

ВИКЛАД КОНТЕКСТУАЛЬНОГО ЕЛЕМЕНТУ У ВИРОКАХ ЗА СТАТТЕЮ 438 КК УКРАЇНИ: АНАЛІЗ СУДОВОЇ ПРАКТИКИ

Гловюк І. В.

ВСТУП

Питання ідентифікації контекстуального елементу (матеріального та ментального) виникає у випадках вчинення злочинів у контексті та у зв'язку зі збройним конфліктом. Стаття 2, спільна для усіх Женевських конвенцій, передбачає, що Конвенція застосовується до всіх випадків оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни. Конвенція також застосовується до всіх випадків часткової або цілковитої окупації Високої Договірної Сторони, навіть якщо ця окупація не натрапляє на жодний збройний спротив. Для воєнних злочинів контекстуальний елемент важливий найперше тим, що дозволяє відмежувати їх від ординарних злочинів, хоча загалом контекстуальні елементи у доктрині міжнародного права мають ширше значення¹.

Контекстуальними елементами воєнних злочинів визнаються: 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 конфлікту².

Якщо звернутися до Елементів злочинів за РС МКС стосовно другого елементу, то: (а) відсутня вимога щодо правової оцінки виконавцем факту існування збройного конфлікту чи його характеру як міжнародного чи неміжнародного; (b) у цьому контексті відсутня вимога щодо усвідомлення виконавцем фактів, які визначають характер конфлікту як міжнародний чи неміжнародний; (с) існує тільки вимога щодо усвідомлення фактичних обставин, які свідчать про існування збройного конфлікту, що мається на увазі у фразі «відбувалися в контексті... і були пов'язані з».

¹ Теорія та практика міжнародного кримінального права : підручник / [Зелінська Н. А., Андрейченко С. С., Дрьоміна-Волок Н. В., Коваль Д. О. ; за ред. проф. Зелінської Н. А.]. Одеса : Фенікс, 2017. С. 413-420.

² Керівництво з базових стандартів розслідування для документування міжнародних злочинів в Україні. Травень 2023. URL: <https://globalrightscompliance.com/> С. 59.

Ряд питань контекстуального елементу як елементу складу воєнного злочину та його викладу у процесуальних рішеннях досліджувалися у працях Н. Антонюк, Р. Авраменка, В. Базова, М. Бондаренко, О. Броневицької, О. Гладун, З. Загинеї-Заболотенко, К. Задой, Н. Зелінської, М. Зубанського, Д. Ковалю, З. Козлиєвої, М. Мазура, В. Миронової, Ю. Орлова, М. Пашковського, В. Пилипенка, Т. Пономарьової, Т. Садової, О. Таран, Г. Тетерятник, А. Шевчук, О. Шевчука та ін., а також зарубіжних вчених: Anna Andersson, Knut Dörmann, Kevin Jon Heller, Guénaél Mettraux, Mark Klamberg, William Schabas, Gerhard Werle, Harmen van der Wilt та ін.

Для демонстрації характеристики злочину саме як воєнного у вироку має бути описаний контекстуальний елемент. У рекомендаціях міжнародних та національних експертів є ряд рекомендацій стосовно вироків за ст. 438 КК України³, і у них звертається увага на належний виклад та обґрунтування контекстуального елементу воєнних злочинів. Для воєнних злочинів – це існування збройного конфлікту та вчинення діяння у контексті та у зв'язку зі збройним конфліктом, усвідомлення виконавцем існування збройного конфлікту⁴.

Велика Палата Верховного Суду звернула увагу на те, що: «для визначення того, чи можуть бути певні діяння кваліфіковані як воєнні злочини, важливим є суспільний контекст, у якому вони вчинені. Такий контекст установлений і охарактеризований у рішенні ЄСПЛ щодо прийнятності звернення «Україна та Нідерланди проти Росії» (Ukraine and the Netherlands v. Russia) від 30 листопада 2022 року (заяви № 8019/16, 43800/14 і 28525/20). Зокрема, у цьому рішенні ЄСПЛ ідеться про збройне вторгнення в Україну російських спецпризначенців, що розпочалося 12 квітня 2014 року; контроль «Всевеликим військом Донським» південно-західних районів Луганської області, в Антрациті, Перевальську та навколо них; ведення протягом травня 2014 року силами «ДНР» і «ЛНР» тривалих військових дій проти державних прикордонних контрольно-пропускних пунктів з метою отримати контроль над ділянками міжнародного кордону між Росією та Україною; постійний потік російських бойовиків та зброї, включаючи реактивні гранатомети та танки, які хлинули в Україну через її східний кордон, та ін. (пункти 52, 108, 153, 180, 181, 183-186, 188-190, 192-194, 601,

³ Настільна книга судді з матеріалами для розгляду справ про міжнародні злочини, URL: <http://www.nsj.gov.ua/> С. 771-775; Гловюк І. Вироки за ст. 438 КК України: порушення законів та звичаїв війни – з 24 лютого 2022 року. URL: https://drive.google.com/file/d/1BsWp84Q_pB_2oHkTS_A_PN_OPKwBY8kk/view С. 69

⁴ Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина. Київ, 2023. URL: https://justgroup.com.ua/wp-content/uploads/2023/05/standart-rozsliduvannya_zagalna-chastyna.pdf С. 17

підпункт II пункту 137). Установлені в рішенні ЄСПЛ факти є загальновідомими та не потребують доказування у кримінальному провадженні»⁵.

1. Загальні питання контекстуального елементу у аспекті складу воєнного злочину та обставин, що підлягають доказуванню

Є різні підходи стосовно того, до якого елементу складу злочину у національному праві відносяться контекстуальні елементи (контекстуальні обставини). Зокрема, З. Загиней-Заболотенко та О. Гладун пишуть, що контекстуальні обставини недоцільно виокремлювати самостійним елементом складів міжнародних злочинів, зокрема, елементом порушення законів або звичаїв війни (ст. 438 КК України). Такі обставини характеризують об'єктивну сторону злочину, а тому органічно охоплюються саме цим елементом складу злочину⁶. Авторами висловлено наукову презумпцію, що контекстуальні обставини належать до такої ознаки об'єктивної сторони, як обстановка вчинення кримінального правопорушення, якою виступає ситуація збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру та зв'язок злочинного діяння з відповідним збройним конфліктом⁷. На думку Н. Антонюк, контекст вчинення діяння буде частково проявлятися через ознаки різних елементів складу кримінального правопорушення: і через обстановку, в якій діяння було вчинено, яка є ознакою об'єктивної сторони, і через суб'єкта, який є представником ворожої армії, і через усвідомлення ним факту збройного конфлікту. Тож можна констатувати, що контекстуальний елемент фактично влітається в інші елементи складу кримінального правопорушення⁸. Вважаємо можливим підтримати другий підхід, зважаючи на те, що у дослідженнях слушно виділяються матеріальні контекстуальні елементи та ментальний контекстуальний елемент⁹.

⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28 лютого 2024 року, справа № 415/2182/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117555176>

⁶ Загиней-Заболотенко З. А., Гладун О. З. Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України): особливості кваліфікації з урахуванням контекстуальних обставин. Право України. 2023. № 5. DOI: 10.33498/lopu-2023-05-117 С. 121.

⁷ Загиней-Заболотенко З. А., Гладун О. З. Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України): особливості кваліфікації з урахуванням контекстуальних обставин. Право України. 2023. № 5. DOI: 10.33498/lopu-2023-05-117 С. 121.

⁸ Антонюк Н. О. Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення. Право України. 2023. № 5. DOI: 10.33498/lopu-2023-05-030 С. 32.

⁹ Коваль Д.О., Авраменко Р.А. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі. Київ : ГО Truth Hounds; Одеса : Фенікс, 2019. С. 19.

Відсутність контекстуального елемента використовується як аргумент захисту при оскарженні вироків за ст. 438 КК України. Суд не підтвердив обґрунтованість цих аргументів у ситуації умисного вбивства пілотом ворожого літака цивільної особи, на прибудинкову територію якої який катапультивався пілот¹⁰ та у ситуації воєнного злочину проти майна з погрозами вогнепальною зброєю¹¹.

