відомих і шанованих НУО, МУО або державних органів, вважатимуться на перший погляд	<ul style="list-style-type: none">• Зверніть увагу, коли і звідки був отриманий документ.• Оцініть, чи містить документ інформацію про свої джерела.

¹⁶⁷⁷ Прокурор проти Бемби та ін., ІСС-01/05-01/08-424, Рішення за клопотанням обвинувачення про допуск матеріалів до інформації відповідно до Статті 64 (9) Римського статуту, 29 листопада 2013, п. 9; Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення відповідно до Статті 74 Статуту, 21 березня 2016, п. 237; Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06-2842, Рішення суду, 14 березня 2012, п. 109; “Керівництво з розслідування воєнних злочинів, злочинів проти людяності і геноциду в Боснії і Герцеговині” (Організація з безпеки і співробітництва в Європі (“ОБСЄ”, 2013), с. 65.

міжурядових організацій (“МУО”) або урядів третіх держав	<p>достовірними (тобто не потребують автентифікації), якщо вони забезпечують достатні гарантії неупередженості та безсторонності.¹⁶⁷⁸ Слідчі / прокурори мають зосередитися на зборі звітів, опублікованих неупередженими, незалежними і шанованими НУО, МУО або державними органами (такими як Human Rights Watch, Amnesty International, Організація Об’єднаних Націй (“ООН”), включно з Моніторинговою місією з прав людини в Україні (“ММПЛУ”) і Незалежною міжнародною комісією з розслідування щодо України).</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Розгляньте методологію, використану для аналізу та подання фактичних тверджень у звіті.
Офіційні документи	<p>Офіційні документи стосуються будь-яких засвідчених (див. розділ 5.2.1.2.1) документів організацій, що виконують публічні функції (навіть якщо вони не належать звичайним державним органам), і можуть містити такі документи, як платіжні відомості, записи про прийом на роботу, накази, поліцейські звіти, протоколи зборів, судові протоколи, записи військовослужбовців, щоденні військові звіти, звіти про землю та власність або законодавство держави.¹⁶⁷⁹ Як правило, такого роду документи являють собою досить переконливу інформацію в суді.</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Зверніть увагу, коли, звідки і як був отриманий документ. • Перевірте, чи був засвідчений і підписаний документ встановленим представником офіційного органу або організації. Якщо це так, документ буде вважатися справжнім до тих пір, поки справжність цього підпису не буде поставлена під сумнів. • Якщо автор не вказаний, перевірте, чи є документ самоавтентифікованим, тобто чи є походження документа очевидним з самого документа (наприклад, з фірмового бланка або логотипу). • У разі, якщо документ не є самоідентифікованим (тобто не містить чіткої вказівки на його походження і автора), переконайтеся, що документ завірений відповідним органом, який видав документ, або встановленим представником цього органу.
Приватні	<p>Приватні документи - це документи,</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Зверніть увагу, коли і звідки був

¹⁶⁷⁸ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, пп. 29-30; *Прокурор проти Бемби*, ІСС-01/05-01/08, Рішення про долучення до доказів предметів, розгляд яких було відкладено в “Рішенні Палати за клопотанням сторони обвинувачення про долучення матеріалів до доказів відповідно до Статті 64(9) Римського статуту”, 27 червня 2013, п. 21.

¹⁶⁷⁹ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, п. 24; Довідник Ністеда та ін., с. 62; Керівництво для слідчих ІМКР, сс. 325-326.

документи	надані приватними особами або організаціями.	<p>отриманий документ.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Переконайтеся, що документ містить підтвердження авторства або володіє іншими ознаками автентичності, що підтверджують його справжність, наприклад, підписом, печаткою, водяним знаком, датою, самоочевидним значенням або вказівкою на поширення, а також чи правильно він структурований і відформатований. • Якщо документ не містить будь-яких ознак достовірності, попросіть автора підтвердити його справжність або знайдіть підтверджувальну інформацію, щоб підтвердити його справжність і встановити його дату (наприклад, через інший документ або свідка, що посилається на нього).
Статті / репортажі в ЗМІ	Статті в засобах масової інформації та повідомлення в пресі можуть містити дуже актуальну інформацію про вчинення злочинів, заяви, зроблені ймовірними виконавцями або пов'язаними з ними групами, або детальну інформацію про масштаби потерпілих або постраждалих громад. Однак статті / репортажі ЗМІ часто не містять докладної інформації про їхні джерела і, таким чином, швидше за все, будуть вважатися недостовірним висновком. ¹⁶⁸⁰ Ця інформація часто допустима тільки в тому випадку, якщо вона представлена в суді експертом. ¹⁶⁸¹	<ul style="list-style-type: none"> • Зверніть увагу на дату і джерело статті / звіту в пресі, а також на те, як вони були отримані. • Вкажіть автора статті / думки і те, як вони прийшли до своїх висновків, наприклад, біографію журналіста (ів) і їхні джерела та інші матеріали, на які спиралися при публікації статті / звіту.
Листи, маніфести, політичні заяви та аналогічні документи	Листи, маніфести, політичні заяви та інші документи, що виходять від фізичних або юридичних осіб, причетних до подій того часу, пов'язаних з вчиненням злочинів, швидше за все, будуть розглядатися як інформація про погляд і тому часто	<ul style="list-style-type: none"> • Зверніть увагу коли, звідки і як був отриманий документ. • Зверніть увагу на дату документа. • Знайдіть підтверджувальну інформацію (що дозволяє проводити перехресну перевірку), яка демонструє, що документ містить

¹⁶⁸⁰ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, пп. 31-33; *Прокурор проти Нтаганди*, ІСС-01/04-02/06, Рішення за клопотанням захисту про допуск речових доказів, поданих під час засідання, 31 січня 2018, п. 45.

¹⁶⁸¹ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, п. 31.

	<p>будуть прийнятні тільки в тому випадку, якщо вони представлені в суді експертом.¹⁶⁸² Найчастіше ці документи будуть просто містити твердження людей з суб'єктивними інтересами, що обмежує їх доказову цінність. Однак, якщо документи містять фактичні твердження про відповідні військові або політичні події, прокурори повинні вжити заходів для підтвердження автентичності.¹⁶⁸³</p>	<p>достовірні і об'єктивні твердження.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Попросіть автора надати додаткову інформацію про те, як вони прийшли до висновків або думок, що містяться в документі.
--	--	---

5.4.3 Фіксація документальної інформації

Подібно до фізичної інформації, дії з документування, пов'язані зі збором документальної інформації, повинні бути зафіксовані в Папці для документування (*див.* розділ 4.1.2 вище), що відображає (короткий виклад) змісту документа, походження та іншу відповідну інформацію.

5.4.4 Зберігання документальної інформації

Після того, як фахівці завершать попередні кроки, вони мають зберегти оригінальну версію документа. Процес зберігання доказів і ведення ланцюжка їх зберігання в Папці для документування ідентичний правилам, що стосуються фізичної інформації (*див.* розділ 5.3 вище).

Однак такі додаткові вимоги застосовуються конкретно до документів:

- Документи повинні зберігатися в стані, придатному для їх подальшого використання в кримінальному провадженні, тобто в надійному, безпечному місці, яке зберігає їхні основні характеристики і властивості і виключає умови, які можуть привести до їх руйнування або пошкодження. Зберігання документів повинно бути захищене від впливу факторів навколишнього середовища (наприклад, сильної спеки або холоду, води тощо) і несанкціонованого доступу.¹⁶⁸⁴
- Всі документи мають бути марковані з використанням встановленої системи нумерації. Там, де це доречно, номер предмета повинен містити посилання на пов'язані докази. Наприклад, документи, згадані в показаннях свідків, повинні бути чітко позначені як такі.
- Документи повинні зберігатися разом з Папкою для документування (*див.* розділ 4.1.2) в індивідуальному сейфі (металевій шафі). У середині Папки документальна інформація повинна бути каталогізована в хронологічному порядку. Документальна

¹⁶⁸² Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, п. 32.

¹⁶⁸³ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, пп. 32-33; *Прокурор проти Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, Рішення за клопотанням обвинувачення про допуск документальних доказів, 28 березня 2017, пп. 27-28.

¹⁶⁸⁴ Довідник PILPG, с. 66.

інформація, яка також утворює фізичну інформацію і внаслідок своїх властивостей (розміри, кількість, вага, об'єм) не може зберігатися разом з папкою, повинна зберігатися в спеціальному приміщенні, обладнаному сейфами (металевими шафами), стелажми, дверима з металевою оббивкою, ґратами на вікнах, охоронною та пожежною сигналізацією, і т. д.

- Коли документ зберігається разом з Папкою, він повинен зберігатися вкладеним між чистими аркушами паперу в конвертах. Забороняється робити будь-які позначки або написи на таких документах, а також згинати їх. Якщо є велика кількість документів, вони повинні бути зібрані в окремий пакет. На конверті (пакеті) повинен бути зазначений перелік доданих до нього документів.

Див. також розділи 4.2 і 5.3.3.3 для отримання додаткової інформації про те, як впровадити систему зберігання і обробляти доказові матеріали.

5.5 ЗБІР, ОБРОБКА ТА ЗБЕРЕЖЕННЯ ЦИФРОВОЇ АБО АУДІОВІЗУАЛЬНОЇ ІНФОРМАЦІЇ

Цифрова інформація може зіграти вирішальну роль у документуванні міжнародних злочинів. Цифрові або електронні матеріали можуть підпадати під дві широкі категорії залежно від їх характеру:

Розвідка з відкритих джерел ("OSINT") і розвідка соціальних медіа ("SOCINT")	Інша цифрова інформація, що зберігається, приймається або передається електронним пристроєм
Інформація з відкритих джерел в Інтернеті, яку будь-який представник громадськості може отримати за запитом, шляхом купівлі або шляхом спостереження.	Аудіовізуальний контент, який в іншому випадку не був би класифікований як інформація з відкритих джерел (наприклад, фотографії або відеозаписи місця злочину, створені слідчим).

Таблиця 83: Типи цифрових або електронних матеріалів

У цьому розділі будуть розглянуті загальні правила збору, обробки та збереження цифрової інформації. У розділі 5.6 будуть надані конкретні рекомендації щодо доказів OSINT / SOCINT. У цьому розділі спочатку будуть розглянуті три можливі сценарії збору цифрової інформації, а саме (i) фотографії і відео, (ii) електронний пристрій і (iii) від третіх сторони. Далі будуть обговорюватися загальні принципи обробки і збереження цифрової інформації, які слід застосовувати при обробці або збереженні цифрової інформації, незалежно від того, чи надходить інформація в документальній формі або є оцифрованою версією інформації, що зберігається у фізичному вигляді.

5.5.1 Збір або створення цифрової інформації

Цифрова інформація може бути отримана або створена різними способами: шляхом створення фотографічної або відеоінформації (наприклад, шляхом зйомки місця злочину); інформація зібрана з електронного пристрою (наприклад, телефону, ноутбука або камери), виявлена на місці злочину або який належить померлому потерпілому або ймовірному

підозрюваному; або інформація отримана від третіх осіб (наприклад, свідків). Кожен з цих буде обговорюватися по черзі нижче.

5.5.1.1 Створення фотографічної та відеоінформації

Фахівець може створювати фотографії та/або відеозаписи місць злочинів, місць розслідування або фізичної інформації. Перш ніж бути допущити це як доказ, суд вимагатиме підтвердження оригінальності та цілісності фотографії або відео.¹⁶⁸⁵ Релевантність фотографії або відео залежить від дати та / або місця запису, тому фахівець-практик має переконатися, що ця інформація завжди додається.¹⁶⁸⁶ Фотографування або відеозйомка під час дій з документування повинні здійснюватися відповідно до набору правил, описаних нижче, багато з яких описані на спеціалізованих платформах, таких як Witness.org.¹⁶⁸⁷

Перш ніж знімати відео або фото, необхідно виконати такі підготовчі дії:

- Визначте, які зображення знімати / фотографувати, запитавши, який злочин було скоєно, хто вчинив злочин і як;¹⁶⁸⁸
- Підготуйте базовий план щодо того, яка інформація вже була зібрана і які кадри все ще необхідні;¹⁶⁸⁹
- Будьте готові до хронологічного документування дій з використанням цифрових доказів на місцях.;¹⁶⁹⁰
- Забезпечте особисту безпеку: рекомендується не знімати злочин або місце злочину, якщо це занадто небезпечно (*див.* розділ 5.3.1.3);¹⁶⁹¹ і
- Коли місце злочину стане безпечним, сплануйте, як саме воно буде знято/сфотографовано.¹⁶⁹²

5.5.1.1.1 Відеозйомка

Якщо команда, що здійснює документування, збирає відеоінформацію, переконайтеся, що особа, яка здійснює відеозапис, має досвід у цьому. Фахівці повинні подбати про те, щоб:¹⁶⁹³

- Зафіксувати час, дату і місце:
 - Якщо можливо, переконайтеся, що місцезнаходження чітко видно на самому відео, і / або активуйте GPS;
 - Переконайтеся, що камера або мобільний телефон налаштовані на правильну дату і час; і

¹⁶⁸⁵ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, п. 24(d).

¹⁶⁸⁶ Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, п. 24.

¹⁶⁸⁷ *Див.*, наприклад, ресурси на відео як доказ, доступні українською мовою: Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказах.

¹⁶⁸⁸ Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказах, сс. 60-62.

¹⁶⁸⁹ Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказах, с. 84.

¹⁶⁹⁰ Державні стандарти України з ідентифікації, збирання, отримання та збереження цифрових доказів, сс. 79-80.

¹⁶⁹¹ Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказах, с. 59.

¹⁶⁹² Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказах, с. 91.

¹⁶⁹³ Довідник PILPG, сс. 75-79; Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказах, сс. 62-65, 86, 91-93.

- Запишіть свій голос, сказавши про дату, час і місцезнаходження, запишіть їх на аркуші паперу і записуйте протягом 10 секунд або знімайте все, що демонструє цю інформацію, наприклад годинник, першу сторінку газети, вуличний знак або пам'ятки, інші географічні об'єкти і т. д.
- Знімати відео відразу, тобто до того, як місце злочину або інформація будуть порушені.
- Пріоритезувати якість над кількістю.
- Знімати стратегічно і логічно, щоб глядачі зрозуміли, що сталося і де:
 - Уникайте розповідей і знімайте мовчазно (крім озвучування дати, часу і місця, якщо це необхідно);
 - Постійно знімайте один і той самий інцидент або місце, тобто намагайтеся не зупиняти і не запускати відео без необхідності, щоб уникнути будь-яких припущень про те, що відео було змонтовано або іншим чином змінено. Якщо це неможливо, запустіть і зупиніть запис, перекриваючи кадри (завершуючи відзнятий матеріал і починаючи новий з того ж кадру);
 - Переконайтеся, що на відео відображені всі аспекти місця, а не тільки те, що ви вважаєте важливим;
 - Записуйте деталі, які демонструють місцезнаходження (наприклад, будівлі, пам'ятки і т. д.), час доби, дату і навколишнє середовище, а також деталі, які знімаються (наприклад, конкретний інцидент або фізична інформація);
 - Затримуйте всі свої знімки більш ніж на 10 секунд;
 - Повільно рухайте камеру, коли ви змінюєте положення або збільшуєте або зменшуєте масштаб;
 - Уникайте швидких або різких рухів;
 - По можливості використовуйте штатив, стійку або навіть поверхню для стабілізації камери; і
 - Постарайтесь створити такі види відзнятого матеріалу:¹⁶⁹⁴

Огляд 360 градусів	Знімайте на 360 градусів навколо, здалеку і зблизька, показуючи, що відбувається за кадром. Зокрема, виберіть відправну точку в одному кутку або збоку від місця злочину. Якщо можливо, виберіть початкове розташування, орієнтоване по сторонах світу (наприклад, на північ). Якщо озвучувати події - безпечно, вкажіть початкове розташування на камеру (наприклад, північний кут, південна сторона). Продовжуйте запис і повільно - постарайтесь на 15 секунд або більше - повністю повернутись по колу з того місця, де ви стоїте, записуючи 360-градусний огляд місця події.
Широкопланова зйомка	З початкової позиції зробіть перший широкий кадр протягом 10 секунд. Потім повільно рухайтеся за годинниковою стрілкою, зупиняючись у кожному кутку або стороні сцени, і утримуйте широкий кадр протягом 10 секунд, поки не завершите коло (після цього кадру і протягом наступних кадрів, якщо можливо,

¹⁶⁹⁴ Для отримання докладного опису корисних порад та ілюстрацій зверніться до: Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказам, сс. 91-97.

	продовжуйте відеозапис).
Зйомка середнім планом	Середні кадри корисні для того, щоб визначити розташування інформації на місці злочину та взаємозв'язок між частинами доказів. З початкового місця зйомки перемістіться ближче до центру місця події. Затримайте перший середній кадр на 10 секунд. Потім, під час запису, повільно рухайтесь за годинниковою стрілкою, зупиняючись у кожному кутку або стороні місця події, щоб зробити середній кадр на 10 секунд, поки не завершите коло.
Зйомка крупним планом	Зйомка крупним планом показує ключові деталі і ідентифікує людей на місці події. Починаючи з початкового місця, рухаючись за годинниковою стрілкою і по спіралі, зосередьтеся на першому доказі. Утримуйте сфокусований знімок крупним планом протягом 10 секунд. Якщо можливо, зробіть 10-секундний знімок того ж самого доказу за допомогою чого-небудь, що показує масштаб (наприклад, мобільного телефону або лінійки). Потім, продовжуючи рухатися за годинниковою стрілкою і по спіралі, робіть знімки крупним планом будь-яких деталей, які можуть бути значущими, і затримуйте кадр протягом 10 секунд як і з чимось, що показує масштаб (телефон, лінійка), так і без цього.

- Якщо вам не вдалося додати основну інформацію до відеозапису, створіть окремий документ, що містить коротку ключову інформацію по відзнятому матеріалу.
- Запишіть контактні дані людини, яка веде зйомку.
- Зберігайте карти пам'яті в безпеці від фізичного пошкодження або вилучення (конфіскації).
- Не намагайтеся змінювати відео (наприклад, вирізати/редагувати або додавати щонебудь до оригіналу). Якщо необхідно внести зміни, вкажіть причину.¹⁶⁹⁵
- Фахівці можуть запросити підтверджувальну інформацію на відеозаписі у свідків на місці злочину, які можуть прояснити контекст і відповідну подію.¹⁶⁹⁶ При цьому:¹⁶⁹⁷
 - Отримайте інформовану згоду (див. розділ 6.2) особи, яку ви записуєте; і
 - Запишіть імена та контактну інформацію особи, яку ви записуєте, та інших осіб на місці події, які можуть мати інформацію про подію.
- Нарешті, пам'ятайте про цифрові інструменти, які дозволяють верифікувати фотографії та відео під час їх створення:¹⁶⁹⁸
 - Наприклад, система **eyeWitness**, яка містить: (i) додаток для мобільної камери, призначений для **перевірки дати, часу та місця розташування** відеозапису, а також того факту, що відеозапис не був змінений; (ii) захищену серверну систему та протоколи передачі, які створюють **ланцюжок зберігання**, який

¹⁶⁹⁵ Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказам с.с. 57-68, 96-97; Довідник PILPG, сс. 67-70; Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с.с. 194-195.

¹⁶⁹⁶ Свідок, Відео як Польове Керівництво по доказам с.с. 57-68, 96-97; Довідник PILPG, сс. 67-70; Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, с.с. 194-195.

¹⁶⁹⁷ Довідник PILPG, с. 76; Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, сс. 194-195.

¹⁶⁹⁸ Довідник PILPG, сс. 73-75.

може бути представлений в суді; і (iii) спеціалізована підтримка використання фото - та відеоматеріалів у суді та інших процесах звітності.¹⁶⁹⁹

5.5.1.1.2 Фотозйомка

Фотографії забезпечують ефективний спосіб документування як місця злочину в його оригінальному стані, так і крупний план помітних частин місця події.¹⁷⁰⁰ При фотографуванні з метою документування місця злочину слід застосовувати, наскільки це практично можливо, вищезгадані рекомендації щодо відеоматеріалів. Крім того, такі рекомендації конкретно стосуються фотографування:¹⁷⁰¹

- Використовуйте функції дати і часу камери або покажіть дату/час за допомогою, наприклад, газети.
- Активуйте налаштування GPS на пристрої або переконайтеся, що місце розташування чітко видно на фотографії.
- Тимчасові об'єкти, як-от плями крові або приховані відбитки, повинні бути сфотографовані якомога швидше.
- Зробіть серію фотографій, щоб отримати зображення хорошої якості і з різних ракурсів. У той же час пам'ятайте, що якість має пріоритет над кількістю.
- Фотографії повинні переміщатися від зовнішнього до внутрішнього вигляду місця злочину і від загального до конкретного фокусу.
- Робіть фотографії окремих фрагментів інформації великим і середнім планом.
- Робіть ширококутні фотографії, які показують розташування інформації в контексті всієї сцени.
- Використовуйте лінійку поруч з відповідними об'єктами, щоб вказати їх розміри.
- Вкажіть автора, місце розташування, дату і час конкретної фотографії; опис частини місця злочину, зображеної на фотографії (наприклад, "місце розслідування звернено на північ"), і опис інформації, що відображається на фотографії, якщо така є (наприклад, "гільзи, знайдені біля південного входу на місце злочину").
- Фотографуйте потерпілих і ймовірних виконавців, які все ще можуть перебувати на місці злочину (за умови, що всі **питання безпеки і згоди** були належним чином вирішені).
- Не намагайтеся змінити фотографію (наприклад, обрізати/відфільтрувати або додати що-небудь до оригіналу). Якщо необхідно внести зміни, вкажіть причину.

На додаток до вищесказаного, до фотографування знайдених тіл застосовуються такі особливі правила:

¹⁶⁹⁹ Для отримання додаткової інформації зв'яжіться з: general@eyewitnessproject.org або відвідайте: <https://www.eyewitnessproject.org/>.

¹⁷⁰⁰ Довідник Грума, с. 90.

¹⁷⁰¹ Довідник Грума, сс. 89-92; Польовий довідник PILPG, с. 20; Довідник PILPG, сс. 75-79; Міжнародний протокол про документування та розслідування випадків сексуального насильства в умовах конфлікту, сс. 194-195. *Див. також*, Рішення щодо клопотань сторони обвинувачення, поданих під час засідання у справі *Катанги*, с. 24(d).

- Знайдені тіла повинні бути сфотографовані в тому вигляді, в якому вони були знайдені.
- Фотографії повинні бути зроблені з усіх ракурсів, показуючи вигляд обличчя, положення рук і ніг, де це можливо без зміни тіла, одягу або її положення.
- Фотографування рани слід проводити з близької відстані, використовуючи косе освітлення.
- Фотографії повинні бути зроблені під час руху навколо тіла, і вигляд має бути зверху (положення стоячи) і з того ж рівня, що і тіло, якщо тіло лежить на землі.
- Після того, як тіло приберуть, огляньте місце, де знаходилося тіло, зазначивши будь-які ознаки активності.

Після того, як фотографія або відео зроблені, їх слід **розглядати як інші форми документальної інформації** (див. розділ 5.4).

5.5.1.2 Збір цифрової інформації з електронного пристрою

Цифрова інформація також може бути зібрана безпосередньо з електронного пристрою, як-от комп'ютера, цифрової камери, мобільного телефону або портативного електронного запам'ятовуючого пристрою. Такий пристрій може бути виявлено на місці злочину, належати покійному потерпілому або бути вилучено у ймовірного виконавця. З електронними пристроями необхідно поводитися обережно, щоб захистити не тільки їхню фізичну цілісність, але і дані, що містяться на них. Цілісність пристрою може бути порушена, а дані (включно з датою, часом і системними налаштуваннями) можуть бути втрачені, серед іншого, через вплив електромагнітних полів, факторів навколишнього середовища, як-от пил і вологість, а також через відмову або пошкодження батареї. Термін служби більшості батарей обмежений, і існує реальний ризик втрати даних при тривалому зберіганні електронних пристроїв. Тому фахівцям-практикам слід приділяти пріоритетну увагу електронним пристроям, що працюють на батарейках, і всі відповідні дані повинні бути якомога швидше занесені в журнал. Крім того, фахівцям слід враховувати такі питання при зборі цифрової інформації з електронних пристроїв.¹⁷⁰²

- Які методи збору/вилучення будуть використовуватися?
- Яке обладнання може знадобитися на місці?
- Який рівень нестабільності даних та інформації, пов'язаних з потенційною цифровою інформацією?
- Чи можливий віддалений доступ до будь-якого цифрового пристрою і чи загрожує це цілісності інформації?
- Що станеться, якщо дані / обладнання будуть пошкоджені?
- Чи можуть дані бути скомпрометовані?
- Чи може цифровий пристрій бути налаштований таким чином, щоб знищити, пошкодити або сплутати дані, якщо він вимкнений?

¹⁷⁰² Державні стандарти України з ідентифікації, збирання, отримання та збереження цифрових доказів, с. 81.

Інформація, що міститься на пристрої, повинна бути відображена в Папці для документування у відповідній формі, наприклад, за допомогою електронних засобів, фотографії або відеозапису екрану або в паперовій формі (див. розділ 4.1.2).

5.5.1.2.1 Як обшукувати електронні пристрої

Враховуючи великі можливості зберігання файлів у сучасних електронних пристроїв, важливо, щоб фахівці знали, як ефективно здійснювати пошук на цих пристроях, щоб заощадити час і дотримуватися принципів мінімізації даних (який вказує, що зібраної інформації має бути не більше, ніж потрібно). В ідеалі, коли електронний пристрій знайдено, він повинен бути оброблений і оглянутий експертом з цифрової криміналістики, щоб уникнути випадкового зараження даних і захистити цифрову інформацію на пристрої, наприклад, від спроб підробки інформації за допомогою програм віддаленого доступу.¹⁷⁰³ Для отримання додаткової інформації, див. нижче розділ 5.5.2.2 Збереження цифрової інформації.

Нижченаведені приклади методів, які можуть бути використані для виявлення, вилучення та збору інформації з електронних пристроїв, що мають відношення до документування міжнародних злочинів:¹⁷⁰⁴

Пошук за ключовими словами	Пошук вмісту пристроїв з використанням ймовірних або відомих імен файлів і / або ключових фраз тексту, що дозволяє здійснювати пошук конкретної, актуальної інформації та цифрових документів.
Пошук за файловими підписами	Пошук на пристрої певних типів електронних файлів, наприклад, doc, PDF, JPEG і т. д.
Пошук відомих місць зберігання доказів	Зосередження уваги на електронних файлах і папках, які з найбільшою ймовірністю містять відповідну інформацію. Наприклад, папки, назва яких відповідає досліджуваній проблемі, або папки, до яких недавно зверталися до вилучення пристрою.
Пошук по "хешу"	Хеші - це унікальний рядок (текстові дані), який використовується для ідентифікації файлу та забезпечення того, щоб він не піддавався підробці з моменту його вилучення. Щоб виконати пошук файлу з використанням хешів, фахівець повинен бути знайомий з функцією "команда" комп'ютерного пристрою.

Таблиця 84: Методи ідентифікації та вилучення інформації з електронних пристроїв

¹⁷⁰³ Рада Європи ("РЕ"), "Керівництво по електронних доказах: базове керівництво для співробітників поліції, прокурорів і суддів" (Відділ кіберзлочинності Генерального управління з прав людини та верховенства права, 15 грудня 2014) ("Керівництво РЕ по електронних доказах"), сс. 11, 47-49, 56-57.

¹⁷⁰⁴ Ці приклади засновані на списку, складеному Агентством Європейського Союзу з мережевої та інформаційної безпеки ("ЄМІБА"). Див., ЄМІБА, "Електронні докази - базове керівництво для груп швидкого реагування" (2014) ("Базове керівництво ЄМІБА для груп видкого реагування"), сс. 17-18.

5.5.1.3 Збір цифрової інформації від третіх сторін

При зборі цифрової інформації від третіх сторін майте на увазі такі аспекти:¹⁷⁰⁵

- Уникайте отримання інформації в обмін на гроші;
- Переконайтеся, що надавач отримав інформацію за допомогою достовірних засобів (див. розділ 5.3.2); і
- Подумайте, чи можуть свідки надати інформацію для перевірки отриманої цифрової інформації, наприклад, описавши, що зображено на фотографії / відео, коли, де і чому фотографія / відео була зроблена і ким, а також надавши контекст.

5.5.2 Загальні вимоги до обробки та збереження цифрових доказів

Неправильне поводження з цифровою інформацією може призвести до ненавмисної зміни або знищення інформації, що знижує її доказову цінність або іншим чином робить її недопустимою в суді. Тому всі зібрані пристрої і потенційна цифрова інформація мають бути захищені, наскільки це можливо, від втрати, знищення або пошкодження.¹⁷⁰⁶ Для захисту цифрової інформації фахівці мають пам'ятати про такі основні кроки, пов'язані з ланцюжком зберігання та збереженням цифрової інформації.

5.5.2.1 Ланцюжок зберігання

Як і у випадку з фізичною і документальною інформацією, ланцюжок зберігання вимагає точного опису зібраного предмета і докладного обліку дій, проведених щодо цього предмета¹⁷⁰⁷ у Папці для документування (див. розділ 4.1.2).¹⁷⁰⁸ Повний ланцюжок зберігання також має містити:¹⁷⁰⁹

- Місцеперебування частини цифрової інформації з моменту її отримання будь-ким до моменту її передачі відповідному суду або іншому належному органу влади;
- Всі особи, які обробляли цю інформацію, включно з тими, хто надав інформацію, і тими, хто відповідає за зберігання цієї інформації;
- Мета, для якої інформація була опрацьована; і
- Будь-які внесені зміни в цифрові докази та особа, відповідальна за внесення таких змін.

Якщо цифрова інформація існує у фізичній формі (наприклад, електронний пристрій), ланцюжок зберігання буде додатково підтримуватися шляхом упаковки і маркування предмета, а також ведення запису в журналі реєстрації (див. розділ 4.2.2). Див. також нижче розділ 5.5.3 для додаткових міркувань, які слід враховувати при спробі захистити інформацію за допомогою підтримки ланцюжка зберігання.

¹⁷⁰⁵ Навігація за даними: як орієнтуватися в цифрових даних для досліджень в області прав людини, с. 24.

¹⁷⁰⁶ Державні стандарти України з ідентифікації, збирання, отримання та збереження цифрових доказів, с. 86.

¹⁷⁰⁷ Довідник Ністеда та ін., сс. 56-57; Протокол Берклі, п. 167.

¹⁷⁰⁸ КПК України, Стаття 104.

¹⁷⁰⁹ Довідник PIRPG, сс. 36-37; Державні стандарти України з ідентифікації, збирання, отримання та збереження цифрових доказів, сс. 80, 83.

5.5.2.2 Збереження цифрової інформації

Збереження цифрової інформації відноситься до зберігання як фізичних пристроїв, так і носіїв даних, на яких зберігається цифрова інформація, а також до збереження інформації в системі цифрового зберігання. Це передбачає організацію і зберігання інформації в безпечному місці, щоб протягом усього часу було легко і безпечно отримувати доступ до потрібної інформації, вилучати її, тлумачити і розуміти.¹⁷¹⁰ Правила, що стосуються зберігання цифрової інформації, розрізняються залежно від того, який тип інформації необхідно зберегти: фізичний пристрій або носій даних (наприклад, компакт-диски (CD), USB-накопичувачі і т.д.), цифрову інформацію на таких пристроях або інформацію в системі цифрового зберігання в цілому. Наступні кроки допоможуть в досягненні цих цілей шляхом збереження цілісності електронних пристроїв і цифрової інформації, що міститься на них.

5.5.2.2.1 Пакування та зберігання фізичних електронних пристроїв

Загальні правила, що стосуються пакування та зберігання фізичних пристроїв і носіїв даних, такі ж, що застосовуються до фізичної інформації (див. розділ 5.3). Зокрема, після пакування такі предмети зберігаються в Папці для документування, якщо тільки вони не є занадто об'ємними і не повинні зберігатися в спеціально обладнаному приміщенні. Крім того, фахівці повинні розглянути такі кроки, характерні для електронних пристроїв:¹⁷¹¹

- Умови пакування, транспортування і зберігання електронних пристроїв повинні забезпечувати захист від ударів, вібрації, висотності, високої температури (включно з підігрівом сидінь), електромагнітних джерел (наприклад, поліцейське радіо, гучномовці, рентгенівські апарати), радіаційного впливу, пилу, бензину, хімічних забруднень і т.д., оскільки такі умови можуть потенційно вплинути на роботу пристрою і пошкодити дані, що містяться на ньому.
- Слід дотримуватися додаткових запобіжних заходів, щоб не складати, не згинати і не дряпати носії, як-от дискети, компакт-диски і плівки. Уникайте нанесення клейких етикеток безпосередньо на поверхню електронних пристроїв - наклейте етикетку на зовнішню обгортку (чохол), щоб уникнути пошкоджень від подряпин і т. д.
- Якщо пристрій складається з декількох частин і компонентів, упакуйте кожен окремий компонент окремо. Наприклад, відокремте монітор комп'ютера від підключених проводів.
- Чітко маркуйте і фотографуйте кожен пристрій і будь-які пов'язані з ним деталі або обладнання. Наприклад, для комп'ютерної системи маркуйте монітор, з'єднання, кабелі, керівництва користувача і будь-які периферійні пристрої, як-от сканери, принтери і т. д. Зверніть увагу на будь-які серійні або ідентифікаційні номери на цих предметах.

¹⁷¹⁰ Довідник PILPG, сс. 36-37.

¹⁷¹¹ Довідник Ністеда та ін., с. 57; Державні стандарти України з ідентифікації, збирання, отримання та збереження цифрових доказів, сс. 86-87; Державні стандарти України з ідентифікації, збирання, отримання та збереження цифрових доказів, с. 87.

- Залиште настільний, мобільний телефон або смартфон(и) в тому режимі живлення (вкл/викл), в якому вони були виявлені.
 - Проблеми, пов'язані з увімкненими пристроями, передбачають: (i) ізоляцію пристрою від мереж мобільного зв'язку і Wi-Fi; і (ii) отримання паролів від пристрою, щоб докази могли бути досліджені криміналістами. Вимкнення пристрою може призвести до втрати інформації, оскільки в телефоні можуть бути функції безпеки, наприклад паролі, програми для захисту /видалення даних або біометричні дані (сканування обличчя). Тримайте пристрій увімкненим, розблокованим (якщо воно заблоковано, зберіть всі доступні паролі або PIN-коди) і в режимі польоту, поки воно не потрапить в руки досвідченого фахівця.¹⁷¹²
- Пристрої з батареями слід регулярно перевіряти, щоб переконатися, що вони завжди мають достатній заряд.
- Цифрова інформація може також містити приховану інформацію, відбитки пальців або біологічні докази, тому слід вжити відповідних заходів для збереження цієї потенційної інформації.
- Якщо можливо, запишіть паролі, коди або PIN-коди, необхідних для доступу до пристрою.
- Повна резервна копія інформації повинна зберігатися в окремому місці.¹⁷¹³

При збереженні цифрової інформації на самих носіях даних або пристроях:

- Запобігайте несанкціонованому доступу до даних, зокрема шляхом обмеження доступу до файлів осіб, які мають достатній рівень допуску, і шляхом підтримання надійних паролів на всіх пристроях та інформації;¹⁷¹⁴ і
- Шифруйте файли з особливо чутливою інформацією за допомогою програмного забезпечення для шифрування, такого як [VeraCrypt](#).¹⁷¹⁵ Також рекомендується встановити брандмауери, антивірусне та антиспамове програмне забезпечення на всі пристрої для захисту від шкідливих програм, таких як MalwareBytes, Avira або AVG.¹⁷¹⁶ Для отримання додаткової інформації про цифрову безпеку та дані *див.:* Front Line Defenders and Tactical Technology Collective, [Security in-a-box – Digital Security Tools and Tactics](#)

5.5.3 Автентифікація і верифікація цифрової інформації

Фахівці мають виходити з припущення, що цифрова інформація вимагатиме **автентифікації та верифікації**, перш ніж вона буде використана як доказ. Це вимагає здатності продемонструвати, що цифрова інформація зберігає свою **цілісність**, особливо

¹⁷¹² USLEGAL, “Право збереження цифрових даних і юридичне визначення”.

¹⁷¹³ Базове керівництво ЄМІБА для груп видкого реагування, сс. 6-7, 16-18,

¹⁷¹⁴ Довідник PILPG, сс. 73-75, , 121, 141; Керівництво РЄ по електронних доказах, рр. 47-49.

¹⁷¹⁵ *Див. напр.*, Security-in-a-Box, “Створюйте і підтримуйте надійні паролі” (11 листопада 2021).

¹⁷¹⁶ *Див. напр.*, Security-in-a-Box, “Захистіть вашу чутливу інформацію” (21 травня 2021); Security-in-a-Box, “Захист від шкідливих програм” (17 червня 2021).

при встановленні того, що інформація не піддавалася цілеспрямованому або іншому маніпулюванню або підробці, і що інформація є правдоподібною і достовірною.

5.5.3.1 Автентифікація цифрової інформації

Як правило, цифрова інформація, передана офіційними каналами або позначена офіційними логотипами або печатками, може вважатися **самоавтентифікованою**, що означає, що вона не вимагає додаткової автентифікації.¹⁷¹⁷ Фахівці повинні вжити заходів для захисту фотографій або відеозаписів, які можуть бути підроблені або іншим чином використані для поширення дезінформації. Якщо фахівець створює цифрову інформацію або отримує її з неофіційних або невідомих джерел (наприклад, фотографії від свідка), їм необхідно буде зробити деякі кроки для забезпечення автентичності та цілісності інформації. Важливо, щоб усі, хто працює зі створеними відеозаписами, могли довести наступне:¹⁷¹⁸

Коли	Дата і час зйомки.
Де	Місцезнаходження та GPS-координати (якщо можливо) відзнятого матеріалу.
Що	Що відображається на / в цифровій інформації.
Хто (якщо безпечно)	Людина, яка зробила знімок або створила цифрову інформацію.

Щоб допомогти в автентифікації цифрової інформації, фахівці мають належним чином фіксувати метадані¹⁷¹⁹ створеної ними цифрової інформації. Метадані, які фахівці повинні записувати для встановлення автентичності цифрової інформації, включають:¹⁷²⁰

- Опис життєвого циклу цифрової інформації, тобто ланцюжка зберігання;
- Відомості про будь-яку особу / організацію, яка зіграла певну роль у створенні цифрової інформації. Зверніть увагу, що особи, пов'язані зі створенням цифрової інформації, повинні бути доступні для надання показань у суді щодо її цілісності та пов'язаних з цим питань;
- Як була створена, зібрана або отримана цифрова інформація;
- Мови, що використовуються в цифровому матеріалі (якщо такі є);

¹⁷¹⁷ Прокурор проти Бемби, ІСС-01/05-01/08, Рішення про допуск матеріалів як доказів відповідно до Статті 64 (9) Римського статуту, 8 жовтня 2012, п. 9; Л. Фріман, "Цифрові докази та судові переслідування воєнних злочинів: вплив цифрових технологій на міжнародні кримінальні розслідування та судові процеси" (2018) 41(2) *Fordham International Law Journal* 283 ("Фріман (2018)"), сс. 296-297.

¹⁷¹⁸ Свідок, "П'ять порад щодо зйомки порушень прав людини в Україні".

¹⁷¹⁹ Метадані, або "дані про дані", порівнянні з вмістом каталогів і описів в бібліотеках і використовуються для перевірки автентичності цифрової інформації. Вони описують цифрову інформацію через деякі з її основних характеристик, таких як її автор, а також дата і час її створення. Метадані можуть бути розташовані поза ресурсом, який вони описують, або вбудовані в нього. Поширеним методом створення метаданих є ручне заповнення форми, або в письмовій, або в електронній формі, з використанням заздалегідь визначених категорій і лексики. Див., Довідник PILPG, с. 70.

¹⁷²⁰ Цей список складений на основі Дублінської ініціативи з основних метаданих ("ДІОМ"), використовується і рекомендується фахівцям-правозахисникам. Див. напр., Довідник PILPG, сс. 71-72.

- Тип (наприклад, фотографія, запис голосу або відео) і формат (наприклад, JPEG, MKV, mp3 і т. д.);
- Інструмент(и), використані для створення цифрового контенту (наприклад, тип камери, диктофона і т. д.);
- Розмір або тривалість цифрового контенту;
- Тематика цифрового контенту пояснюється за допомогою окремих ключових слів (наприклад, місце злочину, напад, зброя і т.д.), щоб матеріал можна було швидко знайти за допомогою пошуку за ключовими словами.;
- Короткий опис змісту цифрової інформації; і
- Місцезнаходження, що відображається цифровою інформацією (якщо є), шляхом геолокації орієнтирів на зображеннях або автоматично (шляхом включення GPS на використовуваному електронному пристрої), або вручну (наприклад, шляхом включення вуличних знаків, годин, орієнтирів і т. д. на фотографіях і відеоматеріалах).

Крім того, не намагайтеся змінювати фотографію / відео (наприклад, обрізати / відфільтрувати або додати що-небудь до оригіналу), щоб можна було переконатися, що вони можуть бути автентифіковані як оригінали. Якщо необхідно внести зміни, вкажіть причину.¹⁷²¹

5.5.3.2 Верифікація цифрової інформації

У той час як автентифікація спрямована на забезпечення того, щоб цифрова інформація не піддавалася маніпуляціям або підробці, **верифікація** (перевірка) покликана повідомити вам щось про те, хто, що, де і коли відбулася певна подія. Фахівці повинні перевіряти цифрову інформацію, щоб підвищити її доказову цінність у випадку, якщо вона буде представлена як доказ в судовому процесі. Для перевірки цифрової інформації, яка не є OSINT або SOCINT, можна використовувати такі підказки:

1. Як ви отримали цю інформацію?
2. Хто створив цю інформацію?
3. Звідки взявся матеріал?
4. Коли був створений матеріал?
5. Чому був створений матеріал?

5.6 ЗБІР ТА ЗБЕРЕЖЕННЯ ІНФОРМАЦІЇ OSINT / SOCINT

В останні роки використання інформації з відкритих джерел вийшло на перший план як важлива частина інструментарію слідчого з прав людини.¹⁷²² Однак існує поширена думка про те, що певні види злочинів з меншою ймовірністю будуть виявлені за допомогою методів дослідження з відкритих джерел через їх “прихований” характер.

¹⁷²¹ Довідник PILPG, сс. 69-70.

¹⁷²² Д. Мюррей та ін., “Мапування використання досліджень з відкритих джерел в розслідуваннях ООН з прав людини” (2022) *Journal of Human Rights Practice* (“Мюррей та ін. (2022)”), с. 1.

Наприклад, в контексті сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом (“СНПК”), було переконливо доведено, що докази таких злочинів з відкритих джерел можуть існувати, але “ховаються у всіх на видноті”.¹⁷²³ Оскільки фахівці не очікують побачити докази цих злочинів, вони можуть не помітити їх або можуть не знати про контекст і нюанси, як-от закодована мова, яка може використовуватися в соціальних мережах для позначення СНПК.¹⁷²⁴

Інформація про воєнні злочини і злочини проти людяності в Україні теж може бути не одразу помітна. Наприклад, супутникові знімки можуть показати руйнування цивільного району в результаті застосування забороненої зброї. В якості іншого прикладу, намір вчинити злочин проти людяності переслідування потенційно може бути продемонстровано через повідомлення в соціальних мережах, що закликають до колективного покарання певної групи; парламентські звіти; інтерв'ю ЗМІ; та інші публічні заяви. Список можна продовжувати.

Розслідування з відкритих джерел стали цінним інструментом для організацій громадянського суспільства, які прагнуть документувати порушення прав людини і міжнародні злочини в конфліктних ситуаціях по всьому світу. Сирійський архів (Syrian Archive) є однією з таких організацій. Сирійський архів, заснований в Туреччині в 2014 році, є ОГС, що спеціалізується на зборі та аналізі створених користувачами матеріалів про порушення прав людини, скоєних в контексті сирійського конфлікту.¹⁷²⁵ Після перевірки автентичності інформація стає загальнодоступною в Інтернеті і використовувалася кількома неурядовими і міжурядовими організаціями для документування порушень, включно з Amnesty International, Human Rights Watch і Міжнародною незалежною комісією з розслідування подій в Сирійській Арабській Республіці.¹⁷²⁶

У цьому розділі представлений загальний огляд ключових визначень і процесів, пов'язаних з розслідуваннями з відкритих джерел. До нього слід ставитися просто як до вступу в дослідження з відкритих джерел, щоб фахівці були проінформовані про альтернативні варіанти розслідування.

5.6.1 Концепції і визначення

На самому базовому рівні **інформація з відкритих джерел** - це будь-яка інформація, яка вільно доступна громадськості. “Розслідування з відкритих джерел” включає в себе

¹⁷²³ А. Кеніг і У. Іган, “Ховання у всіх перед очима: використання онлайн-інформації з відкритих джерел для розслідування сексуального насильства та злочинів на гендерному ґрунті” в книзі А. Шульцхайс Мура та Дж. Доуза (ред.), *Technologies of Human Rights Representation* (SUNY Press 2022).

¹⁷²⁴ А. Кеніг і У. Іган, “Влада і привілеї: розслідування сексуального насильства з використанням цифрової інформації з відкритих джерел” (2021) 19 *Journal of International Criminal Justice* 55, pp. 56-57.

¹⁷²⁵ Дж. Дойч і Х. Хабал, “Сирійський архів: методологічний приклад розслідування державних злочинів з відкритих джерел з використанням відеодоказів з платформ соціальних мереж” (2018) 7 *State Crime Journal* 46, сс. 48-49.

¹⁷²⁶ Дж. Дойч і Х. Хабал, “Сирійський архів: методологічний приклад розслідування державних злочинів з відкритих джерел з використанням відеодоказів з платформ соціальних мереж” (2018) 7 *State Crime Journal* 46, с. 72.

використання цієї загальнодоступної інформації для складання висновків з даного питання або використання методів розслідування з відкритих джерел для пошуку інформації, перевірки автентичності інформації (наприклад, за допомогою геолокації для оцінки того, чи було відео знято в конкретному місці) або підтвердження облікових записів.

