Україна та Міжнародний кримінальний суд (оновлено)

Київ, Україна

Квітень 2021 р.

Global Rights Compliance

Україна та Міжнародний кримінальний суд

Квітень 2021 р.

Цей звіт підготовлено міжнародною групою Global Rights Compliance.

Global Rights Compliance діє як фонд, заснований у Нідерландах як Stitching «Global Rights Compliance Foundation», зареєстрований у муніципалітеті s-Gravenhage 10 листопада 2017 р., номер RSIN 858118841 та код SBI 94996.

Електронну версію цього документу англійською та українською мовами можна знайти на веб-сайті www.globalrightscompliance.com, а також на сторінці Global Rights Compliance у Facebook.

Заява про відмову від відповідальності

Цей звіт був уперше опублікований у 2016 р. в рамках проєкту «Міжнародний кримінальний суд та реформа міжнародного гуманітарного права», що фінансувався урядом Великої Британії. Оновлений звіт за 2020 р. був профінансований Міністерством закордонних справ Нідерландів у рамках проєкту MATRA *«Зміцнення спроможності України розслідувати та переслідувати міжнародні злочини»* –спільної ініціативи T.M.C. Asser Instituut та Global Rights Compliance. Погляди, висловлені у звіті, належать лише автору (авторам).

Global Rights Compliance

ЗМІСТ

Вступ 10

ГЛАВА 1: ДОВІДКОВА ІНФОРМАЦІЯ 17

Частина I: Огляд українських реалій та діяльності Міжнародного кримінального суду 17

I. МКС: Світовий кримінальний суд 17
II. Юрисдикція МКС 18
A. Які злочини? 18
B. Хто може постати перед МКС? 19
C. Коли МКС може розглядати справу? 20
D. Структури у складі МКС 22
III. Україна, МКС і Римський статут 28

Частина II: Юрисдикція Міжнародного кримінального суду 37

I. Заяви: де і коли МКС здійснює свою юрисдикцію 37
A. Юрисдикція на підставі Заяви 37
B. Юрисдикція в контексті ситуації в Україні 39
C. Вплив Заяв України на співробітництво 52

II. Ратифікація: Юрисдикція МКС 53
A. Ратифікація проти Заяви та їх вплив на юрисдикцію МКС: відмінності 54
B. Подібності 57

III. Процедура ратифікації Римського статуту 58
A. Визначення 58
B. Кроки, які необхідно здійснити для прийняття Римського статуту 59

IV. Злочини: Діяння, щодо яких МКС має юрисдикцію 65
A. Вступ 65
B. Злочини відповідно до Римського статуту 65
C. Види співучасті 78

Частина III: Попереднє вивчення та розслідування 83

I. Попередні вивчення 83
A. Загальний огляд процедури попереднього вивчення 83
B. Перший етап: Попередня перевірка 86
C. Другий етап: Юрисдикція 86
D. Третій етап: Прийнятність 87
E. Четвертий етап: Інтереси правосуддя 89
F. Звіт: Результати 90

II. Розслідування 90
A. Як починається повне розслідування 91
B. Розслідування 92
C. Відкриття справи в МКС 95
D. Слухання з питань підтвердження обвинувачення 95

Частина IV: інформація, докази та судові процеси 98

I. Передача інформації Прокурору МКС 98
II. Докази у Міжнародному кримінальному суді 99
III. Основні стандарти розслідування 100
IV. Судовий розгляд 100
V. Визначення покарання 102

A. Ув'язнення 103
B. Фінансові санкції 105
C. Оскарження вироку 106
D. Приведення вироку у виконання 106

Частина V: потерпілі та свідки 107

I. Потерпілі в МКС 107
A. Отримання статусу потерпілого 108
B. Сприяння участі потерпілих 109

II. Захист потерпілих і свідків в МКС 110
A. Заходи захисту 110
B. Спеціальні заходи 111

III. Репарації 112

ГЛАВА 2: ЗВІТ 115
Частина I: Огляд діяльності Міжнародного кримінального суду в Україні 115