Більше того, цей елемент можна розглядати як предмет доказування *suī generis*. Це обґрунтовано тим, що специфіка обумовлена, по-перше, особливостями кваліфікації, яка є нестандартною, з урахуванням побудови ст. 438 КК України, яка відсилає до норм міжнародних договорів та включає широке коло діянь, які можуть бути віднесені до воєнних злочинів виключно за доведеності контекстуальних обставин. По-друге, необхідність встановлення контекстуальних обставин кримінального правопорушення, які знаходяться у причинно-наслідковому зв'язку з іншими елементами предмету доказування, впливає на особливості здійснення самого доказування. Зокрема, перелік питань, які мають ставитися під час допитів, речі і документи, які мають вилучатися під час огляду, обшуку, особливості проведення огляду та слідчого експерименту, який проводиться на місцевості, отримання інформації з відкритих джерел та ін.¹².

Зважаючи на те, що контекстуальним елементом воєнного злочину є існування збройного конфлікту та вчинення діяння у контексті та у зв'язку зі збройним конфліктом, усвідомлення виконавцем існування збройного конфлікту¹³, важливо з'ясувати зміст цих проявів контекстуального елемента, у перше чергу, як матеріальних

¹⁰ Гловюк І. Ординарний чи воєнний злочин: досвід кваліфікації на прикладі двох ситуацій. Захист прав людини в українській моделі перехідного правосуддя : матеріали наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 14 черв. 2024 р. : електрон. наук. вид. / НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». Харків : Право, 2024. С. 67.

¹¹ Гловюк І. Ординарний чи воєнний злочин: досвід кваліфікації на прикладі двох ситуацій. Захист прав людини в українській моделі перехідного правосуддя : матеріали наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 14 черв. 2024 р. : електрон. наук. вид. / НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». – Харків : Право, 2024. С. 68-69.

¹² Гловюк І.В. Тетерятник Г.К. Контекстуальні елементи у провадженнях щодо воєнних злочинів: предмет доказування *suī generis*. Юридичний науковий електронний журнал. 2022. № 6. DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/87> С. 397.

¹³ Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина. Київ, 2023. URL: https://justgroup.com.ua/wp-content/uploads/2023/05/standart-rozsliduvannya_zagalna-chastyna.pdf С. 17.

контекстуальних елементів¹⁴. Питання існування збройного конфлікту детально описані у доктрині¹⁵, а наявність на території України міжнародного збройного конфлікту вже є загальновідомою. Утім, для контекстуального елементу потрібний також зв'язок діяння та збройного конфлікту – *pexus*.

У коментарі до ст. 8 РС МКС зазначено, що слова «в контексті збройного конфлікту і було пов'язане зі збройним конфліктом» мають на меті провести різницю між воєнними злочинами і звичайною злочинною поведінкою, а також пояснити, що певні воєнні злочини можуть бути вчинені після закінчення конфлікту/загального припинення воєнних дій (наприклад, якщо військовополоненого не звільняють після закінчення активних бойових дій і піддають тортурам, така поведінка все одно буде заборонена Женевськими конвенціями і може становити воєнний злочин катування). Слова «пов'язані зі збройним конфліктом» мають на меті відобразити прецедентне право спеціальних трибуналів, яке стверджує, що між злочинами та збройним конфліктом має бути встановлений достатній/тісний/очевидний зв'язок. Дії, не пов'язані зі збройним конфліктом, не вважаються воєнними злочинами. Необхідний зв'язок не обов'язково означає суворий географічний або часовий збіг між діями злочинця і збройним конфліктом¹⁶.

Для констатації зв'язку пропонуються такі питання:

- Чи був злочин скоєний на території держави, де відбувався 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 (*hors de combat*) тощо)?
- Чи належали потерпілі і виконавець до ворожих (різних) сторін?
- Чи служив акт насильства кінцевій меті військової кампанії сторони, до якої належить виконавець?

¹⁴ Коваль Д.О., Авраменко Р.А. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі. Київ : ГО Truth Hounds; Одеса : Фенікс, 2019. С. 19.

¹⁵ Теорія та практика міжнародного кримінального права : підручник / [Зелінська Н. А., Андрейченко С. С., Дрьоміна-Волок Н. В., Коваль Д. О. ; за ред. проф. Зелінської Н. А.]. Одеса : Фенікс, 2017. С. 435-436.

¹⁶ Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3rd edn., C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016) xxxix, (Hardcover). P. 326-327.

– Чи була здатність виконавця вчинити злочин обумовлена або залежала від наявності збройного конфлікту?¹⁷

Отже, виявленні та доказування *nexus* може ґрунтуватися на: географічних аспектах; належності особи до збройного формування; характеристиках постраждалих осіб та об'єктів; характеру фактичної діяльності виконавця; умов вчинення злочину; природи та мети діяння у загальному воєнному контексті.

Цікава думку щодо *nexus* формулює Harmen van der Wilt: для того, щоб кваліфікуватися як воєнний злочинець, особа повинна бути частиною військового силового апарату, створеного для боротьби з міжнародним або внутрішнім ворогом, або бути тісно пов'язаною з ним. Крім того, вона повинна мати доступ до методів і засобів ведення війни та бути здатною їх застосовувати. У світлі цих вимог критерій зв'язку, запроваджений Апеляційною палатою у справі Kupačas, – що злочинець діяв «на користь» або «під прикриттям» збройного конфлікту – є занадто широким, оскільки охоплює тих осіб, які позбавлені щойно згаданих ознак і можливостей і просто користуються розвалом правоохоронних органів, який часто є результатом збройного конфлікту. Зрозуміло, що збройний конфлікт повинен так чи інакше полегшувати або сприяти вчиненню злочину, але не обов'язково, що злочин, навпаки, повинен був принести користь або навіть вплинути на воєнні дії. Це, нагадаємо, лише один з параметрів, який може свідчити про наявність воєнного злочину. Апеляційна палата правильно зробила, що відкинула думку про те, що воєнний злочин повинен сприяти воєнним зусиллям однієї зі сторін збройного конфлікту, оскільки така вузька позиція виключала б дисфункціональні воєнні злочини, які вчиняються солдатами та воєнізованими формуваннями, такі як мародерство, грабежі та зґвалтування заради власної вигоди, «під прикриттям» збройного конфлікту¹⁸.

Що ж до усвідомлення існування збройного конфлікту, то, як пише Д. Коваль, достатнім може вважатися доведення усвідомлення обвинуваченим окремих обставин конфлікту або те, що він повинен був би знати про існування збройного конфлікту¹⁹.

¹⁷ Керівництво з базових стандартів розслідування для документування міжнародних злочинів в Україні. Травень 2023. URL: <https://globalrightscpliance.com/> С. С. 64.

¹⁸ Harmen van der Wilt. War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict. *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 1113-1128. doi:10.1093/jicj/mqs060 P. 1127-1128.

¹⁹ Теорія та практика міжнародного кримінального права : підручник / [Зелінська Н. А., Андрейченко С. С., Дрьоміна-Волок Н. В., Коваль Д. О. ; за ред. проф. Зелінської Н. А.]. Одеса : Фенікс, 2017. С. 437.

Аналіз вироків за ст. 438 КК України переконливо демонструє відсутність єдиного підходу до викладу саме контекстуального елемента, хоча злочини вчиняються у контексті збройного конфлікту, який триває місце з 2014 року.

2. Контекст збройного конфлікту

Продемонструємо декілька варіантів такого викладу – у частині наявності міжнародного збройного конфлікту.

Варіант 1. Виклад контекстуального елемента починається з 1945 року, а саме набуття чинності Статутом ООН. Надалі згадується Акт проголошення незалежності України, визнання незалежності України у світі, положення Конституції України стосовно суверенітету та незалежності, деякі положення міжнародного гуманітарного права. Надалі згадується про наступ РФ 24 лютого 2022 року та введення воєнного стану, обставини тимчасової окупації населеного пункту²⁰.

Як видається, такий глибинний історичний екскурс є зайвим. Створення ООН було визначною історичною подією, але до збройного конфлікту на території України воно відношення не має. Для того, щоб процитувати релевантні документи ООН, починати з моменту її створення – зайве. Як слушно пишуть О. Шевчук та А. Шевчук, історичний екскурс лише переобтяжує текст вироків, не несе жодного смислового навантаження та не дає змоги відшукати необхідну правову інформацію, яка б стосувалася конкретного воєнного злочину, вчиненого в Україні²¹. Слід погодитись з Н. Антонюк, що такий екскурс є абсолютно непотрібним²².

Утім, доречніше було б указати історію саме збройного конфлікту на території України з 2014 року, а також надати більш широкую дескрипцію агресивних дій РФ, починаючи з лютого 2022 року.