У міру вивчення цієї теми можна зустріти термін **“OSINT”**, або **розвідка з відкритих джерел**, що визначаються як розвіддані, “отримані із загальнодоступної інформації, яка своєчасно збирається, використовується і поширюється серед відповідної аудиторії з метою вирішення конкретної розвідувальної потреби”. Деякі вважають за краще використовувати такі терміни, як “інформація з відкритих джерел” або “дослідження з відкритих джерел” замість “OSINT”, щоб відокремити інформацію з відкритих джерел від її розвідувальних витоків.¹⁷²⁷

Онлайн інформація з відкритих джерел визначається Протоколом Берклі з онлайн-розслідувань з відкритих джерел (“Протокол Берклі”) як інформація з відкритих джерел в Інтернеті, яку будь-який представник громадськості може отримати за запитом, шляхом купівлі або огляду.¹⁷²⁸

Інформація з відкритих джерел може приймати різні **форми**. Це може містити “традиційні” відкриті джерела, як-от газетні репортажі або інформацію, яку можна знайти в архівах. Онлайн інформація з відкритих джерел може включати інформацію, знайдену в соціальних мережах (використовувані платформи можуть сильно відрізнятися в залежності від країни); блоги; вірізки з онлайн-новин; і звіти НУО, а також супутникові знімки. Багато видів матеріалів з вільним доступом, які зазвичай можна знайти в спеціалізованих архівах, бібліотеках або друкованих колекціях, тепер розміщені в Інтернеті – вони можуть містити судові рішення; законодавство; відповіді на запити про доступ до інформації; парламентські дебати; і звіти про публічні збори. Таким чином, наявність інформації з вільним доступом не є новим, але те, що змінилося, - це її *доступність* - кожен, хто має доступ до Інтернету та деякі основні навички пошуку, може знайти інформацію з відкритих джерел; і її *обсяг*¹⁷²⁹ – розширення доступу до технологій та використання соціальних мереж у всьому світі означає, що існує потенційно величезний набір даних, з яких фахівці можуть отримати інформацію.

Серед міжнародних стандартів використання загальнодоступної цифрової інформації Протокол Берклі надає найбільш повні рекомендації щодо проведення досліджень з відкритих джерел з рекомендаціями щодо методологій та процедур, аналізу та

¹⁷²⁷ Дж. Фіорелла, “Перші кроки до початку роботи в галузі досліджень з відкритих джерел” (*Bellingcat*, листопад 2021).

¹⁷²⁸ Центр з прав людини, Юридичний факультет Каліфорнійського університету в Берклі, Управління Верховного комісара Організації Об’єднаних Націй з прав людини (“УВКПЛ”), “Протокол Берклі про розслідування з використанням цифрових відкритих джерел: Практичний посібник з ефективного використання цифрової інформації з відкритих джерел при розслідуванні порушень міжнародного кримінального, гуманітарного права, і прав людини” (ООН 2020) (“Протокол Берклі”), с. 6.

¹⁷²⁹ Що стосується ризику надмірного документування, *див.* розділ 5.1.1.1 “Інформація” і “Докази”.

збереження.¹⁷³⁰ Мета полягає в тому, щоб гарантувати, що така інформація з відкритих джерел (як згадувалося вище) отримана законним і етичним чином.

5.6.2 Використання, обмеження та підводні камені

Коли фахівці не можуть виїхати в регіон, де імовірно відбувалися порушення прав людини, матеріали, розміщені в Інтернеті, можуть надати корисні прямі докази цих порушень. Нижче наведено п'ять ключових переваг інформації з відкритим доступом, які були визначені видатними вченими-юристами:¹⁷³¹

- При розробці початкового плану розслідування;
- В отриманні основних доказів, які можуть надати реальні можливості для подальшого розслідування;
- У подоланні бар'єрів доступу при зборі інформації з недоступних місць;
- У посиленні маргіналізованих голосів і приверненні уваги до більш широкого кола точок зору; і
- У наданні прямих доказів порушень, на яких можуть ґрунтуватися висновки.

Однак докази з відкритих джерел мають свої недоліки. Особливо важливо відзначити, що **методи розслідування з відкритих джерел не слід розглядати як засіб заміни традиційних розслідувань на місцях**. Зокрема, розслідування з відкритих джерел можуть віддаляти фахівців від місцевих громад та громадських організацій, тим самим створюючи штучний поділ між “походженням інформації з відкритих джерел”, а саме тими, хто, можливо, пішов на великий особистий ризик, щоб отримати інформацію і опублікувати її в Інтернеті, і тими, хто аналізує цю інформацію.¹⁷³² Це, у свою чергу, підірвало б проведення розслідування, орієнтованого на інтереси постраждалих.¹⁷³³ Аналіз інформації з відкритих джерел “набагато краще проводиться тими, хто володіє знаннями на місцях, або з їх залученням”.¹⁷³⁴

При проведенні розслідувань з відкритих джерел фахівці повинні пам'ятати про прогалини та “білі плями”, які можуть бути пов'язані з самою інформацією або виникати через когнітивні або технічні упередження.¹⁷³⁵ Подібним чином, хоча інформація з відкритих джерел потенційно може демократизувати розслідування за рахунок врахування більш широкого кола точок зору, вона також може відображати деякі дисбаланси сил та структурну нерівність, які в першу чергу призводять до маргіналізації певних груп або

¹⁷³⁰ Протокол Берклі, особливо Частина VI; УВКПЛ, “Протокол Берклі містить рекомендації щодо використання загальнодоступної цифрової інформації для боротьби за права людини” (1 грудня 2020).

¹⁷³¹ Мюррей та ін. (2022), сс. 5-11.

¹⁷³² Л. МакЕвой, “Центрування “джерела” в розслідуванні з відкритих джерел” (*OpenGlobalRights*, 21 січня 2021); Ю. Макдермотт, Д. Мюррей і А. Кеніг, “Чиї історії розповідаються і ким? Репрезентативність у розслідуваннях з прав людини з відкритих джерел” (*Opinio Juris*, 19 грудня 2019).

¹⁷³³ Див. напр., розділ 6 Принципи поводження, орієнтовані на постраждалих і свідків, що вижили.

¹⁷³⁴ Д. Міноуг і Р. Макумбе, “Використання користувацького контенту в зусиллях по притягненню до відповідальності за порушення міжнародного права в Ємені” (*Opinio Juris*, 18 грудня 2019).

¹⁷³⁵ Ю. Макдермотт, Д. Мюррей і А. Кеніг, “Біла пляма інформації з відкритих джерел: упередженість людей і машин у міжнародних кримінальних розслідуваннях” (2021) *19 Journal of International Criminal Justice* 85, сс. 91-100.

точок зору.¹⁷³⁶ Щоб боротися з цим, в таких випадках можна використовувати методи підтримки об'єктивності та боротьби з упередженістю в традиційних розслідуваннях.¹⁷³⁷

На останок, дезінформація та неправдива інформація сьогодні широко поширені в Інтернеті. Нерідко відео або фотографія, опубліковані та широко розповсюджені в Інтернеті, підписуються як такі, що стосуються однієї ситуації, лише для того, щоб пошук за зворотнім відображенням показав, що насправді вони були вперше опубліковані в Інтернеті багато років тому в іншому регіоні. Само собою зрозуміло, що спірання на таку оманливу інформацію (умисно оманливу чи ні) може мати серйозні наслідки для прокурорів, їх організації та їхній репутації. Тому важливо підтримувати світогляд, який постійно ставить під сумнів те, що людина бачить, що показується, і як щось стало відомо саме з цієї інформації.

5.6.3 Основоположні принципи

Як і в будь-якій правозахисній діяльності, розслідування за відкритими джерелами має ґрунтуватися на принципі “Не нашкодь”.¹⁷³⁸ Існує кілька важливих правил, яких необхідно дотримуватися протягом усього етапу збору. По-перше, Протокол Берклі рекомендує проводити розслідування з відкритих джерел **якомога ближче за часом до відповідних подій**, щоб отримати оригінальні публікації. Це має ключове значення, оскільки сайти соціальних мереж дотримуються політики видалення вмісту, наприклад - графічні докази злочинів проти цивільних осіб, що порушує керівні принципи цих сервісів. Однак збереження будь-якої інформації краще, ніж її відсутність, тому “близькі дублікати”, опубліковані пізніше, також можуть містити важливу інформацію і повинні бути зафіксовані.¹⁷³⁹

По-друге, при проведенні пошуку важливо зберігати **об'єктивність**.¹⁷⁴⁰ Розслідування з відкритих джерел повинні містити як компрометуючі, так і виправдовувальні матеріали без будь-якої прихильності. Об'єктивність повинна бути інтегрована в розробку параметрів пошуку, включно з вибором пошукових термінів і розробку алгоритмів для автоматичного пошуку, а також в огляд зібраних матеріалів. Експертна оцінка та “двофакторна автентифікація” (тобто аналіз як змісту, так і джерела відповідної інформації) є корисними методологіями, які забезпечують об'єктивність процесу збору інформації.

По-третє, Протокол Берклі рекомендує пам'ятати про **етику збору даних**: принципи мінімізації даних (які вимагають збору не більше інформації, ніж необхідно); підвищена вразливість, яку збір даних може створити для свідків та інших осіб; і необхідність отримання інформованої згоди (*див.* розділ 6.2) для використання основних матеріалів для

¹⁷³⁶ С. Дайер і Дж. Івенс, “Як би виглядало феміністське розслідування з відкритих джерел?” (2020) 1 *Digital War* 5.

¹⁷³⁷ *Див.* розділ 1.3 Десять основних правил розслідування - Правило 3: Зберігайте неупередженість та об'єктивність.

¹⁷³⁸ *Див.* розділи 1.1 Десять основних Правил розслідування - Правило 1: Не нашкодь і 6 Принципи поведіння, орієнтовані на постраждалих і свідків, що вижили.

¹⁷³⁹ Протокол Берклі, пп. 157-175.

¹⁷⁴⁰ Протокол Берклі, п. 27.

цілей юридичної відповідальності.¹⁷⁴¹ Фахівці також повинні пам'ятати про свій “слід” - наприклад, занадто багато людей, що заходять на один і той же веб-сайт, можуть підняти тривогу та викликати проблеми для інших.

По-четверте, забезпечити **впорядкованість і можливість пошуку** зібраної інформації і уникнення дублювання інформації. Як мінімум, кодування будь-яких архівів має містити таке: Хто (імена окремих осіб, підрозділи, команди і т. д. з послідовними описами, які можуть включати схему кодування); що (документ? фото? відео?); де (координати? місто?); і коли (дата, максимально скорочена).¹⁷⁴²

Нарешті, протягом усього процесу забезпечте **прозорість і підзвітність**.¹⁷⁴³ Ведіть чіткі записи про те, як проводилося розслідування, використані процеси і дотримані стандарти, характер і тип знайденої інформації, а також про те, як ця інформація зберігається (див. нижче).

5.6.4 Попередній розгляд

Підготовка є ключем до успішного розслідування з відкритих джерел. Насправді підготовчі етапи розслідування з відкритих джерел не відрізняються від традиційних. Протокол Берклі містить главу про безпеку і главу про підготовку,¹⁷⁴⁴ а також корисні шаблони для оцінки цифрових загроз і ризиків, плану онлайн-розслідування та оцінки цифрового середовища.¹⁷⁴⁵ Пильну увагу слід приділити цим ресурсам в якості початкового кроку в підготовці розслідування. З самого початку важливо розробити **план збору інформації** для кожного питання, на яке повинні відповісти фахівці, з описом процесу, як вони пропонують на нього відповісти (зокрема, для забезпечення того, щоб оперативні підрозділи, яким зазвичай доручено проводити розслідування з відкритих джерел в Україні, ефективно виконували свої функції). Оскільки при онлайн-розслідуванні легко потрапити в “чорні діри”, може бути корисно тримати це ключове питання в полі зору. Одна з рекомендацій полягає в тому, щоб прикріпити до екрану комп'ютера замітку з вашим дослідницьким питанням, щоб пам'ятати про нього протягом усього часу.

Ще одним ключовим аспектом підготовки є налаштування вашого **робочого місця**. Онлайн-курс Amnesty International має детальну главу про налаштування робочої станції з онлайн джерел для використання відкритих джерел, включаючи те, який браузер використовувати (вони пропонують Google Chrome), які інструменти завантажувати заздалегідь (включно з WeVerify і Google Earth Pro). Перш ніж приступити до роботи, фахівцям рекомендується:

1.	Розробіть робочий процес розслідування (див. оформлення робочого процесу нижче) та параметри розслідування.
2.	Визначте, як будуть документуватися розслідування і всі необхідні кроки.

¹⁷⁴¹ Протокол Берклі, Глава II, розділ С.

¹⁷⁴² Протокол Берклі, Додаток IV.

¹⁷⁴³ Протокол Берклі, пп. 25, 38.

¹⁷⁴⁴ Див. Протокол Берклі, Глави IV-V.

¹⁷⁴⁵ Див. Протокол Берклі, Додатки I-III.

3.	Враховуйте безпеку в Інтернеті: псевдоніми (нікнейми) облікових записів повинні використовуватися для будь-яких платформ, які ви хочете використовувати. Для цього може знадобитися покупка нової SIM-карти і адреси електронної пошти, щоб можна було підтвердити обліковий запис в соціальних мережах. Щоб захистити вашу особистість в Інтернеті, рекомендується встановити віртуальну приватну мережу (“VPN”), яка буде маскувати вашу IP-адресу. В ідеалі ви повинні використовувати окремі пристрої для особистого та слідчого використання, але якщо це неможливо, переконайтеся, що ви очистили історію свого браузера, вийшли з усіх своїх особистих облікових записів (і увійшли в систему під своїм псевдонімом), перш ніж починати завдання. Якщо ви використовуєте Google Chrome як браузер, ви можете створити окремий обліковий запис Google, який ви використовуєте лише для проведення розслідувань, знову ж таки для захисту Вашої особистості. <i>Security in-a-Box</i> (“Безпека в коробці”), розроблена Front Line Defenders and Tactical Tech, надає набір інструментів для цифрової безпеки, що охоплює основні принципи, як-от створення надійних паролів і уникнення шкідливих програм.
4.	Вирішіть, чи потрібно встановлювати Hunch.ly або аналогічне програмне забезпечення для обліку ваших дій у мережі .
5.	Вирішіть, чи збираєтеся ви використовувати такий сайт, як archive.org для архівування релевантних веб-сторінок , переглянутих на цю дату і час, і чи потрібен вам плагін, наприклад GoFullPage, для створення скріншотів всієї сторінки.
6.	Для важливих відео та зображень, які можуть бути видалені платформою або іншим чином стати недоступними пізніше, визначте, як і де ви збираєтеся зберігати цю конфіденційну інформацію . Чи є у вас план управління даними?
7.	Якщо ви працюєте в команді , вирішіть, як ви збираєтеся ділитися інформацією про те, які напрямки ви або інші розслідували, і як ви збираєтеся визначити пріоритети щодо того, яка інформація буде відібрана для верифікації.
8.	Подумайте про ризик опосередкованої травми від перегляду тривожного матеріалу та про те, як зменшити шкоду з самого початку.
9.	Слід подбати про систему підтримки . Наприклад, якщо ви працюєте в команді, ви можете запланувати регулярні сеанси “звірки годинників”, щоб підтримувати один одного. Впровадьте систему попередження інших членів вашої команди про тривожний матеріал до того, як вони його переглянуть.
10.	Менеджери повинні мати системи для перевірки підлеглих і надання їм можливості звернутися за підтримкою.
11.	Подумайте про те, що допомагає вам відключитися, і вчасно складіть свій графік догляду за собою .
12.	Встановіть межі між вашим особистим простором і вашим робочим простором розслідування. Подумайте про ритуали переходу, які ви можете використовувати, щоб розрізнити вашу роботу та особисте життя.
13.	Додаткові технічні кроки, які ви можете зробити, щоб захистити себе, містять: <ul style="list-style-type: none"> • Відключення звуку на відео / зменшення яскравості / зменшення розміру відео або додавання наліпки або шматочка картону на екран, щоб блокувати тривожні зображення, які вам не потрібно бачити; • Відключення автозапуску і функції автоматичного завантаження в месенджерах, тим самим зводячи до мінімуму елемент несподіванки; і • Наявність окремих облікових записів для особистого та робочого використання, встановлення чіткої межі між роботою та особистим життям в Інтернеті.

Таблиця 85: Налаштування робочого місця для роботи з відкритих джерел

Це лише початкові міркування; перед початком документування слід провести повну перевірку вашого робочого місця, комп'ютера та методів роботи, і в ідеалі в складі команди, щоб захистити себе та інших.

5.6.5 Оформлення робочого процесу

Структурований і добре організований робочий процес є ключем до успішного розслідування з відкритих джерел. Заздалегідь вам необхідно встановити чіткі дослідницькі питання, які, в свою чергу, будуть інформувати про те, які дані необхідно зібрати, зберегти і проаналізувати. Нижче наведено два приклади робочих процесів.¹⁷⁴⁶

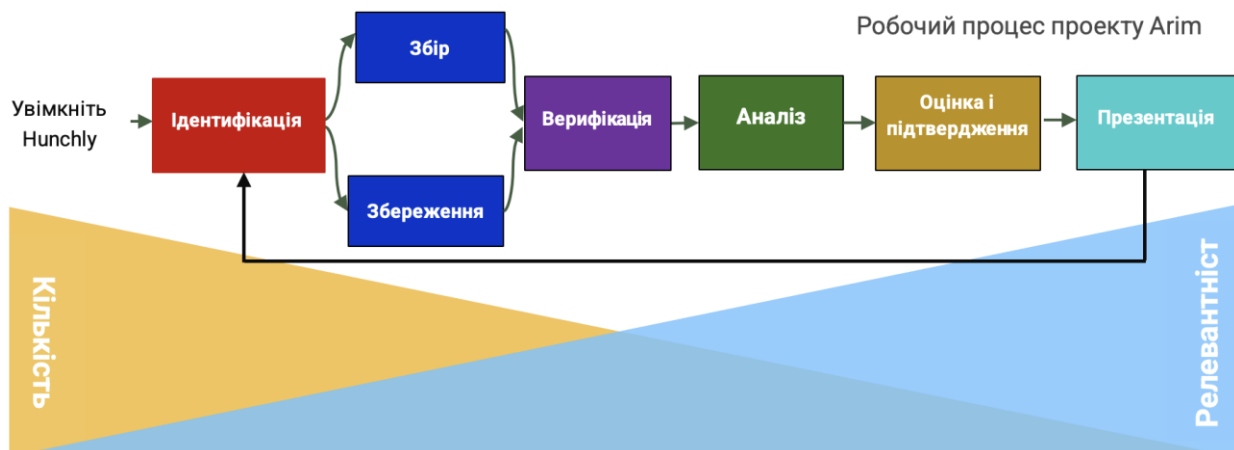


Рисунок 6: Оформлення робочого процесу Bellingcat/GLAN



Рисунок 7: Оформлення робочого процесу за Протоколом Берклі

¹⁷⁴⁶ Протокол Берклі, с. 55.

Ці два робочі процеси підкреслюють кроки, які необхідно взяти в розслідуванні за відкритими джерелами, а робочий процес Bellingcat / GLAN додає кроки для підтвердження та представлення результатів. Як видно з обох малюнків, процес є **повторюваним і циклічним**. Як зазначається в Протоколі Берклі: “розслідування з відкритих джерел рідко носять лінійний характер і часто вимагають повторення цього процесу, враховуючи циклічний характер формування прецедентів. Також можуть бути вагомими причини для відхилення від цього порядку”.¹⁷⁴⁷ У наступному розділі наведені деякі короткі вказівки по кожному етапу робочого процесу.

5.6.5.1 Виявлення, попередня оцінка та збір даних

Розробивши план збору інформації в рамках початкової підготовки, фахівці можуть вважати за необхідне провести обшук для збору додаткової інформації.

Протокол Берклі містить дуже корисний “Шаблон оцінки цифрового середовища”, який спонукає автора враховувати такі фактори, як поширення Інтернету (в розбивці за демографічними ознаками - статтю, віком і т. д.); популярні веб-сайти і платформи соціальних мереж; бази даних; засоби масової інформації; і так далі.¹⁷⁴⁸

У цьому короткому керівництві неможливо надати повний огляд того, як вивчати та моніторити конкретні платформи. Спеціалізовані курси з методів виявлення також доступні онлайн або офлайн.¹⁷⁴⁹

Процес розслідування за відкритими джерелами може розпочатися з онлайн-запиту, що охоплює два основні процеси:¹⁷⁵⁰

1. **Пошук**, тобто виявлення інформації та джерел інформації з використанням загальних або розширених методик пошуку; і
2. **Моніторинг**, тобто виявлення нової інформації шляхом послідовного і постійного огляду певних незмінних джерел.

Попередня оцінка повинна проводитися після онлайн-дослідження, тобто фахівці повинні ідентифікувати будь-які матеріали, щоб уникнути надмірного збору і дотримуватися принципів мінімізації даних і цілеспрямованого розслідування.¹⁷⁵¹

Після цього фахівці-практики можуть перейти до етапу збору, тобто отримати доступ до онлайн-інформації за допомогою скріншоту, перетворення у PDF, завантаження даних

¹⁷⁴⁷ Протокол Берклі, п. 140.

¹⁷⁴⁸ Протокол Берклі, Додаток III.

¹⁷⁴⁹ Наприклад, безкоштовний онлайн-курс Amnesty International – “Розслідування з відкритих джерел в області прав людини: Частина 2” – включає в себе набір основних рекомендацій щодо навігації та пошуку в Twitter, Facebook і YouTube, а також деякі інструменти та методи, пов’язані з перекладом та збереженням рядків пошуку: *див.*, Advocacy Assembly, “Amnesty International: розслідування з відкритих джерел в інтересах прав людини”. Інститут міжнародних кримінальних розслідувань (“ІМКР”) також організовує спеціалізований навчальний курс з розслідування з використанням відкритих джерел, що проводиться у співпраці з Центром з прав людини Каліфорнійського університету в Берклі: *див.*, <https://iici.global/courses/>.

¹⁷⁵⁰ Протокол Берклі, пп. 141-146; *Див. також* Розділ 1.3.1.

¹⁷⁵¹ *Див. також* розділ 1.3.1.

судової експертизи або іншої форми фіксації.¹⁷⁵² Різні методи збору¹⁷⁵³ можуть гарантувати справжність цифрового об'єкта.¹⁷⁵⁴

Важливо мати на увазі, що **жоден пошук не є нейтральним**: ваше місцезнаходження, історія пошуку, пристрій та інші фактори змусять пошукову систему або платформу адаптувати результати, які ви бачите. На практиці, якщо фахівець проводить пошук виразів, що стосуються умислу незаконного переслідування в повідомленнях в соціальних мережах, встановлення російської як бажаної мови веб-браузера, а не української, англійської або іншої мови, може привести до більш релевантних результатів. Історія пошуку також може призвести до того, що деяка релевантна інформація з'явиться не на першій, а на другій або третій сторінці результатів пошуку в Google, і тому може бути пропущена. Хоча нейтральний пошук неможливий, можна вжити деякі заходи, очистивши історію пошуку в браузері, використовуючи анонімну вкладку браузера, використовуючи VPN для приховування місцезнаходження користувача і вийшовши з усіх особистих облікових записів перед початком пошуку. *Див.* вище розділ 1.3.

Результати розслідувань з відкритих джерел мають бути належним чином зафіксовані у Папці для документування для їх подальшого використання у кримінальному судочинстві (*див.* розділ 4.1.2)

5.6.5.2 Збереження

Не можна вважати, що якщо онлайн-інформація з відкритих джерел доступна сьогодні, вона все ще буде доступна в Інтернеті в майбутньому. Алгоритми та процедури, розроблені компаніями соціальних мереж для видалення шкідливого або насильницького контенту зі своїх платформ також можуть видаляти цінні докази порушень прав людини в процесі. Таким чином, фахівці можуть вважати за необхідне зберегти матеріали з відкритих джерел для використання в майбутньому.

Протокол Берклі рекомендує зберігати чистий оригінал зібраного цифрового елемента в тому форматі(ах), в якому(их) він був зібраний. Якщо фахівці побажають відредагувати або маніпулювати цифровим об'єктом з метою аналізу або верифікації, слід зробити копію, щоб уникнути компрометації оригіналу.¹⁷⁵⁵ Крім того, фахівці повинні зберігати метадані, посилання, мережі, зміст та всі коментарі з відповідних соціальних мереж та інших сайтів.¹⁷⁵⁶

Інформація може зберігатися на місцях, наприклад, на зашифрованому паролем жорсткому диску, що зберігається в замкненій шафі, на мережевому диску, який є частиною локальної мережі або віддаленого сервера, або на хмарному сховищі.¹⁷⁵⁷ Спосіб зберігання інформації

¹⁷⁵² Протокол Берклі, п. 153. *Див. також розділ 1.3.1.*

¹⁷⁵³ Протокол Берклі, п. 155.

¹⁷⁵⁴ Протокол Берклі, п. 156. *Див. також розділ 5.5.3, вище.*

¹⁷⁵⁵ Протокол Берклі, п. 169.

¹⁷⁵⁶ Протокол Берклі, пп. 157-175.

¹⁷⁵⁷ *Див.* розділ 4.2

залежить від: чутливості цифрового контенту і відносної безпеки різних варіантів; вартості; ємності сховища; доступності; довгострокової стійкості; і відповідних законів, включно із законодавством про захист даних.¹⁷⁵⁸ Це слід враховувати при складанні вашого плану документування. Для відстеження того, що зберігається, де і які елементи були верифіковані або вимагають верифікації, слід використовувати стандартизовану систему збору даних (наприклад, деталізовану електронну таблицю).¹⁷⁵⁹ Тут виникає етичне міркування щодо самої людини, яка першою поділилась інформацією в Інтернеті, і чи дала вона вам свою інформовану згоду на зберігання і використання цієї частини інформації. Там, де це можливо, слід вжити заходів для отримання інформованої згоди, якщо тільки це не піддасть ризику того, хто завантажив інформацію.¹⁷⁶⁰

Наприклад, **Єменський проєкт** розробив протокол, за допомогою якого URL-адреса будь-якого матеріалу, який слідчі хочуть зберегти, може бути скопійована в електронну таблицю, хешована цифровим способом і збережена в цілісності.¹⁷⁶¹ Крім того, **Сирійський центр правосуддя і підзвітності** розробив власне програмне забезпечення для створення реляційних баз даних, відоме як “Баянат” (Bayanat), за допомогою якого організація успішно зберегла понад 1,8 мільйона файлів даних, включно з понад 350 000 відеозаписів.¹⁷⁶²

Нестабільне підключення до Інтернету може стати перешкодою для фахівців, які проводять розслідування з відкритих джерел в зонах конфліктів, особливо при спробі зберегти інформацію. Щоб пом'якшити цю проблему, **Myanmar Witness**, місцева ОГС, яка займається збором інформації з відкритих джерел про порушення прав людини в М'янмі, співпрацює і ділиться інформацією з незалежним механізмом ООН з розслідування в М'янмі, який потім може зберігати і перевіряти матеріали.¹⁷⁶³

5.6.5.3 Верифікація

Верифікація - це “процес встановлення точності або достовірності інформації, яка була зібрана онлайн”.¹⁷⁶⁴ Корисно думати про верифікацію як про “пазл”, де кожна з частин може працювати разом, щоб допомогти оцінити, чи відповідає частина матеріалу тому, за що вона себе видає, як показано на діаграмі.

У “Контрольному списку для верифікації матеріалу”, запропонованому Amnesty

ПАЗЛ ВЕРИФІКАЦІЇ
Підхід до ваших матеріалів і застосування методів верифікації

ОРИГІНАЛЬНИЙ МАТЕРІАЛ?	МОТИВ ДЛЯ ПОШИРЕННЯ?	ПІДТВЕРДЖУЮЧІ ДОКАЗИ?
МІСЦЕ ЗАХОПЛЕННЯ МАТЕРІАЛУ?	Підхід до матеріалів	ДОГЛЯД ЗА СОБОЮ
ДАТА/ЧАС ЗАХОПЛЕННЯ МАТЕРІАЛУ?	ХТО ЦЕ ЗАВАНТАЖИВ?	ВИСНОВОК?



¹⁷⁵⁸ Див. розділ 1.4

¹⁷⁵⁹ Див. розділ 4.1.2 Підготовка матеріалів справи, включаючи звіт про слідчі дії.

¹⁷⁶⁰ Див. Розділи 1.5 та 1.6.

¹⁷⁶¹ Н. Уотерс, “Єменський проєкт Bellingcat” у М. Мейр та ін. (ред.) Методи розслідування: Колекція інновацій NCRM (Southampton, National Centre for Research Methods, 2022) 19, с. 22.

¹⁷⁶² Сирійський центр правосуддя та відповідальності, “База даних про порушення”

¹⁷⁶³ Р. Берлі “Запуск м'янманського свідка” (Centre for Information Resilience, 2021).

¹⁷⁶⁴ Протокол Берклі, п. 176.

International, визначено вісім питань, які необхідно задати при розгляді кожної частини матеріалу з метою верифікації.¹⁷⁶⁵

№	Питання	Відповідь
1.	Чи є контент, який ви переглядаєте, оригінальним?	
2.	Хто є завантажувачем?	
3.	Коли контент був зафіксований?	
4.	Де контент був зафіксований?	
5.	Чи можете ви встановити будь-які інші підтверджувальні докази?	
6.	Яка мотивація джерела для поширення цього контенту?	
7.	Які висновки можна зробити з аналізу контенту?	
8.	Чи практикуєте ви ефективний догляд за собою?	

Таблиця 86: Контрольний список для верифікації контенту

Кожне розслідування відрізняється від іншого. Кожна частина матеріалу може представляти різні проблеми з точки зору того, наскільки вона інформативна і чи існують додаткові підтверджувальні докази. Проте, існує низка загальних інструментів і методів, які можуть бути використані при перевірці:

- **Зворотній пошук зображень:** допомагає визначити, чи з'являлося відео / зображення в мережі раніше. Плагін WeVerify для Google Chrome включає в себе інструменти для вилучення ключових кадрів з відео і виконання зворотнього пошуку зображень в декількох пошукових системах (включаючи Google і Яндекс);
- **Перегляд даних у форматі обміну файлами зображень (“EXIF”):** не завжди можуть бути доступні (якщо матеріал був знайдений на платформі соціальних мереж, яка видаляє метадані, або якщо це не оригінал), але там, де вони доступні, дані EXIF можуть показати, коли було створено зображення, який пристрій використовувався, чи використовувався Photoshop для редагування зображення і, в залежності від пристрою, використовуваного для захоплення зображення, GPS-координати. Сайти, подібні <https://exifdata.com> і плагін WeVerify можуть витягувати дані EXIF з файлів зображень.
- **Геолокаційний контент:** навіть там, де дані про місцезнаходження недоступні з даних EXIF, візуальні підказки (наприклад, вивіски; вітрини магазинів; ландшафтні об'єкти, як-от гори; або орієнтири, наприклад високі вежі або статуї) можуть бути використані, щоб спробувати визначити, де було знято відео або зображення. Навіть там, де доступні дані EXIF і вказано місцезнаходження за допомогою GPS, завжди рекомендується самостійно перевіряти ці дані. Супутникові знімки або такі інструменти, як Google street view, можна порівняти з фрагментом контенту, щоб визначити, чи відповідають візуальні характеристики.

¹⁷⁶⁵ Advocacy Assembly, “Чекліст верифікації для розслідувань з відкритих джерел” (8 березня 2021).

Інші прогресивні інструменти (наприклад, SunCalc, який використовується для обчислення довжини тіні на фотографіях і відео) використовуються досвідченими слідчими, а нові інструменти для розслідувань порушень прав людини з відкритих джерел (наприклад, розміщені на OSR4Rights Tools Hub) постійно розробляються і стають доступними. Онлайн-спільноти, наприклад Twitter, є гарним місцем для отримання додаткової інформації про ці інструменти, а також спеціальні навчальні програми, подібні до наведених нижче.

Сирійська мережа з прав людини - незалежна правозахисна організація, що займається документуванням порушень прав людини в Сирії. На етапі перевірки кожне зібране відео проходить кілька перевірок, в ході яких встановлюється наступне: дата, час і місце, в якому було зроблено запис; дата першого завантаження відео; і хто його завантажив.¹⁷⁶⁶

Само собою зрозуміло, що процес перевірки викликає етичні проблеми. Як і у випадку з традиційними методами розслідування, їх слід розглядати як частину планування до початку розслідування. Верифікація може виявити конфіденційну інформацію, як-от ім'я завантажувача або його політичну приналежність, і цінність цієї інформації має бути ретельно зважена з урахуванням ризику заподіяння шкоди творцеві, завантажувачу, людям, що фігурують в контенті, самим фахівцям, слідчій організації та іншим зацікавленим сторонам. Щоб розібратися в деяких з цих етичних міркувань, особливо важливих при розслідуванні з відкритих джерел, фахівцям рекомендується ознайомитися з останніми дослідженнями в цій галузі.¹⁷⁶⁷

5.6.5.4 Аналіз

При аналізі інформації з відкритих джерел фахівці мають пам'ятати про те, які висновки вони не можуть зробити з цієї інформації, і про те, які висновки можуть зробити. Фахівці мають розробити кілька робочих гіпотез і бути обережними, щоб не потрапити в пастку підтверджувального упередження, коли інформація тлумачиться на користь однієї теорії, в той час як можливе інше розумне тлумачення.¹⁷⁶⁸ Існують методи, які можуть служити перевіркою на упередженість, яка може вплинути на аналіз інформації, від оцінки результатів колегами до призначення комісій з аналізу доказів і включення "червоної команди", роль якої полягає в побудові конкуруючих гіпотез.¹⁷⁶⁹

На етапі візуального аналізу SNHR звіряє кожну фотографію / відео з будь-якими іншими, що документують ту ж подію, перш ніж зв'язати їх з показаннями безпосередніх свідків і будь-якими іншими доступними деталями, такими як супутникові знімки.¹⁷⁷⁰

¹⁷⁶⁶ Методологія роботи Сирійської мережі з прав людини, с. 29.

¹⁷⁶⁷ Наприклад, С. Дабберлі та С. Дайер, *Правозахисні підходи до цифрових розслідувань з відкритих джерел* (Проект "Великі дані та технології в галузі прав людини", очікується у 2022 році) є безцінним ресурсом.

¹⁷⁶⁸ Про "білі плями" досліджень з відкритих джерел, *див. також*, Д. Міноуг і Р. Макумбе, "Використання користувацького контенту в зусиллях по притягненню до відповідальності за порушення міжнародного права в Ємені" (*Opinio Juris*, 18 грудня 2019).

¹⁷⁶⁹ *Див.* розділ 5.6.3 Основні принципи.

¹⁷⁷⁰ Методологія роботи Сирійської мережі з прав людини, с. 29.

Підказки для фахівців ¹⁷⁷¹	
Як був отриманий контент?	Подумайте про те, по яких інформаційних каналах пройшов контент, перш ніж потрапити до вас на стіл. Скільки разів він переходив з рук в руки?
Хто створив контент?	Чи людина, яка поділилася або завантажила контент в Інтернет, також є творцем, чи це був хтось інший? Запитайте, якщо ви не знаєте.
Звідки взявся контент?	Описи та метадані можуть бути підроблені. Чи існують видимі орієнтири або звуки (наприклад, поліцейські сирени або діалекти), які можуть допомогти вам визначити місце розташування або час? Якщо ви стурбовані автентичністю зображень, Вам слід найняти досвідченого члена вашої слідчої групи або іншого фахівця для геолокації пам'яток на зображеннях. ¹⁷⁷²
Коли був створений контент?	Можливо, ви не завжди зможете довіряти часовим відміткам на файлі. Чи є візуальні підказки, як-от погода?
Чому був створений контент?	Чи можете ви визначити мотивацію для поширення контенту? Які інтереси є у завантажувача?

Таблиця 87: Аналіз інформації з відкритих джерел

6 ПРИНЦИПИ ОРІЄНТАЦІЇ НА ПОСТРАЖДАЛИХ У РОБОТІ З ПОТЕРПІЛИМИ ТА СВІДКАМИ

Щоб допомогти фахівцям-практикам зрозуміти принципи найкращої практики роботи з потерпілими та свідками міжнародних злочинів, у цьому розділі будуть розглянуті такі теми:

- **6.1 “Не нашкодь”:** розуміння того, що означає принцип “Не нашкодь”, хто повинен дотримуватися принципу “Не нашкодь”, а також як проводити оцінку та зменшення ризиків.
- **6.2 Інформована згода:** розуміння того, що таке інформована згода, коли і як слід отримувати інформовану згоду.
- **6.3 Обмін інформацією:** розуміння участі потерпілих осіб та компенсації/відшкодування в українській системі кримінального правосуддя та в Міжнародному кримінальному суді;
- **6.4 Конфіденційність:** розуміння того, як захистити конфіденційність потерпілих та свідків.
- **6.5 Перенаправлення:** розуміння того, як встановити необхідні зв'язки з соціальними мережами та мережами підтримки для полегшення доступу потерпілих до них.

¹⁷⁷¹ Протокол Берклі містить кілька шаблонів, які прокурори можуть використовувати в ході свого розслідування. Див., Протокол Берклі, Додатки I-V.

¹⁷⁷² Фріман (2018), сс. 316-319.

- **6.6 Принципи, що стосуються заяв свідків та інтерв'ю:** розуміння того, як дотримуватися найкращих практик проведення опитування, орієнтованих на потерпілих (наприклад, модель PEACE), та як проводити опитування з особливо вразливими особами.

6.1 “НЕ НАШКОДЬ”

6.1.1 Що означає “Не нашкодь”?

“Не нашкодь”— це одне з шести основних правил для розслідування (див. розділ 1.1) і базовий принцип моніторингу прав людини,¹⁷⁷³ добре знаний у сфері гуманітарного права та сфері захисту прав людини,¹⁷⁷⁴ і, відносно нещодавно, у сфері міжнародного кримінального правосуддя.¹⁷⁷⁵ “Не нашкодь” вимагає від суб’єктів кримінального правосуддя усвідомлення того, що їхні дії (починаючи з перших контактів на етапі розслідування і закінчуючи судовим розглядом) можуть завдавати шкоди потерпілим і свідкам. Для запобігання цьому суб’єкти мають вживати таких заходів:

1. Не наражати свідків і потерпілих на ризик своїми діями;¹⁷⁷⁶
2. Пом’якшувати можливий негативний вплив своїх дій.¹⁷⁷⁷

Застосування принципу “Не нашкодь” під час взаємодії з потерпілими та свідками — це використання в роботі підходу, орієнтованого на потерпілу особу,¹⁷⁷⁸ недопущення будь-

¹⁷⁷³ Управління Верховного комісара ООН з прав людини (УВКПЛ), “Посібник УВКПЛ з моніторингу прав людини: Глава 2 – Базові принципи моніторингу прав людини” (2011) HR/P/PT/7/Rev1 (“Посібник УВКПЛ з моніторингу прав людини: Глава 2”), с. 4.

¹⁷⁷⁴ Див., наприклад, Посібник Асоціації Sphere, “Гуманітарна хартія та мінімальні стандарти гуманітарного реагування: принцип захисту № 1” (2018).

¹⁷⁷⁵ Прокурор проти Бемби, ICC-01/05-01/08, Зауваження, що стосуються відшкодування шкоди, 31.10.2016 р., п. 22; Міжнародний трибунал щодо колишньої Югославії (МТКЮ), “Керівництво МТКЮ з розвинутої практики” (2009) (“Керівництво МТКЮ з розвинутої практики”), с. 34.

¹⁷⁷⁶ С. Кокан, Й. Рікхоф та Е. Салліван, “Кримінальне переслідування серій міжнародних злочинів: політика розслідування і принципи співпраці та співробітництва” (2018) (“Політика розслідування і принципи співпраці та співробітництва”); Д. Алессандра та ін., “Довідник громадянського суспільства щодо документування порушень прав людини: принципи і передова практика” (Public International Law & Policy Group (“PILPG”) 2016) (“Довідник PILPG”), сс. 8, 21-22.

¹⁷⁷⁷ С. Ф. Рібейро та Д. ван дер Стратен Понтоз, “Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті: найкраща практика документування сексуального насильства як злочину або порушення міжнародного права” (2-ге видання, Міністерство закордонних справ і у справах Співдружності Великої Британії, 2017 р.) (“Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті”), с. 85; Пояснювальна доповідь Ради Європи (РЄ) до Конвенції РЄ про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (2011) CETS No. 210 (“Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції”), пункти 116, 255; Управління ООН з наркотиків і злочинності (УНЗ ООН) “Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат” (UN 2014) (“Посібник УНЗ ООН з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат”), с. 25; Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики (ГМППП), с. 8, 21-22; Африканська комісія з прав людини і народів, “Керівні настанови з протидії сексуальному насильству та його наслідкам в Африці” (Африканський Союз (АФ) 2017), с. 18.

¹⁷⁷⁸ Міжвідомчий постійний комітет (МПК), “Як надавати підтримку постраждалим від гендерно зумовленого насильства в умовах відсутності суб’єкта програми у сфері ГЗН у вашому районі. Покроковий кишеньковий довідник для фахівців-практиків з надання гуманітарної допомоги” (2015) (“Кишеньковий довідник з ГЗН”), с. 2-

яких проявів осуду¹⁷⁷⁹ чи покладання вини на потерпілу особу,¹⁷⁸⁰ а також усвідомлення того, що забезпечення безпеки потерпілих і свідків є важливішим за збір інформації.¹⁷⁸¹ Принцип “Не нашкодь” та інші споріднені з ним принципи лежать в основі методики проведення допиту, орієнтованого на інтереси потерпілої особи, про яку йдеться у розділі 6.6.

У рамках підходу, орієнтованого на інтереси потерпілої особи, фахівці-практики мають пристосовуватися до індивідуальних особливостей потерпілих і свідків. Так, фахівець має відповідним чином адаптувати свою діяльність під час взаємодії з потерпілими й свідками, враховуючи їхні індивідуальні особливості й характеристики, їхню належність до певних груп, а також ситуацію, у якій вони опинились. Зокрема, слід взяти до уваги такі чинники, як вік, стать, ступінь розвитку, витривалість, стосунки, соціально-економічна та політична ситуація, а також наявність чи відсутність проявів дискримінації стосовно таких осіб.¹⁷⁸² Заходи, спрямовані на пом'якшення можливого негативного впливу мають ґрунтуватися на індивідуальному оцінюванні потенційних ризиків потерпілої особи чи свідка, у якому враховано специфіку злочину, вразливість їхнього становища та вразливість особи.¹⁷⁸³ Більш докладну інформацію про “оцінювання ризиків” наведено в розділі 6.1.3.

Слід пам'ятати, що відповідно до принципу “Не нашкодь” фахівець має вислухати думку потерпілого чи свідка та запитати про їхні потреби, пріоритети, проблеми, ризики та поточну ситуацію.¹⁷⁸⁴ Також зазначений принцип передбачає, що фахівець на перше місце ставитиме безпеку, добробут і гідність потерпілої особи чи свідка, а не цілі документування.¹⁷⁸⁵ Загалом принцип “Не нашкодь” вимагає від фахівців інклюзивного підходу та недопущення дискримінації у власних діях чи толерування проявів дискримінації з боку колег.¹⁷⁸⁶ Зокрема, необхідно виявляти повагу до особи потерпілих та свідків (враховувати стать/гендер, особливості використання займенників, наявність інвалідності та інші характеристики).¹⁷⁸⁷

3; Фонд ООН у галузі народонаселення (UNFPA), “Дев'ять принципів етики: як етично повідомляти про гендерно зумовлене насильство у сирійській кризі” (2015), с. 9; УВКПЛ, “Захист постраждалих від сексуального насильства: засвоєні уроки” (2019) (“УВКПЛ, Засвоєні уроки”) с. 3-5.

¹⁷⁷⁹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 14, 138, 280; Кишеньковий довідник з ГЗН, с. 7, 15.

¹⁷⁸⁰ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 138, 180, 280; Сара Пейн, кавалер Ордена Британської імперії (МВЕ), “Згвалтування: огляд досвіду постраждалих осіб” (Міністерство внутрішніх справ Великої Британії, 2009), с. 11.

¹⁷⁸¹ Політика розслідування і принципи співпраці та співробітництва; Керівництво МТКЮ з розвинутої практики, п. 34.

¹⁷⁸² Інститут міжнародних кримінальних розслідувань (ІМКР), Ініціатива Наді, Ініціатива Уряду Великої Британії із запобігання сексуальному насильству в умовах конфлікту (ІЗСН), “Глобальний кодекс поведінки для осіб, які збирають та використовують інформацію про систематичне сексуальне насильство в умовах конфлікту” (13.04.2022) (“Кодекс Мурад”), Принцип 1.1.

¹⁷⁸³ Політика розслідування і принципи співпраці та співробітництва.

¹⁷⁸⁴ Кодекс Мурад, Принцип 1.3.

¹⁷⁸⁵ Кодекс Мурад, Принцип 1.4.

¹⁷⁸⁶ Кодекс Мурад, Принцип 1.8.

¹⁷⁸⁷ Кодекс Мурад, Принцип 1.7

Особливу увагу слід приділяти потерпілим, які пережили психологічну травму, сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом (СНПК), та/або катування, адже вони вже постраждали від рук виконавців і можуть постраждати ще більше, якщо під час розслідування й судового розгляду¹⁷⁸⁸ працівники поліції, прокурори та судді будуть нечутливими, байдужими, неточними чи неналежним чином підготовленими.¹⁷⁸⁹ “Не нашкодь” вимагає від фахівців розпізнавати ці негативні форми поведінки і усувати їх, щоб зменшити негативні наслідки.

6.1.2 Хто і в яких випадках має дотримуватися принципу “Не нашкодь”?

У центрі уваги принципу “Не нашкодь” — безпека і гідність потерпілих від злочинів.¹⁷⁹⁰ Цей принцип важливий не лише для слідчих, поліцейських, прокурорів та суддів, а й для інших осіб, які беруть участь у документуванні, розслідуванні і судовому переслідуванні міжнародних злочинів. Зокрема, це захисники (адвокати), посередники, представники територіальних громад, журналісти, організації громадянського суспільства (ОГС).¹⁷⁹¹

Принцип “Не нашкодь” застосовується на всіх етапах кримінального процесу¹⁷⁹² і знаходить віддзеркалення у конкретних заходах поводження з потерпілими і свідками злочину, багато з яких рекомендуються у цьому Керівництві як найкращі практики. Належне дотримання принципу “Не нашкодь” дає можливість потерпілим розказати про своє бачення¹⁷⁹³ того, що сталося, і бути почутими під час будь-яких заходів притягнення до відповідальності виконавця.

Таким чином, фахівці-практики мають усвідомлювати свій обов'язок не завдавати шкоди на будь-якому з етапів розслідування та судового переслідування і мають вживати дієвих заходів для дотримання зазначеного принципу.

6.1.3 Оцінювання ризиків

Відповідно до принципу “Не нашкодь” фахівці мають розділяти відповідальність за захист потерпілих/свідків на всіх етапах процесу кримінального правосуддя.¹⁷⁹⁴ Для цього проводять оцінювання ризиків. Оцінювання ризиків — це перший¹⁷⁹⁵ і найважливіший крок,

¹⁷⁸⁸УВКПЛ, “Латиноамериканський типовий протокол розслідування вбивств жінок, зумовлених їхньою статтю (феміцидів/фемініцидів)” (2014), п. 61.

¹⁷⁸⁹ Міністерство юстиції США, “Посібник для студентів: національні навчальні програми зі злочинів на ґрунті ненависті” (1998) (“Національні навчальні програми зі злочинів на ґрунті ненависті”), с. 50, 54.

¹⁷⁹⁰ Політика розслідування і принципи співпраці та співробітництва.

¹⁷⁹¹ Політика розслідування і принципи співпраці та співробітництва.