I. Вступ 115
II. МКС 115
A. Що таке МКС? 115
B. Юрисдикція МКС 117
C. Структури в МКС 120

III. Україна, МКС і Римський Статут 127
A. Україна та її взаємовідносини з МКС у період 1998-2002 роках 128
B. Конституційний суд та Римський статут 129
C. Україна та МКС після 2002 року 130
D. Україна та МКС у 2014-2015 роках: Заяви про визнання юрисдикції МКС 132
E. Поточна ситуація та ратифікація 134

Частина II: Юрисдикція Міжнародного кримінального суду 139
Частина II(A): Заяви 139

I. Заяви: Де і Коли МКС здійснює свою юрисдикцію 139
A. Заяви та юрисдикція 139
B. Процедура прийняття Заяви 142

II. Юрисдикція в контексті ситуації в Україні 142
A. Спроби обмежити або скасувати здійснення юрисдикції МКС за допомогою Заяв 143
B. Юрисдикція МКС на спірних територіях: Крим та Східна Україна 147

III. Вплив Заяв на співробітництво 163
A. Зобов'язання співпрацювати з МКС 163
B. Відмова від співробітництва 166

Частина II(B): Які злочини підпадають під юрисдикцію МКС? 168

I. Злочини відповідно до Римського статуту 168
A. Геноцид 168
B. Злочини проти людяності 169
C. Воєнні злочини 185

II. Злочин агресії 197
A. Зміни щодо злочину агресії у 2010 році 197
B. Елементи злочину агресії 198
C. Злочин агресії та Україна і Росія 201

III. Практика: події в Україні та огляд попереднього вивчення Прокурора 207
A. Євромайдан та попереднє вивчення Прокурора 208
B. Крим, Східна Україна та попереднє вивчення Прокурора.....213

IV. Види співучасті.....215
A. Вчинення – стаття 25(3)(a).....216
B. Віддання наказів та підбурювання або спонукання до скоєння злочинів 220
C. Сприяння або пособництво у скоєнні злочину іншим чином 221
D. Участь у скоєнні злочину [Стаття 25(3)(d)] 222
E. Відповідальність військового командира або начальника 223

Частина II(C): Ратифікація 226

I. Визначення поняття «ратифікація» 226
II. Ратифікація проти Заяви та їх вплив на юрисдикцію МКС 227
A. Політичні відмінності та відмінності в управлінні.....227
B. Процедурні відмінності 228
C. Відмінності юрисдикції в часі.....229
D. Відмінності у зобов'язаннях держави.....230
E. Кроки, які необхідно здійснити для прийняття Римського статуту 235
F. Ситуація України.....236
G. Ратифікація 237
H. Імплементація положень Римського статуту на національному рівні 242

I. Вступ 262
II. Попередні вивчення: Загальний огляд 262
A. Тривалість попереднього вивчення 265

III. Перший етап: Попередня перевірка.....266
A. Передача інформації Прокурору МКС 266

IV. Другий етап: Юрисдикція.....268
A. Дії Прокурора під час другого етапу.....269

V. Третій етап: Прийнятність 270
A. Загальний огляд.....270
B. Положення про комплементарність 274
C. Положення про серйозність.....290

VI. Четвертий етап: інтереси правосуддя 293
VII. Результат: Звіт щодо статті 53(1).....296
VIII. Розслідування.....296
A. Як починається повне розслідування.....297
B. Процедура отримання дозволу та початок розслідування.....298
C. Повноваження та обов'язки Прокурора під час етапу розслідування 299
D. Повноваження Прокурора вимагати здійснення арешту або забезпечення явки302
E. Відкриття справи в МКС.....304

Частина IV: інформація, докази та судові процеси.....310

I. Докази у Міжнародному кримінальному суді 310
A. Види інформації / доказів на стадії попереднього вивчення 310
B. Гнучкий підхід до допустимості доказів.....311
C. Усні показання 312
D. Заяви, зроблені за межами суду 312
E. Документальні докази 315
F. Речові докази.....319