Варіант 2. Указується, що «24 лютого 2022 року президент російської федерації ОСОБА_10 оголосив про початок «спеціальної військової операції». Цього ж дня, близько четвертої години ранку, Збройні сили російської федерації, інші збройні формування російської федерації та підконтрольні їм угруповання іррегулярних незаконних збройних формувань розпочали широкомасштабне військове

²⁰ Вирок Броварського міськрайонного суду Київської області від 23 жовтня 2023 року, справа № 361/6545/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114340568>

²¹ Шевчук О., Шевчук А. Формулювання контекстуальних обставин в остаточних судових рішеннях у справах про порушення законів та звичаїв війни: особливості юридичної аргументації. Слово Національної школи суддів України. 2024. № 1 (46). DOI 10.37566/2707-6849-2024-1(46)-14 С. 153.

²² Антонюк Н. О. Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення. Право України. 2023. № 5. DOI: 10.33498/louu-2023-05-030 С. 33

вторгнення на територію України, увійшовши з боку росії, білорусі та тимчасово окупованої території України, що супроводжувалося завданням ракетно-артилерійських ударів і бомбардувань авіацією об'єктів по всій території України»²³. Надалі зазначається введення та продовження воєнного стану. Крім того, уточнюється, що «Факт широкомасштабного збройного вторгнення на територію України 24 лютого 2022 року не приховувався владою російської федерації, а також встановлений рішеннями міжнародних організацій, зокрема резолюцією Генеральної асамблеї ООН ES-11/1 від 02 березня 2022 року «Агресія проти України», пп. 1, 3 Висновку 300(2022) Парламентської Асамблеї Ради Європи «Наслідки агресії Російської Федерації проти України», пп. 17, 18 Наказу від 16.03.2022 за клопотанням про вжиття тимчасових заходів у справі «Звинувачення в геноциді відповідно до Конвенції про запобігання злочину геноциду та покарання за нього» (Україна проти Російської Федерації) та ін.»²⁴.

У даному випадку немає зайвих історичних екскурсів, утім, не враховано, що збройний конфлікт на території України почався у 2014 році, а не з моменту широкомасштабного вторгнення. Період 2014-2022 рік взагалі не згадано, і виникає хибне уявлення, що збройний конфлікт (навіть не обговорюючи, міжнародний чи неміжнародний) почався саме у 2022 році. І це при тому, що ст. 1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» від 15.04.2014 передбачено:

1) датою початку тимчасової окупації Російською Федерацією окремих територій України є 19 лютого 2014 року. Окремі об'єкти нафтогазовидобування в межах континентального шельфу України є окупованими Російською Федерацією з 19 лютого 2014 року.

2) Автономна Республіка Крим та місто Севастополь є тимчасово окупованими Російською Федерацією з 20 лютого 2014 року.

3) окремі території України, що входять до складу Донецької та Луганської областей, є окупованими Російською Федерацією (у тому числі окупаційною адміністрацією Російської Федерації) починаючи з 7 квітня 2014 року.

Є приклади і більш детального викладу дій рф щодо порушення норм міжнародного права: «24 лютого 2022 року, о 05-й годині, президент Російської Федерації оголосив рішення про початок військової операції в Україні. ... У період із 05-ї години 24 лютого 2022 року та до цього

²³ Вирок Новозаводський районний суд міста Чернігова від 23 жовтня 2023 року, справа №751/1303/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114511607>

²⁴ Вирок Новозаводський районний суд міста Чернігова від 23 жовтня 2023 року, справа №751/1303/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114511607>

часу підрозділи збройних сил та інших військових формувань РФ здійснюють спроби окупації українських міст, які супроводжуються бойовим застосуванням авіації, артилерійськими та ракетними ударами, а також застосуванням броньованої техніки та іншого озброєння. При цьому вогневі удари здійснюються по об'єктам, які захищені нормами міжнародного гуманітарного права. Зазначені дії призвели до тяжких наслідків у вигляді загибелі та поранення цивільного населення та пошкодження сотень цивільних об'єктів»²⁵.

Варіант 3. Контекстуальний елемент викладено так: «В ході триваючого збройного конфлікту, ОСОБА_6, будучи громадянином російської федерації та військовослужбовцем – командиром окремого батальйону оперативного призначення південного округу військ національної гвардії рф, озброєним, являючись службовою особою, яка за своїми повноваженнями відповідно до директивів генерального штабу рф та дисциплінарного уставу збройних сил рф може видавати накази, визначати порядок дій підпорядкованих йому підрозділів, усвідомлюючи можливість настання тяжких наслідків у вигляді загибелі та поранення цивільних осіб, погодився на виконання обов'язків щодо керівництва діями підлеглих та в порушення норм міжнародного гуманітарного права, віддав наказ невиконанням підлеглим йому військовослужбовцям рф з числа військових національної гвардії рф ... на жорстоке поводження з цивільним населенням, а саме на розгін мирної акції протесту, із застосуванням зброї та завданням тілесних ушкоджень мирним демонстрантам, яка проходила у м. Нова Каховка Херсонської області на підтримку територіальної цілісності України»²⁶.

Nexus загалом описаний, утім, формулювання «триваючий збройний конфлікт», хоча і є правильним по суті, виглядає лапідарним для опису збройного конфлікту з 2014 року. Дійсно, не зазначається, який вид міжнародного конфлікту мав місце, не пояснюється, чи має місце взаємозв'язок між таким ЗК і відповідною протиправною поведінкою засудженого. Зокрема, у ньому не обґрунтовуються такі складові контекстуальної ознаки воєнного злочину, як потерпілі від порушення законів та звичаїв війни, статус суб'єкта кримінального правопорушення тощо²⁷.

²⁵ Вирок Бородянського районного суду від 11 грудня 2023 року, справа № 367/3635/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115543640>

²⁶ Вирок Суворовського районного суду м. Одеси від 30 жовтня 2023 р., справа № 523/8377/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114705152>

²⁷ Шевчук О., Шевчук А. Формулювання контекстуальних обставин в остаточних судових рішеннях у справах про порушення законів та звичаїв війни: особливості юридичної аргументації. Слово Національної школи суддів України. 2024. № 1 (46). DOI 10.37566/2707-6849-2024-1(46)-14 С. 153.

У межах цього ж варіанту можна розглянути вирок, де опис контекстуального елементу полягає у викладі обставин тимчасової окупації населеного пункту: «09 березня 2022 року військовослужбовці 74-тої окремої гвардійської Звенигородсько-Берлінського ордена Суворова 2 ступеня мотострілецької бригади Збройних сил Російської Федерації, зокрема батальйону під командуванням майора, тимчасово зайняли с. Лукашівка Чернігівського району Чернігівської області, де перебували до 30 березня 2022 року та у вказаний період проводили вибіркові обшуки житлових господарств місцевих мешканців»²⁸. Як видається, тут не вистачає твердження про міжнародний збройний конфлікт, його сторони; і такий вирок не один²⁹. І хоча ці факти є загальновідомими і отримали оцінку на рівні документів міжнародних організацій та рішення ЄСПЛ, для правильного розкриття у вирокі контекстуального елементу ці аспекти мають бути вказані, оскільки саме контекстуальний елемент відрізняє воєнний злочин від ординарного злочину, а те, що є очевидним для суду, який здійснює правосуддя в Україні, може бути не настільки очевидним з позицій юридичної аргументації для міжнародних та іноземних фахівців, які вивчатимуть українські вирoki.