¹⁷⁹² Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики (ГМППП), с. 21.

¹⁷⁹³ Кодекс Мурад, Принцип 2.3.

¹⁷⁹⁴ Конвенція Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (дата підписання 11.05.2011, набрання чинності 01.08.2014 р.) CETS No. 210 (“Стамбульська конвенція”), с. 56; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 260; Комітет ООН з ліквідації дискримінації щодо жінок (КЛДР), Загальна рекомендація № 35 про гендерно зумовлене насильство щодо жінок, якою оновлено Загальну рекомендацію №19 (14.07.2017) CEDAW/C/GC/35 (“Загальна рекомендація КЛДР № 35”), п. 40(b).

¹⁷⁹⁵ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 92; Директива 2012/29/EU Європейського Парламенту та Ради від 25 жовтня 2012 р., що запроваджує мінімальні стандарти щодо прав, підтримки і захисту потерпілих від злочинів, а також замінює Рамкове Рішення Ради

який мають зробити фахівці, що працюють з потерпілими/свідками. Відповідно, фахівці-практики повинні спочатку провести оцінювання ризиків при підготовці до документування міжнародних злочинів, особливо перед опитуванням будь-якого потерпілого чи свідка, і такі оцінювання ризиків повинні повторюватися протягом усього процесу кримінального правосуддя.¹⁷⁹⁶ Інформацію про методику оцінювання ризиків наведено у розділі 4.4.

Оскільки принцип “Не нашкодь” має застосовуватися постійно, а ризики є невід’ємною частиною українських реалій, обов’язок здійснювати моніторинг і оцінювання ризиків виникає до початку взаємодії з потерпілими й свідками і триває після її закінчення. Такий розрахунок необхідний для виявлення ширшого спектру потенційних ризиків, які можуть перешкоджати безпеці свідків і потерпілих, і можуть вимагати застосування таких заходів, як надання психологічної або медичної допомоги.

[Слід також врахувати] всі ризики, що можуть виникнути у зв’язку з такою взаємодією, і завдати шкоди потерпілій особі, свідку, членам їхніх родин чи ширшому колу людей.¹⁷⁹⁷ Особи, які проводять оцінювання, мають визначити природу і джерело загроз,¹⁷⁹⁸ та усвідомлювати той факт, що ці ризики можуть завдати шкоди не лише потерпілому чи свідку, а й їхнім родинам і ширшій спільноті.¹⁷⁹⁹ ¹⁸⁰⁰ Оцінюючи шкоду, важливо дізнатися думку потерпілого чи свідка з цього приводу,¹⁸⁰¹ а також врахувати особливі потреби вразливих осіб (*див.* розділ 6.6.2), які можуть мати додаткові і особливі потреби.¹⁸⁰²

Проводячи оцінювання, слід взяти до уваги індивідуальні особливості потерпілої особи, зокрема стать, вік та інші інтерсекційні чинники, включно з особистими характеристиками, що можуть ставити її у менш вигідне становище або призводити до дискримінації. До останніх можна віднести етнічну чи расову належність (наприклад, належність до ромської національності), релігію, культуру, політичні погляди, наявність психічних розладів чи фізичних вад, сексуальну орієнтацію і гендерну ідентичність, а також вимушене перебування за межами місця постійного проживання. В оцінюванні враховують також характер злочину, умови й обставини його вчинення і наявність стосунків чи зв’язків з виконавцем.¹⁸⁰³ Залежно від конкретної ситуації кожна характеристика матиме більшу чи

2001/220/ЈНА (“Директива 2012/29/ЕU”), Стаття 22(1); Загальна рекомендація КЛДР № 35, п. 40(b); Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики (ГМППП), с. 22.

¹⁷⁹⁶ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики (ГМППП), с. 45; Стамбульська конвенція, Стаття 51(2); Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 260; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 92; Королівська служба кримінального переслідування (КСКП), “Юридичне роз’яснення щодо домашнього насильства” (04.04.2022).

¹⁷⁹⁷ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 93.

¹⁷⁹⁸ International Protocol on the Documentation and Investigation of Sexual Violence in Conflict, pp. 93, 127.

¹⁷⁹⁹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 93.

¹⁸⁰⁰ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 93, 127.

¹⁸⁰¹ Кодекс Мурад, Принцип 1.3.

¹⁸⁰² Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 87.

¹⁸⁰³ Директива 2012/29/ЕU, Стаття 22(2)-(3); Управління ООН з наркотиків та злочинності (УНЗ ООН), “Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат” (2014), с. 54-55.

меншу вагу в оцінюванні ризиків. В оцінюванні ризиків слід також врахувати те, як оцінює ризики сам потерпілий.

Фахівець-практик, який проводить оцінювання, має звернути увагу, серед іншого, на можливу наявність таких ризиків:¹⁸⁰⁴

1. Ймовірні виконавці, а також їхні родичі та прихильники можуть мститися, залякувати чи погрожувати потерпілим, свідкам і членам їхніх сімей;¹⁸⁰⁵
2. Хтось із оточення, член сім'ї або піклувальник потерпілої особи чи свідка можуть спробувати покарати їх, зокрема шляхом застосування фізичного насильства;¹⁸⁰⁶
3. Ризик повторної психологічної травми;¹⁸⁰⁷
4. Особливі ризики, пов'язані з повідомленням про пережите сексуальне насильство, зокрема ризики, що загрожують особам, які належать до вразливих груп чи перебувають під впливом інтерсекційних чинників¹⁸⁰⁸ (наприклад, відсутність соціальної підтримки, ізоляція, гендерна ідентичність або сексуальна орієнтація, етнічне походження, вік, статус іммігранта тощо);¹⁸⁰⁹
5. На потерпілих та свідків можуть чинити тиск, щоб змусити їх примиритися з виконавцями;¹⁸¹⁰
6. Члени сім'ї чи місцевої громади потерпілого або свідка можуть відмовитися від будь-яких контактів чи спілкування з ними, що може призвести до ізоляції або, як це часто трапляється після СНПК, до відмови від дітей.¹⁸¹¹ Може відбутися стигматизація та ізоляція.¹⁸¹² Правильно оцінювати ризики фахівцям допоможе розуміння соціальних установок і гендерної динаміки в українському контексті;
7. Ризик арешту і покарання (наприклад, коли певні дії кваліфікуються як кримінальне правопорушення).¹⁸¹³

Фахівці-практики мають усвідомлювати, що підтримання контакту з потерпілими та свідками може збільшувати ризики для них,¹⁸¹⁴ тому на кожному наступному етапі при

¹⁸⁰⁴ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 39.

¹⁸⁰⁵ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 39.

¹⁸⁰⁶ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 39.

¹⁸⁰⁷ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 39.

¹⁸⁰⁸ Стамбульська конвенція, Стаття 46(с); Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 87, 238; Європейський інститут гендерної рівності (ЄІР), "Оцінювання ризиків та управління ризиками для працівників поліції: Крок 3" ("Оцінювання ризиків та управління ризиками для працівників поліції: Крок 3").

¹⁸⁰⁹ Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 87; Оцінювання ризиків та управління ризиками для працівників поліції: Крок 3.

¹⁸¹⁰ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 39.

¹⁸¹¹ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 39.

¹⁸¹² Міністерство закордонних справ і у справах Співдружності Великої Британії, "Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом" (2017) ("Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом"), с. 7, 57; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 26.

¹⁸¹³ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 39; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 127.

¹⁸¹⁴ Керівництво МТКЮ з розвинутої практики, п. 48.

взаємодії з ними слід врахувати в оцінюванні ризиків усе, що могло змінитися внаслідок попередньої взаємодії.

У деяких випадках для збору інформації можуть знадобитися *експрес-опитування*. Якими б не були часові обмеження, опитування можна проводити лише після вжиття **відповідних заходів безпеки**.

6.1.4 Пом'якшення ризиків: вжиття відповідних заходів безпеки

Пом'якшення ризиків може вимагати розроблення узгодженого плану забезпечення потерпілих і свідків, особливо для найбільш уразливих груп і груп високого ризику.¹⁸¹⁵ План може містити: 1) заходи безпеки, передбачені українським законодавством;¹⁸¹⁶ 2) заходи безпеки, що виходять за межі заходів, передбачених законодавством, але яких може вжити фахівець-практик. Оскільки ОГС не мають можливості надати потерпілим/свідкам заходи захисту, передбачені законодавством України, важливо утримуватися від будь-яких кроків, які можуть становити небезпеку для потерпілої особи/свідка, а також інформації, якою вони можуть володіти. Це передбачає рішення не опитувати потерпілу особу/свідка, які можуть потребувати захисту. Якщо ви вирішите, що опитування зазначеної особи відповідає їх найкращим інтересам, слід переконатися, що ви надали всю інформацію, зібрану від цих осіб, Офісу Генерального прокурора ("ОГП") (за умови, що ви отримали їхню інформовану згоду на це, *див.* розділ 6.2). Це може допомогти довести їхню справу до суду і полегшити їм доступ до всього спектру доступних заходів захисту, статусу потерпілого і відшкодування шкоди, якщо їх справа буде успішною у суді.

6.1.4.1 Заходи захисту потерпілих і свідків, які доступні фахівцям-практикам

У той час, як фахівці ОГС не мають можливості забезпечити заходи захисту, передбачені Кримінальним процесуальним кодексом України ("КПК України") або Законом України "Про забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному судочинстві",¹⁸¹⁷ фахівцям-практикам доступні заходи захисту, що виходять за рамки передбачених законом. Це є, наприклад, надання психологічної або медичної допомоги перед опитуванням (*див.* розділ 6.5), проведення опитувань у певний час або в певному місці (*див.* розділ 6.6), проведення опитувань з особами певної статі або з тими, хто має досвід роботи з травмами. Окрім того, це може бути забезпечення безпечного перевезення до опитування і назад і, якщо необхідно, зв'язок з іноземними партнерами, щоб забезпечити реабілітацію або переїзд за кордон. Ці додаткові заходи будуть необхідні, оскільки українське законодавство не передбачає надання психологічної підтримки особам, які беруть участь у програмі захисту.¹⁸¹⁸

¹⁸¹⁵ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 93, 127; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 261; Поліцейський коледж Великої Британії, "Розслідування: робота з потерпілими та свідками".

¹⁸¹⁶ Закон України № 3782-ХІІ, ст. 7; КПК України, ст. 56(1)(5), 66(1)(8).

¹⁸¹⁷ КПК, Статті 56(1)(5), 66(1)(8); Закон України № 3782-ХІІ, Стаття 7.

¹⁸¹⁸ *Див.*, відповіді рекомендації у О. Семьоркіна and М. Міхеев, "(Не)безпека: про проблеми забезпечення заходів особистої безпеки громадських активістів і правозахисників у межах кримінальних проваджень Київ 2020

Зокрема, фахівці мають:

- (i) З'ясувати, чи є заклади з надання медичної, психологічної та інших видів підтримки, до яких потерпіла особа чи свідок може звернутися, і чи ці заклади належним чином обладнані для надання необхідної допомоги (див. варіанти направлень в розділі 6.5).¹⁸¹⁹
- (ii) Всебічно інформувати потерпілих про всі аспекти їхніх справ, наскільки це може бути відомим фахівцю (напр. рішення суду, тимчасове звільнення підозрюваного/обвинуваченого з-під варти, наявні служби підтримки тощо) (див. розділ 6.5).¹⁸²⁰ Один із способів інформування — це випуск і поширення брошур з інформацією про права потерпілих (право на юридичну допомогу, психологічну підтримку, забезпечення безпеки тощо) (див. розділ 6.3).
- (iii) Розглянути можливість використання відповідних стратегій (зокрема, забезпечення конфіденційності та проведення опитування з урахуванням травми, яку пережила особа) для зменшення ризику заподіяння повторної психологічної травми, залякування та страху перед помстою під час співпраці потерпілої особи чи свідка з процесом документування (див. розділи 6.4 і 6.6).

6.2 ІНФОРМОВАНА ЗГОДА

6.2.1 Що таке інформована згода?

“Попередня інформована згода” тісно пов’язана із принципом “Не нашкодь” і є етичним принципом, що базується на праві особи на вільне вираження волі і повагу до особистої автономії.¹⁸²¹ У контексті розслідування і кримінального переслідування міжнародних злочинів інформована згода означає, що фахівці-практики:¹⁸²²

дослідження” (УГСПЛ 2020), с. 31; Т. Семків, “Удосконалення забезпечення безпеки осіб, які беруть участь у кримінальному провадженні” (2017) *З Науковий часопис Національної академії прокуратури України* 119, с. 126.

¹⁸¹⁹ Директива 2012/29/EU Європейського Парламенту та Ради від 25 жовтня 2012 р., що запроваджує мінімальні стандарти щодо прав, підтримки і захисту потерпілих від злочинів, а також замінює Рамкове Рішення Ради 2001/220/JHA (“Директива 2012/29/EU”), преамбула, пункти 38, 40, Статті 8-9; Конвенція Ради Європи (РЄ) про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (дата підписання 11.05.2011 р., набрання чинності 01.08.2014 р.) CETS No.210 (“Стамбульська конвенція”), Стаття 56(1)(с); Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом (СНПК), с. 14, 16, 94, 164; Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (2011) CETS No. 210 (“Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції”), пункти 138-142, 255; Міністр юстиції та Генеральний соліситор Альберти, Консультативний підкомітет поліції з питань сексуального насильства, “Посібник для правоохоронних органів з провідної практики у сфері розслідування випадків сексуального насильства” (2018), с. 10; Міністерство юстиції США, “Посібник для студентів: національні навчальні програми зі злочинів на ґрунті ненависті”, с. 50, 54; УВКПЛ, “Захист постраждалих від сексуального насильства: засвоєні уроки” (2019), с. 4-5.

¹⁸²⁰ Центр гуманітарного права, *Модель стратегії судового переслідування воєнних злочинів, вчинених у колишній Югославії (2015-2025)*, с. 27.

¹⁸²¹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 89; Підкласер з питань гендерно зумовленого насильства (Хаб Туреччина-Сирія), “Стандартні операційні

- (i) Проактивно і докладно пояснюють потерпілим та свідкам, що відбувається на різних стадіях кримінального процесу, з урахуванням культурних аспектів і конкретного контексту;
- (ii) Чітко роз'яснюють, як саме буде використовуватися така інформація на кожній стадії процесу, включно із поясненням того, які через це можуть бути безпекові ризики для потерпілих і свідків, та – після надання таких пояснень – знову запитують у потерпілих і свідків,
- (iii) Чи вони, отримавши всю цю інформацію, і далі погоджуються брати участь.

Це означає, що інформація надається таким чином і в такій формі, що буде зрозумілою для потерпілих чи свідків. На практиці це може означати, наприклад, що потерпілим чи свідкам, які не розмовляють українською потрібно надати перекладача, щоб забезпечити повне розуміння ними значення інформованої згоди. Це також означає, що усі пояснення мають відповідати рівню освіти, знань і розуміння потерпілих чи свідків з огляду на їхній вік або будь-які можливі захворювання чи вади, що можуть вплинути на розуміння потерпілими або свідками кримінального процесу і надання згоди на участь у ньому.

Інформована згода означає, що особа, яка постраждала від злочину, повністю контролює свій досвід і що її участь у процесі кримінального правосуддя є інформованою і добровільною. Це особливо важливо у випадках сексуального насильства.¹⁸²³ У потерпілих буде час обдумати потенційні наслідки надання інформації, і це важливо для формування довіри з боку потерпілої особи.¹⁸²⁴

Фахівці-практики мають знати і розуміти індивідуальні характеристики потерпілої особи чи свідка, які можуть негативно вплинути на їхню здатність повністю розуміти релевантні факти і надати інформовану згоду. Це може стосуватися дітей (з урахуванням їхнього віку та інших факторів, як-от рівня зрілості), або дорослих зі значними інтелектуальними вадами, психічними розладами (включно з психологічною травмою) або іншими фізичними, психічними чи емоційними станами. В таких випадках замість інформованої згоди слід отримати дозвіл представника, офіційно уповноваженого відповідно до чинного законодавства.¹⁸²⁵

Фахівці-практики мають повідомляти потерпілій особі/свідку про те, що вони можуть зробити для них з точки зору заходів захисту і конфіденційності, а також про те, що ОГП і/або Офіс прокурора Міжнародного кримінального суду ("МКС") можуть зробити в цьому

процедури з запобігання і реагування на гендерно зумовлене насильство" (листопад 2018 р.) ("Стандартні операційні процедури з запобігання і реагування на гендерно зумовлене насильство"), с. 35.

¹⁸²² Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 89-90.

¹⁸²³ Асоціація керівників органів поліції Онтаріо, "Канадська система спільного реагування поліції на сексуальне насильство" (2019) ("Канадська система спільного реагування поліції на сексуальне насильство"), с. 8-9, 12; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 89.

¹⁸²⁴ "Канадська система спільного реагування поліції на сексуальне насильство", с. 16.

¹⁸²⁵ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 89.

відношенні, якщо це доречно (див. розділи 5.1.2.5, 6.1.4 і 6.4 для отримання додаткової інформації про конфіденційність і заходи захисту).

6.2.2 Коли і як отримують інформовану згоду?

Інформована згода має бути чітко вираженою і постійною. Інформовану згоду потрібно отримати до того, як опитувана особа почне надавати будь-яку інформацію, а потім слід отримувати підтвердження наданої згоди перед кожною наступною дією,¹⁸²⁶ наприклад: використання пристроїв для запису опитування; ведення нотаток під час опитування; фотографування; проведення медичного чи інших видів огляду; сканування або відтворення іншим способом будь-яких документів чи інших доказів, що можуть бути у потерпілої особи/свідка; направлення потерпілих чи свідків до будь-яких служб підтримки; надання їхньої інформації третім особам тощо.¹⁸²⁷

Якщо у певній дії беруть участь різні суб'єкти, важливо забезпечити надання потерпілим і свідкам чіткої і послідовної інформації. Де це буде доречно, можна використовувати *pro forma* (типовий) шаблон. Там, де це можливо з практичного погляду, і в тих випадках, коли потерпіла особа або свідок в змозі писати, їх слід попросити надати письмову згоду на розкриття їхньої інформації/доказів конкретному механізму правосуддя – на місцевому, національному чи міжнародному рівнях. Таку згоду можна включити – як складову – у будь-який протокол допиту свідка. Якщо це неможливо, можна зробити аудіозапис інформованої згоди.¹⁸²⁸

Інформовану згоду надають добровільно¹⁸²⁹ – потерпіла особа або свідок надають її без примусу чи тиску. Також, з огляду на бойові дії, що тривають, фахівці можуть бути змушені працювати поза межами офісу, наприклад, у центрах для внутрішньо переміщених осіб (ВПО) та/або на нещодавно деокупованих територіях, де взагалі, або майже неможливо забезпечити проведення опитування у приватних умовах. У таких випадках є ризик того, що потерпілі чи свідки можуть опиняться в умовах примусу. Тож у таких ситуаціях фахівці мають чітко розуміти, як проведення опитування в таких умовах може негативно вплинути на отримання добровільної інформованої згоди і, якщо можливо, вживати заходів для пом'якшення потенційного негативного впливу. Наприклад, можна спробувати поговорити із потерпілим чи свідком наодинці у безпечному приватному місці, де на них ніхто не зможе вплинути (див. розділ 6.6.1).

Не можна поспіхом пояснювати, що таке інформована згода, і намагатися отримати її якомога швидше. Потерпілим і свідкам слід надати достатньо часу для прийняття зваженого рішення і для того, щоб поставити будь-які запитання (див. розділ 6.6.1). Поясніть потерпілим і свідкам, що вони у будь-який момент можуть піти і відмовитися від участі в процесі (див. розділ 6.6.1).

¹⁸²⁶ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 23-24.

¹⁸²⁷ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 23.

¹⁸²⁸ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 24.

¹⁸²⁹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 89.

Фахівцям-практикам рекомендовано вжити такі заходи (якщо можливо) для отримання інформованої згоди:¹⁸³⁰

- Переконайтеся в тому, що потерпілі чи свідки поінформовані і розуміють, на що саме вони дають згоду;
- Надайте потерпілим або свідкам повну, чітку, зрозумілу, об'єктивну і правдиву інформацію про доступні для них варіанти, їхні права і ризики, щоб вони могли зробити свій власний інформований вибір щодо взаємодії [із суб'єктами процесу] й умов такої взаємодії;¹⁸³¹
- Переконайтеся, що потерпілі і свідки розуміють наслідки (переваги й ризики) участі у процесі правосуддя, наприклад, розуміють різницю між участю у розслідуваннях Міжнародного кримінального суду ("МКС") і в українських кримінальних провадженнях;
- Запитайте потерпілих або свідків, чи хвилюються вони за власну безпеку (а тих, хто раніше вже давав показання, слід запитати, чи не призвело це до появи побоювань щодо власної безпеки);
- Обговоріть, які реальні заходи для захисту потерпілих чи свідків можна вжити, і переконайтеся, що потерпілі і свідки розуміють ризики, що залишаються (див. розділ 6.1.3 і 6.1.4);¹⁸³²
- Переконайтеся, що потерпілі і свідки дійсно зрозуміли надану вами інформацію і що вони також повністю розуміють, на що саме погоджуються. Для цього зверніться до потерпілих і свідків із проханням пояснити, що саме вони зрозуміли, і надайте додаткові пояснення у разі потреби;¹⁸³³
- Пам'ятайте про фактори, що можуть погіршувати здатність осіб надати інформовану згоду, наприклад, рівень грамотності, вік або вади, які обмежують їхню здатність до повного розуміння. Вживайте заходів для того, щоб створити умови для надання згоди (наприклад, коли доцільно, слід отримати згоду від законного опікуна або піклувальника). Якщо це неможливо, не намагайтеся отримати згоду і зупиніть запланований вид діяльності;
- Спілкуйтеся мовою, яку розуміють потерпілі або свідки, і, якщо потрібно і доцільно, забезпечте присутність перекладача. Якщо залучити перекладача неможливо, це означає, що справжню інформовану згоду отримати неможливо;¹⁸³⁴

¹⁸³⁰ Див., наприклад, Сирійський центр правосуддя та підзвітності (СЦПП) "Політика СЦПП з документування ГЗН і СГЗН" (лютий 2015 р.) ("Політика СЦПП з документування ГЗН і СГЗН"), с. 10-11; Стандартні операційні процедури з запобігання і реагування на гендерно зумовлене насильство, с. 36.

¹⁸³¹ Кодекс Мурад, Принцип 2.2.

¹⁸³² Див., наприклад, Директива 2012/29/EU, с. 3-4.

¹⁸³³ "Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики", с. 25.

¹⁸³⁴ Див., наприклад, Директива 2012/29/EU, с. 7.

- Не давайте потерпілим і свідкам нереалістичних обіцянок стосовно переваг від їхньої участі у кримінальному процесі, наприклад, щодо гарантій притягнення виконавця до відповідальності або вжиття заходів безпеки.¹⁸³⁵

Важливо пам'ятати, що навіть до моменту отримання інформованої згоди, фахівці-практики зобов'язані постійно оцінювати ризики заподіяння шкоди особі, яка надає інформацію.¹⁸³⁶

Якщо особа відкликає свою згоду, до такого рішення треба ставитися з повагою.¹⁸³⁷ Слід проінформувати потерпілих і свідків про те, що вони мають право відкликати свою згоду на будь-який аспект розслідування чи процесу у будь-який момент (у т.ч. під час опитування), а також про способи повідомити фахівця про таке рішення. Фахівець має поінформувати потерпілих та свідків про те, що вони можуть зробити у випадку відкликання згоди, а над чим вони матимуть обмежений контроль (наприклад, якщо процес обміну інформацією вже відбувся).¹⁸³⁸

6.3 НАДАННЯ ІНФОРМАЦІЇ

Попередні розділи “Не нашкодь” та “Інформована згода” базуються на повазі до здатності потерпілої особи вільно приймати власні рішення. Для того щоб потерпілі могли повною мірою скористатися цим правом, фахівці-практики мають завжди максимально проактивно інформувати їх зрозумілою мовою про їхні права, їхню справу, їхню безпеку (зокрема про будь-які зміни щодо застосування стосовно виконавця запобіжного заходу у формі тримання під вартою), про хід процесу документування, розслідування або судового розгляду мовою, зрозумілою потерпілій особі і підтримувати їх у прийнятті якомога кращого для них рішення.¹⁸³⁹

Зокрема, фахівцям-практикам необхідно інформувати потерпілих / свідків, якщо вони мають намір поділитися будь-якою своєю інформацією з МКС та/або українською владою, і отримати їхню інформовану згоду на це (див. розділ 6.2). Фахівці також мають чітко і ясно роз'яснювати процес кримінального правосуддя, включно з можливими підводними каменями, з тим щоб протистояти будь-яким нереалістичним очікуванням, які можуть виникнути у потерпілої особи/свідка щодо потенційного напряму руху їхньої справи, їхньої участі в справі і можливості отримання будь-якого роду відшкодування за заподіяну їм

¹⁸³⁵ “Політика СЦПП з документування ГЗН і СГЗН”, с. 11; Кодекс Мурад, Принцип 2.7.

¹⁸³⁶ УВКПЛ, “Посібник з моніторингу прав людини: Розділ 11 – Проведення допиту (опитування)” (2011) HR/P/PT/7/Rev1, с. 16-17.

¹⁸³⁷ Кодекс Мурад, Принцип 2.10.

¹⁸³⁸ Кодекс Мурад, Принцип 2.10.

¹⁸³⁹ Директива 2012/29/EU, преамбула, п. 26, ст. 4-6; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 285-286; Бюро демократичних інститутів і прав людини (БДІПЛ) ОБСЄ, “Експертний висновок щодо Проекту внесення змін до нормативно-правових актів щодо запобігання та протидії домашньому насильству в Грузії” (17 грудня 2013), п. 37-40; Управління ООН з наркотиків і злочинності (UNODC), “Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат”, с. 44; “Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті”, с. 88; Кодекс Мурад, Принцип 2.2.

шкоду. У наступних розділах міститься більш детальна інформація про участь потерпілих та відшкодування збитків у МКС та в процесі кримінального правосуддя в Україні.

6.3.1 Поширення інформації про участь потерпілих і відшкодування шкоди у МКС

“Потерпілими” в МКС є фізичні або юридичні особи, яким було завдано шкоди в результаті вчинення будь-якого злочину, що підпадає під юрисдикцію Суду.¹⁸⁴⁰ Згідно з МКС, фізична особа вважається “потерпілим(ою)”, якщо виконуються такі умови: (i) його або її особа, як видається, встановлена належним чином; (ii) події, описані в заяві про участь, є одним або кількома злочинами, що підпадають під юрисдикцію Суду, в якому підозрюваному було пред’явлено звинувачення; і (iii) заявнику було заподіяно шкоду внаслідок вчинення злочину (злочинів), в якому обвинувачується підозрюваний.¹⁸⁴¹

Потерпілі можуть подати заяву на участь у кримінальному провадженні в МКС, а також можуть мати право на відшкодування збитків. Обидва варіанти розглядаються нижче.

6.3.1.1 Участь потерпілих

Якщо особисті інтереси потерпілої особи були порушені в ході ситуації, розслідуваної МКС, Суд може “дозволити виклад і розгляд їхніх думок і турбот на етапах розгляду, які Суд вважатиме належними, і у спосіб, який не завдає шкоди або не суперечить правам обвинуваченого і справедливому і неупередженому судовому розгляду”.¹⁸⁴² Особисті інтереси потерпілої особи вважаються порушеними, якщо їм було завдано шкоди (тобто фізичні травми, емоційні страждання і економічні втрати) прямо або побічно, якщо існує зв’язок між заподіяною шкодою і вчиненням злочину, у вчиненні якого виконавець був звинувачений судом.¹⁸⁴³

Відповідно, для участі в провадженні в МКС потерпілі мають подати письмову заяву секретарю МКС, який передасть заяву у відповідну судову палату.¹⁸⁴⁴ Палата за своєю власною ініціативою, або за клопотанням прокурора, або захисту може відхилити клопотання потерпілої особи, якщо вважатиме, що така особа не є потерпілою або що її особисті інтереси не були порушені.¹⁸⁴⁵

¹⁸⁴⁰ МКС, Правила процедури і доказування, відтворено з *Офіційні звіти Асамблеї держав-учасниць Римського статуту Міжнародного кримінального суду, Перша сесія, Нью-Йорк (3-10 вересня 2002) ICC-ASP/1/3 and Corr.1* (“Правила процедури і доказування МКС”), Правило 85.

¹⁸⁴¹ *Прокурор проти Єкатома і Нгаїсона*, ICC-01/14-01/18, Рішення, що встановлює принципи, застосовні до заяв потерпілих про участь, 5 березня 2019 (“Рішення, що встановлює принципи, застосовні до заяв потерпілих про участь у справі Єкатома і Нгаїсона”), п. 21; *Прокурор проти Аль Хасана*, ICC-01/12-01/18-37-tENG, Рішення, що встановлює принципи, застосовні до заяв потерпілих про участь, 12 березня 2020 (“Рішення, що встановлює принципи, застосовні до заяв потерпілих про участь у справі Аль Хасана”), п. 27.

¹⁸⁴² Римський статут, Стаття 68(3).

¹⁸⁴³ Рішення, що встановлює принципи, застосовні до заяв потерпілих про участь у справі Єкатома і Нгаїсона, п. 35.

¹⁸⁴⁴ Правила процедури і доказування МКС, Правило 89(1).

¹⁸⁴⁵ Правила процедури і доказування МКС, Правило 89(2).

Форму заявки на участь потерпілої особи, а також керівництво щодо заповнення форми можна знайти на веб-сайті МКС (англійською, українською та російською мовами, серед інших). Також рекомендується, щоб потерпілі або ті, хто діє від їхнього імені, звернулися до Розділу МКС Участь потерпілих та відшкодування шкоди (“VPRS”), де можна знайти всю відповідну інформацію для потерпілих, форми та іншу допомогу, яка може знадобитися.¹⁸⁴⁶

Якщо Суд погодить участь потерпілої особи, його особа не буде розкрита в ході судового розгляду. Замість цього потерпілі згадуються під псевдонімом, присвоєним їм Судом (наприклад, а/0001/18), тому їх імена не з’являються у відкритому доступі.¹⁸⁴⁷

Час і порядок участі потерпілої особи визначаються суддями МКС в залежності від стадії провадження. Приклади способів, за допомогою яких потерпіла особа може брати участь в провадженнях МКС, передбачають: отримання повідомлень про заяви і рішення, прийнятих у відповідній справі; участь в слуханнях і подання усних заяв; подання письмових заяв; і/або допит свідків.¹⁸⁴⁸

6.3.1.1.1 Проблеми, з якими стикаються потерпілі, які бажають брати участь у провадженнях МКС

Однак при поширенні інформації з потерпілими про режим участі потерпілих в провадженнях МКС вкрай важливо сформулювати реалістичні очікування. Як уже згадувалося, потерпілі мають довести, що їм було завдано шкоди в результаті злочинів, в здійсненні яких обвинувачується конкретний виконавець (тобто злочинів, зазначених у рішенні, що підтверджує звинувачення).¹⁸⁴⁹ Відповідно, якщо фізична особа є потерпілою особою від злочину, в скоєнні якого виконавець не був звинувачений, або події, яка виходить за рамки часових, географічних або матеріальних обставин справи, потерпіла особа не зможе брати участь у провадженні.¹⁸⁵⁰ Це значно обмежує кількість потерпілих, які в кінцевому підсумку будуть брати участь у провадженнях в МКС.

Більш того, ситуація в Україні на сьогодні знаходиться тільки на стадії розслідування.¹⁸⁵¹ Тому особам, які постраждали від конфлікту в Україні, і які сподіваються взяти участь у провадженнях в МКС, доведеться зачекати, поки не завершиться етап розслідування і не будуть видані ордери на арешт потенційних виконавців, щоб визначити, чи підпадають злочини, від яких вони постраждали, під обставини справ, які прокурор МКС вибере для судового переслідування.

¹⁸⁴⁶ Контактна інформація VPRS: Адреса: Post Office Box 19519, 2500 CM, The Hague, Netherlands. Телефонний номер: +31 (0)70 515 95 55. Імейл: vprs.information@icc-cpi.int.

¹⁸⁴⁷ МКС, “Потерпілі”.

¹⁸⁴⁸ МКС, “Потерпілі”. Див. також, Римський статут, Стаття 15(3), 19(3), 68(3); Правила процедури і доказування МКС, Правила 92(5), 92(6), 93.

¹⁸⁴⁹ Рішення, що встановлює принципи, застосовні до заяв потерпілих про участь у справі *Єкатома і Нгаїсона*, пп. 21 і 35.

¹⁸⁵⁰ Рішення, що встановлює принципи, застосовні до заяв потерпілих про участь у справі *Єкатома і Нгаїсона*, пп. 21 і 35; Рішення, що встановлює принципи, застосовні до заяв потерпілих про участь у справі *Аль Хасана*, п. 48.

¹⁸⁵¹ МКС, “Заява Прокурора Міжнародного кримінального суду, пана Каріма А.А. Хана, королівського радника, щодо Ситуації в Україні: Отримання звернень від 39 держав-учасниць та відкриття розслідування” (2 березня 2022).

6.3.1.2 Відшкодування шкоди потерпілим

Окрім потенційної можливості брати участь у провадженнях в МКС, потерпілі можуть також вимагати відшкодування (включно з реституцією, компенсацією та реабілітацією) за заподіяну їм шкоду.¹⁸⁵² Для цілей відшкодування, “шкода” означає “біль, ушкодження і збиток” і може бути матеріальною, фізичною або психологічною.¹⁸⁵³ Крім того, шкода не повинна бути прямою, але вона має бути особистою для потерпілої особи.¹⁸⁵⁴ Відповідно, якщо в кінці судового розгляду виноситься обвинувальний вирок, Судова палата може наказати засудженій особі виплатити компенсацію потерпілим від злочинів, у вчиненні яких ця особа була визнана винною.¹⁸⁵⁵

При оцінюванні заяви про відшкодування шкоди, Суд бере до уваги масштаб і ступінь будь-якого збитку, втрат або ушкоджень, і може присуджувати відшкодування на індивідуальній та/або колективній основі, в залежності від того, що він вважає найбільш доречним для потерпілих в конкретній справі.¹⁸⁵⁶ Потерпілі або їхні законні представники або засуджена особа можуть також просити Суд призначити експертів для допомоги у визначенні масштабу і ступеню будь-якого збитку, втрат і ушкоджень, що понесли потерпілі, і запропонувати різні варіанти, що стосуються відповідних видів і способів відшкодування шкоди.¹⁸⁵⁷

Колективне та / або індивідуальне відшкодування шкоди може включати грошову компенсацію, повернення майна, реабілітацію, медичну підтримку, центри обслуговування потерпілих або символічні заходи, як-от вибачення або меморіали.¹⁸⁵⁸

6.3.1.2.1 Проблеми, з якими стикаються потерпілі, які прагнуть відшкодування шкоди через МКС

Для того, аби потерпілі отримали відшкодування, МКС має спочатку засудити обвинуваченого за злочин (злочини), в результаті якого потерпілій особі було завдано шкоди.¹⁸⁵⁹ Відповідно, потерпілим доведеться чекати засудження обвинуваченого, що може зайняти значний час, оскільки розслідування міжнародних злочинів часто займають роки, як і судові процеси над тими виконавцями, присутність яких МКС може забезпечити.¹⁸⁶⁰

Окрім значної кількості часу, необхідного для засудження виконавців в МКС, навіть після винесення обвинувального вироку виникають додаткові проблеми, пов’язані з фактичним здійсненням відшкодування шкоди.¹⁸⁶¹ Це можуть бути: проблеми з відшкодуванням шкоди

¹⁸⁵² Римський статут, Стаття 75.

¹⁸⁵³ Прокурор проти Лубанги, ІСС-01/04-01/06-3129-АпХА, Наказ про Репарації, 3 березня 2015 (“Наказ про репарації у справі Лубанги”), п. 10.

¹⁸⁵⁴ Наказ про Репарації у справі Лубанги, п. 10.

¹⁸⁵⁵ Римський статут, Стаття 75(2); МКС, “Потерпілі”.

¹⁸⁵⁶ Правила процедури і доказування МКС, Правило 97(1).

¹⁸⁵⁷ Правила процедури і доказування МКС, Правило 97(2).

¹⁸⁵⁸ МКС, “Потерпілі”; Римський статут, Статті 75, 79. Див. також, Наказ про Репарації у справі Лубанги, пп. 33-43.

¹⁸⁵⁹ Римський статут, Стаття 75(2)

¹⁸⁶⁰ Л. Моффетт, “Репарації у МКС: чи дійсно це може служити зразком?” (JUSTICEINFO, 19 липня 2019).

¹⁸⁶¹ Л. Моффетт, “Репарації у МКС: чи дійсно це може служити зразком?” (JUSTICEINFO, 19 липня 2019).

потерпілим, які проживають в країнах, де триває насильство; виникнення напруженості в суспільстві, коли одні потерпілі отримують відшкодування, а інші ні; і відсутність фінансування для відшкодування шкоди (особливо з урахуванням того факту, що у виконавців часто не виявляється ідентифікованих активів, які можна було б конфіскувати і використовувати для відшкодування шкоди).¹⁸⁶²

Потерпілі можуть також виявитися позбавленими права на відшкодування шкоди через те, як Прокурор МКС обирає виконавців і обирає злочини.¹⁸⁶³ Відповідно, потерпілі від злочинів, скоєних виконавцями, які не постали перед МКС, не матимуть права на відшкодування шкоди. Крім того, навіть якщо такий виконавець постає перед МКС, тим не менш, потерпіла особа може не мати права на відшкодування шкоди, якщо він (вона) став потерпілим від нападу або злочину, який не підпадає під звинувачення.¹⁸⁶⁴ Наприклад, справа *Онгвена* стосувалася тільки нападів, пов'язаних з чотирма місцями вчинення злочинів (в цьому випадку таборів для ВПО). Таким чином, потерпілі від аналогічних злочинів у інших місцевостях не мали права на відшкодування шкоди.¹⁸⁶⁵ Аналогічним чином, у справі *Аль-Магді* основна увага приділялася тільки злочину знищення культурних цінностей, а не іншим вчиненим порушенням, як-от сексуальному насильству і вбивству.¹⁸⁶⁶

6.3.2 Поширення інформації про участь потерпілих і компенсацію в процесі кримінального правосуддя в Україні

Під час процесу кримінального правосуддя в Україні фізична особа отримує статус потерпілої особи або після подання скарги про злочин, або після направлення окремого запиту слідчому чи прокурору.¹⁸⁶⁷ Відповідно до КПК України, потерпілим надається широкий набір прав, включно з правом брати участь у кримінальному провадженні і слідкувати за його розвитком.¹⁸⁶⁸ Наприклад, потерпілі мають право подавати докази слідчому, прокурору, судді або слідчому судді і оскаржувати їх рішення або клопотання.¹⁸⁶⁹

Відповідно до статті 56(1)(10) КПК України, фізичні особи також мають право на отримання компенсації за шкоду, заподіяну внаслідок злочину, потерпілим(ою) від якого вони стали. Однак наразі отримання компенсації від засудженої особи за шкоду, заподіяну злочинцем, часто неможливо, і не існує спеціального фонду для потерпілих від насильницьких/пов'язаних з конфліктом злочинів.¹⁸⁷⁰

¹⁸⁶² Л. Моффетт, “Репарації у МКС: чи дійсно це може служити зразком?” (*JUSTICEINFO*, 19 липня 2019); Л. Моффетт і С. Сандовал, “Боротьба з вітряками: Репарації і Міжнародний кримінальний суд” (2021) 34 *Leiden Journal of International Law* 749 (“Моффетт і Сандовал, “Репарації і Міжнародний кримінальний суд”), с. 767-768.

¹⁸⁶³ Моффетт і Сандовал, “Репарації і Міжнародний кримінальний суд”, сс. 751-752.

¹⁸⁶⁴ Л. Моффетт, “Репарації у МКС: чи дійсно це може служити зразком?” (*JUSTICEINFO*, 19 July 2019); Моффетт і Сандовал, “Репарації і Міжнародний кримінальний суд”, с. 752.

¹⁸⁶⁵ Л. Мофе, “Відшкодування збитку в МКС: чи дійсно це може служити зразком?” (*JUSTICEINFO*, 19 липня 2019).

¹⁸⁶⁶ Л. Мофе, “Відшкодування збитку в МКС: чи дійсно це може служити зразком?” (*JUSTICEINFO*, 19 липня 2019).

¹⁸⁶⁷ КПК України, Стаття 55(2).

¹⁸⁶⁸ КПК України, Стаття 56.

¹⁸⁶⁹ КПК України, Стаття 56(3), 56(7).

¹⁸⁷⁰ ЕУАМ Україна, “Чому потерпілі від злочинів в Україні страждають двічі” (28 березня 2019).

6.4 КОНФІДЕНЦІЙНІСТЬ

Конфіденційність це не лише етичний обов'язок - це правовий імператив¹⁸⁷¹ та робоча необхідність. Конфіденційність вимагає від фахівців-практиків не тільки захисту інформації, яку вони збирають про потерпілих на всіх етапах процесу, а й захисту їхньої приватності.¹⁸⁷² Це має велике значення для уникнення безпекових ризиків, вторинної та повторної віктимізації, залякування, відплати, помсти й стигматизації.¹⁸⁷³ Зокрема, це надзвичайно важливо під час роботи із вразливими категоріями потерпілих. Збереження конфіденційності забезпечує їхню безпеку, сприяє формуванню довіри¹⁸⁷⁴ та розширенню прав та можливостей, а також допоможе отримати необхідну інформацію або показання від потерпілих.

Різні особи матимуть різні побоювання щодо конфіденційності та безпеки, що значною мірою залежатимуть від контексту. Наприклад, особливе занепокоєння щодо конфіденційності може виникати через певні інтерсекційні чинники, наприклад, через сексуальну орієнтацію потерпілої особи або свідка, їхню гендерну ідентичність, наявність ВІЛ/СНІД, належність до відокремлених соціальних расових або релігійних груп, роботу у секс-індустрії, а також статус нелегального мігранта або потерпілої особи від торгівлі людьми. Потерпілі, які пережили СНПК, можуть мати особливі побоювання розкривати інформацію, тому що вони бояться негативних наслідків, наприклад, помсти від членів родини або місцевої громади, примусу до одруження з кривдником або необхідності брехати про те, що сталося (див. розділ 7.6).¹⁸⁷⁵

Як МКС, так і українська влада вживають заходів для збереження конфіденційності інформації від громадськості, особливо в тих випадках, коли потерпіла особа є вразливою і потребує захисту.¹⁸⁷⁶ Ці заходи включають, серед іншого, використання псевдоніма, спотворення голосу або проведення закритого судового засідання (тобто приватно). Однак здійснення цих заходів є дискрецією прокурора або судді, і цього очікувати не слід.¹⁸⁷⁷ Крім того, як тільки інформація передається МКС або українській владі, цей орган контролює цю інформацію, і докази, як правило, на певному етапі підлягають розкриттю іншим органам суду, тобто суддям або захисту.¹⁸⁷⁸ Відповідно, фахівці-практики мають пояснити це потерпілій особі / свідку і отримати їхню попередню інформовану згоду на передачу їх

¹⁸⁷¹ “Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики” (ГМППП), с. 28; “Посібник з моніторингу прав людини УВКПЛ”, Глава 2, с. 6.

¹⁸⁷² “Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики” (ГМППП), с. 24;

¹⁸⁷³ Директива 2012/29/EU, преамбула, п. 54, ст. 21.

¹⁸⁷⁴ “Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики” (ГМППП), с. 28; міжнародна правозахисна організація Amnesty International (укр. *Міжнародна амністія*) та КОДЕСРІА (CODESRIA), “Моніторинг та представлення звітів щодо порушення прав людини в Африці” – Посібник (Серія Уквелі, 2000) (Посібник Уквелі), с. 35.

¹⁸⁷⁵ “Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті”, ст. 95.

¹⁸⁷⁶ Римський статут, Стаття 54(3)(d) і (f); Правила процедури і доказування МКС, Правило 82; КПК України, Статті 14, 56(12); Закон України № 3782-ХІІ, Стаття 7.

¹⁸⁷⁷ Римський статут, Стаття 54(3)(e).

¹⁸⁷⁸ Правила процедури і доказування МКС, розділ II of Частини 2; КПК України, Стаття 290.

інформації МКС або українській владі. Однак конфіденційність має певні межі (це необхідно чітко пояснити потерпілим або свідкам, а потім отримати від них інформовану згоду для продовження процесу).¹⁸⁷⁹ Наприклад, відкриття інформації МКС або українській владі для використання у кримінальному провадженні може обмежити вашу здатність контролювати її конфіденційність.¹⁸⁸⁰

Фахівці-практики повинні також забезпечити, щоб потерпілі/свідки знали, що будь-які повідомлення засобів масової інформації про судовий процес (які можуть охоплювати показання, які вони дають) можуть ідентифікувати потерпілу особу або свідка навіть тоді, коли вжито заходів забезпечення конфіденційності. Наприклад, розголошення багатьох фактів, кожний з яких окремо начебто не можна прив'язати до конкретної особи, в сукупності можуть допомогти ідентифікувати потерпілу особу чи свідка, який не хотів би розголошувати свою особу.

Необхідно обов'язково обговорити із потерпілою особою чи свідком його занепокоєння щодо конфіденційності, а також заходи із захисту персональних даних та відомостей під час спроби отримати інформовану згоду на його участь у будь-яких заходах (див. розділ 6.2). Це вимагає від фахівців-практиків:¹⁸⁸¹

- **Запитати** потерпілу особу або свідка, чи мають вони особливе занепокоєння або пропозиції щодо забезпечення конфіденційності;
- **Пояснити** умови та обмеження забезпечення конфіденційності й переконатись, що потерпіла особа або свідок дає інформовану згоду на те, як може використовуватися інформація. Зокрема, слід пояснити можливість відкриття інформації органам кримінального правосуддя або в межах роботи слідчих механізмів (як національних, так і міжнародних), а також пояснити, яке це має значення для забезпечення конфіденційності інформації.
- Переконатись, що потерпіла особа або свідок **розуміє** ризики надання інформації, та **повідомити** про те, які процедури застосовуються у разі можливого порушення умов безпеки;
- **Запитати та узгодити** з потерпілою особою або свідком, як би вони хотіли, щоб забезпечувалась конфіденційність і які заходи вони би вважали доцільними (наприклад, як з ними зв'язуватись так, щоб зберігати їхню приватність, де проводити опитування, як контактувати з ними в оточенні інших людей і чи робити це взагалі).

¹⁸⁷⁹ “Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики” (ГМППП), с. 28-29.

¹⁸⁸⁰ Довідник PILPG, с. 29.

¹⁸⁸¹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 95-96.