G. Висновки експерта 320

II. Члени громадянського суспільства та докази в МКС 321
A. Загальний огляд основних зобов'язань щодо розкриття доказів під час попереднього провадження....322
B. Добровільне надання показань в МКС....324
C. Винятки щодо зобов'язання свідків давати показання в МКС 328
D. Винятки із зобов'язань свідків надавати записи МКС 331

III. Судовий розгляд 335
A. Підготовка до судового розгляду....335
B. Вступна заява....335
C. Права обвинуваченого в ході судового розгляду....336
D. Процедура судового розгляду 337

IV. Завершення подання доказів та заключні заяви....339
V. Судові дебати....339
VI. Вирок....339
VII. Призначення покарання....340
A. Мета засудження....340
B. Процедура призначення покарання 341
C. Підхід до призначення покарання 343
D. Оскарження вироку 356
E. Стандарт апеляційного перегляду рішень про призначення покарання....357
F. Перегляд вироку 358
G. Огляд виконання....359

Частина V: потерпілі та свідки 362
I. Участь потерпілих та їхні точки зору в МКС....362
A. Вступ 362
B. Потерпілі 362
C. Інші способи, в які потерпілі можуть брати участь у судових розглядах в МКС369
D. Сприяння участі потерпілих в МКС....369
E. Підхід органів МКС до участі потерпілих 371

II. Захист потерпілих та свідків....373
A. Огляд 373
B. Коли застосовуються захисні заходи?....373
C. Коли можуть бути застосовані спеціальні заходи? 375
D. Програма захисту свідків та переселення 377

III. Репарації....378
A. Мета репарацій 378
B. Хто може отримувати репарації?....379
C. Характер слухання щодо репарацій 379
D. Перевірка 380
E. Виплата репарацій: заснування Цільового фонду 380
F. Сплата....381
G. Виконання рішень про присудження репарацій 381
H. Приклади репарацій: справи Лубанги, Аль Махді та Катанги 381
I. Як подати заяву про репарації....387

Список умовних скорочень[1]

АДУ	Асамблея держав-учасниць
АОГ	Армія опору Господа
Велика Британія	Сполучене Королівство Великої Британії та Північної Ірландії
Венеціанська комісія	Європейська комісія за демократію через право
Верховна Рада України	парламент України
ВП	військовополонений
ВПО	внутрішньо переміщені особи
ДНР	Донецька Народна Республіка
ДРК	Демократична Республіка Конго
ЄС	Європейський союз
ЄСПЛ	Європейський суд з прав людини
Зведена резолюція	резолюція про посилення Міжнародного кримінального суду та Асамблеї держав-учасниць
ІДІЛ	Ісламська держава Іраку та Леванту
КПЛ ООН	Комісія ООН з прав людини
ЛНР	Луганська Народна Республіка
МАЮ	Міжнародна асоціація юристів
МГП	міжнародне гуманітарне право
МКС	Міжнародний кримінальний суд
МКТР	Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди
МКТЮ	Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії
МКЧХ	Міжнародний комітет Червоного Хреста
МС ООН	Міжнародний Суд ООН
НУО	неурядова організація
ОБСЄ	Організація з безпеки і співробітництва в Європі

[1] Список умовних скорочень за українським алфавітом.

ОГАП	К громадських адвокатів для потерпілих
ОГРСЗ	Офіс громадських радників сторони захисту
ООН	Організація Об'єднаних Націй
ПГА	Парламентарі за глобальні дії
ПНЄ	Партія національної єдності
ППС	Підрозділ у справах потерпілих і свідків
РБ ООН	Рада Безпеки ООН
СБУ	Служба безпеки України
СКП/НР	Союз конголезьких патріотів/народний рух
СКП/ПСЗК	Союз конголезьких патріотів/Патріотичні сили звільнення Конго
СССЛ	Спеціальний суд по Сьєрра-Леоне
СУПР	Секція з питань участі потерпілих і репарацій
УВКПЛ	Управління Верховного комісара ООН з прав людини
УУ	Уряд України
Цільовий фонд	Цільовий фонд МКС в інтересах потерпілих
ЦР	Центральноафриканська Республіка
ЧП	член парламенту
GRC	міжнародна група Global Rights Compliance
HRMMU	Моніторингова місія ООН з прав людини в Україні (ММПЛУ)