Варіант 4. Виклад контекстуального елемента починається з 2014 року: з 19 лютого 2014 року представниками російської федерації розпочато збройне вторгнення збройних сил рф (приховане твердженням керівників рф про переміщення військових підрозділів в рамках звичайної ротації сил Чорноморського флоту, які у взаємодії з військовослужбовцями Чорноморського флоту рф та іншими підрозділами зс рф здійснили блокування й захоплення адміністративних будівель і ключових об'єктів військової та цивільної інфраструктури України, забезпечивши військову окупацію території Автономної Республіки Крим і м. Севастополя. 18 березня 2014 року рф оголосила про офіційне включення Криму до її території. Одночасно із цим, протягом березня та на початку квітня 2014 року, під безпосереднім керівництвом та контролем представників влади та зс рф представники іррегулярних незаконних збройних формувань, озброєних банд і груп найманців, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих

²⁸ Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 29 січня 2024 року, справа № 748/3511/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116622634>

²⁹ Вирок Тростянецького районного суду Сумської області від 14 лютого 2024 року, справа № 588/1363/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116968500>

Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 20 лютого 2024 року, справа № 760/2836/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118944945>

Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 11 березня 2024 року, справа № 760/10793/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117558621>

Російською Федерацією, взяли під контроль будівлі, в яких знаходилися органи місцевої влади та місцеві органи виконавчої влади України, військові об'єкти України в окремих районах Донецької та Луганської областей України. 07 квітня 2014 року в м. Донецьку створено терористичну організацію «донецька народна республіка», а 27 квітня 2014 року в м. Луганську – терористичну організацію «луганська народна республіка», у складі яких утворені незаконні збройні формування, які функціонують і по теперішній час. Датою початку тимчасової окупації російською федерацією окремих територій України є 19 лютого 2014 року. Автономна Республіка Крим та місто Севастополь є тимчасово окупованими російською федерацією з 20 лютого 2014 року. Окремі території України, що входять до складу Донецької та Луганської областей, є окупованими російською федерацією (у тому числі окупаційною адміністрацією російської федерації) починаючи з 7 квітня 2014 року. Надалі, 24 лютого 2022 року президент рф оголосив початок так званої «спеціальної військової операції». Після цього, близько четвертої години ранку того ж дня, зс рф, інші збройні формування рф та підконтрольні їм угруповання іррегулярних незаконних збройних формувань розпочали широкомасштабне військове вторгнення на територію України, увійшовши з боку рф, білорусі та тимчасово окупованої території України, що супроводжувалось завданням ракетно-артилерійських ударів та бомбардувань авіацією об'єктів по всій території України. 24 лютого 2022 року Указом Президента України №64/2022 «Про введення воєнного стану в Україні», у зв'язку з військовою агресією рф проти України, на підставі пропозиції Ради національної безпеки і оборони України, відповідно до пункту 20 частини першої статті 106 Конституції України, Закону України «Про правовий режим воєнного стану» постановлено введення в Україні воєнного стану із 05 години 30 хвилин 24 лютого 2022 року строком на 30 діб, який у подальшому неодноразово продовжувався та діє на теперішній час. З того моменту сили оборони України здійснюють збройну відсіч вздовж всієї лінії фронту. Факт широкомасштабного збройного вторгнення на територію України 24 лютого 2022 року не приховувався владою рф. Таким чином, з 19 лютого 2014 року до цього часу триває міжнародний збройний конфлікт, викликаний збройною агресією російської федерації проти України, окупацією частини території України, що вказує на поширення дії на території України законів та звичаїв війни (норм міжнародного гуманітарного права)³⁰.

³⁰ Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 04 грудня 2023 року, справа № 748/3888/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115421876>

Як видається, це логічний та майже вичерпний варіант опису контекстуального елемента у частині наявності міжнародного збройного конфлікту, саме він може бути розглянутий як модельний не тільки для вироків, а й для повідомлень про підозру та обвинувальних актів.

Відмітимо, що є приклади викладу обставин збройного конфлікту окремо у 2021-2022 роках до 24 лютого 2022 року. Йдеться про формулювання, що з листопада 2021 року представники влади та ЗС РФ, з метою підготовки до повномасштабного нападу на Україну, організували перекидання підрозділів ЗС та інших військових формувань РФ до кордонів України, що пояснювалося запланованими спільними російсько-білоруськими навчаннями «Союзна рішучість-2022», які розпочалися 10 лютого 2022 року. Станом на 8 лютого 2022 року вздовж усього кордону з Україною з боку РФ, Республіки Білорусь та тимчасово окупованих територій України зосереджено 140 тис. військових РФ, включаючи повітряний та морський компонент. З метою створення приводів для ескалації воєнного конфлікту і здійснення спроби виправдання своєї агресії перед громадянами Російської Федерації та світовою спільнотою, представниками влади та ЗС РФ розроблено окремий план, який передбачав вчинення дій, спрямованих на введення в оману і залякування громадян РФ та мешканців тимчасово окупованих територій України, а також вчинення провокацій, які полягали у імітації нападів і вогневих ударів, вчинених нібито підрозділами ЗС України по території РФ та тимчасово окупованим територіям України. Одночасно із зазначеним передбачалося визнання керівництвом РФ «Донецької народної республіки» і «Луганської народної республіки» незалежними державами та отримання від них звернення з запитом про надання військової підтримки, яка викликана нібито агресією Збройних Сил України. На виконання зазначених намірів, 15 лютого 2022 року Державна дума Російської Федерації звернулася до Президента Російської Федерації з проханням визнати незалежність «самопроголошених Донецької та Луганської народних республік». ... 21 лютого 2022 року керівники російських окупаційних адміністрацій на тимчасово окупованих територіях Донецької та Луганської областей звернулися до Президента Російської Федерації з проханням визнати незалежність так званих Донецької та Луганської народних республік. ... Цього ж дня Президент Російської Федерації підписав указ про визнання незалежності Донецької народної республіки та Луганської народної республіки. 22 лютого 2022 року Президент Російської Федерації підписав з керівниками російських окупаційних адміністрацій на тимчасово окупованих територіях Донецької та

Луганської областей договори про дружбу, співробітництво та взаємну допомогу, які в той же день ратифіковані Державною думою та Радою Федерації РФ. В цей же день Президент Російської Федерації, реалізуючи злочинний план, з метою надання видимості законності дій по нападу на Україну, направив до Ради Федерації РФ звернення про використання Збройних Сил РФ за межами РФ, яке було задоволено. 23 лютого 2022 року керівники російських окупаційних адміністрацій на тимчасово окупованих територіях Донецької та Луганської областей звернулися до Президента Російської Федерації з проханням надати допомогу у відбитті надуманої ними воєнної агресії «українського режиму щодо населення» так званих Донецької та Луганської народних республік³¹.

Варіант 5: опис контекстуального елементу починається ще до 2014 року. Зокрема, упродовж 2013 року у зв'язку з демократичними процесами, які відбувалися на території України, у представників влади російської федерації та службових осіб з числа керівництва збройних сил російської федерації, виник злочинний умисел на вчинення протиправних дій, спрямованих на порушення суверенітету і територіальної цілісності України, зміну меж її території та державного кордону на порушення порядку, встановленого Конституцією України. Мотивами зазначеного умислу стали євроінтеграційний курс розвитку України, підготовка до підписання Угоди про асоціацію між Україною та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії та їхніми державами-членами, які були розцінені представниками влади і збройних сил російської федерації як безпосередня загроза економічним та геополітичним інтересам російської федерації. Свою злочинну мету співучасники з числа представників влади та збройних сил російської федерації вирішили досягти шляхом розв'язання та ведення агресивної війни проти України. З метою реалізації вказаного умислу впродовж 2013 року на території російської федерації службові особи Генерального штабу збройних сил російської федерації, на виконання наказів та під безпосереднім керівництвом представників влади та службових осіб збройних сил російської федерації, розробили злочинний план, яким передбачалося досягнення військово– політичних цілей російської федерації, які, на думку співучасників, були прямо пов'язані з необхідністю незаконної окупації та подальшої анексії АР Крим, м. Севастополя та південно-східних регіонів України та, поряд із застосуванням політичних, дипломатичних, економічних та інформаційних заходів, використання

³¹ Вирок Ічнянського районного суду Чернігівської області від 26 квітня 2023 року, справа № №733/923/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110482776>

протестного потенціалу населення південно-східних регіонів України для організації сепаратистських референдумів, спрямованих на порушення територіальної цілісності України³².

Такий варіант також доречний, адже вказує на важливі передумови збройного конфлікту, які як такі були оцінені неадекватними представниками керівництва РФ та пропагандистами.