6.5 ПЕРЕНАПРАВЛЕННЯ ДО ІНШИХ СУБ'ЄКТІВ

Скрізь, де це можливо, фахівці-практики мають створити канали доступу (зв'язку) до соціальних та інших груп підтримки, щоб полегшити потерпілим доступ до них.¹⁸⁸² Направлення до інших суб'єктів може передувати розслідуванню, наприклад, коли потерпілій особі потрібна негайна медична, психологічна підтримка або допомога для забезпечення її безпеки. Це може бути особливо актуальним у тих регіонах України, де тривають бойові дії, або в районах, де є велика кількість біженців чи ВПО, яким може знадобитися термінова допомога. Направлення також може знадобитися після взаємодії зі слідством, якщо цей процес був емоційно важким, травматичним або наражає потерпілу особу чи свідка на додатковий ризик.¹⁸⁸³ Жінкам, які зазнали зґвалтування, може знадобитися доступ до безпечних послуг з переривання вагітності без осуду.

Направлення **ніколи не повинно залежати від участі в розслідуванні чи судовому процесі.**¹⁸⁸⁴

Служби підтримки мають працювати конфіденційно і обачливо.¹⁸⁸⁵ Шляхи і канали направлення слід визначати на основі індивідуальних особливостей і потреб потерпілої особи чи свідка.¹⁸⁸⁶ Служби підтримки мають бути нейтральними та незалежними.¹⁸⁸⁷

Там, де це можливо, потерпілі від сексуального насильства повинні мати доступ до послуг, які сприятимуть їхній реабілітації після пережитого сексуального насильства, починаючи з перших етапів документування,¹⁸⁸⁸ а також під час кримінального провадження та після його завершення.

Як показує найкраща практика, взаємодіючи з потерпілими від зґвалтування та інших актів сексуального насильства, фахівці мають знати, які офіційні та неофіційні соціальні, юридичні, медичні та інші послуги можуть отримати потерпілі, тому що це допомагає обрати найбільш прийнятні для них варіанти направлення до інших суб'єктів.¹⁸⁸⁹ Наприклад, на сайті Національної соціальної сервісної служби України представлено перелік спеціалізованих служб підтримки для осіб, постраждалих від насильства за ознакою

¹⁸⁸² Директива 2012/29/EU, ст. 8(2); Стамбульська конвенція, ст. 56(1)(c); Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 98; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 138-142. Міністр юстиції та Генеральний соліситор Альберти, Консультативний підкомітет поліції з питань сексуального насильства, “Посібник для правоохоронних органів з провідної практики у сфері розслідування випадків сексуального насильства” (2018), с. 10; (“Національні навчальні програми зі злочинів на ґрунті ненависті”), с. 51, 56.

¹⁸⁸³ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 98.

¹⁸⁸⁴ Директива 2012/29/EU, ст. 8(5).

¹⁸⁸⁵ Директива 2012/29/EU, ст. 8(3); Принципи глобальних дій: Запобігання та вирішення проблем стигматизації, викликані сексуальним насильством, що пов'язане з конфліктом, с. 52;

¹⁸⁸⁶ УВКПЛ, “Засвоєні уроки”) с. 4-5.

¹⁸⁸⁷ УВКПЛ, “Засвоєні уроки”) с. 4.

¹⁸⁸⁸ Директива 2012/29/EU, ст. 8(3); Стамбульська конвенція, ст. 18(2), 20; “Національні навчальні програми зі злочинів на ґрунті ненависті”, с. 51, 56.

¹⁸⁸⁹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 99; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 111-123.

статі, доступних у кожному регіоні України.¹⁸⁹⁰ Крім того, місцеві організації громадянського суспільства, як-от “Ла Страда Україна”, мають інфографіку, яка пояснює, як документуються випадки сексуального насильства та які соціальні служби надають допомогу особам, постраждалим від сексуального насильства.¹⁸⁹¹ Нарешті, є також національна “гаряча лінія” з питань запобігання домашньому насильству, торгівлі людьми та гендерній дискримінації, яка може надавати, серед іншого, інформаційні та психологічні консультації постраждалим.¹⁸⁹²

6.6 ПРИНЦИПИ, ЩО СТОСУЮТЬСЯ ЗАЯВ СВІДКІВ І ОПИТУВАНЬ

Цей розділ містить огляд найкращих практик, орієнтованих на потерпілих, яких слід дотримуватися під час опитування потерпілих або свідків. Взяття показань свідків є вузькоспеціалізованою діяльністю, яка передбачає низку юридичних, етичних, психологічних та безпекових аспектів. Проведення опитування потерпілих та свідків без дотримання базових стандартів може підірвати цілісність доказів та будь-яке майбутнє кримінальне переслідування, а також призвести до подальшої травматизації або віктимізації потерпілої особи чи свідка.¹⁸⁹³ Важливо уникати надмірного документування потерпілих та свідків шляхом проведення непотрібних повторних опитувань.

6.6.1 Найкращі практики опитувань, орієнтовані на потреби потерпілих

Отримання показань свідка – це вузькоспеціалізована діяльність, яка передбачає низку юридичних, етичних, психологічних питань і безпекових аспектів. Це пов'язано з тим, що показання свідків, підписані свідком, вважаються такими, що “належать” свідку і можуть бути представлені в якості доказу в суді. Якщо подальші заяви або розповіді цього свідка істотно відрізняються від попередніх заяв, це може бути використано в суді для оскарження достовірності показань свідка. Відповідно, опитування потерпілих і свідків без дотримання основних стандартів може підірвати цілісність інформації, отриманої від потерпілої особи / свідка, а також потенційно призвести до подальшої травматизації або віктимізації.¹⁸⁹⁴ Неналежна взаємодія з потерпілою особою / свідком також може потенційно вплинути на здатність професійних слідчих розмовляти з цими потерпілими / свідками в майбутньому.¹⁸⁹⁵ Важливо уникати надмірного документування показань потерпілих і свідків шляхом проведення непотрібних повторних опитувань, оскільки вони можуть призвести до повторної травматизації.

¹⁸⁹⁰ “Спеціалізовані служби підтримки для осіб, постраждалих від домашнього насильства та насильства за ознакою статі” (Національна соціальна сервісна служба України).

¹⁸⁹¹ Інфографіка: “Документування випадків сексуального насильства [пов’язаного з війною]” (сторінка Ла Страда-Україна на Фейсбук, 24 березня 2022 р.).

¹⁸⁹² Рада Європи, “Гарячі лінії з надання допомоги у Європі” (27 квітня 2022 р.).

¹⁸⁹³ М. Ністедт (ред.), К.А. Ніелсе та Дж.К. Клеффнер, “Посібник зі сприяння міжнародним кримінальним розслідуванням” (Folke Bernadotte Academy and Swedish National Defence College 2011) (“Ністедт та інші, Посібник”), с. 68.

¹⁸⁹⁴ М. Ністедт (ред.), К. А. Нільсен та Дж.К. Клеффнер, “Керівництво з надання допомоги в міжнародних кримінальних розслідуваннях” (Folke Bernadotte Academy and Swedish National Defence College 2011) (“Довідник Ністеда та ін.”), с. 68.

¹⁸⁹⁵ Довідник Ністеда та ін. с. 68.

З цих причин фахівцям-практикам **рекомендується залишити збір показань свідків професійно підготовленим слідчим або прокурорам.**¹⁸⁹⁶ Однак, якщо опитування потерпілої особи / свідка необхідне через об'єктивні побоювання, що інформація може бути втрачена або зіпсована (наприклад, немає реальної перспективи швидкого розслідування міжнародними або національними органами або судами, або свідок літній чи хворий), **фахівці-практики мають збирати тільки короткий виклад показань свідків.** Короткий виклад показань свідків належать фахівцю, а не свідку, і, таким чином, мають обмежену цінність для висловлення недовіри в суді.

Відповідно, *короткий виклад* показань свідка має фіксувати широкі “чотири кути” показань свідка. Це дозволить зберегти основні аспекти показань і забезпечить навченого фахівця (у майбутньому) достатнім матеріалом для проведення більш формальних опитувань, збору іншої інформації або отримання доказів. Опитуючи потерпілого/свідка з метою збору короткого викладу свідка, фахівці мають дотримуватися таких основних стандартів.

Методологія PEACE¹⁸⁹⁷ визнана в усьому світі як ефективна модель проведення допиту (опитування), яку можна використовувати з широким колом допитуваних (опитуваних) для будь-яких типів допиту (опитування). Методологія допиту PEACE включає принцип “Не нашкодъ”.

Модель передбачає п'ять етапів, від яких походить її аббревіатура: (i) Planning & Preperation – Планування та підготовка; (ii) Engage & Explaining – Встановлення контакту та роз'яснення процедури; (iii) Account – Викладення обставин; (iv) Closure – Завершення опитування; (v) Evaluation – Оцінювання.¹⁸⁹⁸

6.6.1.1 Планування та підготовка

Успішне опитування вимагає належного планування, підготовки та структурування.¹⁸⁹⁹ Належним чином підготовлене опитування дозволяє розширити права й можливості потерпілих, провести послідовний та всебічний процес документування.¹⁹⁰⁰

6.6.1.1.1 Чи потрібно проводити опитування?

Насамперед фахівець-практик має оцінити, на якому етапі перебуває процес документування і/або розслідування, та визначити, чи потрібно проводити опитування.¹⁹⁰¹ Як описано вище (див. розділ 6.1), принцип “Не нашкодъ” означає, що фахівець вживає

¹⁸⁹⁶ Див., Міжнародний кримінальний трибунал по колишній Югославії (“МТКЮ”), “Керівництво МТКЮ з розвинутої практики” (2009) (“Керівництво МТКЮ з розвинутої практики”), с. 16; Довідник Ністеда та ін. сс. 68, 76; Довідник PILPG, с. 97.

¹⁸⁹⁷ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 163. Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 97-98.

¹⁸⁹⁸ М. Шоллум, “Огляд процесуального інтерв'ю – Процесуальне інтерв'ю: література” (Поліція Нової Зеландії, вересень 2005 р.), с. 43 та наступні

¹⁸⁹⁹ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики (ГМППП), с. 23, 98.

¹⁹⁰⁰ Див., наприклад, ОБСЕ, “Посібник з розслідування воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду в Боснії та Герцеговині” (2013), с. 189, 192.

¹⁹⁰¹ Керівництво МТКЮ з розвинутої практики, п. 48.

заходів для уникнення зайвих або повторних опитувань та багаторазового взяття заяв (показань).¹⁹⁰² Це особливо актуально для тих осіб, які проживають на щойно звільнених територіях України, й біженців, які втекли з територій, підконтрольних Росії, яких опитували багато разів представники різних органів, журналісти та представники організацій громадянського суспільства. Тож фахівці мають поставити собі запитання, чи важливою буде інформація від встановленого свідка,¹⁹⁰³ чи опитувався свідок раніше, та яка буде користь від повторного опитування, враховуючи, що багаторазові опитування можуть призвести до повторної травматизації потерпілих і свідків.¹⁹⁰⁴

6.6.1.1.2 Встановлення контакту

Обраний спосіб контакту, скоріше за все, залежатиме від результатів оцінювання ризиків. Фахівці-практики мають оцінити, чи достатньо в них інформації для того, щоб безпечно та без привернення зайвої уваги зв'язатися чи зустрітися з опитуваною особою¹⁹⁰⁵ так, щоб не наразити її або когось іншого на ризик (наприклад, розмову хтось може елементарно підслухати).

6.6.1.1.3 Планування опитування

Для проведення ефективного опитування фахівець має володіти інформацією про опитуваного.¹⁹⁰⁶ Бажано знати вік особи, рівень її грамотності, особисті та сімейні обставини, ситуацію вдома, релігію або віросповідання (щоб врахувати час на молитву), етнічну належність, стан фізичного та психічного здоров'я, сексуальну орієнтацію, наявність інвалідності чи інших обмежень, що можуть вплинути на оцінку ризиків, а також мати узгоджену стратегію забезпечення приватності особи, її безпеки, та способу представлення інформації.¹⁹⁰⁷

Перший крок фахівця під час підготовки плану допиту опитування — це подивитися, що є відомим: характер злочинів, суть обвинувачення (можливого обвинувачення), ключові елементи складу злочину, і що необхідно для доведення цих елементів (*див.* розділ 3.2).¹⁹⁰⁸

Фахівець має прийняти той факт, що інформація, яку він має, може бути неповна. Отже, варто встановити, яких саме доказів бракує та які з них міг би надати свідок. Варто поставити собі, наприклад, такі запитання: чи проводилось розслідування обтяжуючих обставин; чи була перевірка того, чи насильство мало (або має) систематичний характер; чи досліджувалася достатньою мірою можлива наявність обставин примусового характеру (якщо йдеться про сексуальне насильство).

¹⁹⁰² Директива ЄС 2012/29/EU, ст. 20(b); Керівництво МТКЮ з розвинутої практики, п. 57.

¹⁹⁰³ Керівництво МТКЮ з розвинутої практики, п. 48.

¹⁹⁰⁴ Кодекс Мурад, Принципи 4.8-4.9.

¹⁹⁰⁵ Керівництво МТКЮ з розвинутої практики, п. 49.

¹⁹⁰⁶ Поліцейський коледж Великої Британії, Процесуальне інтерв'ю (2013) (“Поліцейський коледж Великої Британії, Процесуальне інтерв'ю”); Асоціація захисників, що практикують в міжнародних судах та трибуналах (АЗ-МТБЮ), “Посібник з міжнародного захисту у кримінальних справах: Практики в рамках Проекту правосуддя щодо воєнних злочинів, розроблені АЗ-МКТ” (2020), с. 56.

¹⁹⁰⁷ Поліцейський коледж Великої Британії, Процесуальне інтерв'ю

¹⁹⁰⁸ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 125.

На основі такого аналізу фахівець має визначити мету та цілі опитування¹⁹⁰⁹ і підготувати відповідний план опитування, що охоплюватиме низку тем, які потрібно обговорити, елементи, необхідні для доведення складу інкримінованих злочинів, можливі аргументи захисту, основні докази тощо.¹⁹¹⁰

Усі необхідні документи або інші можливі докази, які можуть знадобитися під час опитування, мають бути підготовлені заздалегідь.¹⁹¹¹ Окрім того необхідно скласти орієнтовний перелік запитань, які можуть прояснити таке:¹⁹¹²

- (i) Особиста інформація про потерпілу особу / свідка;
- (ii) Дата, час, місце та інші обставини злочину;
- (iii) Опис події;
- (iv) Опис травм, які особа отримала під час події;
- (v) Будь-яка інформація про можливого виконавця.

Фахівець може розглянути можливість залучення іншої особи для ведення письмових нотаток під час допиту опитування. Це дозволить повністю зосередитись на розповіді потерпілого чи свідка і водночас мати точний запис викладу подій.¹⁹¹³ Важливо, щоб особи, які проводять опитування, домовилися про ролі, які вони виконуватимуть під час опитування, та дотримувалися цієї домовленості.¹⁹¹⁴

6.6.1.1.4 Місце проведення опитування і середовище

Опитування кожного свідка має проводитись окремо без присутності інших свідків. Місце проведення опитування має бути ретельно підібране.

Підхід, орієнтований на інтереси потерпілої особи, що керується найкращими практиками та принципом “Не нашкодь”, може застосовуватись завжди, коли це можливо, для забезпечення безпечного та приватного простору для проведення опитування.¹⁹¹⁵ Фахівець має обміркувати як потерпіла особа або свідок сприйматиме місце проведення опитування та оточення. Тож, фахівець має врахувати таке:

- (i) Місце проведення опитування не привертає уваги;¹⁹¹⁶

¹⁹⁰⁹ Поліцейський коледж Великої Британії, Процесуальне інтерв'ю

¹⁹¹⁰ Поліцейський коледж Великої Британії, Процесуальне інтерв'ю

¹⁹¹¹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, ст. 164-166; Жіночі ініціативи щодо гендерної рівності правосуддя (ЖІГРП), “Стать: практичні аспекти”: керівництво та методи реагування на гендерно зумовлені злочини у збройному конфлікті” (2005) (ЖІГРП “Стать: практичні аспекти”), с. 38; “Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики” (ГМПШП), с. 98.

¹⁹¹² У жодному разі цей перелік не є вичерпним. *Див. також наприклад* Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 165; ЖІГРП “Стать: практичні аспекти”, с. 39-46.

¹⁹¹³ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 165.

¹⁹¹⁴ Поліцейський коледж Великої Британії, Процесуальне інтерв'ю

¹⁹¹⁵ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 165.

¹⁹¹⁶ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 165, 239.

- (ii) Це місце де потерпіла особа/свідок почувається в безпеці і готовий говорити вільно (це стосується не тільки самого опитування, а й прибуття та залишення місця опитування);¹⁹¹⁷
- (iii) Місце проведення опитування розашоване в районі, де опитувана особа почувається в безпеці (тобто немає ризику того, що ця місцевість зазнає нападу, опитувана особа може безпечно дістатися цього місця, немає ризику того, що її по дорозі на/з опитування зупинять або виявлять сили/органи ворога тощо);
- (iv) У цьому місці немає інших осіб, які могли б упізнати опитувану особу, або осіб, які могли б побачити або почути розмову.

Слід також враховувати час, необхідний на дорогу до місця опитування, складність маршруту й відстань,¹⁹¹⁸ що особливо актуально для осіб, для яких конфіденційність є важливою, адже дорога до місця опитування або взаємодія з незнайомцями вдома може розкрити їхню особу.

6.6.1.1.5 Присутність батьків/опікуна/особи, що надає підтримку під час опитування

Необхідно запитати у опитуваного чи бажає він, щоб під час опитування була присутня особа, що надає підтримку.¹⁹¹⁹ Це має бути особа, якій опитуваний довіряє,¹⁹²⁰ але бажано, щоб це не був свідок або можливий свідок. В деяких випадках сексуального насильства, коли фахівець підозрює наявність обставин примусу або випадки домашнього насильства, особа, що надає підтримку, не повинна бути членом родини опитуваного.¹⁹²¹ Присутність опікуна або піклувальника може знадобитися особам, що не досягли повноліття, хворим, особам похилого віку або особам, що мають певні вади.¹⁹²²

Загалом, особа, що надає підтримку, не може бути присутня під час проведення опитування, проте вона може бути присутня тільки на етапі *встановлення контакту та роз'яснення процедури* (див. розділ 6.6.1.2).¹⁹²³ Однак, можуть бути випадки, коли опитування вимагає присутності захисника. Така необхідність може з'явитись під час опитування виконавця або інсайдера (наприклад, солдата, що служив в тому самому підрозділі). У такому разі, захисник свідка має бути присутнім протягом усього допиту.

¹⁹¹⁷ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 165, 239; Канадська система спільного реагування поліції на сексуальне насильство, **с. 16**; Посібник Уквелі, с. 38.

¹⁹¹⁸ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 165.

¹⁹¹⁹ Директива 2012/29/EU, ст. 20(с); Посібник Уквелі, с. 66; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 166-167.

¹⁹²⁰ Рада Європи, "Запобігання і протидія домашньому насильству щодо жінок, Навчальний ресурс для підготовки представників правоохоронних органів та органів юстиції" (січень 2016), с. 43; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 167.

¹⁹²¹ Див. *наприклад*, КПК України, ст. 227, частина 3.

¹⁹²² Див. *наприклад*, КПК України, ст. 226, частина 1.

¹⁹²³ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 167.

6.6.1.1.6 Запис опитування

Фахівець має вирішити чи потрібно проводити фото-/відеозапис опитування. Фотозйомка або відеозапис є більш надійними методами документування, однак залежно від обставин опитування, прокурор може прийняти рішення вести тільки письмові нотатки.¹⁹²⁴

6.6.1.1.7 Можливе збереження конфіденційності інформації/безпекові питання

До того, як почнеться запис будь-якої інформації необхідно пояснити свідку умови та обмеження забезпечення конфіденційності у спосіб та мовою, яку він розуміє (див. розділ 6.4).¹⁹²⁵ Свідки можуть вкрай не хотіти розповідати про те, що з ними сталося, зокрема в українському контексті. Скоріше за все, тільки в результаті проведення опитування фахівець зможе з'ясувати чи має опитувана особа обґрунтовані занепокоєння щодо безпеки.¹⁹²⁶ Якщо під час опитування потерпіла особа розповідає про реальну загрозу насильства або акти помсти із застосуванням насильства з боку виконавця, фахівець-практик має заздалегідь знати, як він буде діяти.

Якщо свідок важливий для документування і безпекові занепокоєння обґрунтовані, фахівець має впевнитись, що свідок знає, які заходи забезпечення безпеки доступні для нього і роз'яснити їх (див. розділ 6.1.4).¹⁹²⁷

6.6.1.2 **Встановлення контакту та роз'яснення процедури**

Це перша стадія самого опитування. Її мета – створити позитивне середовище, побудувати стосунки довіри, стимулювати спілкування і забезпечити отримання інформованої згоди (див. розділ 6.2). До початку опитування потерпілій особі чи свідку слід пояснити їхні права і як саме буде проходити опитування.

Фахівці мають створити таке середовище, у якій опитувана особа мала б бажання спілкуватися та ділитися інформацією. Необхідно приділити увагу тому, хто де буде сидіти,¹⁹²⁸ а сама кімната має бути відкритою і не викликати занепокоєнь. Це допомагає опитуваній особі відчувати власну силу, і демонструє повагу до неї. Треба уникати можливого відображення нерівного розподілу сили, яке склалося у ситуації скоєння злочину. Це особливо важливо для потерпілих, які пережили ув'язнення, катування, зґвалтування або інші форми сексуального насильства. Необхідно запитати у опитуваної особи, чи вона почувається комфортно і чи бажає вона щось прибрати [з приміщення] або замінити (зокрема особу, яка проводить опитування).¹⁹²⁹ Фахівці повинні докласти всіх можливих зусиль, щоб переконатися, що опитувані особи почуваються комфортно та безпечно, незалежно від умов середовища, у якому вони перебувають.

¹⁹²⁴ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 164-165; Дж. Арчамболт, сержант і К.А. Лонсвей, “Допит (опитування) потерпілого: Техніки, що базуються на реалістичній динаміці сексуального нападу” (лютий 2006, оновлено в червні 2019), с. 45-47.

¹⁹²⁵ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 95.

¹⁹²⁶ Керівництво МТКЮ з розвинутої практики, п. 50.

¹⁹²⁷ Керівництво МТКЮ з розвинутої практики, с. 65.

¹⁹²⁸ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 166.

¹⁹²⁹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 169.

Опитуваним особам варто пояснити, що вони мають повний контроль над ситуацією і у будь-який час можуть зупинити опитування, зробити перерву або відмовитися від участі взагалі.¹⁹³⁰ Ті, хто проводить опитування, мають розуміти, що цілком можливо, що саме зараз опитувана особа вперше розповіла про подію. Їм треба бути готовим до того, що опитувана особа буде засмученою або навіть демонструвати симптоми посттравматичного стресового розладу.¹⁹³¹

На цій стадії фахівці можуть отримати інформовану згоду. Фахівці також представляються і пояснюють причини і цілі цього опитування.¹⁹³²

Опитувані особи мають знати, чому важливо, щоб їхню розповідь чув фахівець. Фахівець має запитати (якщо це йому ще невідомо), чи вже давали опитувані особи показання чи проходили опитування, і з ким обговорювали ці теми.¹⁹³³ Якщо опитувана особа з кимось обговорювала цю подію, то це може означати, що є потенційний додатковий свідок. Якщо підготовка до проведення опитування була належною, то на цій стадії фахівці можуть пояснити характер запитань.¹⁹³⁴ Це є частиною інформованої згоди.¹⁹³⁵ Наприклад, запитання про сексуальне насильство дуже інтимні, і потерпілим може бути дуже важко обговорювати цю тему, оскільки вони відчувають розгубленість або сором. У деяких громадах/культурах такі почуття можуть бути навіть сильнішими.¹⁹³⁶ У таких ситуаціях фахівці мають допомогти потерпілій особі або свідку впоратися із відчуттям сорому або провини, підкреслюючи, що їх ніхто не звинувачує і не може звинувачувати.¹⁹³⁷

Фахівці-практики мають обговорити, чи буде вестися запис опитування, і як саме. Вони мають пояснити, як саме може бути використана інформація, наприклад, її можливе розкриття, якщо потерпіла особа або свідок буде давати показання у кримінальній справі (див. розділ 6.3).¹⁹³⁸ Найкращім варіантом буде попросити потерпілу особу повторити те, що вона почула, щоб фахівці мали змогу переконатися, що потерпіла особа повністю розуміє наслідки поширення інформації.¹⁹³⁹

Опитуваним особам слід нагадати про те, що важливо казати правду. Слід також з'ясувати, чи вони розуміють, що таке казати правду. Їм необхідно пояснити, що вони завжди можуть сказати тому, хто проводить опитування, що не запитання не зрозумілі, і що вони також

¹⁹³⁰ “Політика СЦПП з документування ГЗН і СГЗН”, с. 11; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 179-180. Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 33, 102.

¹⁹³¹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 235; ЖІГРП “Стать: практичні аспекти”, с. 36, 59-63.

¹⁹³² Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 169; Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 25, 101; Посібник Уквелі, с. 67.

¹⁹³³ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 170.

¹⁹³⁴ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 101;

¹⁹³⁵ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 25.

¹⁹³⁶ Канадська система спільного реагування поліції на сексуальне насильство, [с. 18](#).

¹⁹³⁷ ЖІГРП “Стать: практичні аспекти”, ст. 36

¹⁹³⁸ ЖІГРП “Стать: практичні аспекти”, с. 34

¹⁹³⁹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, [с. 168](#).

можуть ставити уточнювальні запитання або виправляти будь-які неточності.¹⁹⁴⁰ Свідки і потерпілі також повинні бути проінформовані про кримінальну відповідальність, яку вони можуть понести за дачу завідомо неправдивих показань.¹⁹⁴¹

6.6.1.3 Виклад обставин

Свідки можуть переглядати [свої] попередні показання, щоб освіжити їх в пам'яті. Вони можуть попросити відкоригувати, змінити або просто підтвердити раніше записану інформацію. Це може допомогти фахівцям обмежити ризик повторної психологічної травматизації осіб, бо вони будуть ставити тільки додаткові, уточнювальні запитання. Така методика допоможе отримати максимально повний і послідовний виклад обставин скоєння злочинів.

Фахівці-практики мають вмінати слухати, і слухати уважно. Це має відобразитися і у їхній позі, і у мові тіла. Надзвичайно важливо, щоб атмосфера на опитуванні не була сповнена страху чи залякування. Необхідно приділяти увагу виразу обличчя, виразів, які демонструють недовіру або осудження.¹⁹⁴² Якщо той, хто проводить опитування, уважно слухає опитувану особу, то він зможе побачити і розпізнати зміни у поведінці (наприклад, страх, дискомфорт, збентеження, розгубленість або небажання). Це має стати сигналом про те, що треба якось змінити процес, наприклад, зупинитися, або змінити тему, або зробити перерву. Той, хто вміє слухати, і слухає уважно, запам'ятовує подробиці і деталі, і може продемонструвати свою зацікавленість наступним чином: перефразувати, повторити або підсумувати вже надану інформацію. Якщо опитування проводить команда, усі учасники отримують інструкції стосовно поведінки (як вказано вище).

6.6.1.3.1 *Наратив*

Фахівці повинні спочатку прагнути отримати від потерпілої особи/свідка детальну розповідь про те, що сталося, дозволяючи допитуваному надати безперервну розповідь про події. Розпитування слід починати широко, а потім переходити до конкретного.

Протягом опитування необхідно використовувати відповідну лексику і термінологію. Слід формулювати питання так, щоб потерпіла особа могла розказати про свій досвід повністю. З огляду на культурний контекст, можуть бути різні шляхи формулювання запитань і відповідей.¹⁹⁴³ Наприклад, у випадках сексуального насильства слід намагатися використовувати зрозумілі слова для описування дій сексуального характеру і статевих органів,¹⁹⁴⁴ щоб уникнути непорозуміння і плутанини (*див.* розділ 7).

¹⁹⁴⁰ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 172.

¹⁹⁴¹ КПК України, Статті 67, 224(3), 224(9).

¹⁹⁴² Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 180; Кишеньковий довідник з ГЗН, с. 18.

¹⁹⁴³ *Див., наприклад*, Поліцейський коледж Великої Британії, “Процесуальне інтерв'ю”; Ініціатива проти катувань, Асоціація запобігання катуванням, Норвезький центр з прав людини, (травень 2021 р.) (“Принципи проведення ефективного допиту (опитування) для цілей розслідування і збору інформації”), п. 132-141; Посібник Уквелі, с. 69.

¹⁹⁴⁴ ЖІГРП “Стать: практичні аспекти”, с. 36-37.

Розмовляти треба чітко і зрозумілими [для опитуваних] словами, а питання мають бути короткими, простими і відкритого типу.¹⁹⁴⁵ Це уточнюючі питання “хто/що/де/коли/звідки ви знаєте” або запитання відкритого типу (TEDS):¹⁹⁴⁶

Запитання відкритого типу (TEDS)	
Розкажіть (Tell)	Розкажіть мені, будь ласка, що саме трапилось?
Поясніть (Explain)	Поясніть мені, будь ласка, що сталося потім?
Опишіть (Describe)	Опишіть , будь ласка, як виглядала ця особа?
Покажіть (Show)	Покажіть мені, будь ласка, на мапі, де це сталося?

Фахівці мають “фільтрувати” інформацію, починати з більш загальних запитань, а потім звужувати їх, робити більш конкретними.¹⁹⁴⁷ Слід уникати наступних видів запитань: навідні (наприклад, “Він Вас вдарив, чи не так?”), складні (наприклад, “Як вони виглядали та що вони казали?”), закриті (наприклад, “Він вистрелив?”) або запитання, що передбачають вибір (наприклад, “Уніформа була зеленою або синьою?”).¹⁹⁴⁸ Зазвичай на такі питання варіанти відповідей або короткі та обмежені, або просто “так/ні”. У випадках сексуального насильства питання типу “Чому ви не пішли?” або “Чому ви цього не знали?” - це звинувачення потерпілої особи, і їх не можна ставити взагалі.¹⁹⁴⁹

Фахівці повинні намагатися не переривати потерпілу особу, оскільки це може негативно вплинути на спроби особи пригадати події, і тому вона може пропустити критично важливу інформацію.¹⁹⁵⁰ Також не рекомендується “стрибати” з однієї теми на іншу (швидко переходити з однієї теми на іншу і знову назад).¹⁹⁵¹

6.6.1.3.2 *Розширювати, уточнювати та кидати виклик*

Після того, як потерпіла особа/свідок надали свій безперервний наратив щодо подій, фахівці повинні прагнути розширити та уточнити або заперечити аспекти їхнього наративу, якщо це необхідно. Фахівці можуть розширити цей наратив потерпілої особи/свідка, зосередившись на:¹⁹⁵²

¹⁹⁴⁵ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 33, 104; “Принципи проведення ефективного допиту (опитування) для цілей розслідування і збору інформації”, п. 33; Посібник Уквелі, с. 68.

¹⁹⁴⁶ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 105. Див. також Поліцейський коледж Великої Британії, “Процесуальне інтерв’ю”.

¹⁹⁴⁷ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 172.

¹⁹⁴⁸ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 32-33, 103-104; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 175; Поліцейський коледж Великої Британії, “Процесуальне інтерв’ю”.

¹⁹⁴⁹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 172, зноска 4.

¹⁹⁵⁰ Поліцейський коледж Великої Британії, “Процесуальне інтерв’ю”; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 172.

¹⁹⁵¹ Поліцейський коледж Великої Британії, “Процесуальне інтерв’ю”

¹⁹⁵² ІМКР, Польовий посібник, с. 19.

- **PLAT:**
 - Людях (**P**eople)
 - Місцях (**L**ocations)
 - Діях (**A**ctions)
 - Часі (**T**ime)
- **ADVOKAT:**
 - Кількості часу, який свідок провів там (**A**mount of time the witness was there)
 - Віддаленості від подій (**D**istance from the events)
 - Видимості (**V**isibility)
 - Перешкодах для огляду (**O**bstructions to view)
 - [тому, що потерпілі/свідки] знали або бачили цих людей до цього (**K**nown or seen the persons before)
 - Будь-яких специфічних причинах для запам'ятовування (**A**ny specific reason to remember)
 - Проміжку часу з моменту події (**T**ime lapse since the event)
 - Похибках (**E**rrors)

Якщо потерпілі або свідки кажуть щось, що відрізняється від фактів, встановлених під час процесу документування, це не значить, що такі суперечності необхідно усунути. Навпаки, іноді вони свідчать про надійність і достовірність показань. Суперечності і непослідовність можуть виникнути з багатьох причин у кожній конкретній ситуації для конкретної постраждалої особи. Якщо показання суперечливі, це не означає, що вони неправдиві.¹⁹⁵³

Суперечності і протиріччя можуть виникати з різних причин: починаючи з нерозуміння потерпілою особою того, що сталося, до спричиненої травмою нездатності пригадати й описати події; до відсутності культурно прийнятної лексики для [опису] сексуального насильства або лексики, яка у кожного своя – у потерпілої особи, перекладача і суб'єкта кримінального правосуддя.¹⁹⁵⁴

Потерпілі і свідки можуть плутатися у фактах, датах, часі, місцях або не пам'ятати багатьох подробиць. На пам'ять свідків чи потерпілих може впливати травма, яку вони пережили через цю подію. Також можливо, що вони не зможуть пригадати, як відбувалися події у хронологічному порядку. Фахівці можуть виправити ситуацію, змінивши трохи свої питання (наприклад, “Що ще сталося?” замість “Що було потім?”).¹⁹⁵⁵ Потерпілі особи також можуть змінювати свою розповідь, тому що бояться помсти; або соромляться, збентежені чи у шоковому стані; хотіли б уникнути стигматизації, повторної віктимізації або хочуть

¹⁹⁵³ Наприклад, у справі *Кунарача та ін.*, Трибунал виніс рішення, що суперечності не “ставлять під сумнів” надійність свідка і, насправді, відсутність “таких природних суперечностей може стати базою для формування підозри щодо правдивості показань”. Див. *Прокурор проти Кунарача та ін.*, IT-96-23& IT-96-23/1-A, Апеляційне рішення, 12 червня 2002 р., п. 309.

¹⁹⁵⁴ Офіс допомоги потерпілим від злочинів: Центр навчання і технічної допомоги, “Проведення допиту з урахуванням травми, яку пережила допитувана особа”, переглянуто 27 квітня 2022 р.) (“Проведення допиту з урахуванням травми, яку пережила допитувана особа”).

¹⁹⁵⁵ Проведення допиту з урахуванням травми, яку пережила допитувана особа.

відповідати вимогам своєї культури, традицій і суспільства.¹⁹⁵⁶ Вони можуть надавати лише часткову інформацію, спробувати спрямувати процес документування у хибному напрямі; замовчують присутність інших потерпілих, свідків або нападників.

Якщо у наданій інформації є невідповідності, фахівці мають уточнити, але не вимагати пояснень. Необхідно покровоко “пройтися” разом зі свідком по наданій інформації і попросити його уточнити або пояснити, чому саме він вважає, що події відбувалися саме так, як він описує. Щоб виправити розбіжності [у наданій інформації], слід ставити питання по-іншому¹⁹⁵⁷ або ті, хто проводить опитування, можуть, наприклад, ставити конкретні закриті питання: “Що саме він сказав, якими словами?” або “Де це сталося?”.¹⁹⁵⁸ Якщо це не допоможе з’ясувати розбіжності, то їх необхідно занотувати і продовжити опитування. Суди приймають показання потерпілих або свідків, які містять розбіжності, але в деяких випадках для забезпечення достовірності можуть покладатися тільки на частину розповіді.¹⁹⁵⁹

6.6.1.3.3 *База для розуміння*

Фахівці повинні подбати про те, щоб встановити базу для розуміння кожного факту, заявленого опитуваною особою.¹⁹⁶⁰ Опитувана особа може бути особою, що постраждала від ймовірного злочину, або бачила цей злочин чи чула про нього. Якщо особа чула про це, слід з’ясувати, від кого, як і чи є цей інцидент чимось загальновідомим, про що всі говорили або про що повідомлялося в засобах масової інформації чи в соціальних мережах.

6.6.1.4 *Завершення опитування*

Коли потерпіла особа або свідок закінчує давати показання, це мало коли стає завершенням процесу документування. Навпаки, часто це тільки початок. Фахівці не можуть закінчити опитування раптово,¹⁹⁶¹ важливо завершити його належним чином.

Фахівці мають уточнити, як можна буде зв’язатися із опитуваною особою пізніше – з урахуванням побажань особи, зокрема через альтернативні способи підтримання зв’язку.¹⁹⁶² Для того, щоб побудувати взаємодовіру потрібен час. Можливо, що тільки після декількох сесій опитування людина буде почуватися достатньо комфортно, щоб обговорити подробиці подій, які документуються.¹⁹⁶³ Фахівці мають переконатися, що постраждала особа знає, що може надавати додаткову інформацію, яку пригадає.

¹⁹⁵⁶ С. МакКарти-Джоунс, “Ті, хто пережив сексуальне насильство, не можуть покладатися на систему кримінального правосуддя – що необхідно робити далі” (*The Conversation*, 29 березня 2018 р.) (переглянуто 27 квітня 2022 р.).

¹⁹⁵⁷ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 68-69.

¹⁹⁵⁸ Поліцейський коледж Великої Британії, “Процесуальне інтерв’ю”; Посібник Уквелі, с. 67-68.

¹⁹⁵⁹ Див. приклад, *Прокурор проти Нтаганди*, ІСС-01/04-02/06, Рішення суду, 8 липня 2019 р., п. 80.

¹⁹⁶⁰ Див., наприклад, Посібник Уквелі, с. 33-34.

¹⁹⁶¹ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 106.

¹⁹⁶² Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 182.

¹⁹⁶³ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 33.

На стадії завершення варто знову запитати опитуваних, чи дають вони свою інформовану згоду¹⁹⁶⁴ на опитування і на використання наданої інформації у процесі документування, розслідуванні та/або кримінальному переслідуванні. Опитувані особи мають знати, що вони можуть відкликати свою згоду.¹⁹⁶⁵ Вони також мають розуміти, що можуть змінити думку стосовно участі у процесі кримінального правосуддя. Також необхідно пояснити, що відбуватиметься далі і з якими проханнями до них ще можуть звернутися.¹⁹⁶⁶

Слід обговорити потреби опитуваної особи і варіанти перенаправлення цієї особи [до інших служб].¹⁹⁶⁷ Фахівці мають утримуватися від того, щоб давати обіцянки, які не зможуть виконати¹⁹⁶⁸ і не обіцяти потерпілим або свідкам якісь привілеї (наприклад, безоплатна медична допомога, освіта чи покриття витрат, які виходять за межі витрат для забезпечення присутності на опитуванні).¹⁹⁶⁹ Необхідно – наскільки це можливо – забезпечити, щоб після завершення опитування, опитувана особа перебувала у відносно позитивному настрої.¹⁹⁷⁰

6.6.1.5 Оцінювання

Необхідно оцінити інформацію, отриману протягом опитування. Фахівці мають визначити, чи в результаті опитування з'явилися якісь нові ризики для опитаної або будь-якої іншої особи, або змінилися ризики, що вже існують.¹⁹⁷¹ Базуючись на результатах опитування, необхідно розглянути можливі подальші напрями дослідження¹⁹⁷² і відповідним чином змінити стратегію ведення процесу документування.

6.6.2 Опитування особливо вразливих осіб

Хоч конфлікт в Україні і вплинув на все населення загалом, деякі групи, зокрема, жінки, діти, люди похилого віку, люди з інвалідністю, національні та етнічні меншини, ЛГБТКІ+ люди, правозахисники/активісти, ВПО та біженці, стикаються із конкретними загрозами та впливами.¹⁹⁷³ Документуючи міжнародні злочини, фахівці мають усвідомлювати особливі потреби та проблеми, що постають перед цими групами,¹⁹⁷⁴ а також конкретну занепокоєність, що може виникати у таких осіб під час взаємодії з системою кримінального правосуддя. Надзвичайно важливо не залишати без уваги і не ігнорувати потреби таких

¹⁹⁶⁴ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 107.

¹⁹⁶⁵ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 183.

¹⁹⁶⁶ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 183.

¹⁹⁶⁷ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 183; Кишеньковий довідник з гендерно зумовленого насильства, с. 11-12.

¹⁹⁶⁸ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 70.

¹⁹⁶⁹ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 36.

¹⁹⁷⁰ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 107.

¹⁹⁷¹ Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 108.

¹⁹⁷² Посібник Групи з міжнародного публічного права та політики, с. 108.

¹⁹⁷³ ОБСЄ, “Доповідь про порушення міжнародного гуманітарного права і прав людини, воєнні злочини та злочини проти людяності, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р.” (2022 р.) (ОБСЄ, “Доповідь про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р.”), с. 75.

¹⁹⁷⁴ ОБСЄ, “Доповідь про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р.”, с. 75.

вразливих осіб,¹⁹⁷⁵ а також не травмувати їх повторно під час процесу кримінального судочинства шляхом дискримінації чи маргіналізації.¹⁹⁷⁶ Фахівці зобов'язані ставитися до осіб, що належать до вразливих груп, не менш прихильно, ніж до інших, і брати до уваги їхні особливі потреби.¹⁹⁷⁷ Такі потреби можуть передбачати особливі шляхи подальшого перенаправлення чи заходи, що забезпечують вищий рівень конфіденційності чи захисту.

В доповнення до зазначеного вище, в наступних розділах наводяться конкретні кроки, якими слід користуватися фахівцям під час опитування особливо вразливих свідків, як-от дітей, людей похилого віку чи осіб з інвалідністю. Передова практика опитування потерпілих від сексуального насильства розглядається в розділі 7.

6.6.2.1 Спеціальна інструкція щодо збору показань дітей

Як правило, фахівцям-практикам не слід намагатися опитувати дітей, якщо вони не мають спеціальної підготовки,¹⁹⁷⁸ оскільки ризик повторної психологічної травматизації є високим. Відповідно, **фахівцям слід опитувати дітей, особливо меншого віку, лише у виняткових обставинах**, коли інформація, якою вони володіють, є критично важливою та не може бути отримана з інших засобів чи джерел. Крім того, це слід робити лише після ретельної оцінки найкращих інтересів дитини, які завжди мають переважати.¹⁹⁷⁹

Разом з тим діти можуть володіти надзвичайно важливою для процесу правосуддя інформацією. Самі вони можуть бути потерпілими, свідками злочинів, скоєних проти інших, зокрема членів їхніх сімей та друзів, або причетними до вчинення злочинів.¹⁹⁸⁰ Проте, щоб документування порушень, пов'язаних із конфліктом, належним чином враховувало вплив на дітей, необхідно визнати дітей самостійними правовласниками, а не просто вважати їх частиною цивільного населення чи складовою ширшого наративу.

І справді, з початку повномасштабного вторгнення Росії в Україну 24 лютого 2022 р. було зареєстровано значну кількість повідомлень про порушення міжнародного права, скоєні проти дітей. Наприклад, на початку квітня 2022 р. з'явилися звинувачення, що Росія використовувала місцевих дітей у якості щита, щоб уникнути обстрілів під час відступу з районів навколо Києва та інших населених пунктів, і що Росія також брала дітей у заручники в декількох зонах конфлікту, щоб гарантувати, що місцеві жителі не розголошуватимуть інформацію щодо просування російських військових у напрямку

¹⁹⁷⁵ ОБСЄ, “Доповідь про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р.”, с. 75.

¹⁹⁷⁶ Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (МПГПП) (прийнятий та відкритий для підписання, ратифікації та приєднання резолюцією Генеральної Асамблеї 2200А (XXI) від 16 грудня 1966 р., набрав чинності 23 березня 1976 р., відповідно до ст. 49) 999 UNTS 171 (МПГПП), ст. 26; Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (Європейська конвенція з прав людини, зі змінами), ETS No.005, відкрита для підписання 4 листопада 1950 р., набула чинності 3 вересня 1953 р. (ЄКПЛ), ст. 14; протокол N 12 до ЄКПЛ (від 4 листопада 2021 р.), ст. 1 (1).

¹⁹⁷⁷ ОБСЄ, “Доповідь про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р.”, с. 75.

¹⁹⁷⁸ Див., наприклад, Кодекс Мурад, Принцип 7.6.

¹⁹⁷⁹ Конвенція ООН про права дитини (прийнята 20 листопада 1989 р., набула чинності 2 вересня 1990 р.) UNTS 1577 (‘КПД’), ст. 3 (1).

¹⁹⁸⁰ МКС, “Політика щодо дітей” (листопад 2016 р.) (“МКС, “Політика щодо дітей”), пар. 17.

розташування українських сил.¹⁹⁸¹ Крім того, цивільні об'єкти, де разом з іншими цивільними ховалися і діти, зокрема, пологовий будинок і театр, біля якого на землі було фарбою написано “діти”, були обстріляні та знищені російськими авіа ударами.¹⁹⁸²

Відповідно, діти в Україні стали не лише свідками вчинення різноманітних злочинів, але й конкретною ціллю таких нападів, тому їхні показання матимуть особливе значення під час судового переслідування цих злочинів. Незважаючи на те, що діти можуть мати важливе значення для розслідувань, пов'язаних із конфліктом, під час взаємодії з дітьми-потерпілими та свідками злочинів, фахівці повинні дотримуватися підходу, орієнтованого на дитину,¹⁹⁸³ щоб забезпечити пріоритетність захисту найкращих інтересів дитини. Такий підхід має застосовуватися з урахуванням найкращої міжнародної практики, відповідних національних стандартів і таких загальних принципів прав дитини, як недискримінація, найкращі інтереси дитини, право на життя, виживання та розвиток, право висловлювати свої погляди та мати право на те, щоб ці погляди бралися до уваги.¹⁹⁸⁴

Такий **підхід, орієнтований на інтереси дитини**, згідно з вищезазначеним принципом “Не нашкоть” (див. розділ 6.1), окреслюється таким чином:¹⁹⁸⁵

- Оцініть конкретні ризики та фактори, як-от вік і характеристики (вік є важливим фактором, що визначає здатність пам'яті), культурне та соціально-економічне середовище та особливо вразливі сторони (як-от переміщення, особиста травма, погіршення здоров'я, фізичні та розумові вади тощо);¹⁹⁸⁶
- Використовуйте мову, яка відповідає віку та розвитку дитини і яку вона розуміє;
- Дотримуйтеся прав дитини, гарантованих нормами міжнародного права,¹⁹⁸⁷ зокрема принципу недискримінації, поваги до гідності, приватного життя, найкращих

¹⁹⁸¹ Д.Боффі (D.Boffey), “Українських дітей використовували як “живий щит” під Києвом, повідомляють свідки” (*The Guardian*, 2 квітня 2022 р.) (переглянуто 27 квітня 2022 р.).

¹⁹⁸² BBC, “Війна в Україні: Вагітна жінка та дитина загинули після обстрілу лікарні” (BBC, 14 березня 2022 р.) (переглянуто 27 квітня 2022 р.); National Post, “Російські військові бомблять театр, біля якого на землі написано “діти”” (16-17 березня 2022 р.) (переглянуто 27 квітня 2022 р.).