Резюме

Цей звіт є оновленою версією звіту, який Global Rights Compliance (“GRC”) опублікували у 2016 році (“Звіт”). У період з липня 2020 року по квітень 2021 року GRC вивчали події, що відбулись у з березня 2016 року по квітень 2021 року у відносинах України з Міжнародним кримінальним судом (“МКС”) і міжнародний договір, який регулює діяльність Суду – Римський статут. У цьому звіті, який поділяється на дві глави, викладено результати роботи міжнародної групи GRC. Перша глава Звіту містить стислу довідкову інформацію щодо основних питань відносин України з МКС, а також питань, пов’язаних із положеннями Римського статуту, включно з процедурою МКС щодо кримінального провадження.

Для тих, хто бажає вивчити юридичні тонкощі в контексті цих тем, у другій главі надається глибший огляд теорії і термінології з таких питань. Структура глави 2 аналогічна до структури глави 1. В ній містяться пояснення складніших аспектів долучення України до МКС, включно з розглядом національних і міжнародних правових зобов’язань Уряду України (далі – «УУ»), які він має тепер – після того, як Україна офіційно надала свою згоду виконання повноважень МКС, подавши дві заяви, які передбачають визнання юрисдикції Суду щодо подій у Криму та на Сході України.

Обидві глави розглядають функціонування МКС і поділяються на п'ять частин. У частині 1 викладено хронологію долучення України до МКС та його діяльність. Хронологічний огляд розпочинається із 1998 року та охоплює поточний період. Огляд діяльності МКС містить опис його основних функцій: у чому полягає діяльність Суду і коли та яким чином він її провадить.

У Частині 2 піднімаються питання повноважень МКС, офіційно більш відомі як «юрисдикція». У цій частині визначено та окреслено деякі основоположні питання щодо юрисдикції МКС. До цих питань відносяться: (i) чи може Уряд України направити ймовірних злочинців до МКС; (ii) чи матиме МКС юрисдикцію щодо злочинів, пов’язаних із Кримом; (iii) чи міг би МКС притягнути до відповідальності іноземних бійців (наприклад, росіян), які скоїли злочини в Україні; (iv) якими можуть бути дії МКС щодо осіб, які одержали обіцянку («амністію»), що вони не будуть притягнуті до відповідальності за злочини, скоєні під час конфлікту.

Крім того, у главах 1 і 2 частини 2 визначено злочини, щодо яких Прокурор МКС може вести розслідування та притягати до відповідальності. Цей аналіз передбачає відповідний розгляд злочину агресії, у тому числі обговорення питання, що він являє собою, а також як і коли МКС розглядатиме цей злочин. На завершення, у частині 2 розглядатимуться наслідки (потенційної) згоди прийняти всі зобов’язання за Римським статутом МКС (інакше кажучи, «ратифікувати» його)

для України, а також – як його положення можуть бути імплементовані в межах національного права.

Частина 3 кожної глави міститиме розгляд перших етапів будь-якої справи в МКС – попереднє вивчення та розслідування. Такі етапи передбачатимуть повідомлення Прокурора МКС про ситуацію, в контексті якої могли бути скоєні можливі злочини, які підпадають під юрисдикцію Суду. Після цього Прокурор МКС розгляне наявну інформацію та визначить, чи є підстави для звернення до Палати попереднього провадження МКС, щоб отримати дозвіл перейти до притягнення до відповідальності можливих суб'єктів злочину. Попереднє вивчення щодо України тривало з 25 квітня 2014 року і нещодавно завершилося.