Важливо, що у деяких вироках окремо прописується тлумачення збройного конфлікту з урахуванням норм міжнародного гуманітарного права та принципу дружнього ставлення до міжнародного права: «Відповідно до юридичної позиції Конституційного Суду України щодо принципу дружнього ставлення до міжнародного права мають враховуватися 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 (абз. третій пп. 2.3 п. 2 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України від 01.06.2016 № 2-рп/2016 у справі № 1-1/2016)). Зокрема, на підставі ст. 12(3) Римського статуту Міжнародного кримінального суду заявами від 09.04.2014, 08.09.2015 Україна визнала юрисдикцію цього міжнародного юрисдикційного органу; як держава-член ООН, зважаючи на резолюції 808(1993) від 22.02.1993 та 827(1993) від 25.05.1993, ухвалені Радою Безпеки ООН, Україна визнала юрисдикцію Міжнародного трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчиненні на території Югославії (далі МТКЮ). Відповідно до рішення Апеляційної палати МТКЮ у справі щодо ОСОБА_11 від 02.10.1995, збройний конфлікт існує щоразу, коли існує застосування збройної сили між державами (міжнародний збройний конфлікт) або тривале збройне насильство між державними органами влади та організованими збройними групами або між такими групами всередині держави (збройний конфлікт неміжнародного характеру). До моменту досягнення загального миру після припинення військових дій; або, у випадку збройного конфлікту неміжнародного характеру – до досягнення мирного врегулювання міжнародне гуманітарне право продовжує застосовуватися на всій території воюючих держав або, у випадку внутрішніх конфліктів, на всій території, яка знаходиться під контролем сторони, незалежно від того, чи відбуваються там фактичні бойові дії»³³. Це, без сумніву, не є зайвим

³² Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 12 січня 2023 року, справа № 748/1773/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108357178>

³³ Вирок Бахмацького районного суду Чернігівської області від 25 січня 2024 року, справа № 728/665/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116539533>

для опису контекстуального елемента, і можна навести і інші вирок, де це застосовано³⁴.

Важливо звернути увагу і на те, як Велика Палата Верховного Суду тлумачить контекстуальний елемент. Зокрема, у постанові зазначено: «вчинені в умовах збройного конфлікту дії, що охоплюються заборонами, встановленими нормами міжнародного гуманітарного права, і становлять їх серйозне порушення, кваліфікуються лише за статтею 438 КК і додаткової правової оцінки за іншими статтями цього Кодексу не потребують»³⁵. Формулювання «в умовах» не тотожне формулюванню «took place in the context of and was associated with», вжитому в Elements of Crimes³⁶, про що детально вказувалося вище при розкритті міжнародно визнаного змісту nexus як контекстуального елемента.

Отже, в прояві контекстуального елемента – наявності міжнародного збройного конфлікту у процесуальних документах важливо врахувати наступне:

- важлива дескрипція міжнародного збройного конфлікту з 2014 року, з моменту тимчасової окупації частини території України з боку рф (з покликанням на національне законодавство, міжнародні акти, рішення ЄСПЛ тощо, де визнана агресія рф);
- доречним є наголошення на даті 24 лютого 2022 року, зважаючи на те, що оголошенням спеціальної воєнної операції рф остаточно визнала агресію проти України, наявність міжнародного збройного конфлікту та своє широкомасштабне вторгнення на територію України;
- правильним є згадування про оголошення воєнного стану на території України, що свідчить про активну відсіч агресору по усій лінії фронту та національний спротив.

3. Nexus та усвідомлення існування збройного конфлікту

Слід відразу звернути увагу на те, що за своїм характером це різні прояви контекстуального елемента, утім, в окремих структурно-логічних частинах вироку вони не виділяються, на відміну від наявності збройного конфлікту. Тому важливо зупинитись на визнаному розумінні цих елементів.

Nexus. У судовій практиці визнано, що не всі незаконні дії, що відбуваються під час збройного конфлікту, підпадають під дію

³⁴ Вирок Куликівського районного суду Чернігівської області від 28 лютого 2024 року, справа № 743/380/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117304451>

³⁵ Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28 лютого 2024 року, справа № 415/2182/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117555176>

³⁶ Elements of Crimes. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

міжнародного гуманітарного права. Тільки стосовно діянь, які достатньою мірою пов'язані з веденням воєнних дій, підлягає застосуванню це право. Судова камера визначатиме, чи існує такий зв'язок між діяннями, які нібито вчинив обвинувачений, і збройним конфліктом. Необхідно дійти висновку, що діяння, яке цілком могло бути скоєне за відсутності конфлікту, було скоєне проти відповідної жертви (жертв) через конфлікт, про який йде мова (ICTY, Judgment, The Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-T, para. 45). З наведеного вище видно, що між злочинним діянням і збройним конфліктом має бути достатній зв'язок. Якщо відповідний злочин вчиняється, наприклад, під час бойових дій або захоплення міста, це робить його воєнним злочином. Однак такий прямий зв'язок з фактичними бойовими діями не є обов'язковим у кожній ситуації³⁷. У практиці МКС викладені такі важливі аспекти *nexus*:

- вимога «зв'язку» означає, що поведінка має бути тісно пов'язана з воєнними діями, що відбуваються в будь-якій частині територій, контрольованих сторонами конфлікту. Збройний конфлікт сам по собі не обов'язково є причиною поведінки, і поведінка не обов'язково повинна мати місце під час бойових дій. Тим не менш, збройний конфлікт повинен відігравати важливу роль у прийнятті рішення злочинцем, у його здатності вчинити злочин або у способі, у який злочин було скоєно (Bemba case);

- хоча той факт, що діяння мало місце на полі бою або поблизу нього, може свідчити про наявність зв'язку, діяння, яке географічно віддалене від поля бою, навіть через кордон, все одно може відповідати вимозі про наявність зв'язку (Ntaganda case);

- при розгляді питання про те, чи існує необхідний зв'язок між злочином і збройним конфліктом розглядаються такі фактори: (1) той факт, що злочинець є комбатантом; (2) той факт, що жертва не є комбатантом; (3) той факт, що жертва є членом протилежної сторони; (4) той факт, що діяння, як можна сказати, слугує кінцевій меті військової кампанії; (5) і той факт, що злочин вчиняється в рамках або в контексті виконання службових обов'язків злочинця (Katanga case);

- фактори, що визначають, чи був встановлений зв'язок, включають (1) статус злочинця і жертви, а також те, чи брали вони участь у бойових діях; (2) чи можна стверджувати, що діяння слугувало меті військової кампанії; і (3) чи вчинено злочин під час виконання або

³⁷ Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court Sources and Commentary. Knut Dormann with contributions by Louise Doswald-Beck and Robert Kolb. Cambridge University Press, 2003. P. 26, 27.

в контексті виконання службових обов'язків злочинцем (Ntaganda case)³⁸.

Усвідомлення існування збройного конфлікту. У міжнародній практиці усвідомлення фактичних обставин, що свідчили про існування збройного конфлікту, встановлюється з інформації, що свідчить про такі ознаки виконавця: (i) Участь у відповідному збройному конфлікті; (ii) Статус (в якості комбатанта, командира, цивільного лідера і т. д.); (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 конфліктом³⁹. Можливі такі питання для встановлення, чи усвідомлював виконавець фактичні обставини, що свідчили про існування збройного конфлікту:

- 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, отримував військові звіти або приймав рішення, що мали вплив на збройний конфлікт?⁴⁰

Елементи пехус та усвідомлення існування збройного конфлікту у вироках описуються диверсифіковано, з урахуванням ряду обставин.

По-перше, опис здійснюється через констатацію перебування обвинувачених на військовій службі у рф або лднр; носіння форми та зброї. Наприклад: «будучи командиром відділення військової частини збройних сил РФ, маючи особисту автоматичну вогнепальну зброю, разом з іншими невідновленими досудовим розслідуванням особами, в тому числі військовослужбовцями «13 гвардейского танкового Шепетовского Краснознамённого, орденов Суворова и Кутузова полка» військової частини НОМЕР_1 та керівним складом ЗС РФ»⁴¹.

³⁸ Peter Robinson's Summary of Decisions of the International Criminal Court ICC Statute, Rules of Procedure and Evidence, Regulations of Court, and Code of Professional Conduct for Counsel annotated. 2025. URL: https://peterrobinson.com/wp-content/uploads/2025/01/Peter-Robinson_ICC-Digest_December-2024.pdf P. 108-109

³⁹ Керівництво з базових стандартів розслідування для документування міжнародних злочинів в Україні. Травень 2023. 551 с. URL: <https://globalrightscpliance.com/> С. 64-65.

⁴⁰ Керівництво з базових стандартів розслідування для документування міжнародних злочинів в Україні. Травень 2023. 551 с. URL: <https://globalrightscpliance.com/> С. 65.