¹⁹⁸³ Економічна і Соціальна Рада ООН (ЕКОСОП), “Резолюція 2005/20: Керівні принципи щодо судочинства у питаннях дітей-потерпілих і дітей-свідків злочинів” (22 липня 2005 р.) (“Резолюція ЕКОСОП 2005/20”), пар.9(д): “підхід, орієнтований на дітей” означає збалансований підхід до права дитини на захист і враховує індивідуальні потреби та погляди дитини”. Див. також Альянс із захисту дітей у гуманітарній діяльності, “Мінімальні стандарти захисту дітей у гуманітарній діяльності” (2019), с. 38-42: “Принципи 1-4 [виживання та розвиток; недискримінація та інклюзія; участь дітей; найкращі інтереси дитини] є ключовими принципами, визначеними Конвенцією про права дитини, та застосовні у всіх видах гуманітарної діяльності”.

¹⁹⁸⁴ Комітет ООН з прав дитини, “Загальний коментар N5 (2003): Загальні заходи щодо реалізації Конвенції про права дитини (ст. 4, 42 та 44, пар. 6)” (27 листопада 2003 р.) документ ООН CRC/GC/2003/5, пар. 12. Див. також Резолюція ЕКОСОП 2005/20, пар. 8: “спеціалісти та інші особи, відповідальні за добробут цих дітей, повинні дотримуватися таких наскрізних принципів”: гідність, недискримінація, найкращі інтереси дитини, включаючи право на захист і гармонійний розвиток; право на участь.

¹⁹⁸⁵ Див. МКС, “Політика щодо дітей”, п. 22-34.

¹⁹⁸⁶ Р.Л.Ліснбі (R.L. Listenbee) “Слідче опитування дітей: Передова практика” (Офіс ювенальної юстиції та запобігання злочинності неповнолітніх США, вересень 2015 р.), с. 3-6.

¹⁹⁸⁷ Конвенція про права дитини; Декларація прав дитини (прийнята 20 листопада 1959р.) A/RES/1386(XIV); Управління ООН з наркотиків і злочинності “Правосуддя у справах, що стосуються дітей-потерпілих та дітей-свідків злочинів: типове законодавство та пов'язані коментарі” (2009).

інтересів дитини та права дитини на висловлення своїх поглядів щодо всіх питань, що її стосуються (і на те, щоб ці погляди були вислухані та взяті до уваги);

- Здійснювати взаємодію з дітьми необхідно з належною обережністю та за планом, що передбачає, що перед тим, як прийняти рішення щодо опитування дитини, потрібно провести психосоціальну оцінку, отримати інформовану згоду батьків/опікунів дитини, провести оцінку актуальності потенційної інформації та визначити шляхи подальшого скерування;
- Дитині потрібно роз'яснювати її обов'язок про необхідність свідчити правдиво, не попереджуючи про кримінальну відповідальність за відмову свідчити чи за завідомо неправдиве показання¹⁹⁸⁸;
- Якщо можливо, на початку контакт із дитиною необхідно встановлювати через посередника, який має її довіру;
- Фахівці, що проводять опитування повинні бути належним чином підготовлені і мають обмежувати кількість осіб, які взаємодіють з дітьми;
- Розгляньте варіант зробити аудіо- чи відеозапис опитування (за згодою);
- Запитайте, чи віддає дитина перевагу статі особи, що проводитиме допит, чи місцю, де допит відбуватиметься. Створіть дружню до дитини атмосферу, що стане безпечним середовищем для розмови;
- Залучайте перекладачів, що мають спеціальну підготовку;
- Усвідомлюйте, якого ставлення, обумовленого контекстом (тобто видом злочину чи фактом, є дитина потерпілою особою чи свідком), зазнає дитина та з якою травмою вона стикається;
- Пам'ятайте, що психічне та фізичне благополуччя дитини має пріоритет над інтересами процесу документування. Складіть перелік відповідних служб, куди потенційно можна скерувати дітей, що потребують захисту чи підтримки (включно з медичними, соціальними та психологічними службами); і
- Забезпечте конфіденційність, зберігаючи в таємниці всю інформацію, отриману від дітей-потерпілих та дітей-свідків під час процесу документування.

6.6.2.2 Люди похилого віку та особи з інвалідністю

В умовах збройного конфлікту люди похилого віку та особи з інвалідністю (з фізичними чи психічними вадами або обома видами вад одночасно, вродженими чи набутими протягом життя) є особливо вразливими і більше ризикують бути скривдженими чи зазнати жорстокого поводження.¹⁹⁸⁹ Ця вразливість виникає, серед іншого, через обмежену

¹⁹⁸⁸ КПК України, ст. 226(3).

¹⁹⁸⁹ Див. напр., Рада ООН з прав людини, "Україна: люди похилого віку та люди з інвалідністю стикаються з підвищеними ризиками, кажуть експерти ООН" (4 березня 2022 р.) (переглянуто 27 квітня 2022 р.); Human Rights Watch, "Не щадять нікого: жорстоке поводження з людьми похилого віку під час збройного конфлікту" (23 лютого 2022 р.) (переглянуто 27 квітня 2022 р.); Консорціум з питань віку та інвалідності, "Стандарти гуманітарної інклюзії для людей похилого віку та людей з інвалідністю" (2018) (ADC, "Стандарти гуманітарної інклюзії для людей похилого віку та людей з інвалідністю"); Handicap International, "Інвалідність у

мобільність, проблеми зі здоров'ям і залежність від догляду за ними інших людей. Крім того, представники обох груп часто зазнають дискримінації, що ще більше посилює їхню вразливість. Проте ці люди можуть бути суттєвим джерелом інформації для документування злочинів, скоєних у зв'язку зі збройним конфліктом. Відповідно, фахівці, що документують злочини, скоєні в Україні, повинні докласти окремих зусиль, щоб гарантувати, що до досвіду літніх людей та осіб з інвалідністю поставляться з належною увагою і, разом з тим, подбають про врахування у процесі їхніх індивідуальних потреб.

Працюючи з людьми похилого віку та особами з інвалідністю, фахівець має:¹⁹⁹⁰

- Впевнитися в тому, що вони не недооцінюють і не переоцінюють можливості чи витривалість свідків;
- Завжди ставитися з повагою до гідності свідків;
- Проводити опитування у місцях, доступних для потерпілих чи свідків, зокрема вдома у тих, хто не може пересуватися або стикається із труднощами, виходячи з дому;
- Враховувати доступність послуг допомоги та роз'яснювати про це опитуваним особам;
- Забезпечити присутність незалежної особи із служби підтримки. Однак фахівець також має впевнитися у тому, що ця особа не відповідає на запитання замість свідка;
- Приділяти особливу увагу збереженню конфіденційності та захисту приватного життя опитуваної особи. У випадках, коли люди похилого віку та особи з інвалідністю потребують допомоги іншої особи, наприклад, члена сім'ї або опікуна, це може означати, що опитування потрібно тримати в таємниці від цієї особи. Це вимагатиме від фахівців дотримання права особи на власний усвідомлений вибір;¹⁹⁹¹
- За потреби забезпечити присутність перекладачів жестової мови або людей, що володіють методами підсилювальної/альтернативної комунікації (тобто комунікації в будь-якому форматі, необхідному для того, щоб повідомлення фахівця були зрозумілими, наприклад: мова, спільний погляд, текст, жести, вираз обличчя, дотик, мова жестів, символи, зображення, пристрої генерування мови тощо).¹⁹⁹²

гуманітарному контексті: погляди постраждалих людей і організацій на місцях” (2015); УВКПЛ, “Люди похилого віку невидимі та вразливі в надзвичайних ситуаціях” (1 жовтня 2019 р.) (переглянуто 27 квітня 2022 р.); Департамент ООН з економічних і соціальних питань, “Гуманітарна діяльність, що є інклюзивною для осіб з інвалідністю” (переглянуто 27 квітня 2022 р.); Міжвідомчий постійний комітет (IASC), “Гуманітарна діяльність і літні люди: важлива довідка для гуманітарних організацій” (2008).

¹⁹⁹⁰ Див. напр., ADC, “Стандарти гуманітарної інклюзії для людей похилого віку та осіб з інвалідністю”, с. 99-100.

¹⁹⁹¹ ADC, “Стандарти гуманітарної інклюзії для людей похилого віку та осіб з інвалідністю”, с. 53-54.

¹⁹⁹² ADC, “Стандарти гуманітарної інклюзії для людей похилого віку та осіб з інвалідністю”, с. 107, 251.

7 ДОКУМЕНТУВАННЯ ВИПАДКІВ СЕКСУАЛЬНОГО НАСИЛЬСТВА, ПОВ'ЯЗАНОГО З КОНФЛІКТОМ

Сексуальне насильство є формою гендерно зумовленого насильства, має дискримінаційний характер та є серйозним порушенням прав людини.¹⁹⁹³ Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом (СНПК), характерне для війни в Україні ще з 2014 року. Міжнародні організації разом із неурядовими організаціями (НУО), які спостерігають за ситуацією в Україні, зафіксували численні випадки СНПК на Донбасі та в Криму, вчинені представниками обох сторін конфлікту.¹⁹⁹⁴ З початку повномасштабного вторгнення Росії в Україну 24 лютого 2022 р. з'являється все більше повідомлень про вчинення СНПК російськими солдатами.¹⁹⁹⁵

¹⁹⁹³ Декларація про ліквідацію насильства щодо жінок, прийнята Генеральною Асамблеєю ООН (ГА ООН) (20 грудня 1993 р.) A/Res/48/104 (Декларація ООН про ліквідацію насильства щодо жінок), Стаття 1; Комітет з ліквідації дискримінації щодо жінок (КЛДЖ), Загальна рекомендація №19: Насильство щодо жінок (1992 р.) A/47/38, п. 1; КЛДЖ Загальна рекомендація №35 про гендерно зумовлене насильство щодо жінок, якою оновлено Загальну рекомендацію №19 (14 липня 2017 р.) CEDAW/C/GC/35 (КЛДЖ, Загальна рекомендація №35), п. 1, 14; Єгипетська ініціатива щодо особистих прав (ЄІОП) та Інтеррайтс проти Арабської Республіки Єгипет, Рішення, Повідомлення №323/2006, Африканська комісія з прав людини та народів (АКПЛН), грудень 2011 р., п. 123-137; *Нджеманзе та ін. проти Федеративної Республіки Нігерія*, ECW/CSJ/JUD/08/17, Рішення суду, 12 жовтня 2017 р., с. 38, 41.

¹⁹⁹⁴ Див., наприклад, УВКПЛ, Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, в Україні, 14 березня 2014 р. - 31 січня в 2017 р. (16 лютого 2017 р.) (УВКПЛ, Звіт щодо СНПК від 16 лютого 2017 р.), п. 7, 54, 62, 69, 35 та Додаток I, с. 36, 39, 40, 42, 45, 46. 2017 р. КЛДЖ зазначив, що “незважаючи на заниження кількості повідомлень про випадки сексуального насильства, зокрема через стигматизацію та страх помсти, є свідчення про численні випадки сексуального насильства в регіонах, охоплених конфліктом”: КЛДЖ, Заключні зауваження до Восьмої періодичної доповіді України (9 березня 2017 р.) C/UKR/CO/8 (КЛДЖ, Заклучні зауваження до Восьмої періодичної доповіді України), п. 14. Див. також Amnesty International, Не приватна справа. Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України (2020 р.) (Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України), с. 60-67; Під час інтерв'ю Катерина Левченко, Урядова уповноважена з гендерної політики, заявила, що на непідконтрольних Уряду територіях тисячі людей зазнали сексуального насильства. Див., Т. Ярмошук, Зґвалтування як метод катування. Сексуальні злочини у зоні воєнних дій на Донбасі (рос. “Настоящее Время”, 24 листопада 2020 р. (Т. Ярмошук, Зґвалтування як метод катування. Сексуальні злочини у зоні воєнних дій на Донбасі); Г.Янова та В.Щербаченко (ред.), Війна без правил: гендерно зумовлене насильство, пов'язане зі збройним конфліктом на сході України (НУО “Східноукраїнський центр громадських ініціатив”, 2017 р.) (Війна без правил 2017 р.), с. 73, 78. Крім того, українська Коаліція “Справедливість заради миру на Донбасі” у своєму дослідженні 2017 р. зазначила такі цифри: “кожна третя жінка стала потерпілою та/або свідком сексуального насильства з боку представників збройних формувань: зґвалтування – 22 випадки; образи, приниження, залякування сексуального характеру – 10 випадків; примусове оголення – 9 випадків; спроби зґвалтування – 8 випадків; погрози зґвалтування – 7 випадків; сексуальне насильство як частина катувань - 3 випадки; примушування до проституції – 2 випадки; ушкодження утроби вагітної жінки – 2 випадки; погрози сексуальним насильством щодо членів сім'ї – 2 випадки; та спільний туалет та/або душ жінок із чоловіками – 16 випадків, а кожен четвертий опитаний чоловік став потерпілою особою та/або свідком сексуального насильства: зґвалтування – 9 випадків; погрози зґвалтування – 9 випадків; погрози кастрації – 8 випадків; погрози сексуального насильства щодо членів родини – 3 випадки; спроби кастрації – 3 випадки; та спроба зґвалтування – 1 випадок” (Війна без правил 2017 р., с. 86). У Криму СНПК найчастіше відбувається у формі катування з елементами сексуального насильства під час затримання правоохоронними органами: УВКПЛ, Тематична доповідь. Ситуація з правами людини в тимчасово окупованих Автономній Республіці Крим та місті Севастополі (Україна), 13 вересня 2017 р. - 30 червня 2018 р. (10 вересня 2018 р.), п. 5. Також див., УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні. 16 лютого - 31 липня 2020 р. (22 вересня 2020 р.) (УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини від 22 вересня 2020 р.), п. 61, 63. Відповідно до наведених УВКПЛ

Однак, повідомлення про сексуальне насильство в Україні як і раніше занижені, через багато причин, як-от: соціальну стигматизацію; страх повторної травматизації та помсти;¹⁹⁹⁶ цілковите небажання з боку деяких суб'єктів кримінального правосуддя розпочинати розслідування СНПК;¹⁹⁹⁷ та, зокрема, думку слідчих і прокурорів про те, що

даних за 2020 рік, затримані продовжували зазнавати зґвалтування, катування з елементами сексуального насильства, примусове оголення та інші форми сексуального насильства в ізоляторах тимчасового тримання та на блокпостах: УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні. 16 листопада 2019 р. - 15 лютого 2020 р. (12 березня 2020 р.) (УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини від 22 вересня 2020 р.), п. 62, 63; УВКПЛ, Права людини в контексті відправлення правосуддя у кримінальних справах, пов'язаних із конфліктом, в Україні, квітень 2014 р. - квітень 2020 р. (27 серпня 2020 р.), с. 36; УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 81. Також див., Вони описували, як помре моя донька. Історії жінок, які пережили насильство і полон бойовиків Л/ДНР (рос. "Новое время", 19 червня 2021 р.); К. Бусол, Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, в Україні: можливість для розроблення гендерночутливої політики? (Четхем Хаус, 18 серпня 2020 р.) (Бусол, СНПК в Україні: можливість для розроблення гендерночутливої політики?); М. Роаш, Ігнорування епідемії зґвалтувань в Україні, потерпілі просять допомоги (англ. M. Roache, As Ukraine's Rape Epidemic Goes Largely Ignored, Survivors Plead for Help (Vice (Vice), 21 березня 2018 р.); Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, с. 61-62; Розпорядження Кабінету Міністрів України №1544-р від 28 жовтня 2020 р. "Про затвердження Національного плану дій з виконання Резолюції Ради безпеки ООН №1325 "Жінки, мир, безпека" на період до 2025 р."

¹⁹⁹⁵ Див., наприклад, В. Бенедек, В. Білкова і М. Сассолі, Доповідь про порушення міжнародного гуманітарного права і прав людини, воєнні злочини і злочини проти людяності, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р. (ОБСЄ, 13 квітня 2014 р.) (ОБСЄ, Доповідь про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р.), с. 76; Н. Васильєва, Дев'ять жінок та дівчат з Бучі завагітніли після зґвалтування російськими солдатами, за інформацією Києва (англ. N. Vasilyeva, Nine Women and Girls in Bucha Pregnant After Being Raped by Russian Soldiers, Kyiv Says) (The Telegraph, 12 квітня 2022 р.); Й. Лімає, Конфлікт в Україні: Російські солдати зґвалтували мене та вбили мого чоловіка (BBC, 12 квітня 2022 р.); С. Галл, Місяць терору в Бучі (англ. S. Gall, Buchas Month of Terror) (NYT, 11 квітня 2022 р.); HRW, Україна: очевидні воєнні злочини на підконтрольних Росії територіях (3 квітня 2022 р.); К. Енгельбрехт, Повідомлень про сексуальне насильство за участю російських солдатів значно більше, кажуть українські офіційні представники (англ. C. Engelbrecht, Reports of Sexual Violence Involving Russian Soldiers Are Multiplying, Ukrainian Officials Say) (NYT, 29 березня 2022 р.); УВКПЛ, Оновлена інформація щодо ситуації у сфері прав людини в Україні. Звітний період: 24 лютого - 26 березня (28 березня 2022 р.) (УВКПЛ, Оновлена інформація щодо ситуації у сфері прав людини в Україні. Звітний період: 24 лютого - 26 березня), п. 42-45; С. Філіп, Російські солдати мене гвалтували, поки мій переляканий син плакав (англ. C. Philip, Russian Soldiers Raped Me as My Terrified Son Cried) (The Times, 28 березня 2022 р.); Генеральний прокурор України Ірина Венедіктова, пост у Фейсбуку (22 березня 2022 р.); Е. Халльсдоттір, Російські війська використовують сексуальне насильство як зброю? Ось що ми знаємо, (англ. E. Hallsdóttir, Are Russian Troops Using Sexual Violence as a Weapon? Heres What We Know) (The Washington Post, 24 березня 2022 р.); А. Коуберн, Українські депутати детально описують середньовічну тактику і сексуальне насильство армії Володимира Путіна, (англ. A. Cowburn, Ukrainian MPs Detail Medieval Tactics and Sexual Violence of Vladimir Putins Army) (Independent, 17 березня 2022 р.); Інформагентство "Ройтерс" (Reuters), Міністр закордонних справ звинувачує російських солдатів у зґвалтуваннях в українських містах, (Reuters, Foreign Minister Accuses Russian Soldiers of Rape in Ukrainian Cities) (Reuters, 4 березня 2022 р.).

¹⁹⁹⁶ Див., наприклад, УВКПЛ, Оновлена інформація щодо ситуації у сфері прав людини в Україні. Звітний період: 24 лютого - 26 березня), п. 43; КЛДЖ, Заключні зауваження до Восьмої періодичної доповіді України: Комітет з ліквідації дискримінації щодо жінок (9 березня 2017 р.) CEDAW/C/UKR/CO/8 (КЛДЖ, Заклучні зауваження до Восьмої періодичної доповіді України), п. 14; Війна без правил 2017 р., с. 73; М. Кройцман, Використання жіночого тіла як зброї: неточні повідомлення про сексуальне насильство під час конфлікту на Донбасі (англ. M. Krauzman, Weaponisation of Female Bodies: Inaccurate Reports of Sexual Violence in the Donbas Conflict) (Security Distillery, 5 лютого 2021 р.); С. Долан, До мейнстріму: вирішення проблеми сексуального насильства проти чоловіків і хлопчиків у конфлікті (англ. C. Dolan, Into the Mainstream: Addressing Sexual Violence Against Men and Boys in Conflict) (Інформаційний документ, підготовлений для семінару, який відбувся в Інституті закордонного розвитку, Лондон, 14 травня 2014 р.), с. 4.

¹⁹⁹⁷ ММПЛУ, Жінки ООН Україна, Стратегія попередження та реагування на СНПК в Україні (2018 р.) (ММПЛУ, Жінки ООН Україна, Стратегія попередження та реагування на СНПК в Україні), с. 20; УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 83; Бусол, СНПК в Україні: можливість для розроблення гендерночутливої політики?; Ярмошук, Зґвалтування як метод катування; Вони описували, як помре моя донька. Історії жінок, які

підтвердження доказів, включно з медичними та судовими експертизами, є важливими для успішного притягнення до кримінальної відповідальності у справах щодо СНПК.¹⁹⁹⁸

Розслідування СНПК є ключовим компонентом досягнення відповідальності та сталого миру для держав, які переживають конфлікт, або тих, які виходять з конфлікту.¹⁹⁹⁹ Розслідування СНПК на ранній стадії, поки триває конфлікт, є життєвоважливим для вчасного надання медичних та реабілітаційних послуг потерпілим (медична, психологічна, психосоціальна та правова допомога тощо), а також для притягнення винних до відповідальності як засіб стримування та попередження майбутніх кримінальних правопорушень.²⁰⁰⁰ Якщо цього не зробити, права потерпілих від СНПК на отримання належної компенсації та на участь у процесах правосуддя перехідного періоду не буде захищено, а дискримінаційні структури та ставлення в суспільстві, що уможливили сексуальне насильство, залишаться незмінними.²⁰⁰¹

СНПК є злочином проти права людини на особисту безпеку та її фізичну, сексуальну та психологічну цілісність і автономію.²⁰⁰² Окрім того, що сексуальне насильство є злочином відповідно до національного кримінального права,²⁰⁰³ різні його форми криміналізовано на міжнародному рівні і як злочини проти людяності, і як воєнні злочини. Такі злочини охоплюють зґвалтування; примушування до проституції; та будь-яку іншу подібну за тяжкістю форму сексуального насильства (див. розділ 3.2).²⁰⁰⁴ Докази СНПК можуть бути релевантними для доведення таких міжнародних злочинів, як геноцид, катування, переслідування, нелюдське та таке, що принижує гідність, поведження, депортація та насильницьке переміщення.²⁰⁰⁵ Докази сексуального насильства також можуть

пережили насильство і полон бойовиків Л/ДНР (*Новое время*, 19 червня 2021 р.); МФПЛ, Відповідальність за сексуальні злочини, пов'язані з конфліктом, вчинені на сході України, запитання-відповіді (вересень 2018 р.), с. 7-8.

¹⁹⁹⁸ УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 117.

¹⁹⁹⁹ Рада ООН з прав людини (HRC), Аналітичне дослідження гендерно зумовленого та сексуального насильства у зв'язку з перехідним правосуддям: доповідь Управління Верховного комісара ООН з прав людини (30 червня 2014 р.) A/HRC/27/21 (РПЛ, Дослідження гендерно зумовленого насильства у зв'язку з перехідним правосуддям), п. 7.

²⁰⁰⁰ Канцелярія Спеціального представника Генерального секретаря з питань сексуального насильства в умовах конфлікту, Україна: Високопосадовці ООН закликають до швидкого розслідування обвинувачень у сексуальному насильстві та закликають до посилення заходів для захисту жінок і дівчат (UN, 7 квітня 2022 р.). Див. також Міжнародний комітет червоного хреста (МКЧХ), Спеціальне звернення: боротьба з сексуальним насильством (2021 р.), с. 11; К. Джаякумар, Документування сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом: заклик до інституційної інтроспекції (англ. К. Jayakumar, Documenting Conflict-Related Sexual Violence: A Call for Institutional Introspection (Проект з гендерної безпеки, 9 лютого 2021 р.).

²⁰⁰¹ РПЛ, Дослідження гендерно зумовленого насильства у зв'язку з перехідним правосуддям, п. 7, 15.

²⁰⁰² КЛДЖ, Загальна рекомендація №35, п. 33; *Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*, повідомлення № 18/2008, 22 вересня 2009 р., CEDAW/C/46/D/18/2008 (*Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*), п. 8.7; *РПБ проти Філіппін*, повідомлення № 34/2011, 12 березня 2014 р., CEDAW/C/57/D/34/2011 (*РПБ проти Філіппін*), п. 8.10.

²⁰⁰³ Див., наприклад, Кримінальний кодекс України ("КК України"), Статті 152-156-1.

²⁰⁰⁴ Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнято 17 липня 1998 р., набув чинності 1 липня 2001 р.) 2187 UNTS 3 (Римський Статут), ст. 7(1)(g), ст. 8(2)(b)(xxii), ст. 8(2)(e)(vi); КЛДЖ, Загальна рекомендація №35, п. 16.

²⁰⁰⁵ Див., наприклад, Римський статут, ст. 6(b) (геноцид шляхом заподіяння серйозної фізичної або психічної шкоди); ст. 7(1)(d), (f), (h) та (k) (злочини проти людяності, зокрема депортація чи насильницьке переміщення населення, катування, переслідування та інші акти насильства), та ст. 8(2)(a)(ii) (воєнний злочин, зокрема

використовуватись для розслідування низки інших злочинів за національним кримінальним законодавством.²⁰⁰⁶

Цей розділ присвячено підходу до розслідування та судового переслідування злочинів СНПК, орієнтованого на потерпілих. Підхід, орієнтований на потерпілу особу, передбачає першочергове врахування потреб і пріоритетів потерпілих під час реагування на СНПК.²⁰⁰⁷

Щоб допомогти фахівцям у розслідуванні справ про СНПК у цьому розділі буде розглянуто кілька тем, зокрема:

- **7.1 Розуміння та виявлення злочинів СНПК:** як розпізнати дії сексуального характеру.
- **7.2 Класифікація злочинів СНПК в Україні:** розуміння того, як ідентифікувати міжнародні та національні злочини СНПК.
- **7.3 Відсутність згоди та обставини примусу:** розпізнавання примусової поведінки та обставин, які можуть мати значення при документуванні СНПК як міжнародних злочинів або національних правопорушень.
- **7.4 Встановлення зв'язку між виконавцями та вчиненням СНПК:** розгляд доказів зв'язку між виконавцями та вчиненням злочинів.
- **7.5 Отримання підтверджуючих доказів СНПК:** розуміння проблеми отримання підтверджувальних доказів злочинів, пов'язаних з СНПК.
- **7.6 Потерпілі та наслідки СНПК:** розуміння різних перехресних факторів, які можуть вплинути на досвід потерпілих від СНПК, а також потенційний вплив СНПК на потерпілу особу та суспільство в цілому.
- **7.7 Найкращі підходи до документування СНПК:** розуміння того, як дотримуватися найкращих підходів до документування СНПК, розуміння стигми та сорому, а також подолання міфів та стереотипів, які оточують СНПК).²⁰⁰⁸

7.1 РОЗУМІННЯ ТА ВИЯВЛЕННЯ ЗЛОЧИНІВ СНПК

Акти сексуального насильства – це умисні²⁰⁰⁹ дії сексуального характеру без згоди потерпілої особи.²⁰¹⁰ Сексуальне насильство може бути вчинене в будь-який час та у будь-

катування та нелюдське поводження), ст. 8(2)(a)(iii) (воєнний злочин, зокрема умисне заподіяння сильних страждань), ст. 8(2)(a)(vii) (воєнний злочин, зокрема депортація та переміщення).

²⁰⁰⁶ Див., наприклад, КК України, ст. 115 (умисне вбивство); ст. 116 (умисне вбивство, вчинене в стані сильного душевного хвилювання); ст. 121 (умисне тяжке тілесне ушкодження); ст. 122 (умисне середньої тяжкості тілесне ушкодження); ст. 123 (умисне тяжке тілесне ушкодження, заподіяне у стані сильного душевного хвилювання); ст. 126 (побої і мордування); ст. 126-1 (домашнє насильство); ст. 127 (катування); ст. 130 (зараження вірусом імунодефіциту людини чи іншої невиліковної інфекційної хвороби).

²⁰⁰⁷ ООН Жінки: Віртуальний центр знань щодо припинення насильства щодо жінок і дівчат, Підхід, орієнтований на потерпілу особу (14 січня 2019 р.).

²⁰⁰⁸ Ці принципи також детально описано в розділі 6, який слід читати разом із цим розділом.

якому середовищі, включно з сексуальним насильством щодо подружжя або щодо іншої особи, з якою винна особа перебуває у сімейних або близьким відносинах.²⁰¹¹ Ці дії можуть бути одноразовими, багаторазовими, тривалими чи періодичними.²⁰¹² СНПК - це сексуальне насильство в умовах конфлікту. СНПК охоплює **широкий спектр діянь**, включно з діями нефізичного характеру (див. нижче).

Акт СНПК може бути вчинено щодо однієї чи кількох осіб або шляхом примушування особи до акту сексуального характеру (наприклад, за участі виконавця, самої потерпілої особи чи третьої особи).²⁰¹³ Такий акт може вчинено будь-якою особою або щодо будь-якої особи, незалежно від віку, статі чи гендеру.²⁰¹⁴ У наступних розділах надається керівництво з того, як розпізнати дії сексуального характеру.

7.1.1 Розпізнавання актів сексуального характеру

Першим кроком у доведенні вчинення СНПК є встановлення того, що акт сексуального характеру стався.²⁰¹⁵ Те, чи є певний акт актом сексуального характеру, залежить від уявлень про це потерпілої особи, виконавця та/або громад, до яких вони належать.²⁰¹⁶ Акт може вважатись актом сексуального характеру незалежно від того, чи виконавець мав на меті

²⁰⁰⁹ Термін “без згоди” слугує для опису дії, яка була вчинена із застосуванням сили, у примусових умовах чи середовищі, чи щодо особи, яка неспроможна надати свідому згоду.

²⁰¹⁰ КЛДЖ, Загальна рекомендація №35, п. 33; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству (2017 р.) (АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству), п. 3.1(a); *Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*, п. 8.7; *РПВ проти Філіппін*, п. 8.10. Див. також Конвенція Ради Європи (РЄ) про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (ухвалено 11 травня 2011 р., набрання чинності з 01 серпня 2014 р.) CETS No.210 (Стамбульська конвенція), ст. 36; Пояснювальна доповідь до Конвенції Ради Європи про запобігання насильству стосовно жінок і домашньому насильству та боротьбу з цими явищами (11 травня 2011 р.) CETS No. 210 (Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції), п. 189-190; Ініціативи жінок для досягнення гендерної справедливості, Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, (2019 р.) (Гаазькі принципи щодо сексуального насильства), с. 6.

²⁰¹¹ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 6, 13; КЛДЖ, Загальна рекомендація №35, п. 20; ст. 36(3) Стамбульської конвенції; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 194; АКПЛН, Попередження і викорінення насильства щодо жінок та дітей (Додаток до Декларації Спільноти розвитку країн Південної Африки (SADC) про гендерну рівність та розвиток)(14 вересня 1998 р.), п. 5.

²⁰¹² Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 6.

²⁰¹³ КК України, ст. 153(1); МКС, Елементи злочинів (2 листопада 2000 р. (зі змінами та доповненнями)) PCNICC/2000/1/Add.2 (МКС, Елементи злочинів), статті 7(1)(g)-1, 8(2)(b)(xxii)-1, 8(2)(e)(vi)-1. Див. також Стамбульська конвенція, ст. 36(1); Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 190. Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 39-40; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1. Див. також, наприклад, *Прокурор проти Делаліча та інших*, IT-96-21-T, Рішення суду, 16 листопада 1998 р. (“Рішення суду у справі Делаліча та ін.”), п. 1065; *Прокурор проти Тодоровіча*, IT-95-9/1-S, Обвинувальний вирок, 31 липня 2001 р. (“Обвинувальний вирок у справі Тодоровіча”), пп. 38-40.

²⁰¹⁴ *Прокурор проти Нтаганди*, ICC-01/04-02/06, Рішення суду у справі Нтаганди, 8 липня 2019 р. (“Рішення суду у справі Нтаганди”), п. 933; *Прокурор проти Бемби*, ICC-01/05-01/08, Рішення суду відповідно до ст. 74 Статуту, 21 березня 2016 р. (Вирок суду у справі Бемби), п. 100. Див. також МКС, Програмний документ щодо сексуальних і гендерно зумовлених злочинів (червень 2014 р.) (Програмний документ МКС щодо сексуальних і гендерно зумовлених злочинів 2014 р.), с. 9, зноска 6; Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 6, 13, 39;

²⁰¹⁵ Див., наприклад, КК України, статті 152(1), 153(1). Див. також МКС, Елементи злочинів, стаття 7(1)(g)-1, Елемент 1; ст. 8(2)(b)(xxii)-1, Елемент 1; ст. 8(2)(e)(vi)-1, Елемент 1.

²⁰¹⁶ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 5, 22.

отримати чи отримав сексуальне задоволення у результаті такого акту.²⁰¹⁷ Таким чином, є багато різних фізичних та нефізичних актів, які можуть вважатися сексуальними за своїм характером.²⁰¹⁸ СНПК не обов'язково має спричиняти тілесні ушкодження²⁰¹⁹ чи навіть містити фізичний контакт.²⁰²⁰

Гаазькі принципи щодо сексуального насильства дають корисні настанови про те, що, з урахуванням контексту, робить насильство “сексуальним” за своїм характером, особливо з погляду потерпілої особи.²⁰²¹ Розуміння того, які дії можна вважати актами сексуального характеру, дозволить фахівцям повною мірою оцінити широкий спектр діянь, які можуть становити СНПК в Україні.

За міжнародними стандартами акти сексуального насильства передбачають:²⁰²²

- (i) Акти, які одна особа вчинила щодо іншої особи;
- (ii) Акти, які одна особа змушує вчинити іншу особу щодо самої себе, третьої особи (що передбачає іншу людину чи тварину) або щодо трупа; або
- (iii) Акти, сплановані чи організовані групою, політичним суб'єктом чи суб'єктом держави чи іншою організацією.

Цей невичерпний перелік, складений відповідно до провідної міжнародної практики і на основі пережитого досвіду потерпілих від сексуального насильства,²⁰²³ містить приклади діянь, які можуть становити акти сексуального характеру:²⁰²⁴

- (i) Кастрація, калічення статевих органів, примусове обрізання та калічення жіночих геніталій;²⁰²⁵

²⁰¹⁷ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 6, 14; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству п. 3.1.b. *Див., наприклад, Прокурор проти Мілутіновича та ін.*, IT-05-87-T, Рішення суду, 26 лютого 2009 р. (Рішення суду у справі *Мілутіновича та ін.*), п. 199.

²⁰¹⁸ АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; АКПЛН, Загальне зауваження № 4 щодо Африканської хартії прав людини й народів (23 лютого – 4 березня 2017 р.) (АКПЛН, Загальне зауваження №4), п. 58; *Прокурор проти Акайесу*, ICTR-96-4-T, Рішення суду, 2 вересня 1998 р. (“Рішення суду у справі *Акайесу*”), п. 688; *Прокурор проти Фурундзіджа*, IT-95-17/1-T, Вирок суду, 10 грудня 1998 р. (“Рішення суду у справі *Фурундзіджа*”), п. 186; *Прокурор проти Бріми та ін.*, SCSL-04-16-T, Рішення суду, 20 червня 2007 р., п. 720; Рішення суду у справі *Мілутіновича та ін.*, п. 194-195, 199; *Прокурор проти Рукундю*, ICTR-2001-70-T, Вирок суду, 27 лютого 2009 р., п. 379. *Див. також*, Програмний документ МКС щодо сексуальних і гендерно зумовлених злочинів 2014 р.), с. 3; *Див. також*, Економічна і соціальна рада ООН (ЕСР ООН), Підкомісія із запобігання дискримінації та захисту меншин, Сучасні форми рабства: систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібні до рабства форми експлуатації в умовах збройного конфлікту (22 червня 1998 р.) E/CN.4/Sub.2/1998/13 (ЕСР ООН, Сучасні форми рабства: систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібні до рабства форми експлуатації в умовах збройного конфлікту”), п. 21-22.

²⁰¹⁹ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 13. *Див. також* Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 10А.

²⁰²⁰ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 6; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b.

²⁰²¹ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 32.

²⁰²² Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 8.

²⁰²³ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 4.

²⁰²⁴ Цей список наводиться в алфавітному порядку, щоб не створювати видимість ієрархічного ряду.

²⁰²⁵ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 10; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; АКПЛН, Загальне зауваження №4, п. 58; АКПЛН, Резолюція про вплив збройного конфлікту на жінок та дітей (2014) ACHPR/Res.283(LV).

- (ii) Примушування до проституції (*див.* розділи 3.2.9 та 3.2.43);²⁰²⁶
- (iii) Примушування до мастурбації та будь-який спосіб торкатися себе чи третьої особи;²⁰²⁷
- (iv) Примусове повне чи часткове оголення,²⁰²⁸ включно зі зніманням головних уборів в культурах, у яких такі дії мають сексуальний підтекст;²⁰²⁹
- (v) Примушування носити одяг, який асоціюється з сексуальністю;²⁰³⁰
- (vi) Торгівля людьми з метою сексуальної експлуатації та рабства;²⁰³¹
- (vii) Огляд геніталій, ануса, грудей чи дівочої пліви без медичної або подібної до медичної необхідності;²⁰³²
- (viii) Цілування або лизання, особливо інтимних частин тіла;²⁰³³
- (ix) Покарання когось за відмову від участі в акті сексуального характеру;²⁰³⁴
- (x) Зґвалтування (включно з груповим зґвалтуванням, зґвалтуванням у шлюбі чи “виправним” зґвалтуванням), що передбачає проникнення будь-якої частини тіла або предмета (наприклад, палиці) у піхву, анус або рот;²⁰³⁵
- (xi) Сексуальне домагання шляхом (повторної) небажаної сексуальної поведінки щодо особи, яка може тлумачитись як образлива, принизлива або залякувальна за даних обставин;²⁰³⁶
- (xii) Погрози сексуального насильства або залякування або викликання у когось обґрунтованого побоювання або страху щодо можливого вчинення актів сексуального насильства;²⁰³⁷

²⁰²⁶ Римський статут, ст. 7(1)(g), ст. 8(2)(b)(xxii), ст. 8(2)(e)(vi); Африканський Союз (АС), Стратегія АС щодо забезпечення гендерної рівності та розширення прав та можливостей жінок на період 2018 – 2028 рр. (2019 р.), с. 62; АС, Політика АС щодо запобігання та реагування на випадки сексуальної експлуатації та насильства для реалізації операцій на підтримання миру (2018 р.), п. 22; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; АКПЛН, Загальне зауваження №4, п. 58.

²⁰²⁷ АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b.

²⁰²⁸ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 10; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; АКПЛН, Загальне зауваження №4, п. 58; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 688; УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 69.

²⁰²⁹ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 10; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; АКПЛН, Загальне зауваження №4, п. 58; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 688.

²⁰³⁰ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 9.

²⁰³¹ АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; АКПЛН, Загальне зауваження №4, п. 58.

²⁰³² АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 10.

²⁰³³ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 10.

²⁰³⁴ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 8.

²⁰³⁵ Римський статут, статті 7(1)(g), 8(2)(b)(xxii), 8(2)(e)(vi); АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 12.

²⁰³⁶ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 9; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; АКПЛН, Загальне зауваження №4, п. 58.

²⁰³⁷ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 8; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; АКПЛН, Загальне зауваження №4, п. 58; УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 68, 74.

- (xiii) Сексуальне торкання іншої людини, наприклад, коли кривдник робить потерпілій особі масаж або примушує потерпілу особу робити масаж;²⁰³⁸
- (xiv) Торкання інтимних частин тіла,²⁰³⁹ наприклад, торкання грудей або засовування рук у спідню білизну чи одяг потерпілої особи; або
- (xv) Насильницькі дії щодо геніталій (як-от побиття, випалювання, електричний шок, нанесення ударів),²⁰⁴⁰ наприклад, ураження електричним струмом і засовування сторонніх предметів у пеніс.

7.2 КВАЛІФІКАЦІЯ ЗЛОЧИНІВ СНПК В УКРАЇНІ

Незалежно від того, чи документується СНПК з метою збору інформації, яка може бути використана в національному судовому переслідуванні, в МКС, міжнародних або регіональних механізмах розслідування або притягнення до відповідальності, або в національних підрозділах з розслідування воєнних злочинів в інших державах для підтримки судового переслідування в рамках універсальної юрисдикції, фахівці-практики повинні розуміти, які національні та міжнародні злочини мають стосунок до СНПК.

Відповідно, СНПК можна класифікувати таким чином:

- Воєнні злочини, зокрема зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація та сексуальне насильство, заборонені ст. 8(2)(b)(xxii) Римського статуту та ст. 438 КК України.
- Злочини проти людяності, зокрема зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація та сексуальне насильство, заборонені ст. 7(1)(g) Римського статуту, але не криміналізовано українським законодавством.
- Діяння, що становлять низку інших міжнародних злочинів, включно з катуванням, геноцидом, переслідуванням, нелюдським та таким, що принижує людську гідність, поведженням, депортацією та насильницьким переміщенням.
- Злочини криміналізовані національним правом, ст. 152 - 156-1 КК України. Однак, як розглянуто далі, слід звернути увагу на те, що опис таких злочинів навряд точно відобразить характер і тяжкість СНПК.

Кожен вид таких злочинів буде описано далі.

²⁰³⁸ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 10.

²⁰³⁹ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 10; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 80-81.

²⁰⁴⁰ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 10; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.b; Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 1019, 1035 та 1038-1040; Обвинувальний вирок у справі *Тодоровіча*, п. 38; *Прокурор проти Сіміча*, IT-95-9/2-S, обвинувальний вирок, 17 жовтня 2002 р., п. 63; *Прокурор проти Налетіліча та Мартіновіча*, IT-98-34-T, вирок суду, 31 березня 2003 р., п. 450; *Прокурор проти Брданіна*, IT-99-36-T, Рішення суду, 1 вересня 2004 р. ("Рішення суду у справі Брданіна"), п. 498; УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 70-71.

7.2.1 Конкретні акти СНПК, що є воєнними злочинами

7.2.1.1 Акти СНПК як воєнні злочини за Римським статутом

Воєнні злочини зґвалтування, сексуального рабства, примусової проституції, примусової вагітності, примусової стерилізації та сексуального насильства заборонені статтею 8(2)(b)(xxii) Римського статуту, коли вони вчиняються в контексті міжнародного збройного конфлікту, і статтею 8(2)(e)(vi), коли вчиняється в контексті неміжнародного збройного конфлікту.²⁰⁴¹

Детальне обговорення конкретних елементів воєнних злочинів СНПК див. у розділах 3.2.41-3.2.45. Слід зазначити, що для того, щоб певні дії становили воєнні злочини, вони мають бути вчинені в контексті збройного конфлікту (див. розділ 3.1.2).

7.2.1.2 Акти СНПК як воєнні злочини за українським законодавством

Основним положенням КК України, що стосується СНПК як воєнного злочину, є стаття 438, в якій йдеться:

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.

Посилання у статті 438 на “[м]іжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України” включають Женевські конвенції та Додаткові протоколи до них. Таким чином, це положення застосовується як до неміжнародних, так і до міжнародних збройних конфліктів і охоплює зґвалтування та інші форми сексуального насильства, заборонені зазначеними угодами.²⁰⁴²

²⁰⁴¹ Неміжнародний збройний конфлікт існував на Донбасі в період з 14 квітня 2014 р. в Донецьку по 30 квітня 2014 р. в Луганську, між Україною і недержавними збройними групами ДНР/ЛНР. У всі інші часи між Росією і Україною існував МАК. Див., GRC, “Міжнародне право і визначення ролі Росії у Криму та на Донбасі” (2022), розділ 4.1.3.

²⁰⁴² Див., напр., Четверта конвенція про захист цивільного населення під час війни (ухвалено 12 серпня 1949 р., чинна з 21 жовтня 1950 р.) (Четверта Женевська конвенція), ст. 27 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту потерпілих міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), (ухвалено 8 червня 1977 р., чинний з 7 грудня 1978 р.) (Додатковий протокол I), ст.75(2); Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту потерпілих неміжнародних збройних конфліктів (Протокол II) (ухвалено 8 червня 1977 р., чинний з 7 грудня 1978 р.) (Додатковий протокол II), ст. 4(2). Див. також Конвенцію (I) про поліпшення долі поранених, хворих у діючих арміях (ухвалено 12 серпня 1949 р., чинна з 21 жовтня 1950 р.) (Перша Женевська Конвенція), ст. 3 загальних положень; Конвенція (III) про поводження з військовополоненими (ухвалено 12 серпня 1949 р., чинна з 21 жовтня 1950 р.) (Третя Женевська Конвенція), ст.14; МКЧХ, База даних норм МГП, норма 93. Зґвалтування та інші форми сексуального насильства.

7.2.1.3 Певні акти СНПК, що кваліфікуються як воєнні злочини відповідно до законопроекту № 7290

Крім того, законопроект №7290 (якщо та коли він набере чинності) криміналізує “умисне вчинення (заподіяння) у зв’язку з міжнародним збройним конфліктом чи збройним конфліктом неміжнародного характеру стосовно особи, яка перебуває під захистом міжнародного гуманітарного права, [...] зґвалтування, сексуальної експлуатації, примушування до проституції, примусової вагітності, примусової стерилізації та будь-яких інших форм сексуального насильства”, відповідно до пункту 4 частини 1 статті 442-1 ККУ [в редакції зазначеного законопроекту – *Прим. перекл.*]. Ці положення широко узгоджуються з контекстуальними елементами та конкретними елементами актів СНПК, кваліфікованих як воєнні злочини, наведеними в Римському статуті та Елементах злочинів МКС (*див.* розділ 3.1 і 3.2).

Для того щоб “будь-яку іншу форму сексуального насильства” можна було кваліфікувати як воєнний злочин за Римським статутом, діяння має досягти певного порогу (мінімального рівня) тяжкості. Зокрема, діяння має становити “серйозне порушення Женевських конвенцій” (ст. 8(2)(b)(xxii)) або “серйозне порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій” (ст. 8(2)(e)(vi)). Водночас законопроект №7290 такого “порогу тяжкості” не передбачає.

7.2.2 Конкретні акти СНПК, кваліфіковані як злочини проти людяності

Злочини проти людяності (включно з актами сексуального насильства, що кваліфікуються як такі злочини) станом на сьогодні не передбачені КК України, однак вони заборонені за Римським статутом.

7.2.2.1 Акти СНПК як злочини проти людяності за Римським статутом

Зґвалтування, сексуальне рабство, примушування до проституції, примусова вагітність, примусова стерилізація та сексуальне насильство, якщо такі діяння вчинено в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення, кваліфікуються як злочини проти людяності, заборонені статтею 7(1)(g) Римського статуту.

Детальне обговорення конкретних елементів, необхідних для встановлення актів СНПК як злочинів проти людяності, *див.* у розділах 3.2.7-3.2.11. Слід відзначити, що всі нижченаведені злочини мають бути вчинені в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення (*див.* розділ 3.1.1).

7.2.2.2 Акти СНПК, кваліфіковані як злочини проти людяності відповідно до законопроекту № 7290

У законопроекті № 7290 (якщо та коли він набере чинності) пунктом 4 частини першої статті 442-1 ККУ запропоновано криміналізувати певні злочини проти людяності, як-от зґвалтування, сексуальної експлуатації, примушування до проституції, примусової вагітності, примусової стерилізації та будь-які інші форми сексуального насильства, якщо

вони вчинені (заподіяні) навмисно в рамках широкомасштабного або систематичного нападу на цивільних осіб.