Продовжуючи тему розгляду справи, у частині 4 ідеться про характер інформації та доказів, які формуватимуть основу будь-якої справи в МКС, і будуть актуальними для України, якщо Палата попереднього провадження МКС задовольнить запит прокурора санкціонувати повне розслідування. У цій частині описано, яким чином держави, урядові та неурядові організації, а також фізичні особи можуть надати Прокурору МКС інформацію щодо злочинів, і різні види доказів, які можуть випливати з такої інформації та формувати основу справ, порушених Прокурором МКС. Таким чином, у частині 4 розглядається питання щодо того, чи можуть члени неурядових організацій та інших «груп оперативного реагування» (тобто тих, хто залучений до розслідування міжнародних злочинів) бути викликані для надання свідчень в МКС, і, якщо так, то яким може бути прогнозований характер інформації, витребуваної Судом. На завершення, у частині 4 окреслено, що відбувається в МКС під час судового процесу та призначення покарання.

Нарешті, у частині 5 розглядається роль потерпілих від міжнародних злочинів і свідків цих злочинів під час провадження у МКС. Зокрема, у цій частині вказано, як потерпіла особа може долучитися до провадження у МКС та зазначено її роль у ньому. У частині 5 також описано, яким чином Суд забезпечує захист свідків і потерпілих. Насамкінець, у ній буде розглянуто питання «репарацій» – офіційний термін, який застосовується на позначення компенсацій для осіб, які постраждали внаслідок злочинної поведінки особи, визнаної МКС винною у скоєнні міжнародних злочинів.

На думку міжнародної групи GRC, інформація, надана в цьому Звіті, є найвагомішою для розуміння відносин України з МКС, які наразі розвиваються, і міжнародного правосуддя загалом. Хоч є підстави вважати, що Україна виявляє бажання долучитися до МКС, їй ще належить ратифікувати Римський статут. Відповідно, у цьому Звіті висвітлюються поширені помилкові думки та переконання щодо країни та Суду, а також описуються поточна ситуація та прогнози майбутнього України. Цей Звіт містить детальний опис природи МКС та сфери його компетенції для сприяння

та забезпечення поінформованого обговорення, пов'язаного із процесом долучення України до МКС.

Міжнародна група GRC підготувала два подальших звіти з питань міжнародного гуманітарного права (далі – «МГП»). По-перше, міжнародна група GRC провела аналіз правових засобів, спрямованих на виявлення прогалин і невідповідностей щодо імплементації норм МГП на національному рівні у правовій системі України. Цей Звіт містить результати роботи міжнародної групи GRC та ґрунтовну оцінку ступеня національної імплементації.

По-друге, міжнародна група GRC розглянула практику державних органів, відповідальних за імплементацію норм МГП, і поточний підхід до притягнення до відповідальності за порушення МГП за відповідними міжнародними стандартами.

Мета цього Звіту – доповнити два звіти, вказані вище, і надати комплексний огляд загального ступеня дотримання Україною стандартів МГП, а також надати цілій низці зацікавлених сторін у сфері МГП (включно з урядовими та неурядовими організаціями) інформацію про правові «тонкощі» для впровадження критично важливої реформи чи підвищення рівня відповідальності в Україні іншим чином.

Вступ

З моменту проголошення України незалежною державою у 1991 році прозахідні та проросійські політичні сили перебувають у постійній боротьбі за право визначати характерні риси самобутності держави. Ніколи раніше ця боротьба не була такою очевидною, ніж під час Революції Гідності у 2014 році, яка також стало відомою як «Євромайдан», та під час конфлікту, який розпочався на сході України.

У листопаді 2013 року демонстранти зайняли Майдан Незалежності, щоб протестувати проти рішення Президента Віктора Януковича відкласти інтеграцію України в ЄС: замість того, щоб підписати Угоду про Асоціацію з Європейським Союзом (далі - «ЄС»),[2] Янукович взяв позику у розмірі 15 млрд. дол. США у Російської Федерації, яку дехто вважає хабарем за те, щоб не підписувати угоду з ЄС.[3] Після більш ніж двадцяти років процвітання корупції та поганого управління, невиконаних обіцянок Помаранчевої революції українці вирішили, що з них досить.