⁴¹ Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 року, справа № 760/5257/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>

У іншому вирокі відзначено, що ОСОБА_7 прибув до місця дислокації незаконного збройного формування «1-ша окрема Слов'янська мотострілкова бригада Народної міліції ДНР» для подальшої активної участі в діяльності незаконного збройного формування «4-й ОМБ 119 полк НМ ДНР». У цей же отримав військову форму та речове майно та був призначений на посаду помічника гранатометника 1 відділення 1 взводу 1 роти у званні рядовий, та умисно почав приймати участь у діяльності зазначеного вище, не визначеного законом збройного формування під назвою «4-й ОМБ 119 полк НМ ДНР»⁴².

Стосовно відрізнення себе, то у вирокі прописано, що ОСОБА_7 відкрито носив при собі вогнепальну та холодну зброю, був одягнений у військову польову камуфльовану форму зразка збройних сил РФ із закріпленим на плечі правої руки відмітним розпізнавальним знаком у вигляді стрічки червоного кольору, який може бути розпізнаний на відстані. Вказані червоні стрічки на правій руці як розпізнавальні знаки фактично використовувались як військовослужбовцями збройних сил РФ, так і членами незаконного збройного формування «4-й ОМБ 119 полк НМ ДНР»⁴³.

Крім того, важливо, що перебування у складі збройних сил свідчить про те, що особа має бути обізнана з положеннями міжнародного гуманітарного права. Це також згадується у вироках, зокрема: «ОСОБА_5, як кадровий військовослужбовець, що перебуває на службі в ЗС РФ з 2016 року, був обізнаний із законами та звичаями війни, передбаченими та закріпленими, зокрема, в положеннях міжнародного законодавства, тобто надаючи вказані накази останній чітко усвідомлював їх злочинність»⁴⁴.

По-друге, через обставини потрапляння на територію України. Наприклад, у вирокі по Шишимаріну було зазначено, що «24.02.2022 ОСОБА_10, вирушив з м. Грайворон Белгородської області Російської Федерації у напрямку російсько-українського кордону та приблизно о 9 годині ранку цього ж дня перетнув державний кордон України в Сумській області, а тому відповідно до ст. 43 Додаткового протоколу до Женевської конвенції від 12 серпня 1949 року, що застосовується до

⁴² Вирок Ожтєбрьського районного суду м. Полтави від 13 червня 2022 року, справа № 554/3954/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104731235>

⁴³ Вирок Ожтєбрьського районного суду м. Полтави від 13 червня 2022 року, справа № 554/3954/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104731235>

⁴⁴ Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 26 вересня 2022 року, справа №760/4174/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106808179>

захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 08.06.1977 мав статус комбатанта»⁴⁵.

Інший приклад: 11 березня 2022 ОСОБА_7 на виконання наказу військового командування збройних сил рф у рамках виконання так званої «спеціальної військової операції» збройних сил рф проти України, доведеного йому командирами незаконного збройного формування «4 ОМБ 119 полку НМ ДНР», рухаючись у складі колони військової техніки збройних сил рф та незаконних збройних формувань так званої «ДНР» (4 автомобіля «Урал», 3 автобуси, 1 автомобіль «Волга», з нанесеними на них знаками у вигляді англійської літери «Z») з боку Белгородської області рф перетнув державний кордон України на ділянці Сумської області та в'їхав на окуповану російськими військами територію Сумської області України⁴⁶.

По-третє, через обставини тимчасової окупації певних населених пунктів на території України. Зокрема, 03 березня 2022 року, у точно невстановлений час, збройні сили російської федерації, до складу яких входили військовослужбовці ОСОБА_4, ОСОБА_5 та ОСОБА_6, здійснили військове вторгнення та зайняли територію с. Ягідного Чернігівського району Чернігівської області⁴⁷. У іншому вироку зазначалося, що на початку березня 2022 року (більш точний час органом досудового розслідування не встановлений), частина військовослужбовців ЗС РФ у порушення норм міжнародного гуманітарного права у ході повномасштабного збройного наступу ЗС РФ на територію України, усвідомлюючи явну злочинність власних дій та передбачаючи можливість настання тяжких наслідків, з мотивів безумовного виконання отриманих бойових наказів військового керівництва та з метою вчинення нападів на цивільне населення зайшли на територію с. Слобода Чернігівського району⁴⁸. Ще один приклад: з 24.02.2022 року по 02.07.2022 року частина території Бериславського району Херсонської області, у тому числі с. Іванівка, разом із місцевим цивільним населенням, була підконтрольною військовослужбовцям зс рф, в тому числі учасникам незаконного збройного формування так

⁴⁵ Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 року, справа № 760/5257/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>

⁴⁶ Вирок Октябрського районного суду м. Полтави від 13 червня 2022 року, справа № 554/3954/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104731235>

⁴⁷ Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 12 січня 2023 року, справа № 748/1773/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108357178>

⁴⁸ Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 27 квітня 2023 року, справа № 734/2129/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110482938>

званої «ДНР», які також були залучені до зазначеного вище широкомасштабного вторгнення на територію України⁴⁹.

При цьому вказується і на захищений статус цивільних осіб: «19 березня 2022 року о 14 год. 00 хв. ОСОБА_11, будучи військовослужбовцем збройних сил російської федерації, за попередньою змовою із невстановленим в ході досудового розслідування військовослужбовцем збройних сил російської федерації із складу військової частини № ... , перебував на території України, а саме за адресою: ..., де в останнього виник умисел на вбивство громадян України з числа цивільного населення, що не брали участі у бойових діях, та перебували під захистом Конвенції, оскільки опинились під владою окупаційної держави»⁵⁰.

У іншому вирокі було детально описано, що усвідомлюючи, що водій та пасажир автомобіля є цивільними особами, які перебувають під захистом, з метою їх умисного вбивства, використовуючи автоматичну зброю невстановленого зразка, військовослужбовці рф почали вести прицільний вогонь у напрямку мікроавтобуса. У результаті обстрілу цивільний автомобіль отримав механічні пошкодження та зупинився у правій смузі руху безпосередньо перед в'їздом до с. Ольшана з боку м. Прилуки, після чого потерпілі залишили салон авто та спробували втекти від військовослужбовців рф, які, у свою чергу, продовжували обстріл, однак, зробивши декілька метрів від автомобіля отримали смертельні вогнепальні поранення та впали на землю⁵¹.

Відмітимо, що Міжнародний кримінальний суд, як і Міжнародний трибунал для колишньої Югославії, вимагають, щоб особа знала про те, що особи/майно перебувають під захистом однієї або декількох Женевських конвенцій (склади злочинів, стаття 8(2)(a)(i), п. 32). Достатньо показати, що злочинець знав про «фактичні обставини, які встановлюють статус [осіб]»⁵².

По-четверте, через специфіку дій обвинувачених. Наприклад: «У період до 22.02.2022 військовослужбовці окремої мотострілкової бригади Північного флоту ЗС РФ прибули до населеного пункту Новоолександрівка Белгородської області РФ, де отримали інформацію про підготовку

⁴⁹ Вирок Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 10 жовтня 2023 року, справа № 522/3868/23. URL: <https://revestr.court.gov.ua/Review/114042300>

⁵⁰ Вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 09 січня 2024 року, справа № 369/3120/23. URL: <https://revestr.court.gov.ua/Review/116176015>

⁵¹ Вирок Ічнянського районного суду Чернігівської області від 25 березня 2024 року, справа №733/961/23. URL: <https://revestr.court.gov.ua/Review/117894180>

⁵² Commentary on the Law of the International Criminal Court. Mark Klamberg (editor). Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels. 2017. P. 67.