Ці положення широко узгоджуються з контекстуальними та конкретними елементами актів СНПК, кваліфікованих як злочини проти людяності, наведеними в Римському статуті та Елементах злочинів МКС. Римський статут містить вимогу про те, що діяння, яке є “будь-якою іншою формою сексуального насильства” повинне мати таку ж тяжкість, як і інші злочини сексуального насильства (зокрема, зґвалтування, сексуальна експлуатація, примушування до проституції, примусова вагітність і примусова стерилізація), проте законопроект №7290 не містить такої вимоги.

7.2.3 Акти СНПК, що становлять інші міжнародні злочини

Докази СНПК можуть також мати відношення до встановлення інших міжнародних злочинів, як-от катування, геноцид і переслідування, які, в свою чергу, будуть наведені нижче. Окрім того, докази СНПК також можуть бути релевантними для доведення інших міжнародних злочинів, як-от нелюдське або таке, що принижує гідність, поводження, депортація та насильницьке переміщення.²⁰⁴³ Елементи складу таких злочинів більш детально розглядаються в розділі 3.2.

7.2.3.1 Катування

Зґвалтування є актом катування.²⁰⁴⁴ Крім того, катуванням вважається низка насильницьких дій сексуального характеру, зокрема: удари ногами по статевих органах потерпілої особи;²⁰⁴⁵ піддавання потерпілої особи сексуальному залякуванню або насильству, включно з розстібанням сорочки затриманої особи жіночої статі, проведення ножем над її грудьми та погрози відрізати її;²⁰⁴⁶ сексуальне насильство над затриманими особами шляхом примусового взаємного орального сексу або орального сексу з тюремними охоронцями, а також взаємної мастурбації;²⁰⁴⁷ примушування потерпілої особи спостерігати за сексуальними нападами іншого солдата на іншу потерпілу особу;²⁰⁴⁸ примушування потерпілої особи роздягнутися;²⁰⁴⁹ примушування тюремним охоронцем потерпілої особи довести, що у неї менструація.²⁰⁵⁰

²⁰⁴³ Див., наприклад, Римський статут, ст. 6(b) (геноцид шляхом заподіяння серйозної фізичної або психічної шкоди); ст. 7(1)(d), (f), (h) та (k) (злочини проти людяності, зокрема депортація чи насильницьке переміщення населення, катування, переслідування та інші акти насильства), та ст. 8(2)(a)(ii) (воєнний злочин, зокрема катування та нелюдське поводження), ст. 8(2)(a)(iii) (воєнний злочин, зокрема умисне заподіяння сильних страждань), ст. 8(2)(a)(vii) (воєнний злочин, зокрема депортація та переміщення).

²⁰⁴⁴ Прокурор проти Мучіча та інших, IT-96-21-T, Вирок суду, 16 листопада 1998 р., п. 495-496.

Рішення суду у справі Брданіна, п. 498, 524, 538, 998, 1050, 1061, та 1088.

²⁰⁴⁶ Прокурор проти Квочка та ін., IT-98-30/1-T, Судове рішення, 2 листопада 2001 р. (“Судове рішення у справі Квочка та ін.”), п. 98, 108, 229, 234, 319-321, 408, 415, 419-420, 470, та 504.

²⁰⁴⁷ Прокурор проти Мартіча, IT-95-11-T, Вирок суду, 12 червня 2007 р., пп. 288, 454-455, 477, 480, та 518.

²⁰⁴⁸ Рішення суду у справі Фурундзіджа, пп. 267, 87, 127, та 268.

²⁰⁴⁹ Рішення суду у справі Брданіна, пп. 1013, 524, 538, 998, 1050, та 1061.

²⁰⁵⁰ Судове рішення у справі Квочка та ін., пп. 105, 415, 419-420, 470, 504, 578-579, 691, та 752-753.

СНПК може вважатися злочином проти людяності катування (ст. 7(1)(f) Римського статуту) або воєнним злочином катування під час міжнародного збройного конфлікту (ст. 8(2)(a)(ii) Римського статуту) або неміжнародного збройного конфлікту (ст. 8(2)(c)(i) Римського статуту). Детальне обговорення елементів катувань як злочину проти людяності та воєнного злочину, *див.* розділи 3.2.4 та 3.2.13 відповідно.

В Україні катування може кваліфікуватись як воєнний злочин (ст. 438 КК України) у разі його вчинення під час збройного конфлікту або як звичайний злочин у рамках національного кримінального права (ст. 127 КК України). Якщо та коли законопроект №7290 набере чинності, пунктом 8 частини першої статті 442-1 ККУ катування буде криміналізоване як злочин проти людяності, а пунктом 9 частини 2 ст. 438 — як воєнний злочин.

7.2.3.2 *Геноцид чи переслідування*

Якщо СНПК було вчинено з умислом дискримінації щодо певної категорії осіб, воно може (за наявності інших обставин) містити елементи геноциду або переслідування.

7.2.3.2.1 *Геноцид*

СНПК, вчинене з дискримінаційними намірами щодо певної категорії осіб, може – при дотриманні інших обставин - містити елементи геноциду. Геноцид заборонений відповідно до ст. 6 Римського статуту, яка забороняє певні дії, якщо вони вчинені “з метою знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову чи релігійну групу”.

СНПК може бути прирівняний до акту геноциду, коли він здійснюється з наміром знищити, повністю або частково, національну, етнічну, расову або релігійну групу. Наприклад:

- Міжнародна судова практика та Елементи злочинів МКС підтверджують, що зґвалтування та сексуальне насильство належать до діянь, які можуть становити серйозну фізичну чи психічну шкоду для потерпілих, їх сімей і громад.²⁰⁵¹ Тому сексуальне насильство може виступати невід’ємною частиною процесу руйнування - руйнування духу, волі до життя і самого життя. Отже, сексуальне насильство може бути рівносильне “заподіяння серйозної тілесної або психічної шкоди членам групи” відповідно до статті 6 (b) Римського статуту.²⁰⁵² Так само, СНПК може становити “заподіяння тяжких тілесних ушкоджень” як акт геноциду згідно зі ст. 442 КК України, якщо воно вчинене.
- Сексуальне насильство може також прирівнюватися до акту геноциду шляхом запровадження заходів, спрямованих на запобігання народженню дітей відповідно до статті 6(d) Римського статуту. Це також підпадає під формулювання “скорочення дітонародження чи запобігання йому в такій групі” відповідно до статті 442 КК

²⁰⁵¹ *Див., наприклад, Рішення суду у справі Акайесу, п. 731; Прокурор проти Каремери та ін., ICTR-98-44-Т, Вирок суду, 11 січня 2013 р., п. 1665-1668; Прокурор проти Семанзи, ICTR-97-20-Т, Вирок суду, 15 травня 2003 р., п. 320; Прокурор проти Нтагерури та ін., ICTR-99-46-Т, Вирок суду, 24 лютого 2004 р., п. 664.*

²⁰⁵² Там само

України. Це трапляється, наприклад, у випадках, коли потерпілі від СНПК настільки травмовані, що вони розвивають тривогу щодо будь-якого контакту з чоловіками та/або небажання народжувати дітей.²⁰⁵³ Наприклад, у березні 2022 р. в Бучі група жінок і дівчат у віці від 14 до 24 років нібито трималася російськими солдатами в підвалі протягом 25 днів, протягом яких вони були зґвалтовані солдатами, які сказали їм, що “вони зґвалтують їх до такої міри, що вони не захочуть сексуального контакту з будь-яким чоловіком, щоб перешкодити їм мати українських дітей”.²⁰⁵⁴

- Заходи, спрямовані на запобігання народженню дітей всередині групи, можуть також включати випадки, коли виконавець насильно запліднює потерпілих. Дійсно, кампанії зґвалтування, спрямовані на примусову вагітність, можуть привести до демографічних змін в захищеній групі, якщо вагітність не переривається.²⁰⁵⁵ Наприклад, 9 осіб з вищезгаданої групи жінок і дівчаток, які були замкнені російськими солдатами в підвалі в Бучі, завагітніли в результаті зґвалтувань, яким вони піддалися.²⁰⁵⁶

У певних випадках вчинення СНПК може свідчити про умисел для вчинення геноциду. Умисел геноциду — це вимога до конкретного умислу акту геноциду, згідно з якою виконавець повинен мати умисел повністю або частково знищити національну, етнічну, расову чи релігійну групу як таку (див. розділ 3.1.3.2).²⁰⁵⁷ Акти зґвалтування та сексуального насильства є невід’ємною частиною процесу знищення, якого вимагає умисел геноциду.²⁰⁵⁸ Наприклад, у патріархальних суспільствах, де особистість батька є невід’ємною частиною приналежності до групи, зґвалтування жінки, належної до такої групи, з наміром змусити її народити дитину, яка не належить до такої групи, також може свідчити про умисел геноциду щодо знищення такої групи.²⁰⁵⁹

Елементи складу злочину геноциду наведено в таблиці нижче, а їх детальніший опис — в розділах 3.2.48-3.2.52.

²⁰⁵³ Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 508. Див. також, African Rights, “Руанда - Зламани Тіла, Понівечені Душі: життя з Геноцидом, Зґвалтуваннями та ВІЛ/СНІДом” (April 2004), с. 75; HRC, “Вони Прийшли, щоб Знищити”: Злочини ІДІЛ Проти Єзидів” (15 червня 2016) UN Doc A/HRC/32/CRP.2, п. 145.

²⁰⁵⁴ А. Вагіанос, “Росія використовує зґвалтування як зброю війни проти України” (*Harvard Kennedy School Belfer Centre for Science and International Affairs*, 21 квітня 2022); Й. Лімаїе, “Конфлікт в Україні: “Російські солдати зґвалтували мене і вбили мого чоловіка”” (*BBC*, 11 квітня 2022).

²⁰⁵⁵ Global Justice Centre, “Не лише вбивства: гендер, геноцид і зобов’язання з міжнародного права” (6 грудня 2018), с. 28.

²⁰⁵⁶ А. Вагіанос, “Росія використовує зґвалтування як зброю війни проти України” (*Harvard Kennedy School Belfer Centre for Science and International Affairs*, 21 квітня 2022); Й. Лімаїе, “Конфлікт в Україні: “Російські солдати зґвалтували мене і вбили мого чоловіка”” (*BBC*, 12 квітня 2022); Н. Васільєва, “Київ заявляє, що дев’ять жінок і дівчаток у Бучі завагітніли після зґвалтування російськими солдатами” (*The Telegraph*, 12 квітня 2022); С. Гал, “Місяць терору у Бучі” (*NYT*, 11 квітня 2022).

²⁰⁵⁷ Римський статут, ст. 6 (курсив автора).

²⁰⁵⁸ *Прокурор проти Благоєвіча та Йокіча*, IT-02-60-T, Рішення суду, 17 січня 2005 р., п. 662; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 731-732.

²⁰⁵⁹ Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 507-508.

7.2.3.2.2 Переслідування

Крім того, коли суворе позбавлення основоположних прав (включно з сексуальним насильством) вчиняється проти групи осіб за політичними, расовими, національними, культурними, релігійними, гендерними чи іншими ознаками, загальновизнаними міжнародним правом, такі дії становлять переслідування як злочин проти людяності.²⁰⁶⁰ Важливо, що Римський статут визнає переслідування за ознакою гендеру, яке стосується “двох статей, чоловічої та жіночої, у контексті суспільства”.²⁰⁶¹ Вважається, що до цієї категорії належить переслідування через сексуальну орієнтацію чи гендерну ідентичність.²⁰⁶²

Елементи складу злочину переслідування детально описано в розділі 3.2.12.

7.2.4 Національні злочини, пов'язані з СНПК

Крім того, СНПК може вважатися одним зі звичайних національних злочинів, передбачених статтями 152–156-1 КК України.²⁰⁶³ Однак класифікація СНПК як національних злочинів не повністю охоплює основні контекстуальні елементи, а саме зв'язок зі збройним конфліктом чи широкомасштабним або систематичним нападом на цивільне населення, і покарання за такі злочини може не відповідати їхній тяжкості як міжнародних злочинів.²⁰⁶⁴ Таким чином, фахівцям-практикам слід сфокусуватись на СНПК як воєнних злочинах та злочинах проти людяності, які описані вище.

²⁰⁶⁰ Римський статут, ст. 7(1)(h); МКС Елементи злочинів, ст. 7(1)(h). Див., наприклад, Рішення суду у справі *Брданіна*, п. 1049; *Прокурор проти Крайшніка*, IT-99-36-T, Вирок суду, 1 вересня 2004 р., п. 1145; *Прокурор проти Крстича*, IT-98-33-T, Вирок суду, 2 серпня 2001 р.; Рішення суду у справі *Мілутиновича та ін.*; *Прокурор проти Ніколіча*, IT-94-2-S, Обвинувальний вирок, 18 грудня 2003 р., зноска. 105; *Прокурор проти Плавшича*, IT-00-39&40/1-S, обвинувальний вирок суду, 27 лютого 2003 р., п. 11, 52; Обвинувальний вирок у справі *Тодоровича*, п. 38-40; *Прокурор проти Багосори та ін.*, ICTR-98-41-T, Вирок суду й засудження, 18 грудня 2008 р., п. 2212.

²⁰⁶¹ Римський статут, ст. 7(1)(h), 7(3); МКС Елементи злочинів, ст. 7(1)(h); *Прокурор проти Аль-Хассана*, ICC-01/12-01/18, Рішення про підтвердження звинувачень, 30 вересня 2019 р. та 23 квітня 2020 р., пп. 945-974; *Ситуація в Ісламській Республіці Афганістан*, ICC-02/17, Загальнодоступна відредагована версія запиту про санкціонування розслідування відповідно до Статті 15, 20 листопада 2017 р.), п. 115-121; МКС, Програмний документ щодо сексуальних і гендерно зумовлених злочинів, червень 2014 р., с. 3; МКС, Звіт про заходи попередньої експертизи 2018 р. (5 грудня 2018 р.), п. 225.

²⁰⁶² Р. Грей та ін., *Гендерно зумовлене переслідування як злочин проти людяності: Шлях вперед* (2019 р.) 17(5) Журнал міжнародної кримінальної юстиції, с. 14.

²⁰⁶³ Див. КК України, Стаття 152: зґвалтування (дії сексуального характеру, пов'язані із вагінальним, анальним або оральним проникненням в тіло іншої особи без добровільної згоди потерпілої особи); Стаття 153: сексуальне насильство (будь-які насильницькі дії сексуального характеру, не пов'язані з проникненням в тіло іншої особи, вчинені без добровільної згоди потерпілої особи); Стаття 154: примушування до вступу в статевий зв'язок (примушування особи без її добровільної згоди до здійснення акту сексуального характеру з іншою особою); Стаття 155: вчинення дій сексуального характеру з особою, яка не досягла шістнадцятирічного віку (природні або неприродні статеві стосунки з особою, яка не досягла шістнадцятирічного років, вчинені повнолітньою особою); Стаття 156: розбещення неповнолітніх (вчинення розпусних дій щодо особи, яка не досягла шістнадцятирічного віку); Стаття 156-1: домагання дитини для сексуальних цілей (пропозиція зустрічі, зроблена повнолітньою особою особі, яка не досягла шістнадцятирічного віку, з метою вчинення стосовно неї будь-яких дій сексуального характеру або розпусних дій).

²⁰⁶⁴ Так, катування згідно з частиною першою Статті 127 КК України карається позбавленням волі на строк від двох до п'яти років; зґвалтування згідно з частиною першою Статті 152 КК України карається позбавленням волі на строк від трьох до п'яти років.

7.3 ВІДСУТНІСТЬ ЗГОДИ ТА ОБСТАВИНИ ПРИМУСОВОГО ХАРАКТЕРУ

Міжнародні стандарти передбачають широкий спектр примусових обставин, за яких може вчинитися сексуальне насильство.²⁰⁶⁵ Зосередження уваги на обставинах примусу, а не на доведенні відсутності згоди потерпілої особи зміщує акцент з дій потерпілої особи на дії виконавця і на встановлення того, чи мали обставини для потерпілого примусовий характер.²⁰⁶⁶

Грунтуючись на міжнародних стандартах, в цьому розділі розглядаються примусові дії і обставини, які можуть мати значення при документуванні звинувачень у СНПК.

7.3.1 Визначення “обставин примусу” відповідно до Кримінального кодексу України

КК України визначає, що зґвалтування, сексуальне насильство та примушування до статевого акту сталися, коли “статевий акт” або “сексуальне насильство” було вчинено без добровільної згоди потерпілої особи.²⁰⁶⁷ Відповідно до примітки до ст. 152 (зґвалтування), “згода вважається добровільною, якщо вона є результатом вільного волевиявлення особи, з урахуванням супутніх обставин”.²⁰⁶⁸

Зазначене положення не дає точного визначення того, що саме слід вважати “недобровільною згодою” (наприклад, чи слід враховувати наявність фізичних вад або психічного розладу, наявність примусових обставин позбавлення волі або нерівного співвідношення сил, а також нездатність особи до свідомого виявлення згоди).²⁰⁶⁹ Водночас формулювання є достатньо широким (“з урахуванням супутніх обставин”), тому його слід тлумачити відповідно до міжнародних стандартів, за якими згода не може бути добровільною, якщо застосовувалася фізична сила, погрози чи примус, а також якщо особа була нездатною дати добровільну згоду через вік, інвалідність, хворобу тощо (див. розділ 3.2.6.1.2).²⁰⁷⁰

Воєнні злочини відповідно до статті 438 КК України, а також злочини проти людяності та воєнні злочини, пов’язані із сексуальним насильством, які перераховуються у законопроекті

²⁰⁶⁵ КЛДЖ, Загальна рекомендація № 35, п. 33; Стамбульська конвенція, ст. 36; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 189, 191-194; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.а; *Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*, п. 8.7, 8.9.b(ii)(b); *РПВ проти Філіппін*, п. 8.10; *М.С. проти Болгарії*, заява № 39272/98, рішення від 4 березня 2004 р. (“*М.С. проти Болгарії*”), п. 163; *Є.Б. проти Румунії*, заява № 49089/10, рішення від 19 березня 2019 р. (*Є.Б. проти Румунії*), п.56; МКС, Елементи злочинів, ст. 7(1)(g)-1, Елемент 2; ст. 8(2)(b)(xxii)-1, Елемент 2; ст. 8(2)(e)(vi)-1, Елемент 2.

²⁰⁶⁶ Див. також, МКС Елементи злочинів, ст. 7(1)(g)-1, Елемент 2; ст. 8(2)(b)(xxii)-1, Елемент 2; ст. 8(2)(e)(vi)-1, Елемент 2; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, п. 3.1.а.;

²⁰⁶⁷ КК України, частина перша ст. 152, частина перша ст. 153, частина перша ст. 154.

²⁰⁶⁸ КК України, коментар до ст. 152.

²⁰⁶⁹ О. Дудоров, “Новели кримінального законодавства України щодо відповідальності за секс-делікти: окремі проблемні аспекти” (ЛексІнформ, 4 лютого 2019 р.); О. Дудоров, “Злочини проти статевої свободи та статевої недоторканості особи (основні положення кримінально-правової характеристики)” (Луганський державний університет внутрішніх справ, О. Дідоренко, 2018 р.), с. 22.

²⁰⁷⁰ Див., наприклад, *М.С. проти Болгарії*, п. 79, 90, 132.

7290, також слід тлумачити таким чином, що вимагають проведення СНПК має відбуватись в “обставинах примусу” відповідно до міжнародних стандартів. Отже, фахівцям слід зосередити увагу на примусі та обставинах примусу, які, як описано нижче, будуть характерними для будь-якого сексуального насильства, вчиненого в контексті збройного конфлікту чи окупації.

7.3.2 Визначення поняття “обставини примусу” відповідно до міжнародних стандартів

Відповідно до міжнародного кримінального права, звичаєвого права та права прав людини, вільно виражена справжня згода на статевий акт є неможливою, якщо статевий акт нав'язаний фізичною силою чи погрозою її застосування або здійснюється під примусом (зокрема викликаного страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою щодо особи) або у середовищі, що характеризується примусом (наприклад, в умовах збройного конфлікту чи окупації), або коли його вчинено щодо особи, нездатної дати згоду, що виражає її справжню волю.²⁰⁷¹

Отже, немає вимоги доводити відсутність згоди або демонструвати незгоду потерпілої особи, зокрема цитуючи її слова чи описуючи її вчинки.²⁰⁷² **Немає** такої умови, що потерпілий(а) мав чинити фізичний опір чи намагатися відбитися від кривдника, щоб це слугувало доказом ненадання згоди чи наявності обставин примусового характеру (див. розділ 3.2.6.1.2).²⁰⁷³ Насправді фізичного опору дуже часто взагалі немає через низку психологічних чинників (див. нижче) або через те, що потерпілі бояться ще гіршого насильства з боку виконавця.²⁰⁷⁴

Загалом дуже поширеним явищем є поєднання у певний момент часу чи протягом певного періоду різних дій та обставин, що сукупно свідчатимуть про існування середовища, у якому добровільна згода була неможливою. Наприклад, якщо злочин було вчинено в умовах окупації чи збройного конфлікту (які за своєю суттю є нерозривно пов'язаними з примусом),

²⁰⁷¹ МКС, Правила процедури і доказування, за матеріалами *Офіційних записів Асамблеї держав-учасниць Римського статуту Міжнародного кримінального суду, перша сесія, Нью-Йорк (3-10 вересня 2002 р.)* ICC-ASP/1/3 and Corr.1 (“МКС, Правила процедури і доказування”), Правило 70; МКС, Елементи злочинів, ст. 7(2)(g)-1, Елемент 2; ст. 8(2)(b)(xxii)-1, Елемент 2; ст. 8(2)(e)(vi)-1, Елемент 2; *Прокурор проти Онгвена*, ICC-02/04-01/15, Рішення суду, 4 лютого 2021 р. (“Рішення суду у справі Онгвена”), п. 2709; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 934; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 105-106. *Прокурор проти Катанги*, ICC-01/04-01/07, Рішення суду, 7 березня 2014 р. (“Рішення суду у справі Катанги”), п. 965; *Прокурор проти Катанги і Чуї*, ICC-01/04-01/07, Рішення про підтвердження звинувачень від 30 вересня 2008 р. (“Рішення про підтвердження звинувачень у справі Катанги і Чуї”), п. 438-440. Див. також, *М.С. проти Болгарії*, п. 181.

²⁰⁷² Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2709; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 934; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 106.

²⁰⁷³ МКС Правила процедури і доказування, Правило 70(c); Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2709; *Прокурор проти Гакумбці*, ICTR-2001-64-T, Рішення суду, 17 червня 2004 р. (“Рішення суду у справі Гакумбці”), п. 325; *Прокурор проти Кунарача та ін.*, IT-96-23-T& IT-96-23/1-T, Рішення суду, 22 лютого 2001 р. (“Рішення суду у справі Кунарача та ін.”), п. 644-646. Див. також, *Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*, п. 8.7, 8.9.b(ii); *Р.П.Б. проти Філіппін*, п. 8.10; Стамбульська конвенція, ст. 36; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 191; *Е.Б. проти Румунії*, п. 56.

²⁰⁷⁴ *М.С. проти Болгарії*, п. 164.

під час проведення всебічного процесу документування можуть з'явитися докази існування додаткових примусових чинників, включно із застосуванням фізичної сили, зловживанням владою, психологічним тиском чи погрозами, що діяли протягом тривалого періоду часу.

У наступних розділах наведено приклади визнаних у міжнародному праві проявів примусу та середовищ, що характеризуються примусом. Умови та обставини, описані в цьому розділі, можуть допомогти фахівцям у документуванні СНПК як воєнних злочинів або злочинів проти людяності.

7.3.3 Фізична сила

Застосування фізичної сили є переконливим доказом відсутності згоди, хоча саме по собі воно не є елементом СНПК, і, отже, не є необхідним для встановлення існування обставин примусового характеру.²⁰⁷⁵ Якщо фізичну силу все-таки було застосовано, вона не обов'язково має бути достатньо “значною” (наприклад “надмірною” чи “такою, що становить небезпеку для життя”).²⁰⁷⁶ У статті 438 ККУ (у чинній редакції та в редакції зі змінами згідно із законопроектом № 7290, якщо він набере чинності) застосування фізичної сили не згадується. Це ще одне підтвердження того, що застосування сили не є обов'язковим елементом для доведення існування обставин примусового характеру.

Нижче наводимо невичерпний перелік прикладів застосування фізичної сили, що можуть свідчити про існування обставин примусового характеру, а також вважатися обставинами, що обтяжують покарання:²⁰⁷⁷

- (i) Прояви насильства щодо потерпілої особи, як-от побої, ляпаси, нанесення ударів предметом (наприклад, пістолетом);²⁰⁷⁸
- (ii) Позбавлення потерпілої особи можливості рухатися або обмеження її рухів, наприклад, шляхом притиснення до якоїсь поверхні чи хапання за руки;²⁰⁷⁹
- (iii) Повалення потерпілої особи на землю або волочіння її по землі чи іншій поверхні;²⁰⁸⁰

²⁰⁷⁵ МКС Елементи злочинів, ст. 7(1)(g)-1, 8(2)(b)(xxii)-1, 8(2)(e)(vi)-1; Рішення суду у справі *Онгена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 103; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 688. *Прокурор проти Кунарача та ін.*, IT-96-23& IT-96-23/1-A, апеляційне рішення, 12 червня 2002 р. (“Апеляційне рішення у справі *Кунарача та ін.*”), п. 129. *Прокурор проти Тейлора*, SCSL-03-01-T, Рішення суду, 18 травня 2012 р. (“Рішення суду у справі *Тейлора*”), п. 416; *Прокурор проти Мугімана*, ICTR-95-1B-T, Рішення і вирок, 28 квітня 2005 р. (“Рішення і вирок у справі *Мугімана*”), п. 544; *Справа Катанги і Чуї*, Рішення про підтвердження звинувачень, п. 440.

²⁰⁷⁶ Amnesty International, “Згвалтування та сексуальне насильство: Законодавство і стандарти з дотримання прав людини у Міжнародному кримінальному суді” (2011 р.) (Amnesty International, *Згвалтування та сексуальне насильство*), pp. 18-19.

²⁰⁷⁷ Застосування фізичної сили та, як наслідок, заподіяння потерпілому тілесних ушкоджень чи психічної шкоди також можуть бути важливим доказом для встановлення обставин, що обтяжують покарання. *Див., наприклад, КК України, ст. 67(1):* До “обставин, що обтяжують покарання” належать (...) 5) “тяжкі наслідки, спричинені злочином”. *Див. також* Стамбульська конвенція, Стаття 46(f); Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 241.

²⁰⁷⁸ Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 937; Рішення суду у справі *Гакумбці*, п. 208; *Прокурор проти Муземи*, ICTR-96-13-A, Рішення суду та вирок 27 січня 2000 р., п. 833.

²⁰⁷⁹ *Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*, п. 2.2;

²⁰⁸⁰ Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 424; Рішення суду у справі *Гакумбці*, п. 208; *Див. також Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*, п. 2.2; *справа Е.Б. проти Румунії*, п. 10.

- (iv) Вчинення насильства щодо іншої особи;²⁰⁸¹
- (v) Використання ножа для зняття одягу з потерпілої особи;²⁰⁸²
- (vi) Наведення зброї на потерпілу особу.²⁰⁸³

Водночас слід зазначити, що у багатьох випадках СНПК не обов'язково призводить до фізичних ушкоджень чи залишає якісь видимі сліди на тілі потерпілої особи.²⁰⁸⁴ Крім того, доказів тілесних ушкоджень може вже не бути, якщо про злочин було повідомлено не одразу або якщо немає можливості отримати медичну довідку. У зв'язку з цим фахівцям на слід вважати, що показанням потерпілої особи не можна довіряти лише тому, що немає доказів тілесних ушкоджень. Потерпілі не повинні пояснювати, чому в них на тілі немає слідів фізичного насильства.

7.3.4 Погрози застосування сили

Погрози потерпілій особі застосуванням сили також можуть створювати обставини примусу.²⁰⁸⁵ Погрози можуть бути як погрозами застосування фізичної сили, так і погрозами заподіяння якоїсь іншої шкоди (наприклад, погроза розкрити факт сексуального контакту або погроза заподіяти шкоду члену сім'ї). Немає вимоги, щоб застосування сили відбулося²⁰⁸⁶ або щоб виконавець виконав погрозу чи навіть мав намір це зробити. Погроза сама по собі є достатньою, якщо вона викликає у потерпілої/ого обґрунтований страх, що їй або іншій особі буде завдано шкоди.²⁰⁸⁷ Погрози можуть бути відкритими або завуальованими.

Погроза може бути спрямована на потерпілу чи третю особу, наприклад, дитину чи іншого члена сім'ї потерпілої особи.²⁰⁸⁸ Погрожувати можна словами, діями або одночасно і тим, і тим. Крім того, виконавець не обов'язково має погрожувати застосувати силу негайно: погрози можуть стосуватися майбутнього.

Нижче наводимо невичерпний перелік прикладів погроз застосування сили:

- (i) Погрози або залякування з використанням зброї;²⁰⁸⁹
- (ii) Погрози вбивством або нанесенням ушкоджень;²⁰⁹⁰
- (iii) Погрози завдати шкоди статевим органам;²⁰⁹¹

²⁰⁸¹ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 944.

²⁰⁸² Рішення і вирок у справі *Мугімана*, п. 297.

²⁰⁸³ Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 958;

²⁰⁸⁴ Всесвітня організація охорони здоров'я (ВООЗ), "Рекомендації щодо медичної та юридичної допомоги потерпілим сексуального насильства" (2003 р.) ("ВООЗ, Рекомендації щодо медичної та юридичної допомоги потерпілим сексуального насильства"), с. 11, 49.

²⁰⁸⁵ МКС Елементи злочинів, ст. 7(1)(g)-1, Елемент 2; ст. 8(2)(b)(xxii)-1, Елемент 2; ст. 8(2)(e)(vi)-1, Елемент 2.

²⁰⁸⁶ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 935; Рішення суду у справі *Вемби*, п. 103. Див. також, Рішення про підтвердження звинувачень у справі *Катанги і Чуї*, п. 440; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 688; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 416.

²⁰⁸⁷ Рішення суду у справі *Фурундзіджа*, п. 174.

²⁰⁸⁸ Рішення суду у справі *Фурундзіджа*, п. 82.

²⁰⁸⁹ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 944; Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 958; Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*, п. 667;

²⁰⁹⁰ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 944. Див. також, Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*, п. 68, 711.

(iv) Погрози заподіяти шкоду здоров'ю;²⁰⁹²

(v) Погрози сексуальним насильством.²⁰⁹³

Такі дії часто вчиняли члени збройних формувань “ДНР” і “ЛНР” упродовж усього періоду конфлікту на Донбасі. Наприклад, дослідження, проведене 2017 р. коаліцією правозахисних організацій “Справедливість заради миру на Донбасі” містить інформацію про 175 випадків сексуального насильства, вчиненого членами збройних формувань на Донбасі. Чимало з цих випадків були пов'язані з погрозами зґвалтування, кастрації та/або сексуального насильства щодо членів сім'ї.²⁰⁹⁴ Повідомлення про аналогічні випадки надходили і після початку повномасштабного вторгнення Росії 24 лютого 2022 р., хоча масштаби такої протиправної діяльності ще досить важко оцінити.²⁰⁹⁵ Зокрема, за повідомленням однієї жінки, коли російські солдати погрожували зґвалтувати її малолітню доньку, вона переконала їх взяти себе замість доньки.²⁰⁹⁶

7.3.5 Примус

Особи, які вчиняють СНПК, часто використовують не лише силові, а й більш витончені методи (наприклад, спонування чи булінг, тобто вербальну агресію чи психологічний тиск або контроль), щоб зробити потерпілих вразливими, використати їхню вразливість для своїх цілей і зробити їх залежними чи покірними.²⁰⁹⁷ Такі дії називають “примусом” або “проявами примусу”.

Відповідно до міжнародних стандартів, фахівцям, які документують випадки СНПК, варто застосувати гнучкий підхід і максимально враховувати контекст, аналізуючи докази усіх можливих проявів примусу та обставин примусового характеру, що можуть зумовлювати СНПК. Нижче наводимо невичерпний перелік прикладів примусу:

- (i) Страх перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском чи зловживанням владою;²⁰⁹⁸
- (ii) Залякування, вимагання та інші форми примусу, що ґрунтуються на страху чи відчаї;²⁰⁹⁹

²⁰⁹¹ Рішення суду у справі *Фурундзіджа*, п. 82.

²⁰⁹² *В.С. проти Словаччини*, заява № 18968/07, рішення від 8 листопада 2011 р., п. 15.

²⁰⁹³ Судове рішення у справі *Квочка та ін.*, п. 561.

²⁰⁹⁴ *Війна без правил 2017 р.*, с. 86.

²⁰⁹⁵ Див. також, *Human Rights Watch*, “Україна: Очевидні воєнні злочини на підконтрольних Росії територіях” (3 квітня 2022р.); І. Лімає, “Конфлікт в Україні: “Російські солдати зґвалтували мене та вбили мого чоловіка” (BBC, 11 квітня 2022р.); С. Сіднер і К. Гак, “Україна звинуватила російських військових у використанні зґвалтувань як інструменту війни. Ці дві жінки кажуть, що справедливості добитися важко” (CNN, 10 травня 2022 р.); А. Касаткин, І. Жукова і С. Шевченко, “Частина російського арсеналу”: Кількість звинувачень у зґвалтуваннях російськими військовими в Україні зростає” (RFE/RL, 12 квітня 2022 р.).

²⁰⁹⁶ А. Касаткин, І. Жукова і С. Шевченко, “Частина російського арсеналу”: Кількість звинувачень у зґвалтуваннях російськими військовими в Україні зростає” (RFE/RL, 12 квітня 2022 р.).

²⁰⁹⁷ *М.С. проти Болгарії*, п. 146; Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2710;

²⁰⁹⁸ МКС, Елементи злочинів, ст. 7(1)(g)-6, елемент 1; ст. 8(2)(b)(xxii), елемент 2; ст. 8(2)(e)(vi)-6, елемент 2; *Справа Катанги*, вирок суду, п. 965; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 934; АКПЛН, Керівні настанови з протидії сексуальному насильству, с. 14;

- (iii) Затримання або ув'язнення (законне чи незаконне);²¹⁰⁰
- (iv) Регулярне вчинення насильства (зокрема сексуального) щодо затриманих (в'язнів);²¹⁰¹
- (v) Захоплення осіб та обмеження їхньої можливості рухатися;²¹⁰²
- (vi) Психологічне насильство;
- (vii) Надання обіцянок потерпілому, зокрема обіцянок, щодо навчання чи працевлаштування або обіцянок пощадити когось із членів сім'ї чи надати їм якусь вигоду.²¹⁰³

У наступних підрозділах ми розширимо цей перелік і розкажемо більше про деякі типи примусу, що можуть бути особливо актуальними для України.

7.3.5.1 Тримання під вартою (ув'язнення)

Тримання під вартою свідчить про нерівне співвідношення сил (між тим, хто ув'язнює, і ув'язненим) і завжди характеризується примусом.²¹⁰⁴ Відповідно до міжнародних стандартів, будь-яке сексуальне насильство щодо затриманої особи (незалежно від законності чи незаконності її тримання під вартою, ув'язнення чи полону) робить її згоду недійсною.²¹⁰⁵ Отже, зґвалтування та інші форми сексуального насильства, вчинені під час законного тримання під вартою чи ув'язнення, слід тлумачити як примус. Тримання осіб у тимчасово облаштованих для цього приміщеннях (наприклад, у приміщеннях приватної власності) теж слід визначати як примус.

Значна кількість випадків СНПК, вчинених під час збройного конфлікту на Донбасі з 2014 р., відбувалися в контексті затримання чи іншої форми позбавлення волі (зокрема на блокпостах уздовж лінії зіткнення), наприклад:

- За даними опитування, проведеного Моніторинговою місією ООН з прав людини в Україні (“ММПЛУ”) у 2016 році, “12 вересня 2016 р. жінці, яка їхала одним із транспортних коридорів у Донецькій області, працівник контрольного пункту в'їзду-виїзду (КПВВ) повідомив, що виникла проблема з її дозволом на перетин лінії зіткнення [...]. Він відклав її паспорт, попросив зайти з ним до контейнера, після чого зачинив вікно і замкнув двері. Чоловік сказав їй, що помітив її ще місяць тому і що

²⁰⁹⁹ Рішення суду у справі *Онзвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 935; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 688; Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*, п. 747;

²¹⁰⁰ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 934. *Справа Катанги і Чуї*, Рішення про підтвердження звинувачень, п. 434. Див. також, Судове рішення у справі *Квочка та ін.*, п. 98, 555; Апеляційне рішення у справі *Кунарача та ін.*, п. 132; Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*, п. 464, 542, 574; Рішення суду у справі *Фурундзіджа*, п. 271; *Менешева проти Росії*, заява № 59261/00, рішення від 9 березня 2006 р.

²¹⁰¹ Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*, п. 574; Судове рішення у справі *Квочка та ін.*, п. 561 *справа Салмонглу і Полаттас проти Туреччини*, заява № 15828/03, рішення від 17 березня 2009р.

²¹⁰² Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 943.

²¹⁰³ Судове рішення у справі *Квочка та ін.*, п. 551

²¹⁰⁴ МКЧХ, Сексуальне насильство в місцях несвободи (лютий 2017 р.) (“МКЧХ, Сексуальне насильство в місцях несвободи - звіт”), с. 2.

²¹⁰⁵ *Справа Катанги і Чуї*, Рішення про підтвердження звинувачень, п. 353-354, 434; Рішення суду у справі *Фурундзіджа*, п. 271; Судове рішення у справі *Квочка та ін.*, п. 98, 555; Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 495; Апеляційне рішення у справі *Кунарача та ін.*, п. 132; Рішення суду у справі *Кунарача та ін.*, п. 464, 542, 574;

вона йому сподобалася. Саме тому він навмисне зробив помилку, продовжуючи її дозвіл. Після цього чоловік наказав жінці йти з ним до готелю і пригрозив, що в разі відмови її буде викрадено і поховано живцем. Потім він змусив її сісти йому на коліна і торкався, нюхав і облизував усе її тіло. Жінка плакала й благала відпустити її. Через півтори години він погодився відпустити її за умови, що вона повернеться на КПВВ, і погрожував їй шантажем і фізичною розправою”.²¹⁰⁶

- За даними опитування, проведеного ММПЛУ 2017 р., “у 2016 році жінку, “звинувачену” у “шпигунстві”, затримали й ув’язнили члени збройних формувань в Луганській області. [...] Одного вечора на початку серпня охоронці привели її до нового чергового на його вимогу. Останній сказав їй, що “умови в камерах можуть бути дуже різними”. Це прозвучало як погроза застосування насильства. Потім черговий зґвалтував її. Відтоді він викликав її до себе в кабінет приблизно раз на тиждень і примушував займатися оральним сексом. Вона нікому не скаржилася, боячись помсти. Жінку звільнили через кілька місяців”.²¹⁰⁷
- За даними опитування, проведеного ММПЛУ 2018 р., “чоловіка, затриманого в березні 2018 р., жорстоко побили особи, які протягом кількох годин допитували його в підвалі після його прибуття до “Ізоляції”. Декілька допитувачів прив’язали його до столу скотчем, обмотали електричні дроти навколо мизинця правої ноги й увімкнули струм. Вони погрожували завдати шкоди йому та його родині, якщо він не розповість їм про свою роботу в СБУ. Зокрема погрожували так: “Ми приведемо твою дружину сюди, і десятеро з нас гвалтуватиме її в тебе не очач!” і “Ми вставимо електричні дроти тобі в дупу та пеніс!”.²¹⁰⁸
- Кілька затриманих повідомили ММПЛУ про те, що так званий “Палич”, начальник “Ізоляції” з 2016 по лютий 2018 р., піддавав затриманих жінок сексуальному насильству, зокрема зґвалтуванням: “Одна затримана розповіла УВКПЛ, що одного разу “Палич” викликав одну жінку, яка сиділа з нею в одній камері, а потім з його кабінету на іншому поверсі було чути крики. Через кілька годин жінка повернулася в подертому одязі, ридала і не могла заспокоїтися. Говорити про те, що сталося, вона відмовилася”.²¹⁰⁹
- Про випадки СНПК під час тримання під вартою чи полону також повідомлялося після початку повномасштабного російського вторгнення у 2022 році.²¹¹⁰ Наприклад, за

²¹⁰⁶ УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 81.

²¹⁰⁷ УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 97.

²¹⁰⁸ УВКПЛ, “Свавільні затримання, катування та жорстоке поводження в контексті збройного конфлікту на сході України, 2014-2021” (2 липня 2021 р.) (УВКПЛ, Свавільні затримання, катування та жорстоке поводження в контексті збройного конфлікту на сході України, 2014-2021”), додаток II, п. 45.

²¹⁰⁹ УВКПЛ, Свавільні затримання, катування та жорстоке поводження в контексті збройного конфлікту на сході України, 2014-2021, додаток II, п. 54.

²¹¹⁰ Див. також Т. Джон, О. Очман і С. Сідху, “Російські війська використовують зґвалтування як “інструмент війни” в Україні, кажуть правозахисні групи” (STV News, 22 квітня 2022 р.); А. Вагіянос, “Росія використовує зґвалтування як зброю війни проти України” (Центр науки і міжнародних відносин Гарвардської школи Кеннеді, 21

повідомленням однієї жінки, її протягом ночі кілька разів поспіль гвалтував російський солдат, наставивши на неї зброю. Згвалтування відбувалися в кімнаті, віддаленій від місця, у якому вона ховалася від небезпеки разом з іншими людьми.²¹¹¹ Ще один приклад – утримання групи з 25 дівчат і жінок в одному з підвалів у Бучі під час російської окупації міста, що тривала майже місяць. За цей період дівчата й жінки багато разів ставали потерпілими від групових згвалтувань.²¹¹²

7.3.5.2 Психологічне насильство і зловживання відносинами з нерівним співвідношенням сил

Чинники чи поведінка, що примушують особу діяти певним чином проти її волі, не обмежуються погрозами фізичного насильства. Примус може чинитися також через різні форми психологічного насильства, пригноблення і тримання в страху.²¹¹³ Такі дії можуть траплятися у різних контекстах, але найбільш імовірними вони будуть у ситуації, що характеризується дисбалансом сил між виконавцем і потерпілою особою. Відносини із нерівним співвідношенням сил набувають особливої актуальності в теперішніх українських реаліях, тому що СНПК вчиняють, зокрема, особи, наділені владою чи спеціальними повноваженнями, – військовослужбовці, працівники поліції, прикордонники. Посади, які вони обіймають, дають їм владу над потерпілими і можливість вимагати від них певних дій. Ще один приклад нерівного співвідношення сил – це взаємини між окупантами і тими, хто перебуває під окупацією. Окупація за визначенням містить елемент контролю.

Стаття 438 ККУ (у поточній редакції та в редакції зі змінами згідно із законопроектом №7290, якщо і коли він набере чинності) не оперує поняттям “нерівноправні відносини” або “відносини з нерівним співвідношенням сил” (unequal power relations). Тим не менш, статтю 438 слід тлумачити відповідно до міжнародних стандартів. Це означає, що “нерівність сил” потерпілого та злочинця становитиме “ситуацію примусу”, яку слід враховувати, встановлюючи, чи давала особа добровільну згоду.

Нижче наводимо неповний перелік чинників, що можуть свідчити про нерівність сил у взаєминах:

- (i) Виконавець обіймає офіційну чи неофіційну посаду, що наділяє його владою чи спеціальними повноваженнями (наприклад, це солдат, охоронець, працівник

квітня 2022 р.); Н. Прязова і О. Янковський, “Вона пішла збирати квіти для матері, а вони її згвалтували.” Речові докази сексуальних злочинів, скоєних російськими військовими на півдні” (*Радіо Свобода*, 23 квітня 2022 р.).

²¹¹¹ HRW, Україна: Очевидні військові злочини на підконтрольних Росії територіях (3 квітня 2022 р.)

²¹¹² А. Вагіанос, “Росія використовує згвалтування як зброю війни проти України” (*Центр науки і міжнародних відносин Гарвардської школи Кеннеді*, 21 квітня 2022 р.); І. Лімає, “Конфлікт в Україні: “Російські солдати згвалтували мене та вбили мого чоловіка” (*BBC*, 12 квітня 2022 р.); Н. Васильєва, “Дев’ять жінок та дівчат з Бучі завагітніли після згвалтування російськими солдатами, за інформацією Києва” (*The Telegraph*, 12 квітня 2022 р.); К. Голл, “Місяць терору в Бучі” (*NYT*, 11 квітня 2022 р.).

²¹¹³ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 934.

поліції, опікун чи піклувальник, лікар, учитель, голова громади, вождь племені тощо);²¹¹⁴

- (ii) Потерпілій особі відомо, що виконавець раніше вже вчиняв насильство стосовно неї чи інших осіб;²¹¹⁵
- (iii) Потерпіла особа має будь-яку залежність (зокрема фінансову, юридичну, професійну, сімейну та/або особисту) від виконавця;²¹¹⁶
- (iv) Вразливість або певні особисті характеристики потерпілої особи уможливають її експлуатацію.²¹¹⁷ Нерівність сил між чоловіками та жінками також може сприяти виникненню обставин примусового характеру;
- (v) Нерівність у сімейних чи інтимних стосунках (наприклад, коли має місце домашнє насильство або коли виконавець є головою домогосподарства).²¹¹⁸

Для встановлення фактів вчинення можливого психологічного насильства і зловживання нерівністю сил у відносинах фахівці-практики мають проаналізувати контекст і обставини вчинення СНПК. Є чимало прикладів дій та обставин, які окремо чи сукупно можуть свідчити про вчинення психологічного насильства або зловживання нерівністю сил. Зокрема, фахівець, який проводить документування, має звернути увагу на такі обставини:²¹¹⁹

- (i) Ситуації затримання, перетину кордону або проходження перевірок на військових контрольно-пропускних пунктах (блокпостах);
- (ii) В умовах активних бойових дій чи нападу люди часто ховаються від обстрілів, снайперського вогню, ворожих військ та інших небезпек у місцях, де вони можуть стати потерпілими від СНПК;
- (iii) Ізоляція потерпілого від інших представників її групи (наприклад, розміщення у окремій кімнаті, віддаленій від місця, у якому вона ховалася від небезпеки разом з іншими людьми);
- (iv) Примушування потерпілого/ої відчувати себе зобов'язаною вступати у статевий зв'язок через погрози, що в разі відмови буде завдано шкоди іншій особі або розкрито

²¹¹⁴ Див., напр., Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 943. Див. також Рішення суду у справі *Делаліча та ін.*, п. 495; Судове рішення у справі *Квочка та ін.*, п. 548, 561.

²¹¹⁵ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 11.

²¹¹⁶ Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 181; Королівська служба кримінального переслідування Великої Британії (КСКП), “Що таке згода?” (оновлена редакція) (КСКП, “Що таке згода?”), с. 2.

²¹¹⁷ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 11: наприклад, стать, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, вік, інвалідність, бідність, соціальний клас, соціальний статус, каста, етнічна належність, належність до корінних народів, раса, релігія, неписьменність або інші характеристики.

²¹¹⁸ Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 181.