військової операції проти України. У зв'язку із вказаними обставинами у ОСОБА_3 сформувався кримінально протиправний умисел, направлений на участь у застосуванні за попередньою змовою групою осіб засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушеннях законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Далі, 22 лютого 2022 року ОСОБА_3, перебуваючи у населеному пункті Новоолександрівка Белгородської області РФ, виконуючи накази та розпорядження командира розрахунку, діючи відповідно до розробленого керівництвом ЗС РФ плану ведення агресивної війни, у складі вказаного підрозділу, здійснив заряджання БМ-21 «Град» реактивними снарядами у кількості 40 одиниць. 23 лютого 2022 року вищевказаний військовий підрозділ у складі 6 бойових розрахунків БМ-21 «Град» із спеціальними автомобілями КАМАЗ, МТЛБУ, прибув до району с.Малинівка Белгородської області РФ, де за командою командира батареї « ІНФОРМАЦІЯ_5 », виконуючи дії по підготовці до реалізації плану ведення бойових дій в порушення законів та звичаїв війни, розташовуючись на відстані біля 4-6 км від лінії державного кордону РФ із Україною, здійснили шиккування наявних БМ-21 «Град» із направленням заряджених пакетів у бік території України із установками прицілу 340 одиниць, напрямом кутоміру 45-30 (270 градусів 11 хвилин). При цьому, у вказаний період часу ОСОБА_3, діючи за попередньою змовою у групі осіб, виконуючи обов'язки водія-заряджаючого здійснив переведення важелю БМ-21 «Град» у бойове положення, ввімкнув привід та утримував обороти приводу до моменту закінчення наведення на максимальну висоту пакету бойової машини, зарядженим 40 одиницями реактивних снарядів, у бік території України, достовірно знаючи, що вказаний вид озброєння за вищезазначених умов має невибіркову дію та за таких обставин до району ураження обов'язково потраплять об'єкти цивільної інфраструктури, житлові будинки, цивільні особи. Далі, біля 05:00 24 лютого 2022 року 1-му вогневому взводу 1-ої артилерійської батареї вказаного підрозділу, що перебував у вказаній місцевості в районі с.Малинівка Белгородської області РФ, від командира батареї надійшла команда «Вогонь!». При цьому, будь-яких поправок та коригувань направленої батареї БМ-21 «Град» здійснено не було. Після отримання зазначеної команди, командир розрахунку, усвідомлюючи наслідки у вигляді застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інших порушень законів та звичаїв війни, повернув спеціальний ключ та натиснув кнопку на відкриття вогню з БМ-21 «Град», що охоплювалось кримінальним протиправним умислом ОСОБА_3 . За результатом вказаних дій, із БМ-21 «Град», в розрахунку

якого знаходився ОСОБА_3, відбувся залп реактивними снарядами у кількості 38 одиниць.»⁵³.

По-п'яте, через наявність та використання вогнепальної зброї: «04.03.2022 зранку у точно невстановлений час ОСОБА_4 спільно з іншими військовослужбовцями збройних сил російської федерації, будучи озброєними автоматичною вогнепальною зброєю, незаконно вторглися на територію приватного домогосподарства»⁵⁴.

Слушно пише Н. Антонюк, що буде доречним наведення доказів того, що комбатант належить до збройних формувань держави-агресора, або формувань, які підтримуються (матеріально, організаційно, зброєю, паливом, харчами тощо) державою-агресором (як-от формування ДНР і ЛНР тощо). Ідеться і про показання такої особи, про наявність відповідних шевронів чи інших розпізнавальних знаків належності, документації (посвідчень, наказів тощо). Додатковими джерелами доказів, які дають змогу встановити факт усвідомлення виконавцем фактичних обставин, що вказували на існування збройного конфлікту, є вивчення обставин участі виконавця у військових діях РФ на території України. Ідеться не лише про показання комбатанта, а й інформацію з камер відеоспостереження, мобільних телефонів, публікацій у мережі Інтернет щодо перебування військового підрозділу виконавця на території України та/або участі цього підрозділу у військових діях на території України⁵⁵.

Усі ці аспекти є важливими для констатації вчинення діяння у контексті та у зв'язку зі збройним конфліктом та усвідомлення існування збройного конфлікту, а специфіка викладу може залежати від характеристик об'єктивної сторони. При цьому важливо обґрунтувати належність обвинуваченого до сторони збройного конфлікту – рф (і тут йдеться не тільки про громадянство у розумінні українського законодавства, зважаючи на факти «служби» у незаконних формуваннях лднр осіб, які все ще мають українське громадянство), його ознаки комбатанта та обставини, що беззаперечно свідчать про те, що він розуміє свою участь у збройному конфлікті (що, до речі, стає простішим з плином часу, зважаючи на велику кількість інформації про збройну агресію рф проти України та воєнні злочини та території України, потрапляння у полон та обміни, відкриту мобілізацію у рф). Відмічу, що дехто з російських військовослужбовців казав, що їхав ніби то на

⁵³ Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 31 травня 2022 року, справа № 535/244/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104531363>

⁵⁴ Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 11 березня 2024 року, справа № 748/1278/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117537510>

⁵⁵ Антонюк Н. О. Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення. Право України. 2023. № 5. DOI: 10.33498/louu-2023-05-030 С. 37.

вчення⁵⁶. Утім, це складно сприйняти інакше, як тактику захисту, бо «думати» про вчення при шаленому збройному супротиві Українського народу та відсічі загарбникам, є, як мінімум, наївним, а кадровий військовий має розуміти різницю між вченням та воєнною операцією.

ВИСНОВКИ

Для кваліфікації за ст. 438 КК України має бути встановлений, доведений та в необхідному обсязі описаний у процесуальних документах контекстуальний елемент воєнного злочину в усіх складових: наявності міжнародного збройного конфлікту, пехус, усвідомлення наявності міжнародного збройного конфлікту. Відсутність контекстуального елемента виключає правильність кваліфікації діяння за ст. 438 КК України.

Аналіз вироків за ст. 438 КК України дозволяє виділити такі основні аспекти викладу контекстуального елемента, на які слід звернути увагу для покращення змісту та форми вироків:

1) Наявність збройного конфлікту як результату збройної агресії росії проти України з 2024 року описується судами кардинально неоднаково як за фактами (мається на увазі охоплення часового проміжку), так і у аспекті покликання на право. Натепер все ще зберігається початок викладу контекстуального елемента з 1945 року, хоча у доктрині та на практиці таке історичне заглиблення вже неодноразово піддавалося ґрунтовній критиці. Як видається, доречним є: уточнення про початок міжнародного збройного конфлікту з 2014 року; згадка про дату 24 лютого 2022 року як початку широкомасштабного вторгнення, яке вже не приховувалося російською федерацією; наголошення на режимі воєнного стану на усій території України. Що ж до посилання на право, то не є зайвим звернення до положень міжнародного гуманітарного права щодо ідентифікації збройного конфлікту та визначення його виду, а також на ст. 2 Женевських конвенцій.

2) Недопустимим є вказання просто на наявність збройного конфлікту без уточнення сторін та різновиду такого конфлікту.

3) Якщо елемент наявності збройного конфлікту доволі структурно-логічно можливо виокремити у тексті вироків, і з нього, як правило, починається сам вирок, то пехус та усвідомлення наявності міжнародного збройного конфлікту виокремити складніше, оскільки

⁵⁶ «Ми перемололи третину армії РФ». Радник голови МВС Геращенко розповів НВ, як українські військові взяли в полон уже близько 2 тис. росіян. URL: <https://nv.ua/ukr/ukraine/politics/ukrajinski-viyskovyi-vzyali-v-polon-uzhe-blizko-2-tis-rosiyan-interv-yu-50223031.html>

структурно вони не виділяються і імпліцитно наявні через опис обстановки, дій обвинувачених, належність до сторони збройного конфлікту, суб'єктивної сторони тощо. Як видається, у аспекті структурування вироку є потреба змістовного наголосу на встановленій сукупності фактів саме як таких, що свідчать про пехус та усвідомлення наявності міжнародного збройного конфлікту.

Правильний виклад контекстуального елементу у вироків свідчить про доведеність належної кваліфікації діяння саме як воєнного злочину, про законність вироку та спрямованість політики держави на забезпечення справедливого суду для усіх, хто може бути причетним до вчинення воєнних злочинів. Це важливо не тільки для ситуацій можливого звернення засуджених до ЄСПЛ, а й для демонстрації тих зусиль, які Україна вживає для забезпечення конвенційного права на справедливий суд навіть тоді, коли мова йде про міжнародні злочини, вчинені армією агресора на території України стосовно українського народу.

АНОТАЦІЯ

В умовах міжнародного збройного конфлікту на території України внаслідок збройної агресії російської федерації воєнні злочини, які вчиняються, за чинним КК України кваліфікуються за ст. 438 – воєнні злочини (раніше – порушення законів та звичаїв війни). Обов'язковим елементом такого злочину є контекстуальний, який і надає підстави кваліфікувати діяння не як ординарний, а як воєнний злочин.