²¹¹⁹ Європейський інститут із гендерної рівності, “Психологічне насильство” (без дати); Королівська служба кримінального переслідування, “Використання контролю та примусу в інтимних чи сімейних стосунках” (30.06.2017) (КСКП, “Використання контролю та примусу в інтимних чи сімейних стосунках”).

місце перебування потерпілого та інших людей, які разом з нею ховаються від небезпеки;

- (v) Залякування і використання агресивної лексики або жестів (крик, знищення предметів, інші прояви агресивної поведінки);
- (vi) Публічне приниження, зневажання або дегуманізація потерпілого.

Аналізуючи можливість кваліфікації певного діяння як СНПК, прокурор має враховувати вищезазначені та інші аналогічні чинники **у їхній сукупності**. У деяких випадках певні дії виконавця, якщо їх розглядати окремо одну від одної, можуть здаватися цілком звичайними й адекватними. Однак сукупність чинників може допомогти встановити, що виконавець контролював потерпілу особу чи знущався з нього (неї).²¹²⁰

У СНПК, вчиненому після вторгнення Росії в Україну, нерівне співвідношення сил між виконавцями та потерпілими є очевидним. Ось кілька прикладів.

- За наявною інформацією, 13 березня 2022 р. російський солдат побив і кілька разів зґвалтував жінку в Харківській області. Жінка ховалася в підвалі місцевої школи разом зі своєю п'ятирічною донькою та матір'ю, коли російський солдат увірвався до приміщення школи зі штурмовою гвинтівкою і пістолетом. Солдат вивів жінку з підвалу школи й привів до класної кімнати на другому поверсі, де він наставив на неї пістолет, наказав роздягнутися і змусив її задовольняти його орально, тримаючи увесь час пістолет біля її скроні. Потім солдат змусив жінку залишитися з ним на всю ніч і кілька разів зґвалтував її. Один раз він це робив, приставивши ніж до її горла.²¹²¹
- 28 березня 2022 р. жінка із села під Києвом повідомила, що її зґвалтував у її будинку російський військовий. Одного вечора, коли жінка була вдома зі своїм чоловіком, надворі почулися кроки. Коли чоловік пішов перевірити, хто прийшов, його застрелили. Двоє російських солдатів зайшли в хату. Один із них гвалтував жінку, поки її чотирирічний син плакав у сусідній кімнаті.²¹²²
- Після звільнення Бучі від російських військових (місто було окуповане протягом місяця починаючи з 4 березня 2022 р.) стало відомо, що групу жінок і дівчат, деяким з яких було лише 14 років, тримали в підвалі будинку, де їх "систематично гвалтували" російські солдати. Дев'ятеро з цих жінок та дівчат зараз вагітні.²¹²³

²¹²⁰ КСКП, "Використання контролю та примусу в інтимних чи сімейних стосунках".

²¹²¹ HRW, "Україна: очевидні воєнні злочини на підконтрольних Росії територіях" (3 квітня 2022 р.); Д. Шерідан, "Українську матір, яка ховалася в приміщенні школи, зґвалтував російський солдат" (*The Telegraph*, 3 квітня 2022 р.).

²¹²² ОБСЄ, Звіт про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р., с. 76; К. Енгельбрехт, "Повідомлень про сексуальне насильство за участю російських солдатів стає дедалі більше, кажуть українські офіційні представники" (*NYT*, 29 березня 2022 р.); К. Філл, "Російські солдати мене гвалтували, поки мій переляканий син плакав" (*The Times*, 28 березня 2022 р.).

²¹²³ Й. Лімає, "Конфлікт в Україні: "Російські солдати зґвалтували мене та вбили мого чоловіка" (*BBC*, 12 квітня 2022); Н. Васильєва, "Дев'ять жінок та дівчат з Бучі завагітніли після зґвалтування російськими солдатами, за інформацією Києва" (*The Telegraph*, 12 квітня 2022 р.); Карлотта Голл, "Місяць терору в Бучі" (*NYT*, 11 квітня 2022 р.).

7.3.5.3 Використання середовища, нерозривно пов'язаного з примусом

Один із способів вчинення СНПК — це використання середовища, якому примус є об'єктивно притаманним внаслідок його природи.²¹²⁴ Замість того, щоб самостійно примушувати потерпілого/у до певних дій, виконавець може скористатися таким середовищем примусу, що існує незалежно від нього.²¹²⁵ Середовище, нерозривно пов'язане з примусом, може виникати, наприклад, в умовах присутності на певній території військових чи представників служб безпеки,²¹²⁶ в умовах збройного конфлікту чи окупації, а також в умовах, коли на території триває вчинення воєнних злочинів чи злочинів проти людяності.²¹²⁷

У таких ситуаціях виконавець може самостійно й не примушувати потерпілих осіб до статевих стосунків (наприклад, силою чи погрозами). Також він не несе особистої відповідальності за створення середовища, у якому люди перебувають в умовах примусу. Тим не менш, він користується таким середовищем для вчинення сексуального насильства.²¹²⁸

Створенню примусового середовища можуть сприяти різні чинники. Наприклад, важливо розуміти, чи вчинялося сексуальне насильство під час бойових дій або одразу після них, а також чи супроводжувалося сексуальне насильство іншими злочинами.²¹²⁹ Це може статися, наприклад, коли солдати вчиняли сексуальне насильство одразу після захоплення сіл збройними формуваннями, а зґвалтування відбувалися на тлі інших злочинів, які вчиняли солдати проти місцевих жителів (наприклад, катування і вбивства).²¹³⁰

Часто трапляється так, що в середовищі, нерозривно пов'язаному з примусом, виникають інші обставини примусового характеру (на кшталт зазначених вище), що в сукупності створюють умови, у яких потерпіла особа не в змозі дати свідому добровільну згоду. Отже, фахівці мають розглядати такі чинники сукупно.

Повна окупація Криму та Донбасу з 2014 р., а також окупація Росією українських міст і сіл (включно з Херсоном) після вторгнення 24 лютого 2022 р. створили на цих територіях

²¹²⁴ МКС, Елементи злочинів, ст. 7(1)(g)-(i), Елемент 2; ст. 8(2)(b)(xxii)-(i), Елемент 2; ст. 8(2)(e)(vi)-(i), Елемент 2; КЛДЖ, Загальна рекомендація № 35, п. 33; *Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*, п. 8.9.b(ii)(b); *М.С. проти Болгарії*, п. 180-181.

²¹²⁵ Amnesty International, *Зґвалтування та сексуальне насильство*, с. 26-27; МКЧХ, *Сексуальне насильство в місцях несвободи*, с. 2; Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 935; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 104.

²¹²⁶ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 935; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 103-104. Див. також, Економічна і соціальна рада ООН (ECOSOC), “Сучасні форми рабства: систематичні зґвалтування, сексуальне рабство та подібні до рабства форми експлуатації в умовах збройного конфлікту”, п. 25.

²¹²⁷ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 935; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 104.

²¹²⁸ Amnesty International, *Зґвалтування та сексуальне насильство*, с. 26-27.

²¹²⁹ Рішення суду у справі *Онгвена*, п. 2710; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 945. Рішення суду у справі *Бемби*, п. 104; Рішення суду у справі *Акайесу*, п. 688.

²¹³⁰ Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 945.

середовище, нерозривно пов'язане з примусом. Виконавці, які вчиняли сексуальне насильство, могли безкарно користуватися цим середовищем.²¹³¹

7.3.6 Нездатність

Міжнародні стандарти передбачають певні ситуації, у яких особа не здатна давати свідому й добровільну згоду, яка була б результатом її вільного волевиявлення. Така нездатність може бути зумовлена зовнішнім впливом, природними чинниками або віком.²¹³² Нездатність до свідомого виявлення згоди у різних її формах може бути обставиною, що обтяжує покарання.²¹³³

Перебування в стані алкогольного чи наркотичного сп'яніння, незалежно від того, чи особа сама вживала алкоголь або наркотики, чи їх дав їй виконавець, може також зумовити нездатність особи до свідомого виявлення згоди.²¹³⁴ Нездатність до свідомої згоди може бути зумовлена також тимчасовим або постійним фізичним чи психічним станом особи. До таких станів можна віднести стан сну, непритомність (тимчасова втрата свідомості) або наявність певних вад чи захворювань, що впливають на здатність особи давати чи висловлювати згоду. Водночас особа з фізичними чи психічними вадами або захворюваннями не має автоматично вважатися нездатною усвідомлювати природу статевих актів чи давати згоду на них.²¹³⁵

Вік, зокрема похилий вік,²¹³⁶ також може впливати на здатність особи давати свідому згоду²¹³⁷ і може бути обставиною, що обтяжує покарання.²¹³⁸

²¹³¹ Див., наприклад, УВКПЛ, Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 85-111; КЛДЖ, Заключні зауваження до Восьмої періодичної доповіді України, п. 10, 14; Війна без правил, 2017 р., с. 34, 38-60; Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, с. 60-61; Б. Лукас, Б. Ровердер і К. Тулл, "Гендер і конфлікт в Україні" (K4D, 23 лютого 2017 р.), с. 2-3; Д. Лош, "Невидимі шрами України" (Politico, 6 квітня 2018 р.); HRW, "Україна: очевидні воєнні злочини на підконтрольних Росії територіях" (3 квітня 2022 р.); Б. МакКернан, "Згвалтування як зброя: стають відомими величезні масштаби сексуального насильства в Україні" (The Guardian, 4 квітня 2022); Н. Патон Уолш та ін., "В окупованому Росією Херсоні з'являються повідомлення про згвалтування" (CNN, 28 квітня 2022).

²¹³² МКС, Елементи злочинів, виноски 16, 51, 64; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 107; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 981; *Прокурор проти Сесая та ін.*, SCSL-04-15-T, вирок суду, 2 березня 2009 р. (*Сесай та ін.*, вирок суду), п. 148; *М.С. проти Болгарії*, п. 79. Див. також, Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 59; ВООЗ, Рекомендації щодо медичної та юридичної допомоги потерпілим сексуального насильства, Глава 2, с. 7-8, 11-12; КСКП, "Що таке згода?", с. 2.

²¹³³ КК України, ч. 1 ст. 67: "При призначенні покарання обставинами, які його обтяжують, визнаються: [...] 6) вчинення кримінального правопорушення щодо особи похилого віку, особи з інвалідністю або особи, яка перебуває в безпорадному стані, або [...] щодо малолітньої дитини [...]; [...] 9) вчинення кримінального правопорушення з використанням малолітнього або особи, що страждає психічним захворюванням чи недоумством";

²¹³⁴ *Сесай та ін.*, Вирок суду, п. 148; ВООЗ, Рекомендації щодо медичної та юридичної допомоги потерпілим сексуального насильства, Глава 2, с. 7-8.

²¹³⁵ Див., наприклад, Конвенція ООН про права осіб з інвалідністю (дата підписання 13.12.2006 р., набула чинності 03.05.2008) UNTS 2515, ст. 3(1).

²¹³⁶ *М.С. проти Болгарії*, п. 79.

²¹³⁷ МКС, Елементи злочинів, виноски 16, 51, 64; Рішення суду у справі *Бемби*, п. 107; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 981; *Сесай та ін.*, вирок суду, п. 148.

²¹³⁸ КК України, ст. 67(1)(6).

Обмежена здатність потерпілої особи давати свідому згоду підлягає встановленню в кожному окремому випадку з урахуванням всіх обставин. Наприклад, нездатність потерпілої особи давати свідому згоду буде встановлено у випадку, коли під впливом якоїсь речовини потерпіла особа знепритомніла і не усвідомлювала, що відбувається, або якщо були якісь інші причини, з яких вона не мала можливості відмовитися від сексуального контакту.

7.4 ЗВ'ЯЗОК ВИКОНАВЦІВ З АКТАМИ СНПК

Після встановлення елементів злочину фахівцям також потрібно буде виявити докази зв'язку між ними (див. розділ 3.5.3) щоб довести, що обвинувачений вчинив злочин СНПК. Як і у ситуації з іншими міжнародними злочинами, виконавцями СНПК можуть бути як ті, хто фізично скоює злочин, так і, часто, ті, хто, як політичні лідери або військові командири, можуть скоювати злочини опосередковано, через інших осіб, навіть не зустрічаючись з потерпілою особою і не відвідуючи місце злочину.²¹³⁹

Збираючи та аналізуючи докази “зв'язку” з метою встановлення “виду співучасті” за злочини, пов'язані з СНПК, фахівці повинні бути обережними, щоб не застосовувати до аналізу інші стандарти порівняно з іншими злочинами, не пов'язаними з СНПК. Поширеною помилкою є припущення, що СНПК вчиняється ізольовано або випадково окремими бійцями з корисливих мотивів, а не як частина більш широкої системи злочинів, пов'язаних з вищими посадовими особами.²¹⁴⁰ Навпаки, СНПК вчиняється подібно до інших міжнародних злочинів і може передбачати відповідальність тих, хто вчинив, допомагав і підбурював, наказував, спонукав або планував сексуальне насильство, а також тих військових чи політичних лідерів, які сприяли спільним планам вчинення злочинів або не змогли запобігти злочинам, скоєним їхніми підлеглими, чи покарати їх. Отже, під час проведення розслідування щодо потенційних виконавців фахівці-практики повинні враховувати весь спектр видів співучасті (див. розділ 3.4).

Наприклад:

- Відповідальність для груп осіб, організованих груп та злочинних організацій (див. розділ 3.4.5.2): обвинувачений був відповідальним за зґвалтування та сексуальне рабство за істотний внесок у злочини, скоєні озброєною групою відповідно до спільного плану з витіснення цивільного населення з певної території, який за своєю суттю передбачав цілеспрямовані дії проти окремих осіб, зокрема, вбивства та зґвалтування.²¹⁴¹

²¹³⁹ П. В. Селлерс, “Переслідування сексуального насильства в умовах конфлікту: Важливість прав людини як засобу інтерпретації”, с. 14; С. Браммерц і М. Джарвіс (ред.), “Переслідування сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом, в МТКЮ (ОУП 2016)” (“Браммерц & Джарвіс Переслідування сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом в МТКЮ (2016)”), с. 220-221.

²¹⁴⁰ Браммерц & Джарвіс Переслідування сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом в МТКЮ (2016), с. 34-35, 233.

²¹⁴¹ Рішення у справі Нтаганди, пп. 808-811, 825.

- Наказування (див. розділ 3.4.5.4): обвинувачений був відповідальним за замовлення численних актів зґвалтування численними безпосередніми виконавцями, даючи коментарі, які заохочували та контролювали зґвалтування, зокрема, кажучи: “Перш за все, переконайся, що ти переспав з цією дівчиною”.²¹⁴²
- Надання допомоги та підбурювання (див. розділ 3.4.5.3.2.3): військовий командир, відповідальний за пособництво та підбурювання до зґвалтування через свою присутність під час злочинів та продовження допиту потерпілої особи після того, як її зґвалтували.²¹⁴³
- Відповідальність командування (див. розділ 3.4.5.5): військовий начальник табору для ув'язнених, де сталося сексуальне насильство, несе відповідальність за сексуальне насильство, оскільки знав про його вчинення і не доклав жодних зусиль для запобігання, припинення злочинів та притягнення до відповідальності за їх вчинення.²¹⁴⁴

7.4.1. Дослідження зв'язку у справах про СНПК

Зв'язок цих осіб з міжнародними злочинами зазвичай вимагає доказів, які демонструють існування ієрархій, що ідентифікують осіб, які мають контроль у цих ієрархіях. Розуміння того, як встановити такі зв'язки, є корисним при роботі зі складними командними структурами (військовими або політичними/адміністративними). Це особливо важливо, оскільки у справах проти вищого керівництва захист може не оскаржувати факт вчинення злочину (тобто “базу злочину”), а зосередитися на ланцюгах відповідальності між безпосередніми виконавцями та підозрюваними, що існують між ними.²¹⁴⁵ Як і у справах про всі міжнародні злочини, у випадках СНПК слід дотримуватися загальних рекомендацій, наведених у розділі 3.5.3.

Оцінка відповідальності виконавців середньої та вищої ланки завжди передбачає дослідження того, як організаційна та командна культура сприяла вчиненню СНПК. Міжнародні злочини, зокрема й СНПК, часто відбуваються відповідно до політики вищих ешелонів влади в організації. Збір доказів щодо широкомасштабного характеру злочинів, а також моделей порушень і поведінки може слугувати доказом планування, командування та координації між високопосадовцями, які їх вчиняють.

Фахівці-практики повинні враховувати типові докази, щоб продемонструвати політику, планування та координацію:
• Докази того, що злочини відбувалися у великих масштабах.
• Докази того, що подібні злочини повторювалися в різні періоди часу і в різних місцях.
• Докази того, що злочини відбувалися за схожими схемами - наприклад,

²¹⁴² Рішення у справі Акасу, пп. 452, 692.

²¹⁴³ Судове рішення у справі Фурунджия, пп. 122, 125-129, 273-275..

²¹⁴⁴ Делаліч та ін. Судове рішення, пп. 736, 737-67, 769-770.

²¹⁴⁵ Посібник МТКЮ з напрацьованої практики, с. 122.

захоплення цивільних осіб після захоплення території, сексуальне насильство під час обшуків будинків з метою пошуку осіб, які підтримують українські збройні сили, сексуальне насильство під час тримання під вартою або в рамках допитів.
<ul style="list-style-type: none"> Докази того, що злочини СНПК відбувалися в контексті вчинення інших злочинів.
<ul style="list-style-type: none"> Докази того, що злочини були спрямовані проти конкретних потерпілих.
<ul style="list-style-type: none"> Докази причетності до злочинів певних підрозділів або груп виконавців.
<ul style="list-style-type: none"> Докази політики або пропаганди, що розкривають політику вчинення злочинів.

Крім того, як зазначено в розділі 3.4.3, види співучасті, передбачені ККУ та міжнародним кримінальним правом, вимагають від фахівців-практиків враховувати докази щодо умислу або обізнаності/поінформованості підозрюваних осіб про вчинення відповідного злочину. Отже, фахівці повинні намагатися довести, щонайменше, те, що злочини СНПК були передбачуваними для підозрюваного, і, якщо можливо, те, що виконавець (виконавці) мав (мали) намір вчинити злочини СНПК.²¹⁴⁶ Хибні уявлення про те, що СНПК є ізольованим, індивідуальним і випадковим злочином, можуть мати негативний вплив на розслідування цих злочинів і призвести до помилкових висновків про те, що злочини не були передбачуваними для підозрюваного або, що підозрюваний не знав, що вони відбудуться за звичайного перебігу подій.²¹⁴⁷

Умисел і знання/обізнаність можуть бути встановлені з фактичних обставин.²¹⁴⁸ Зокрема, загальний контекст, в якому діяв підозрюваний, що робив вчинення сексуального насильства більш імовірним, має значення для оцінки обізнаності та передбачуваності сексуального насильства.²¹⁴⁹ Фахівці повинні враховувати “докази, як-от попередні або наступні випадки сексуального насильства або конкретні повідомлення” про те, що сексуальне насильство може статися.²¹⁵⁰ Фахівці-практики також повинні враховувати, чи були злочини, пов’язані з сексуальним та гендерно зумовленим насильством (СГЗН), скоєні в більш широкому контексті проявів насильства, зокрема, чи були вони частиною нападу на певну національність або іншу цільову групу. Збір доказів, які свідчать про те, що практика СНПК відбувалася у великих масштабах або за певною схемою, може виявити, що виконавець діяв відповідно до певної політики, а також, за висновком, що він мав умисел або обізнаність про ці злочини.

²¹⁴⁶ Браммерц & Джарвіс *Переслідування сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом в МТКЮ* (2016), с. 245.

²¹⁴⁷ Див. наприклад, рішення у справі Катанги, яким Катангу було виправдано за зґвалтування та сексуальне рабство за статтею “інша співучасть у злочинах, вчинених групою осіб, які діяли зі спільною метою”, оскільки злочини СГН не підпадали під спільну мету: Рішення у справі Катанги, п. 1664, пп. 1664.

²¹⁴⁸ Див. наприклад, Рішення у справі Бемби про підтвердження обвинувачень, п. 149.

²¹⁴⁹ Браммерц & Джарвіс *Переслідування сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом в МТКЮ* (2016), с. 247.

²¹⁵⁰ МКС, Аналітичний документ щодо сексуальних та гендерно зумовлених злочинів 2014, п. 81; К. Guilford, “Переслідування сексуального насильства в умовах конфлікту та майбутнє загальної злочинної мети в міжнародному кримінальному праві” (2018) 2 NZWLJ, с. 197.

Крім того, умисел або обізнаність також можуть бути доведені доказами заяв, зроблених підозрюваним або іншими особами, які інформували підозрюваного про вчинення насильницьких злочинів, наприклад:²¹⁵¹ протоколи зустрічей,²¹⁵² перехоплення телефонних розмов,²¹⁵³ інтерв'ю з підозрюваним,²¹⁵⁴ щоденники,²¹⁵⁵ звіти про ситуацію з безпекою, надані підозрюваному,²¹⁵⁶ або показання свідків-інсайдерів.²¹⁵⁷

Наведена нижче таблиця взята з книги “Переслідування сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом в МТКЮ”,²¹⁵⁸ і містить перелік індикаторів прогнозування сексуального насильства. Ці фактори або їх комбінація, залежно від контексту, можуть бути використані для встановлення передбачуваності сексуального насильства.²¹⁵⁹

Передбачуваність та обізнаність щодо СГЗН

Залежно від контексту, передбачуваність сексуального насильства потенційно може бути доведена одним або (що більш ймовірно) поєднанням цих факторів. Вони охоплюють обізнаність обвинуваченого про:

- насильницький характер кампанії, що робить потерпілих осіб більш вразливими;²¹⁶⁰
- існування широкомасштабного та систематичного нападу на цивільне населення;²¹⁶¹
- примусове переміщення сотень тисяч людей або хаотичний загальний характер операції.²¹⁶²

²¹⁵¹ Браммерц & Джарвіс *Переслідування сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом в МТКЮ* (2016), с. 247.

²¹⁵² У справі Готовіна та ін. Судова палата посилалася на протоколи трьох зустрічей у Міністерстві оборони в серпні 1995 року, визначаючи, що Готовіна і Маркач усвідомлювали ризик насильницьких дій під час проведення ССО. *Готовіна та ін. Судове рішення*, пп. 2374, 2586.

²¹⁵³ Наприклад, Судова палата у справах Толіміра підкріпила свій висновок про те, що Толімір знав про етнічну ненависть між боснійськими мусульманами і сербами, спираючись, зокрема, на перехоплення телефонної розмови між обвинуваченим і невідомою особою 20 липня 1995 року, в якій він використовував образливі висловлювання. *Судове рішення у справі Толіміра*, п. 1140 (з посиланням на доказ Р371а, де обвинувачений сказав, що “турки не хочуть вести переговори”).

²¹⁵⁴ *Див. наприклад, Шайнович та інші, Апеляційне рішення*, пп. 1581 (з посиланням на доказ Р605), де Апеляційна палата поклалася на інформацію, надану Шайновичем в інтерв'ю з обвинуваченим, щоб дійти висновку, що під час зустрічі в травні 1999 року він був поінформований про вчинення зґвалтувань.

²¹⁵⁵ *Шайнович та ін. Апеляційне рішення*, пп. 1581 з посиланням на доказ Р2592, де Апеляційна камера поклалася на витяг із щоденника, що містить нотатки з питань (включаючи насильство проти косовського албанського населення), які обговорювалися на зустрічі з Шайновичем та іншими посадовими особами.

²¹⁵⁶ *Див. наприклад, Прліч та інші, Судове рішення*, пп. 732, 734 (з посиланням на доказ Р2770), де Судова палата покладалася на звіт Групи радіоперехоплення обвинуваченим Стоїчу та Петковичу про вчинення злочинів, включаючи зґвалтування, побиття та вбивства солдатами Ради оборони Хорватії під час операції з виселення із Західного Мостару, щоб зробити висновок про обізнаність обвинувачених про вчинення сексуального насильства та про атмосферу насильства в цілому.

²¹⁵⁷ *Див. наприклад, Шайнович та ін. Апеляційне рішення*, п. 1581 (з посиланням на доказ Р2600). 1581 (з посиланням на доказ Р2600), що спирається на свідка, який дав свідчення щодо зустрічі з високопосадовцями, на якій він повідомив про вбивства та зґвалтування цивільних осіб солдатами.

²¹⁵⁸ Браммерц & Джарвіс *Переслідування сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом в МТКЮ* (2016), с. 251-253.

²¹⁵⁹ Браммерц & Джарвіс *Переслідування сексуального насильства, пов’язаного з конфліктом в МТКЮ* (2016), с. 251-253.

²¹⁶⁰ *Шайнович та ін. Апеляційне рішення*, пп. 1581-582; *див. також: Попович та ін. Судове рішення*, пп. 1088; *Готовіна та ін. Судове рішення*, пп. 2373-2374, 2585-2586 (передбачуваність, що випливає з характеру мети СЗД та злочинів, що є частиною спільної мети, особливо якщо вони мають насильницький характер).

²¹⁶¹ *Прокурор проти Мартіча*, IT-95-11-T, *Судове рішення*, 12 червня 2007 року (“*Судове рішення у справі Мартіча*”), п. 454.

- відокремлення чоловіків від жінок, що робить жінок більш вразливими;²¹⁶³
- ув'язнення, зокрема, якщо чоловіки та жінки утримуються окремо²¹⁶⁴ або якщо охоронці п'яні, жорстокі (фізично та психологічно) та без нагляду, що дає їм змогу діяти практично безкарно;²¹⁶⁵
- агресивний або невірноважений характер солдатів під командуванням обвинуваченого, або інформація про те, що вони вживали алкоголь перед відправкою на завдання;²¹⁶⁶
- етнічна ворожнеча/панівне середовище агресії та насильства;²¹⁶⁷
- “гуманітарна катастрофа”;²¹⁶⁸
- велика кількість військ, задіяних в операції, особливо в поєднанні з середовищем етнічної ворожнечі;²¹⁶⁹
- тип військ, залучених до виконання злочинної кампанії, наприклад, воєнізовані або нерегулярні групи з репутацією насильства або без підготовки, відсутність перевірки їхнього кримінального минулого перед розгортанням або передислокація військ, які раніше скоювали злочини;²¹⁷⁰
- злочинну схильність виконавців, наприклад, через заяви, зроблені обвинуваченим,²¹⁷¹ або через отримання обвинуваченим звітів про діяльність виконавців;²¹⁷²
- особливо упереджене ставлення до жінок у військовій ієрархії або у відповідних громадах;²¹⁷³ та

²¹⁶² Шайнович та ін. Апеляційне рішення, пп. 1581-582, 1591-1592, 1602; див. також: Попович та ін. Судове рішення, пп 1088.

²¹⁶³ Прокурор проти Джорджевича, IT-05-87/1-A, Апеляційне рішення, 27 січня 2014 року (“Апеляційне рішення у справі Джорджевича”), пп. 922; Апеляційне рішення у справі Крстіча, п. 149 (зі схваленням цитуючи рішення у справі Крстіча, п. 616, де Судова палата схвалила рішення у справі Крстіча). 616, де Судова палата взяла до уваги вразливе становище біженців у Поточарі - переважно жінок, дітей та людей похилого віку, які були відокремлені від чоловіків призовного віку, - щоб зробити висновок про передбачуваність згвалтувань).

²¹⁶⁴ Апеляційне рішення у справі Джорджевич, пп. 922.

²¹⁶⁵ Квочка та ін. Судове рішення, п. 327.

²¹⁶⁶ Делаліч та ін. Апеляційне рішення, п. 238.

²¹⁶⁷ Шайнович та ін. Апеляційне рішення, пп. 1581-582, 1591-1592, 1602; Готовіна та ін. Судове рішення, пп. 2373, 2585; Судове рішення у справі Толімір, пп. 1140; Рішення у справі Станішич і Жуплянін, пп. 525 (з посиланням на обізнаність Жупляніна про “етнічну напруженість” у регіоні, що має відношення до обвинувального акту). Наразі справа перебуває на стадії апеляції.

²¹⁶⁸ Шайнович та ін. Апеляційне рішення, пп. 1581.

²¹⁶⁹ Рішення у справі Толіміра, пп. 1136.

²¹⁷⁰ Рішення у справі Крстіча, пп. 616; Апеляційне рішення у справі Крстіча, п. 149; Апеляційне рішення у справі Джорджевича, п. 2145; Рішення у справі Станішича і Жупляніна, п. 524 (де йдеться про те, що зарахування “досвідчених виконавців” до спеціального поліцейського підрозділу робить вчинення тяжких злочинів передбачуваним для обвинуваченого). Щодо вищого ризику сексуального насильства з боку воєнізованих формувань на противагу державним силам див., однак, Д. К. Коен, А. Грін та Е. Вуд, *Сексуальне насильство у воєнний час - хибні уявлення, наслідки та шляхи подальшого розвитку* (Спеціальна доповідь, Інститут миру США 2013), с. 1-2; Е. Дж. Вуд, “Згвалтування під час війни не є неминучим: Варіації сексуального насильства у воєнний час” в М. Бергсмо, А. Б. Скре, Е. Дж. Вуд (ред.), *Розуміння та доведення міжнародних сексуальних злочинів* (Torkel Orsahl Academic EPublisher 2012), с. 398.

²¹⁷¹ Шайнович та ін. Апеляційне рішення, пп. 1581; Судове рішення у справі Джорджевича, п. 2148.

²¹⁷² Мартіч, пп. 337; Шайнович та ін. Апеляційне рішення, п. 1579. Звіти, написані НУО та широко розповсюджені у ЗМІ або надіслані до відповідних органів влади, можуть бути недостатніми для встановлення того, що обвинувачений, зокрема, знав про їхній зміст. Шайнович та ін. Апеляційне рішення, пп. 1072, 1580, 1590. Див. також: Станішич і Жуплянін, п. 524 (де обвинувачений сам знав про це). 524 (де обвинувачений сам записав “досвідчених виконавців” до спеціального поліцейського загону).

²¹⁷³ Див. наприклад, Свідок правди: Звіт Комісії Сьєрра-Леоне з питань правди і примирення (2004), том 3В, глава 3, параграф. 326 (“Патріархальна гегемонія, що існувала в Сьєрра-Леоне, продовжувала існувати і погіршувалася

- використання сексуалізованих зображень жінок як пропаганди війни.²¹⁷⁴

Інші індикатори можуть містити:

- обвинувачений відігравав активну роль в операції, під час якої були скоєні злочини, зокрема, контролював логістичні аспекти на місцях, а отже, знав про насильницький характер операції та вразливість потерпілих;²¹⁷⁵
- обвинувачений був присутній на місці і був свідком скоєння злочинів (наприклад, ув'язнення, транспортування, жорстокого поводження) або знав іншим чином про фактори, що підвищують вразливість потерпілої особи (наприклад, роздільне утримання чоловіків і жінок);²¹⁷⁶
- керівна посада обвинуваченого та його участь у зустрічах на високому рівні, що дозволило йому отримати доступ до інформації про вчинення злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством, особливо у випадках, коли ці злочини мали відкритий або резонансний характер;²¹⁷⁷
- обвинувачений був поінформований про (або вжив) недостатніх заходів для мінімізації ризику вчинення злочинів, пов'язаних із сексуальним насильством;²¹⁷⁸
- роль, яку відіграли обвинувачені та/або інші члени СЗД у створенні ситуації, що призвела до вчинення злочинів;²¹⁷⁹
- обвинувачені відіграли певну роль у створенні середовища безкарності, в якій діяли виконавці, що сприяло вчиненню злочинів;²¹⁸⁰
- поширеність сексуального насильства в конкретному і пов'язаному з ним збройному конфлікті в недавньому минулому;²¹⁸¹
- культуру та ідеологію озброєної організації, зокрема, чи підтримує вона насильницькі злочини, а не обмежує їх;²¹⁸² та

під час конфлікту, розвиваючись у найжахливіший спосіб. Культурна концепція, згідно з якою жінка “належить” чоловікові, проявилася в багатьох порушеннях, яких зазнали жінки під час конфлікту”.

²¹⁷⁴ Див. наприклад.: “Потерпілі війни, яких не помічають: Згвалтування є жахливо поширеним явищем у конфліктах по всьому світу” *The Economist* (13 січня 2011 р.) (описує прелюдію до масового сексуального насильства під час геноциду в Руанді: “За кілька тижнів до початку вбивств газети, контрольовані хуту, друкували карикатури, на яких жінки тутсі займалися сексом з бельгійськими миротворцями, які вважалися союзниками Патріотичного фронту Руанди Поля Кагаме”). Судове рішення у справі *Акайєсу*, п. 732 (“У рамках пропагандистської кампанії, спрямованої на мобілізацію хуту проти тутсі, жінки тутсі були представлені як сексуальні об'єкти. .. Таке сексуалізоване представлення етнічної ідентичності наочно ілюструє, що жінки тутсі зазнавали сексуального насильства через те, що вони були тутсі”).

²¹⁷⁵ Апеляційне рішення у справі *Тадіча*, пп. 230-231; Судове рішення у справі *Крстіча*, пп. 616; Апеляційне рішення у справі *Крстіча*, п. 149; рішення у справі *Поповіча та ін.*, пп. 1169, 1303, 1726, 1830 (активна участь); рішення у справі *Толіміра*, пп. 1151.

²¹⁷⁶ *Шайнович та ін.* Апеляційне рішення, п. 1588; див. також: *Поповіч та ін.* Судове рішення, п. 1393 (перевезення значної кількості ув'язнених та умови утримання); Судове рішення у справі *Крстіча*, п. 616; Апеляційне рішення у справі *Крстіча*, п. 616; Апеляційне рішення у справі *Крстіча*, п. 149 (жорстоке поводження); Судове рішення у справі *Станішича та Жупляніна*, пп. 506, 508 (обвинувачені відвідали табори Маняча та Омарска і бачили ув'язнених, які мали ознаки жорстокого поводження).

²¹⁷⁷ *Прокурор проти Каремери та ін.*, ICTR-98-44-A, Апеляційне рішення, 29 вересня 2014 року (“*Каремера та ін.* Апеляційне рішення”), пп. 628, 630.

²¹⁷⁸ *Готовіна та ін.*, пп. 2374, 2586; *Станішич і Жуплянін*, пп. 463, 503-504 (Жуплянін отримав інформацію про вчинення згвалтувань і подав кримінальні заяви), 514 (про створення комісії для перевірки умов утримання в таборах в районі Прієдор).

²¹⁷⁹ Рішення суду у справі *Мартіч*, пп. 342, 454; Рішення суду у справі *Поповіч та ін.*, пп. 1169, 1303, 1830; Рішення суду у справі *Готовіна та ін.*, пп. 2373- 2374; 2585- 2586.

²¹⁸⁰ Апеляційне рішення у справі *Стакіча*, пп. 95-96 (з посиланням на рішення у справі *Стакіча*, пп. 603, 615-616).

²¹⁸¹ *Мілутінович та ін.* Судове рішення, частково окрема думка судді Чоухана.

²¹⁸² Див. також: Е. Дж. Вуд, “Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, та політичні наслідки нещодавніх досліджень”(2015) 894 *IRRC*, с. 17.

- поінформованість про ставлення та уподобання командира щодо вчинення актів сексуального насильства, зокрема про те, чи вважає він за краще терпіти такі акти, наприклад, як форму компенсації або винагороду за зразкову службу, або ж сам чи сама бере участь у сексуальному насильстві.²¹⁸³

Витяг: Браммерц & Джарвіс *Переслідування сексуального насильства, пов'язаного з конфліктом в МТКЮ* (2016), с.

7.5 ДОКАЗИ, ЩО ПІДТВЕРДЖУЮТЬ СНПК

Щоб довести, що акт СНПК було вчинено, фахівці-практики мають спочатку отримати докази такого акту. Хоча тему доказів було докладно висвітлено в розділі 5, враховуючи її важливість, ми зупинимо увагу в цьому розділі окремо на питанні підтверджуючих доказів під час документування СНПК.

Підтверджувальні докази — це докази, які підкріплюють, доповнюють або підтверджують інші докази, які вже є.²¹⁸⁴ Хоча підтверджувальні докази можуть бути корисними, у справах про СНПК їх буває досить важко зібрати. СНПК зазвичай вчиняють в ізольованих місцях в умовах, коли виконавець має владу над потерпілою особою і коли в останньої немає можливості звернутися по допомогу.²¹⁸⁵ У середовищах, для яких СНПК є характерним явищем (наприклад, в сімейних чи інтимних стосунках, під час тримання під вартою або ув'язнення, в умовах збройного конфлікту, під владою репресивних режимів чи в умовах окупації), встановити та знайти очевидців може бути досить складно. Також може бути важко або навіть неможливо отримати підтверджувальну медичну документацію.²¹⁸⁶ Крім того, самі потерпілі можуть боятися чи не хотіти негайно повідомляти про пережите СНПК, оскільки їм соромно або вони хочуть уникнути стигматизації у своїй громаді.

Усталеним принципом як міжнародного, так і українського кримінального права є те, що судді можуть покладатися на показання одного свідка для винесення обвинувального вироку без необхідності отримання іншого підтвердження.²¹⁸⁷

Українське законодавство не вимагає жодних додаткових підтверджувальних доказів для підкріплення показань потерпілої особи (наприклад, довідки лікаря чи висновку судово-

²¹⁸³ Е. Дж. Вуд, "Сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, і політичні наслідки нещодавніх досліджень" (2015) 894 IRRС, с. 15, 21. Очевидно, що ці фактори також мають відношення до власної здатності командира передбачати сексуальне насильство, скоєне його підлеглими.

²¹⁸⁴ Інститут правової інформації, "Підтвердження доказів" (юридична школа Корнельського університету, червень 2021 р.).

²¹⁸⁵ Е. Леотта, "Я була прокурором з питань сексуальних злочинів. Ось чому "він сказав, вона сказала" — це міф" (Time, 3 жовтня 2018 р.); Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, п. 11, 30, 46.

²¹⁸⁶ Trial International, "Міфи про зґвалтування у судових процесах у справах про сексуальне насильство під час війни: Перенесення тягаря з потерпілої особи на злочинця" (2018 р.) ("Trial International, Міфи про зґвалтування у судових процесах у справах про сексуальне насильство під час війни"), п. 34-41.

²¹⁸⁷ Див., наприклад, Кримінальний процесуальний кодекс України, 13 квітня 2012 р. № 4651-VI ("КПК України"), глава 4 (Докази і доказування); Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 75-76; *Прокурор проти Прокурор проти Харадінаю*, IT-04-84-A, Апеляційне рішення, 19 липня 2010 р., п. 145, 219; *Прокурор проти Тадича (Tadić)*, IT-94-1-A, Апеляційне рішення, 15 липня 1999 р., п. 65; *Прокурор проти Багілішеми (Bagilishema)*, ICTR-95-1A-A, Апеляційне рішення, 3 липня 2002 р., п. 79; *Прокурор проти Мілошевича*, IT-98-29/1-A, Апеляційне рішення, 12 листопада 2009 р., п. 215; *Прокурор проти Купрешкіча та ін.*, IT-95-16-A, Апеляційне рішення, 23 жовтня 2001 р., п. 220.

медичного експерта) у справах, пов'язаних з сексуальним насильством,²¹⁸⁸ проте до сьогодні поширені випадки, коли від слідчих чи прокурорів вимагають надати такі докази під час досудового розслідування чи судового розгляду, що створює зайві перешкоди для ефективного судового переслідування осіб, які вчинили СНПК на території України.

Водночас, хоча наявність підтверджувальних доказів не має бути обов'язковою умовою для доказування вини, такі докази завжди будуть цінними у будь-якому кримінальному провадженні.²¹⁸⁹ Отже, документуючи випадки сексуального насильства, фахівці мають пам'ятати про різні типи підтверджувальних доказів, що можуть бути зібрані. Більш докладну інформацію з цього питання можна знайти в розділі 5.1.2.

7.6 ПОТЕРПІЛІ ТА ВПЛИВ СНПК

Тепер, коли ми знаємо принципи, необхідні для розуміння і встановлення фактів СНПК, у цьому розділі ми розглянемо, хто саме може стати потерпілим від СНПК, який вплив мають інтерсекційні чинники на досвід людини, яка пережила СНПК, і яку роль відіграють обставини примусового характеру. Крім того, ми проаналізуємо можливі наслідки СНПК і зупинимося більш детально на стигматизації та почутті сорому, з якими часто стикаються постраждалі від насильства.

7.6.1 Потерпілі від СНПК

Будь-хто може стати потерпілою особою від СНПК.²¹⁹⁰ Отже, ким би не була потерпіла особа, фахівець має ставитися до кожного випадку СНПК максимально неупереджено. Кожен такий випадок слід оцінювати індивідуально з урахуванням обставин та особистих потреб потерпілої особи.

7.6.2 СНПК щодо чоловіків і хлопців, небінарних, трансгендерних та інтерсексуальних осіб

Хоча найчастіше від СНПК страждають жінки та дівчата, трапляються випадки, коли потерпілими стають чоловіки й хлопці, а також небінарні, трансгендерні та інтерсексуальні особи.²¹⁹¹ Є докази того, що з 2014 р., коли почався конфлікт на Донбасі, багато чоловіків потерпали від різних форм СНПК. Часто насильство щодо них вчиняли під час тримання під вартою чи ув'язнення. Зафіксовано, зокрема, такі види СНПК: примусове оголення; зґвалтування, замах на зґвалтування та погроза зґвалтування, погрози кастрацією; СНПК як

²¹⁸⁸ Див., наприклад, КПК України, глава 4 (Докази і доказування).

²¹⁸⁹ КСКП, "Юридичне роз'яснення щодо домашнього насильства" (4 квітня 2022 р.).

²¹⁹⁰ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 5; АКПЛН, Загальні зауваження № 4, п. 59.

²¹⁹¹ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 5, 6; АКПЛН, Загальні зауваження № 4, п. 59; Рішення суду у справі *Нтаганди*, п. 942; *Ситуація в Народній Республіці Бангладеш/Республіці Союзу М'янма*, ІСС-01/19, Рішення згідно зі ст. 15 Римського статуту про санкціонування розслідування щодо ситуації в Народній Республіці Бангладеш/Республіці Союзу М'янма, від 14 листопада 2019 р., п. 86. Див. також, Інститут міжнародних кримінальних розслідувань (ІМКР), Рекомендації щодо розслідування гендерно зумовленого насильства та СНПК щодо чоловіків і хлопчиків (29 лютого 2019 р.) (ІМКР, Рекомендації щодо розслідування гендерно зумовленого насильства та СНПК щодо чоловіків і хлопчиків).

складова катування чи нелюдського поводження; образи, приниження та залякування сексуального характеру, а також погрози вчинення сексуального насильства щодо членів сім'ї.²¹⁹² Наприклад, за повідомленням одного чоловіка, якого захопили і ув'язнили бойовики в Донецьку, катуючи його і знущаючись з нього, один із бойовиків намагався відрізати йому геніталії електропилою.²¹⁹³

Як зазначено вище, стаття 438 ККУ (у чинній редакції та в редакції зі змінами згідно із законопроектом №7290, якщо та коли він набере чинності) визначає зґвалтування та сексуальне насильство як гендерно нейтральні поняття, що є достатньо широкими, щоб включати “проникнення” та будь-які форми генітальної стимуляції, що вчиняються проти чоловіків і хлопчиків, а також спричинення участі чоловіків і хлопчиків у таких актах, що вчиняються проти іншої особи.

Через повну відсутність правових норм, соціальну стигматизацію та гендерні норми, СНПК щодо чоловіків та хлопчиків, зазвичай, обговорюють за допомогою певної закодованої мови чи повідомляють і характеризують як інші злочини, які не відображають сексуальний характер поведінки.²¹⁹⁴ Отже, важливо не опускати чи не ігнорувати такі описи СНПК під час документування.

Коли є можливість діяти таким чином, враховуючи при цьому культурні особливості та без заподіяння шкоди (див. розділ 6.1), фахівцям слід спрямовувати зусилля на дослідження всього спектру вчинених злочинів, уникати помилкової кваліфікації злочину та фіксувати сексуальний характер акту насильства та спричинений ним вплив.

7.6.3 Вразливі категорії та інтерсекційна дискримінація

Вплив СНПК на потерпілу особу та пережитий нею досвід є дуже індивідуальним для кожної потерпілої особи, залежно від неї самої, її статі, особистих обставин, супутніх факторів, за яких вчинено насильство, а також динаміки відносин та сили між потерпілою особою та виконавцем.

Фахівцям слід застосовувати інтерсекційний підхід для того, щоб зрозуміти, як різні види нерівності та дискримінації (наприклад, етнічна приналежність, соціально-економічний статус та гендер) перетинаються та конструюють одна одну, створюючи різні досвіди СНПК.²¹⁹⁵ Такі інтерсекційні чинники можуть впливати на те, як особа переживає примус, й мати сукупний негативний вплив на потерпілих від СНПК. Розуміння інтерсекційності дозволить фахівцю займатись правопорушеннями з використанням підходу, який більше орієнтований на потерпілу особу.²¹⁹⁶ Зокрема, використання інтерсекційного підходу

²¹⁹² Див., наприклад, *Війна без правил 2017 р.*, с. 51-53, 86; УВКПЛ, *Доповідь щодо СНПК від 16 лютого 2017 р.*, п. 65-77, 85-98; Т. Ярмошук, *Зґвалтування як метод катування*.

²¹⁹³ *Війна без правил 2017 р.*, с. 52.

²¹⁹⁴ ІМКР, *Рекомендації щодо розслідування гендерно зумовленого насильства та СНПК щодо чоловіків і хлопчиків*, с. 7; *Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті*, с. 267.

²¹⁹⁵ ООН Жінки, *Інтерсекційний фемінізм: що це означає та чому це має значення саме тепер* (1 червня 2020 р.).

²¹⁹⁶ Див., наприклад, КЛДЖ, *Загальна рекомендація № 35*, п. 12.

дозволить фахівцю-практику краще зрозуміти потенційні обставини, за яких застосовується примус, що впливає на здатність потерпілої особи надавати свою згоду, і дозволить фахівцю оцінити потенційну шкоду, якої зазнає потерпіла особа, і використати найвідповідніші методи захисту потерпілої особи від додаткової шкоди, заподіяної під час розслідування (див. розділ 6.1).

Ці інтерсекційні відмінні риси та чинники охоплюють, зокрема: етнічну/расову приналежність; статус корінного населення або меншини; колір; соціально-економічний статус; мову; релігію або переконання; культуру; політичну думку; національне походження; військовий статус та/чи цивільний стан; вік; міське/сільське розташування; стан здоров'я; розумові або фізичні вади; право власності на майно; сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність; безграмотність; збройний конфлікт; пошук притулку; статус біженця; внутрішнє переміщення особи; відсутність громадянства; міграцію; хто є головним у сім'ї; вдовство; життя з ВІЛ/СНІДом; позбавлення волі; робота у секс-індустрії; осіб, потерпілих від секс-торгівлі; зловживання психоактивними речовинами; безпритульність; географічну віддаленість; та стигматизацію меншин, які борються за свої права, включно з правозахисниками.²¹⁹⁷

Ці чинники незмінно призводять до того, що досвід переживання примусу є індивідуальним для кожної потерпілої особи. Особливо чітко цей момент можна прослідкувати під час оцінювання нерівного співвідношення сил між виконавцем та потерпілою особою, яке, за певних умов, може становити примус. Тому фахівцям слід враховувати зазначені чинники під час проведення оцінювання ймовірності застосування примусу до потерпілої особи.

Нижче наведено неповний перелік вразливих груп населення, які можуть зазнавати інтерсекційної дискримінації та ризик СНПК в Україні щодо яких є вищим:

- (i) **Сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність:**²¹⁹⁸ У всьому світі, а також в Україні,²¹⁹⁹ лесбійки, геї, бісексуали, трансгендери, квір-персони та інтерсексуали

²¹⁹⁷ Див., наприклад, КЛДЖ, Загальна рекомендація № 33, п. 8-9. Комітет також звернув увагу на інтерсекційну дискримінацію у своїх висновках у справі *Ісату Джаллоу проти Болгарії*, заява № 32/2011; 28 серпня 2012 р., CEDAW/C/52/D/32/2011; справі *С.В.П. проти Болгарії*, заява № 31/2011, 24 листопада 2012 р., CEDAW/C/53/D/31/2011; справі *Сесілія Келл проти Канади*, заява № 19/2008, 27 квітня 2012 р., CEDAW/C/51/D/19/2008; справі *А.С. проти Угорщини*, заява № 4/2004, 29 серпня 2006 р., CEDAW/C/36/D/4/2004; справі *РІВ проти Філіппін*; справі *МВ проти Данії*, заява № 46/2012, 21 серпня 2012 р., CEDAW/C/63/D/46/2012; РІПЛ, Доповідь спеціального доповідача з питань насильства щодо жінок, його причин і наслідків, Рашида Манджу (2 травня 2011 р.), п. 21-23; Стамбульська конвенція, ст. 4, 36(2); Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 52-53; справа *Е.Б. проти Румунії*, п. 60; КЛДЖ, Загальна рекомендація № 28 щодо основних зобов'язань держав-учасниць відповідно до Статті 2 Конвенції про ліквідацію всіх форм дискримінації щодо жінок (16 грудня 2010 р.), п. 18; РІПЛ, Аналітичне дослідження гендерного та сексуального насильства щодо правосуддя перехідного періоду: Доповідь УВКПЛ (30 червня 2014р.) (РІПЛ, Аналітичне дослідження гендерного та сексуального насильства щодо правосуддя перехідного періоду: Доповідь УВКПЛ), п. 5.

²¹⁹⁸ Гендерна ідентичність охоплює певні категорії осіб, як-от небінарні, трансгендерні або транссексуальні особи, кросдресери, трансвестити, та інші групи осіб, які не відповідають встановленим суспільством нормам приналежності до категорії "чоловік" чи "жінка". Див., наприклад, Пояснювальна доповідь до Стамбульської

(ЛГБТКІ) страждають від дискримінації, злочинів на ґрунті ненависті та насильства, включно з актами сексуального насильства, через їхню фактичну або уявну сексуальну орієнтацію та гендерну ідентичність.²²⁰⁰ Російські закони, прийняті в 2013 році, що забороняють так звану пропаганду, яка сприяє нетрадиційним сексуальним стосункам, використовували проти ЛГБТКІ-осіб та для дискримінації ЛГБТКІ-осіб та тих, хто їх підтримує.²²⁰¹ РФ розширила дію цих законів і на регіони України, які знаходяться під контролем Росії (тобто, Крим, Донецька і Луганська області), що також може загрожувати ЛГБТКІ-особам, які знаходяться на території районів України, які були нещодавно окуповані, ризиком подальшої шкодою та дискримінації.²²⁰² Ці особи можуть постраждати від СНПК, що може вчинятися з метою покарання, тероризування або заради “виправлення” особою своєї сексуальної орієнтації чи гендерної ідентичності відповідно до соціальних норм. СНПК щодо осіб через їхню сексуальну орієнтацію чи гендерну ідентичність недостатньо задокументовано, а брак відповідних послуг та медичної допомоги означає, що потерпілі особи стикаються зі значними перешкодами, намагаючись отримати доступ до відповідних допоміжних послуг.²²⁰³

Крім того, ЛГБТКІ особи мають ті самі ж права на повагу до приватного та сімейного життя, захист і конфіденційність особистої інформації, як і інші потерпілі. Проте

конвенції, п. 53; РПЛ, Аналітичне дослідження гендерного та сексуального насильства щодо правосуддя перехідного періоду: Доповідь УВКПЛ, п. 4.

²¹⁹⁹ Див., наприклад, ОБСЄ, Звіт про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р., с. 83; УВКПЛ, Звіт щодо СНПК від 16 лютого 2017 р., п. 107; Антидискримінаційний центр “Меморіал”, Центр громадянських свобод, Порушення прав ЛГБТІ у Криму та Донбасі: Проблема гомофобії на непідконтрольних Україні територіях (2016 р.); Війна без правил 2017 р., с. 44; УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні, 16 серпня – 15 листопада 2018 р. (17 грудня 2018 р.), п. 83, 86; УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні, 16 травня – 15 серпня 2019 р. (12 грудня 2019 р.), п. 87, 96; УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні, 16 серпня – 15 листопада 2019 р. (12 грудня 2019 р.), п. 67, 83-86; УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні, 16 листопада 2019 р. – 15 лютого 2020 р. (12 березня 2020 р.), п. 92, 105-109; УВКПЛ, Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні, 1 серпня 2021 р. – 31 січня 2022 р. (22 березня 2021 р.), п. 71, 73, 75, 81-83.

²²⁰⁰ Див., наприклад, Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 22; Рада ООН з прав людини, Дискримінаційні закони й практика та акти насильства щодо осіб через їхню сексуальну орієнтацію й гендерну ідентичність: Доповідь Верховного Комісара ООН з прав людини (17 листопада 2001 р.), п. 21, 29; справа *Янг проти Австралії*, заява № 941/2000, 18 вересня 2003 р., ССРР/С/78/Д/941/2000, п. 6.1; справа *Ікс проти Колумбії*, заява № 1361/2005, 14 травня 2007 р., ССРР/С/89/Д/1361/2005, п. 7.2; справа *Салгейру да Сілва Мута проти Португалії*, заява № 33290/96, рішення, 21 травня 2000 р., п. 28; Міжнародна комісія юристів, Сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність і міжнародне право щодо захисту прав людини: практичний посібник № 4 (2009 р.), с. 33; АКПЛН, 275 Резолюція про захист від насильства та посягань щодо осіб через їхню справжню чи приписувану сексуальну орієнтацію або гендерну ідентичність (28 квітня – 12 травня 2014 р.) АСНПР/Res.275(LV).

²²⁰¹ ОБСЄ, Звіт про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р., с. 83; К. Лінтікам, Чи перенесе Росія свою війну з ЛГБТК до України? (*Los Angeles Times*, 3 березня 2022 р.) (Лінтікам, Чи перенесе Росія свою війну з ЛГБТК до України?).

Див., наприклад, ОБСЄ, Звіт про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р., с. 83; Лінтікам, Чи перенесе Росія свою війну з ЛГБТК до України?.

²²⁰² Див., наприклад, ОБСЄ, Звіт про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р., с. 83; Лінтікам, Чи перенесе Росія свою війну з ЛГБТК до України?; УВКПЛ, Ситуація з правами людини в тимчасово окупованих Автономній Республіці Крим та місті Севастополі (Україна), 13 вересня 2017 р. – 30 червня 2018 р. (10 вересня 2018 р.).

²²⁰³ Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 53.

через поширену гомофобію, розголошення конфіденційної інформації по справі може наражати представників ЛГБТКІ-спільноти на особливий ризик фізичної чи іншої шкоди. Таким чином, їхня сексуальна орієнтація та гендерна ідентичність стосуватиметься їхніх досить конкретних потреб у безпеці, які слід брати до уваги під час проведення будь-якого оцінювання ризиків (див. розділ 6.1.3).

- (ii) **Переміщені особи:** Понад 15 мільйонів осіб залишили свій дім в Україні з початку російського вторгнення, з яких, за оцінками, 8 мільйонів є внутрішньо переміщеними особами в Україні, а понад 7,7 мільйонів виїхали за межі країни.²²⁰⁴ Як біженці, так і внутрішньо переміщені особи (ВПО) стикаються з підвищеним ризиком сексуального насильства в Україні.²²⁰⁵ Отже, прокурорам слід враховувати такі чинники під час оцінювання та підтримання обвинувачення у справах, пов'язаних із сексуальним насильством, де фігурують переміщені особи.
- (iii) **Секс-працівники(ці):** В Україні секс-бізнес дуже стигматизований²²⁰⁶, і насильство щодо секс-працівників(иць) є поширеним явищем.²²⁰⁷ Вони зазнають жорстокого поводження з боку клієнтів, сутенерів і поліції.²²⁰⁸ Уразливість секс-працівників(ць) в Україні ще більше посилюється через той факт, що їхня діяльність криміналізована,²²⁰⁹ що перешкоджає їхній можливості звернутися за допомогою у разі вчинення насильства або жорстокого поводження.²²¹⁰ Показник залученості жінок до секс-індустрії значно зріс в районах Донбасу, які постраждали від

²²⁰⁴ ВПО: Управління Верховного комісара ООН у справах біженців (УВКБ ООН), Надзвичайна ситуація в Україні (останнє доповнення від 21 червня 2022 р.). Біженці: Управління Верховного комісара ООН у справах біженців (УВКБ ООН), Ситуація з біженцями України (інформація оновлюється щоденно до 12:00 згідно з центральноевропейським стандартним часом) (останнє доповнення від 21 червня 2022 р.). Див. також, ОБСЄ, Звіт про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р., с. 77; УВКПЛ, Оновлена інформація щодо ситуації у сфері прав людини в Україні. Звітний період: 24 лютого - 26 березня (28 березня 2022 р.), п. 1.

²²⁰⁵ ОБСЄ, Звіт про порушення, вчинені в Україні з 24 лютого 2022 р., с. 77, 85; УВКПЛ, Заява помічника Верховного комісара УВКБ ООН з питань захисту про ризики торгівлі людьми та експлуатації, з якими стикаються біженці з України (12 квітня 2022 р.); УВКПЛ, Оновлена інформація щодо ситуації у сфері прав людини в Україні. Звітний період: 24 лютого - 26 березня, п. 42.

²²⁰⁶ Див., наприклад, Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, с. 65-67; Дж. Хенн, Українська бомба сповільненої дії: жінки, війна та ВІЛ (*Ms. Magazine*, 16 березня 2022 р.) (Хенн, Українська бомба сповільненої дії: жінки, війна та ВІЛ); В. Коста-Кострицький, Україна: робота в секс-індустрії під час війни (*Open Detocasu*, 3 квітня 2017 р.) (Коста-Кострицький, Україна: робота в секс-індустрії під час війни).

²²⁰⁷ Див., наприклад, Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, с. 65-67; Хенн, Українська бомба сповільненої дії: жінки, війна та ВІЛ; Коста-Кострицький, Україна: Робота в секс-індустрії під час війни; Український центр соціальних реформ (УЦСР), Гендерно зумовлене насильство в регіонах України, які постраждали від конфлікту (2018 р.) (УЦСР, Гендерно зумовлене насильство в регіонах України, які постраждали від конфлікту), с. 34.

²²⁰⁸ Див., наприклад, Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, с. 65-67; Хенн, Українська бомба сповільненої дії: жінки, війна та ВІЛ; Коста-Кострицький, Україна: робота в секс-індустрії під час війни.

²²⁰⁹ Проституція є адміністративним правопорушенням, за яке передбачено покарання у виді штрафу, а "сутенерство або втягнення особи в заняття проституцією" є кримінальним правопорушенням, за яке передбачено покарання у виді позбавлення волі на строк до 15 років: Кодекс України про адміністративні правопорушення, Стаття 181-1; КК України, Стаття 303. Див. також, Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, ст. 65.

²²¹⁰ Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, ст. 65.

конфлікту, починаючи з 2014 р., та включає жінок, які надавали сексуальні послуги солдатам заради виживання (тобто, надання сексуальних послуг в обмін на продукти харчування чи захист) або тому, що надання таких послуг стало одним із єдиних доступних засобів заробітку на життя в цих районах.²²¹¹ Працівники(-ці) секс-індустрії можуть потрапляти під численні інтерсекційні фактори вразливості. Наприклад, секс-працівниця також може бути: особою, яка потерпіла від домашнього насильства; внутрішньо переміщеною особою; безпритульною; ВІЛ-позитивною; наркозалежною; тощо. Як наслідок, кожний(а) секс-працівник(ця) має власний досвід щодо обставин, в яких застосовувався примус, при цьому реакції на такі обставини відрізняться від однієї особи до іншої. Наприклад, вони можуть уникати повідомлення органів влади про випадки сексуального насильства, оскільки це може загрожувати їм притягненням до відповідальності за вчинення адміністративного правопорушення;²²¹² страждати від неналежного або такого, що принижує гідність, поводження з боку поліції; або шкоди, яка буде заподіяна у подальшому сутенером чи статевим партнером. Відповідно, фахівцям слід звертати увагу на такі чинники та оцінювати потенційні ризики для безпеки потерпілої особи під час розгляду справ, пов'язаних із сексуальним насильством, де фігурують секс-працівники (див. розділ 6.1.3).

- (і) **ВІЛ-позитивний статус:** За даними Об'єднаної програми Організації Об'єднаних Націй по ВІЛ/СНІД (UNAIDS), Україна знаходиться на другому місці у Східній Європі та Центральній Азії за кількістю хворих на ВІЛ людей. Найбільше людей з ВІЛ проживає в семи адміністративних областях, шість з яких знаходяться на півдні та сході (території, де зараз ведуться бойові дії).²²¹³ ВІЛ-позитивні особи можуть бути вразливими до сексуального насильства (наприклад, їх може експлуатувати зловмисник, який користується такою вразливістю заради використання потерпілої особи в своїх інтересах) або вони можуть зіткнутися з конкретними загрозами (як соціальна остракізація чи стигматизація у їхній спільноті) під час повідомлення про вчинення сексуального насильства, що необхідно враховувати під час проведення оцінювання ризиків (див. розділ 6.1.3). Вони також можуть потребувати спеціального медичного лікування (включаючи постконтактну профілактику) або мати певні занепокоєння щодо безпеки, на які фахівцю-практику слід зважати. Крім того, стигматизація ВІЛ-позитивних осіб і відсутність державної підтримки інклюзивних

²²¹¹ Див., наприклад, Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, с. 65-67; Хенн, Українська бомба сповільненої дії: жінки, війна та ВІЛ; Коста-Кострицький, Україна: робота в секс-індустрії під час війни; УЦСР, Гендерно зумовлене насильство в регіонах України, які постраждали від конфлікту, с. 34.

²²¹² Кодекс України про адміністративні правопорушення, статтею 181-1 передбачено накладення штрафу.

²²¹³ Див., наприклад, UNAIDS, Глобальний моніторинг зі СНІДу 2019 р.: Україна (UNAIDS 2019 р.), с. 1; UNAIDS, . Див. також Дж. Хенн, Українська бомба сповільненої дії: жінки, війна та ВІЛ (Ms. Magazine, 16 березня 2022 р.).

ініціатив у сфері охорони здоров'я, освіти та законодавчого захисту посилюють стигму та страх повідомляти про СНПК.²²¹⁴

7.6.4 Вплив СНПК

Довгостроковий і короткочасний вплив СНПК може мати серйозні наслідки й іноді загрожувати життю. Травми, залишені згвалтуванням та іншими діями сексуального насильства, можуть бути менш помітними порівняно з травмами, спричиненими іншими видами насильства, але потерпіла особа все рівно може страждати від довгострокових фізичних та психологічних наслідків.²²¹⁵ Визнано, що психологічна шкода, якої зазнають особи, які постраждали від сексуального насильства “часто може бути більш стійкою і постійною за своїм впливом, ніж будь-яка фізична шкода”.²²¹⁶

Вплив СНПК може бути фізичним, психологічним, соціальним або соціально-економічним та правовим. Такий вплив шкодить не лише потерпілій особі, але й може зашкодити сім'ям, родинним групам і соціальним структурам.²²¹⁷ СНПК також може вплинути на наступні покоління (наприклад, коли потерпілі особи, яким завдано шкоди, передають своїм дітям почуття сорому або стигматизації в результаті травми, спричиненої СНПК).²²¹⁸ Таким чином СНПК може завдати шкоди або навіть знищити родинні групи, спричиняючи тривалі наслідки для всіх її членів.²²¹⁹

Фахівці-практики повинні намагатися збирати докази впливу протягом усього процесу документування. Докази впливу можуть бути індикатором і підтверджувати (див. розділ 5.1.2.3), що СНПК відбулося і потребує подальшого вивчення. Докази впливу також важливі під час будь-якої оцінки ризиків (див. розділ 6.1.3), а також під час судового розгляду та винесення вироку.

Докази впливу можуть бути вирішальним фактором у доведенні того, що завдана шкода була достатньо серйозною, щоб відповідати ознакам складу злочину. Наприклад, якщо акти СНПК кваліфікуються обвинуваченням як катування, то необхідно продемонструвати заподіяння сильного болю та фізичних чи психічних страждань (див. розділ 3.2.6.1).²²²⁰

²²¹⁴ Див., наприклад, Н. Семчук та А. Толопіло, Впровадження проекту REAct в Україні: виявлені порушення прав ключових груп в контексті ВІЛ/ТБ та реагування на них (Альянс громадського здоров'я, листопад 2019 р. - жовтень 2020 р.), с. 47-55; Альянс громадського здоров'я, Річний звіт, 2020 р..

²²¹⁵ УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 42; ВООЗ, Насильство щодо жінок (9 березня 2021 р.); справа *Айдин проти Туреччини*, п. 83; АКПЛН, Загальне зауваження № 4, п. 60.

²²¹⁶ Справа *Р. проти МакКроу* (1991 р.) з Звіти Верховного Суду (SCR) 72 (Канада).

²²¹⁷ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 25-27; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 20; РПЛ, Насильство щодо жінок, наслідки війни у Боснії та Герцеговині – Спеціальний доповідач ООН (6 листопада 2012 р.).

²²¹⁸ ВООЗ, Насильство щодо жінок (9 березня 2021 р.); УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 20.

²²¹⁹ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 25-27.

²²²⁰ МКС, Елементи злочинів, стаття 7(1)(f), Елемент 1.

7.7 ПРОВІДНІ ПРАКТИЧНІ ПІДХОДИ ДО ДОКУМЕНТУВАННЯ СНПК

Неправдиві уявлення та хибні переконання впливають на розуміння суспільством СНПК і, як наслідок, на розслідування випадків СНПК та кримінального переслідування винних осіб. Це, у свою чергу, сприяє збереженню середовища, у якому продовжують безперешкодно вчиняти сексуальне насильство. Відокремлення таких хибних висновків від фактів має вирішальне значення для припинення СНПК, яке набуло широкого поширення в Україні, та забезпечення доступу потерпілих осіб до повноцінного правосуддя.

Відповідно, підхід до документування, що орієнтується на потерпілу особу, означає, що фахівці мають гарантувати, що жоден аспект документування не залежить від їхніх особистих поглядів на сексуальне насильство, гендерних чи інших стереотипів щодо жінок або будь-яких інших інтерсекційних чинників (див. розділ 6).²²²¹ У наступних розділах наведено практичні інструкції щодо забезпечення дотримання практик і процедур, орієнтованих на потерпілих осіб, протягом усього процесу кримінального правосуддя:

- (i) Дотримання провідного практичного підходу до збору доказів СНПК;
- (ii) Розуміння стигми та сорому; і
- (iii) Руйнування поширених міфів, припущень та стереотипів.

Ці розділи слід вивчати разом із викладеними вище у розділі 6.

7.7.1 Провідна практика документування актів СНПК

7.7.1.1 Документування застосування примусу та обставин примусу

Документування випадків застосування примусу та обставин примусу вимагає контекстуального аналізу. Це може передбачати вивчення такої інформації:

- Повні дані потерпілої особи (ім'я, дата та місце народження, адреса, громадянство, рівень освіти, сімейний стан, особисті обставини тощо);²²²²

²²²¹ Рада Європи, Головне управління поліції Норвегії, Запобігання і протидія домашньому насильству щодо жінок, Навчальний ресурс для підготовки представників правоохоронних органів та органів юстиції (січень 2016 р.) (Запобігання і протидія домашньому насильству щодо жінок, Навчальний ресурс для підготовки представників правоохоронних органів та органів юстиції), с. 43; Міністерство закордонних справ і у справах Співдружності націй Великої Британії, Ініціатива запобігання сексуальному насильству під час конфлікту, Міністерство закордонних справ, справ Співдружності націй та розвитку, "Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом" (19 вересня 2017 р.) (Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом), с. 26; КСКП, Згвалтування та сексуальні злочини – Додаток А: подолання міфів та стереотипів про згвалтування (КСКП, 21 травня 2021 р.) (Згвалтування та сексуальні злочини – Додаток А: подолання міфів та стереотипів про згвалтування; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 192; справа *Карен Таяг Вертідо проти Філіппін*, п. 8.5-8.6, 8.8; справа *РПВ проти Філіппін*, п. 8.11, 9(b)(iv); УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 31-35.

²²²² Див. наприклад, В. Найнар, Довідник стратегій судового процесу щодо сексуального насильства в Африці" (REDRESS, вересень 2015 р.) (REDRESS, Довідник стратегій судового процесу щодо сексуального насильства в Африці), с. 71.

- Чи була потерпіла особа вразливою через будь-які чинники, які виконавець вважав стратегічними недоліками, а саме стать потерпілої особи, сексуальна орієнтація, гендерна ідентичність, вік, обмежені фізичні можливості, бідність, клас, соціальний статус, етнічна приналежність, раса, релігія, безграмотність або інші підстави.²²²³
 - Чи має потерпіла особа певні занепокоєння, страхи чи тривоги, про які вам слід знати?
- Докладна інформація про акт насильства, зокрема:
 - Коли і де трапився випадок?
 - Що трапилось?
 - Скільки було виконавців?
- Докладна інформація про будь-які обставини примусу або середовище, зокрема:
 - Чи тривав збройний конфлікт або окупація на момент вчинення сексуального насильства;
 - Чи використовувалась зброя, чи були присутні окупаційні війська або чи велися бойові дії у місцевості, де вчинили сексуальне насильство;
 - Який(і) вид(и) зброї бачила потерпіла особа та яким був характер бойових дій;
 - Чи були виконавці озброєні та якою саме зброєю;
 - Чи застосовували виконавці або погрожували застосуванням цієї зброї під час вчинення правопорушення;
 - Чи потерпілу особу затримували, утримували проти її волі чи обмежували її дії будь-яким чином;²²²⁴
 - Застосування психологічного залякування, шантажу чи погроз будь-якого характеру (наприклад, погрози фізичної розправи, сексуального насильства, завдання шкоди членам сім'ї, звільнення з роботи);²²²⁵
 - Чи була потерпіла особа неповнолітньою, чи перебувала у стані наркотичного чи алкогольного сп'яніння, чи страждала на психічні розлади, що унеможлиблювали її здатність розуміти ситуацію, чи мала поранення чи обмежені фізичні можливості, що призводять до нездатності потерпілої особи дати добровільну згоду.²²²⁶
- Опис зовнішнього вигляду, поведінки та мовлення виконавця(ів) та дані, за якими можна ідентифікувати цю(цих) особи(осіб), якщо потерпіла особа знає цю(цих) особу(осіб), включно з описом характеру стосунків між потерпілою особою та виконавцем (наприклад, наявність відносин сили чи влади):
 - У що був(ли) одягнений(ні) виконавець(ці)? Вони були одягнені в однострій? Чи мали вони на ньому якісь знаки розрізнення?

²²²³ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 11.

²²²⁴ Апеляційне рішення у справі *Кунарача та ін.*, п. 3, 113 та 132.

²²²⁵ Е.Г. Круг та ін. (ред.), *Всесвітній звіт щодо насильства та охорони здоров'я* (ВООЗ, 2002 р.), с. 149.

²²²⁶ МКС, *Елементи злочинів*, зноски 16, 51, 64; *Рішення суду у справі Бемби*, п. 107; *Рішення суду у справі Нтаганди*, п. 981.

- Чи розмовляли виконавці з потерпілою особою та чи розмовляли один з одним? Якщо так, чи зрозуміла потерпіла особа, що вони казали? Якою мовою вони розмовляли? Чи може потерпіла особа ідентифікувати цю мову? Чи були якісь відмінні риси мови виконавця, наприклад діалект, який вона може вирізнити?
 - Що вони казали?
 - Чи назвали виконавці свої імена потерпілій особі чи називали один одного на ім'я?
 - Чи бачила потерпіла особа виконавця(ів) раніше? Якщо так, то коли, де і за яких обставин?
 - Яким було ставлення/поведінка виконавця(ів) до, під час і після випадку?
 - Чи приїхав(ли) виконавець(ці) на транспортному засобі? Якщо так, чи знає потерпіла особа, від транспортного засобу та чи може його описати?
 - Чи був ще хтось присутній під час цього випадку?
 - Чи вчиняв виконавець акт сексуального насильства щодо когось ще під час випадку, через який постраждала потерпіла особа?
- Детальний опис фізичної та психічної шкоди, завданої насильством.²²²⁷

7.7.1.2 Мовні або культурні особливості

Під час проведення опитувань, фахівцям-практикам слід знати, що СНПК часто описують за допомогою певних особливих культурних чи лінгвістичних форм, які нелегко розпізнати. Наприклад, потерпілі особи або свідки можуть використовувати евфемізми, щоб уникнути вживання таких слів, як секс і статевий член, або для опису акту насильства.

7.7.2 Розуміння стигми і сорому

Дуже часто потерпіла від злочинів СНПК особа відчуває стигму та сором. Стигма викликає негативні гендерні стереотипи, які призводять до маргіналізації потерпілої особи, що перекладає провину з виконавця на потерпілу особу.²²²⁸ Пов'язані з СНПК стигма та сором сильно залежать від контексту²²²⁹ і можуть виникати на особистому, міжособистісному, суспільному чи структурному рівнях.²²³⁰ Це означає, що особи, які потерпіли від СНПК, можуть інтерналізувати стигматизацію та присоромлювати себе²²³¹ або відчувати те саме

²²²⁷ Див. наприклад, REDRESS, Довідник стратегій судового процесу щодо сексуального насильства в Африці, с. 71.

²²²⁸ Trial International, Міфи про зґвалтування: судові справи про сексуальне насильство під час війни, с. 22.

²²²⁹ Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, с. 18; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 45.

²²³⁰ Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, с. 18; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 45.

²²³¹ Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, с. 18; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 45-46.

через вчинки членів їхніх сімей, більш широкої громадськості або органів, які проводять розслідування злочинів СНПК та кримінальне переслідування.²²³²

Як зазначалося на початку цього розділу, стигма та сором є суттєвими перешкодами для правосуддя у справах щодо осіб, потерпілих від СНПК в Україні.²²³³ Вирішення проблеми стигматизації та боротьба з цим явищем вимагає підходу, орієнтованого на потерпілу особу (див. розділ 6). Цей підхід пріоритезує конфіденційність, безпеку та гідність потерпілої особи під час процесу кримінального правосуддя.²²³⁴ Реакція фахівця на повідомлення про СНПК не повинна посилювати стигматизацію та відчуття сорому чи відображати гендерні упередження та стереотипи. Реакція фахівця має вирішальне значення, оскільки саме вона визначає, чи буде потерпіла особа впевнена в тому, що до неї гідно ставитимуться впродовж усіх процесів документування, розслідування та судового переслідування, і чи віритимуть її словам, чи вважатимуть відповідальною за те, що сталося.²²³⁵ Це означає, що фахівцям слід завжди залишатися об'єктивними, не засуджувати потерпілу особу та вірити її доказам.²²³⁶

Є низка етичних і практичних принципів, які є особливо важливими у документуванні злочинів СНПК та про які фахівцям варто пам'ятати. Багато з них ми розглянемо далі та в наступних розділах.

7.7.3 Руйнування міфів, припущень та стереотипів

7.7.3.1 Невпорядкованість статевих відносин (проміскуїтет) і цнота: попередні статеві зносини не мають значення

Згода може вважатися справжньою лише в тому випадку, якщо вона надається добровільно, свідомо та вільно щодо конкретного статевого акту.²²³⁷ Не вважатиметься достатнім, якщо особа погодилася на діяння подібне до того, що розслідується; якщо вона надавала згоду на

²²³² Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 26, 115; УВКПЛ, Захист постраждалих від сексуального насильства: здобутий засвоєні уроки (2019 р.), с. 19.

²²³³ Див., наприклад, Заключні зауваження до Восьмої періодичної доповіді України, п. 14; Війна без правил 2017 р., с. 73; М. Кройцман, Використання жіночого тіла як зброї: неточні повідомлення про сексуальне насильство під час конфлікту на Донбасі (англ. М. Krauzman, Weaponisation of Female Bodies: Inaccurate Reports of Sexual Violence in the Donbas Conflict (Security Distillery, 5 лютого 2021 р.); Ярмошук, Згвалтування як метод катування; К. Долан, До мейнстріму: вирішення проблеми сексуального насильства над чоловіками і хлопчиками в конфлікті (англ. С. Dolan, "Into the Mainstream: Addressing Sexual Violence Against Men and Boys in Conflict") (Інформаційний документ, підготовлений для семінару, який відбувся в Інституті закордонного розвитку, Лондон, 14 травня 2014 р.), с. 4.

²²³⁴ Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 138.

²²³⁵ Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, с. 19; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 41-42.

²²³⁶ Запобігання і протидія домашньому насильству щодо жінок, Навчальний ресурс для підготовки працівників правоохоронних органів та органів юстиції, с. 43; Кишеньковий довідник з гендерно зумовленого насильства, с. 18; Принципи глобальних дій: запобігання та протидія стигматизації через сексуальне насильство, пов'язане з конфліктом, с. 26; Згвалтування та сексуальні злочини – Додаток А: Подолання міфів та стереотипів про згвалтування; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 192; справа РПВ проти Філіппін, п. 8.11, 9(b)(iv); УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 29.

²²³⁷ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 11.

такі дії раніше; якщо вона спочатку надала згоду, але потім відмовилась; або якщо характер статевого акту змінився без згоди особи.²²³⁸

Отже, питання про попередні сексуальні відносини потерпілої особи не є доречним для оцінювання того, чи надавала потерпіла особа свою згоду на конкретний статевий акт, про який йдеться.²²³⁹ Крім того, не слід робити жодних припущень щодо надійності показань потерпілої особи чи свідка, характеру чи схильності до сексуальної доступності на підставі їхньої попередньої сексуальної поведінки.²²⁴⁰ Таким чином, фахівцям варто зосередитись на встановленні факту вчинення акту сексуального характеру (зокрема поставити запитання “що трапилося?”, “де він вас торкався?”, “що вони просили вас зробити?”) і того, що це сталося із застосуванням примусу.²²⁴¹ Запитання про попередні статеві зносини, партнерів і стосунки (наприклад, “чи були ви незайманою?”, “у вас був секс із виконавцем раніше?”, “зі скількома партнерами у вас був секс?”, “чи зазвичай займаєтесь сексом з чоловіками чи жінками?”),²²⁴² не є доречними для доказування вчинення злочину. До цієї категорії також належать запитання, що стосуються попередньої сексуальної поведінки потерпілої особи зі виконавцем, включно з інтимними або сімейними стосунками.²²⁴³

Такі запитання часто використовують для того, щоб підірвати довіру до потерпілої особи. Вони ґрунтуються на гендерних упередженнях і стереотипах, які свідчать про необґрунтоване припущення про те, що потерпілі від СНПК імовірно надаватимуть згоду, якщо у них раніше вже були статеві стосунки за згодою з виконавцем або з будь-якою іншою особою. Це принизливо, а також створює ризик повторного травмування потерпілої особи²²⁴⁴ та перекладає провину за те, що сталося, на нібито аморальну поведінку потерпілої особи, а не розбещеність виконавця.²²⁴⁵ Певні маргіналізовані групи частіше стикаються з такими стереотипами (наприклад, працівники секс-індустрії, ВІЛ-позитивні, представники ЛГБТКІ спільноти). Такі стереотипи безпідставні.

7.7.3.2 Ірелевантність поведінки/діянь потерпілої особи

Поведінка потерпілої особи (наприклад, у що потерпіла особа була одягнена; чи наносила макіяж; її сексуальна приналежність; чи вживала спиртне/наркотичні речовини; чи працює

²²³⁸ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 6, зноска 4.

²²³⁹ ООН Жінки, Посібник з розробки законодавства у сфері запобігання насильству щодо жінок, с. 42; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 62; Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 45, п. 13; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 278.

²²⁴⁰ МКС, Правила процедури й доказування, Правило 70; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 277-278; Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 45, п. 13; Генеральна Асамблея ООН, Посилення заходів із запобігання злочинності та реагування органів кримінальної юстиції на насильство щодо жінок (31 березня 2011 р.), п. 15; ООН Жінки, Посібник з розробки законодавства у сфері запобігання насильству щодо жінок, с. 42.

²²⁴¹ Див. *наприклад*, Римський статут, Статті 7(1)(g)-1, 8(2)(b)(xxii)-1, 8(2)(e)(vi)-1; КК України, Стаття 438; Проект закону № 2689, Стаття 438; Проект закону № 7290, Стаття 438.

²²⁴² Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 62.

²²⁴³ Див. *наприклад*, справа *Р.в. Гоулдфінч* (2019 р.) ВСК 38 (Канада), п. 44-45, 56.

²²⁴⁴ Див., *наприклад*, Стамбульська конвенція, Стаття 54; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 277-278.

²²⁴⁵ Trial International, Міфи про зґвалтування: судові справи про сексуальне насильство під час війни, с. 25; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 33.

в секс-індустрії) має значення для оцінювання згоди.²²⁴⁶ Так само, той факт, що потерпіла особа добровільно відвідувала “секретні”, “ізольовані” або “небезпечні” місця²²⁴⁷, або заходила до кімнати чи будинку виконавця, не свідчить про згоду або “ризиковану” поведінку.²²⁴⁸

Присоромлення, засудження та звинувачення потерпілої особи є розповсюдженою практикою щодо потерпілих від СНПК осіб в Україні.²²⁴⁹ Наприклад, дослідження, яке провели дві українські громадські організації, Ла Страда та Женевський центр демократичного контролю над збройними силами, щодо реагування української системи кримінальної юстиції на насильство щодо жінок і домашнє насильство, показало, що серед опитаних, “58% офіцерів поліції, 61% прокурорів і 62% суддів в Україні схильні вірити, що особи, потерпілі від сексуального насильства іноді винні у власній віктимізації”.²²⁵⁰

Слід зосереджувати свою увагу на поведінці виконавця, а під час допиту уникати несправедливого звинувачення потерпілої особи в тому, що вона сама спровокувала виконавця. Будь-які запитання фахівців, на зразок, “у що ти був/ла одягнений/на”, “чи був твій одяг відповідним”, “чому ти повернувся/лася до нього додому, якщо ти не хотів/ла з ним/нею сексу” під час опитування посилять негативні стереотипи та сприятиме подальшому зменшенню кількості повідомлень про випадки СНПК в Україні.²²⁵¹

7.7.3.3 Втекти, боротися чи завмерти: іррелевантність поведінки під час і після сексуального насильства

Немає правильної поведінки потерпілої особи під час або після сексуального насильства, а є широкий спектр реакцій, на які впливатиме безліч чинників. Від потерпілої особи не вимагається чітко говорити “ні” чи чинити фізичний опір.²²⁵² Пасивність (наприклад, коли потерпіла особа завмирає та/або не кличе на допомогу) не є ознакою добровільної участі в акті сексуального насильства,²²⁵³ особливо з огляду на те, що потерпіла особа могла й не сказати “ні”, оскільки вважала, що чинити опір небезпечно.

²²⁴⁶ Trial International, Міфи про зґвалтування: судові справи про сексуальне насильство під час війни, с. 25; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 33.

²²⁴⁷ УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 33.

²²⁴⁸ Центр права Джорджтаунського університету, Міфи та факти щодо сексуального насильства.

²²⁴⁹ Див., наприклад, Amnesty International, Домашнє та сексуальне насильство щодо жінок на сході України, с. 20; УЦСР, Гендерно зумовлене насильство в регіонах, які постраждали від конфлікту в Україні, с. 31, 34; Т. Ярмошук, Зґвалтування як метод катування.

²²⁵⁰ Женевський центр демократичного контролю над збройними силами (ДКЗС), Ла Страда Україна, Практика кримінального правосуддя та насильство щодо жінок: оцінка готовності системи кримінальної юстиції України до імплементації принципів Стамбульської конвенції (2017 р.), с. 45-46.

²²⁵¹ Див., наприклад, Заклучні зауваження до Восьмої періодичної доповіді України, п. 14; Війна без правил 2017 р., с. 73.

²²⁵² Trial International, Міфи про зґвалтування: судові справи про сексуальне насильство під час війни, с. 34-35; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 32; Е.Б. проти Румунії, п. 56; Справа М.К. проти Болгарії, п. 143, 156, 166; МКС, Правила процедури й доказування, Правило 70(с).

²²⁵³ Е.Б. проти Румунії, п. 56; МКС, Правила процедури й доказування, Правило 70(с); Група експертів з протидії насильству щодо жінок та домашнього насильства (GREVIO), GREVIO, Звіт про базову оцінку Швеції щодо

Якщо є докази того, що застосовується примус чи існували обставини примусу, то зі слів чи поведінки потерпілої особи не можна зробити висновки про її згоду.²²⁵⁴ Отже, фахівцям не слід ґрунтувати свою оцінку достовірності та/або надійності потерпілої особи на своїх власних припущеннях щодо типової поведінки в таких ситуаціях.²²⁵⁵ Натомість, фахівцям слід провести контекстне розслідування, враховуючи обставини примусу, пов'язані з сексуальним насильством.²²⁵⁶

Потерпілі особи можуть зазнавати СНПК з причин, пов'язаних із особливим загрозливим середовищем, що виникає через насильство. Вони можуть бути повністю підконтрольними виконавцю через те, що він фізично сильніший. Потерпілих можуть викрасти чи утримувати в ізолюваному місці. Потерпілі особи можуть не чинити супротив насильству через реальний страх, на підставі попередньої насильницької поведінки виконавця, оскільки виконавець перебував в позиції сили або влади або погрожував потерпілій особі чи її родині. Вони можуть боятися ескалації ситуації або вірити, що активний опір може спровокувати ще більш жорстоку насильницьку поведінку. Потерпіла особа може не мати змоги дати відсіч, оскільки паралізована страхом²²⁵⁷, або вирішила не чинити опору, що є механізмом боротьби з психологічною травмою від вчиненого щодо неї сексуального насильства.²²⁵⁸

7.7.3.4 Активна участь і фізіологічні реакції

Активна участь потерпілої особи у статевому акті або будь-яка фізіологічна реакція (а саме, оргазм, ерекція або еякуляція) не свідчить про те, що потерпіла особа надала свою згоду.²²⁵⁹ Наявність фізіологічної реакції неможливо контролювати і не вказує на те, що потерпіла особа отримала задоволення від акту або надала згоду. Отже, запитання “чи сподобалося вам це”, “чи була у вас ерекція” або “чи отримали ви оргазм” є упередженими, несправедливими та демонструють гендерні стереотипи, які вказують на упередженість тієї людини, яка їх ставить.

законодавчих та інших заходів, що забезпечують виконання положень Конвенції Ради Європи про запобігання та боротьбу з насильством щодо жінок і домашнім насильством (Стамбульська конвенція) Швеція (21 січня 2019 р.), п. 181; УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 32;
²²⁵⁴ Див. наприклад, Правила процедури і доказування МКС, Правило 70; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 191-192. Див. також, Р. в. Бартон (2019 р.) Верховний Суд Канади (SCC) 33 (Канада), п. 98, 107, 109.

²²⁵⁵ Стамбульська конвенція, стаття 36; Пояснювальна доповідь до Стамбульської конвенції, п. 192; Amnesty International, Справу закрито: Зґвалтування та права людини в скандинавських країнах (березень 2010 р.), с. 148-149, 150; справа Карен Таяг Вертідо проти Філіппін, п. 8.5; КЛДЖ, Загальна рекомендація № 35, п. 26(b)(c).

²²⁵⁶ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 14; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 44.

²²⁵⁷ Уряд Онтаріо, Розвіювання міфів про сексуальне насильство (8 квітня 2019 р.); УНЗ ООН, Посібник з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 32.

²²⁵⁸ М.С. проти Болгарії, п. 126; Рішення суду у справі Кунарача та ін., п. 646; Карен Таяг Вертідо проти Філіппін, п. 8.5; Центр права Джорджтаунського університету, Міфи та факти щодо сексуального насильства.

²²⁵⁹ Гаазькі принципи щодо сексуального насильства, с. 45; Рішення суду у справі Кунарача та ін., п. 644-647; Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 272. Див. наприклад, справа Р. в. Еванчук (1999 р.) 1 Звіти Верховного Суду Канади (SCR) 330 (Канада).

7.7.3.5 Подальша поведінка

Те, якою була реакція потерпілої особи після вчинення щодо неї СНПК (наприклад, чи залишилася вона на місці чи втекла, чи діяла вона з відчаю чи ні, чи народила вона дитину, зачату під час зґвалтування, чи розповідала потерпіла особа комусь про сексуальне насильство) може слугувати доказом вчинення СНПК, але такі дані не слід використовувати під час формування умовиводу про те, чи надала потерпіла особа свою згоду. Подальша сексуальна поведінка потерпілої особи з виконавцем та/або іншими особами теж не є релевантною.²²⁶⁰

7.7.3.6 Відсутність несприятливих висновків від несвоєчасного повідомлення

Неповідомлення або несвоєчасне повідомлення про СНПК, включно з нерозкриттям всіх фактів негайно або замовчування чи применшування певних діянь, не означає, що потерпіла особа говорить неправду або не заслуговує на довіру.²²⁶¹ Отже, фахівцям не слід робити негативних висновків або припущень щодо довіри до потерпілої особи, яка несвоєчасно повідомила про те, що з нею сталося.

Повідомлення з інформацією про злочини, пов'язані з СНПК, часто надються з запізненням із багатьох причин, зокрема через відсутність розуміння того, що таке СНПК і чи дійсно вчинялося СНПК; збройний конфлікт, що триває, і який може унеможливити надання інформації про випадки СНПК; дія травми на потерпілу особу; страх помсти; страх, що така інформація буде братися під сумнів, що особі, яка це повідомляє, не повірять або звинуватять, стигматизують і повторно травмують; сором; шок;²²⁶² тривалість кримінального провадження та відсутність розуміння того, що станеться з цієї справою після надання такої інформації; економічні витрати на оплату транспортних витрат, пов'язаних з документуванням, розслідуванням справи і притягнення винного до кримінальної відповідальності; або системи правосуддя, які перешкоджають наданню інформації чи кримінальному переслідуванню, наприклад, через те, що в поліцейських відділах не враховують гендерні аспекти.

Особи, які потерпіли від СНПК і які належать до певних вразливих категорій, можуть мати додаткові та інтерсекційні причини, що могли б пояснити їхнє можливе рішення не повідомляти про СНПК (див. розділ 7.6). Наприклад, секс-працівник(ця), який(яка) постраждав(ла) від СНПК, може зволікати з повідомленням про вчинене насильство або не повідомляти через страх, що його(її) статус як секс-працівника(ці) буде розкрито органам влади чи громадськості. Із тих самих причин потерпілі особи можуть не розкривати все або навіть не згадувати найгірші випадки під час опитування. Крім того, почуття збентеження,

²²⁶⁰ МКС, Правила процедури й доказування, Правила 70(d) та 71.

²²⁶¹ Директива 2012/29/EU Європейського парламенту та Ради від 25 жовтня 2012 р., що запроваджує мінімальні стандарти щодо прав, підтримки і захисту потерпілих осіб від злочинів, а також замінює Рамкове рішення Ради 2001/220/JHA, L 315/57, 14 листопада 2012 р. (Директива 2012/29/EU), Преамбула, п. 25. Див. також, "Керівні вказівки КСКП щодо кримінального переслідування у справах сексуального насильства над дітьми – Англія та Уельс" з Посібника УНЗ ООН з ефективного кримінального переслідування насильства щодо жінок та дівчат, с. 46-47.

²²⁶² Центр права Джорджтаунського університету, Міфи та факти щодо сексуального насильства.

вихолощення та страх бути класифікованими як гомосексуали можуть перешкодити чоловікам-потерпілим СНПК повідомляти про злочини, скоєні проти них.²²⁶³

7.7.3.7 Огляд гімену (дівочої пліви)

Огляд дівочої пліви (або перевірка на цноту) — це оцінювання “незайманості” потерпілої за станом дівочої пліви.²²⁶⁴ З міжнародних стандартів чітко зрозуміло, що перевірку на цноту не слід проводити для встановлення факту зґвалтування потерпілої чи застосування сексуального насильства.²²⁶⁵

Відповідно, фахівцям-практикам слід утриматися від проведення будь-яких оглядів або запитань щодо стану дівочої пліви потерпілої. А втім, як обговорювалося вище, медичні огляди, що проводяться для обстеження жіночих статевих органів на наявність ознак сексуального насильства (а саме, травм або залишків ДНК) можуть бути корисними підтверджувальними доказами, коли метою такого огляду є оцінювання та лікування фізичних травм, а не перевірка на “цноту” (див. розділ 7.8.1.1).²²⁶⁶ Відповідно, якщо до фахівців-практиків звертається потерпіла від сексуального насильства особа, фахівці мають допомогти таким людям звернутися за медичною допомогою до авторитетного медичного спеціаліста, який також може провести медичне обстеження, яке буде допустимим у судовому процесі (див. розділ 6.5 для отримання додаткової інформації про перенаправлення потерпілих до служб підтримки).

²²⁶³ К. Долан, ‘У мейнстрім: вирішення проблеми сексуального насильства проти чоловіків і хлопців у конфлікті’ (Інформаційний документ, підготовлений для семінару, який відбувся в Інституті закордонного розвитку, Лондон, 14 травня 2014 р.), с. 4.

²²⁶⁴ Лікарі за права людини, Перевірка на незайманість та дівочої пліви: без фактичної, наукової чи медичної основи (без дати) (ЛПЛ, Перевірка на незайманість та дівочої пліви), с. 1.

²²⁶⁵ Див., наприклад, Міжнародний протокол із документування та розслідування сексуального насильства в конфлікті, с. 62; ВООЗ, ООН Жінки, УВКПЛ, Ліквідація перевірки на незайманість: міжвідомча заява (2018 р.) (ВООЗ, ООН Жінки, УВКПЛ, Ліквідація перевірки на незайманість).

²²⁶⁶ ВООЗ, ООН Жінки, УВКПЛ, Ліквідація перевірки на незайманість: міжвідомча заява (2018 р.), с. 10. Див. також, КПК, стаття 241.



Global
Rights
Compliance