У вироків за ст. 438 КК України має бути якісно та аргументовано викладений контекстуальний елемент. Наявні вироків демонструють різні підходи до такого викладу по усім проявам контекстуального елементу. наявності міжнародного збройного конфлікту, пехус, усвідомлення наявності міжнародного збройного конфлікту. Аналіз вироків за ст. 438 КК України дозволяє виділити звернути увагу на можливості для покращення змісту та форми вироків. Наявність збройного конфлікту як результату збройної агресії росії проти України з 2024 року описується судами кардинально неоднаково як за фактами (мається на увазі охоплення часового проміжку), так і у аспекті покликання на право. Як видається, доречним є: уточнення про початок міжнародного збройного конфлікту з 2014 року; згадка про дату 24 лютого 2022 року як початку широкомасштабного вторгнення, яке вже не приховувалося російською федерацією; наголошення на режимі воєнного стану на усій території України. Що ж до посилання на право, то не є зайвим звернення до положень міжнародного гуманітарного права щодо ідентифікації збройного конфлікту та визначення його виду,

а також на ст. 2 Женевських конвенцій. Недопустимим є вказання просто на наявність збройного конфлікту без уточнення сторін та різновиду такого конфлікту. Якщо елемент наявності збройного конфлікту доволі структурно-логічно можливо виокремити у тексті вироків, і з нього, як правило, починається сам вирок, то пехус та усвідомлення наявності міжнародного збройного конфлікту виокремити складніше, оскільки структурно вони не виділяються і імпліцитно наявні через опис обстановки, дій обвинувачених, належність до сторони збройного конфлікту, суб'єктивної сторони тощо. Як видається, у аспекті структурування вироку є потреба змістовного наголосу на встановленій сукупності фактів саме як таких, що свідчать про пехус та усвідомлення наявності міжнародного збройного конфлікту.

Література

1. Теорія та практика міжнародного кримінального права : підручник / [Зелінська Н. А., Андрейченко С. С., Дрьоміна-Волок Н. В., Коваль Д. О. ; за ред. проф. Зелінської Н. А.]. Одеса : Фенікс, 2017. 582 с.
2. Керівництво з базових стандартів розслідування для документування міжнародних злочинів в Україні. Травень 2023. URL: <https://globalrightscpliance.com/>
3. Настільна книга судді з матеріалами для розгляду справ про міжнародні злочини, URL: <http://www.nsj.gov.ua/>
4. Гловюк І. Вироки за ст. 438 КК України: порушення законів та звичаїв війни – з 24 лютого 2022 року. URL: https://drive.google.com/file/d/1BsWp84Q_pB_2oHkTS_A_PN_OPKwBY8kk/view
5. Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина. Київ, 2023. URL: https://justgroup.com.ua/wp-content/uploads/2023/05/standart-rozsliduvannya_zagalna-chastyna.pdf
6. Постанова Великої Палати Верховного Суду від 28 лютого 2024 року, справа № 415/2182/20. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117555176>
7. Загине́й-Заболотенко З. А., Гладун О. З. Порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 Кримінального кодексу України): особливості кваліфікації з урахуванням контекстуальних обставин. *Право України*. 2023. № 5. С. 117-132. DOI: 10.33498/lopu-2023-05-117
8. Антонюк Н. О. Контекстуальний елемент воєнних злочинів: зміст і необхідність встановлення. *Право України*. 2023. № 5. С. 30-38. DOI: 10.33498/lopu-2023-05-030
9. Коваль Д.О., Авраменко Р.А. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі. Київ : ГО Truth Hounds; Одеса : Фенікс, 2019. 36 с.

10. Гловюк І. Ординарний чи воєнний злочин: досвід кваліфікації на прикладі двох ситуацій. *Захист прав людини в українській моделі перехідного правосуддя* : матеріали наук.-практ. круглого столу, м. Харків, 14 черв. 2024 р. : електрон. наук. вид. / НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України ; Громад. орг. «Всеукр. асоц. кримін. права». Харків : Право, 2024. С. 65-70.

11. Гловюк І.В. Тетерятник Г.К. Контекстуальні елементи у провадженнях щодо воєнних злочинів: предмет доказування *suī generis*. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 6. С. 394-398. DOI <https://doi.org/10.32782/2524-0374/2022-6/87>

12. Otto Triffterer and Kai Ambos (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary* (3rd edn., C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016) xxxix, 2,352 pp. (Hardcover).

13. Harmen van der Wilt. War Crimes and the Requirement of a Nexus with an Armed Conflict. *Journal of International Criminal Justice* 10 (2012), 1113-1128. doi:10.1093/jicj/mqs060 P. 1127-1128.

14. Вирок Броварського міськрайонного суду Київської області від 23 жовтня 2023 року, справа № 361/6545/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114340568>

15. Шевчук О., Шевчук А. Формулювання контекстуальних обставин в остаточних судових рішеннях у справах про порушення законів та звичаїв війни: особливості юридичної аргументації. *Слово Національної школи суддів України*. 2024. №1 (46). С. 149-162. DOI 10.37566/2707-6849-2024-1(46)-14

16. Вирок Новоградського районного суду міста Чернігова від 23 жовтня 2023 року, справа №751/1303/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114511607>

17. Вирок Бородянського районного суду від 11 грудня 2023 року, справа № 367/3635/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115543640>

18. Вирок Суворовського районного суду м. Одеси від 30 жовтня 2023 р., справа № 523/8377/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114705152>

19. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 29 січня 2024 року, справа № 748/3511/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116622634>

20. Вирок Тростянецького районного суду Сумської області від 14 лютого 2024 року, справа № 588/1363/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116968500>

21. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 20 лютого 2024 року, справа № 760/2836/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/118944945>

22. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 11 березня 2024 року, справа №760/10793/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117558621>

23. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 04 грудня 2023 року, справа № 748/3888/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/115421876>

24. Вирок Ічнянського районного суду Чернігівської області від 26 квітня 2023 року, справа № №733/923/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110482776>

25. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 12 січня 2023 року, справа № 748/1773/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/108357178>

26. Вирок Бахмацького районного суду Чернігівської області від 25 січня 2024 року, справа № 728/665/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116539533>

27. Вирок Куликівського районного суду Чернігівської області від 28 лютого 2024 року, справа № 743/380/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117304451>

28. Elements of Crimes. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/Publications/Elements-of-Crimes.pdf>

29. Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court Sources and Commentary. Knut Dormann with contributions by Louise Doswald-Beck and Robert Kolb. Cambridge University Press, 2003. 524 p.

30. Peter Robinson's Summary of Decisions of the International Criminal Court ICC Statute, Rules of Procedure and Evidence, Regulations of Court, and Code of Professional Conduct for Counsel annotated. 2025. 1006 p. URL: https://peterrobinson.com/wp-content/uploads/2025/01/Peter-Robinson_ICC-Digest_December-2024.pdf

31. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 23 травня 2022 року, справа № 760/5257/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>

32. Вирок Октябрського районного суду м. Полтави від 13 червня 2022 року, справа № 554/3954/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104731235>

33. Вирок Солом'янського районного суду м. Києва від 26 вересня 2022 року, справа №760/4174/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/106808179>

34. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 27 квітня 2023 року, справа № № 734/2129/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/110482938>

35. Вирок Саксаганського районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 10 жовтня 2023 року, справа № 522/3868/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/114042300>

36. Вирок Києво-Святошинського районного суду Київської області від 09 січня 2024 року, справа № 369/3120/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/116176015>

37. Вирок Ічнянського районного суду Чернігівської області від 25 березня 2024 року, справа №733/961/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117894180>

38. Commentary on the Law of the International Criminal Court. Mark Klamberg (editor). Torkel Opsahl Academic EPublisher Brussels. 2017. 776 p.

39. Вирок Котелевського районного суду Полтавської області від 31 травня 2022 року, справа № 535/244/22. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/104531363>

40. Вирок Чернігівського районного суду Чернігівської області від 11 березня 2024 року, справа № № 748/1278/23. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/117537510>

41. «Ми перемололи третину армії РФ». Радник голови МВС Геращенко розповів НВ, як українські військові взяли в полон уже близько 2 тис. росіян. URL: <https://nv.ua/ukr/ukraine/politics/ukrajinski-viyskovyi-vzyali-v-polon-uzhe-blizko-2-tis-rosiyan-interv-yu-50223031.html>

Information about the author:

Hloviuk Iryna Vasylivna

Doctor of Law, Professor, Honored Lawyer of Ukraine,
barrister,
member of the Board of the Ukrainian National Bar Association
Committee on Criminal Law and Procedure,
member of the Committee on Constitutional Justice and Human Rights
of the Odesa Regional Bar Council
41, Saksaganskoho str., Kyiv, 01033, Ukraine