Демонстранти протестували протягом усієї зими, що вилилося у зіткнення в кінці лютого. 18 лютого на учасників акції протесту на Майдані напали проурядові сили, що призвело до появи численних поранених та загиблих. За даними Моніторингової місії Організації Об'єднаних Націй з прав людини в Україні («HRMMU»),[4] 90 осіб було вбито у період з 18 по 20 лютого, і, згідно з припущеннями, що містяться у звітах, в основному снайперським вогнем.[5] З грудня 2013 року по лютий 2014 року було вбито 121 особу.[6] Не маючи виправдання нападу на протестувальників та втративши мандат на керування державою, президент Янукович 21 лютого втік з країни.

У кінці місяця до Автономної Республіки Крим стали прибувати невідомі озброєні люди (які

---

[2] Ян Трейнор, Оксана Гриценко (Ian Traynor, Oksana Grytsenko), «Україна відклала переговори про торгівельну угоду з ЄС, Путін виграє у вирішальній битві» ('Ukraine suspends talks on EU trade pact as Putin wins tug of war') *The Guardian* (UK, 21 листопада 2013).

[3] Даміен Макелрой (Damien McElroy), «Україна отримала в половину меншу ціну та 15 млрд.долл.США, щоб залишитися союзником Росії» ('Ukraine receives half price gas and $15 billion to stick with Russia') *The Telegraph* (Лондон, 17 грудня 2013); «Янукович заявил, что взяток у России не брал» *Українська Правда* (Київ, 9 грудня 2013).

[4] У березні 2014 року Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини розгорнуло в Україні Моніторингову місію з прав людини для оцінки та складання звіту про становище в галузі прав людини, а також для надання підтримки уряду України у сприянні правам людини та їх захисту. В рамках своєї роботи Місія готує щомісячні звіти, що описують ситуацію з правами людини, та робить рекомендації. Див. Моніторингова місія ООН з прав людини в Україні (ООН Україна).

[5] Управління Верховного комісара ООН з прав людини («УВКПЛ»), Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (15 квітня 2014 року) пункт 57. Серед загиблих було 101 учасник протесту, 17 співробітників міліції, 2 члени неурядової організації «Оплот» та кримський татарин. *Там само.*

[6] *Там само.*

пізніше були визнані військовими Російської Федерації). [7] Крім того, що вони зайняли урядові будівлі та де факто здобули контроль над регіоном, вони ще призначили на 16 березня 2014 року проведення «референдуму» з питання включення Криму до складу Російської Федерації. Цей референдум суперечив Конституції України, [8] і його проведення, як стверджується, супроводжувалося порушенням виборчих процедур. [9] Результати референдуму показали, що більше ніж 95 % тих, хто брав участь у референдумі, підтримали приєднання до Російської Федерації. [10] Відповідно, Договір про прийняття в Російську Федерацію Республіки Крим було підписано між представниками Росії та Республіки Крим 18 березня 2014 року і невідкладно ратифіковано Федеральними Зборами Російської Федерації. [11] Міжнародна спільнота засудила такий перебіг подій.[12]

З початком втручання Росії у життя півострова були зафіксовані постійні порушення прав людини, включаючи насильницькі зникнення, катування, обмеження свободи вираження поглядів, а також

---

[7] *Див. напр.* «У Криму відбувається збройне вторгнення Росії - Куніцин» Українська правда (28 лютого 2014 року). *Див. також* «Путін вперше визнав, що "зелені чоловічки" - його військові» (*Українська правда*, 17 квітня 2014).

[8] *Див.* Конституція України, ст. 73, яка передбачає, що «[п]итання про зміну території України вирішуються виключно *всеукраїнським референдумом*» (виділено); *див. також* Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційними поданнями виконуючого обов'язки Президента України, Голови Верховної Ради України та Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) Постанови Верховної Ради Автономної Республіки Крим «Про проведення загальнокримського референдуму» (справа про проведення місцевого референдуму в Автономній Республіці Крим) No2-рп/2014 [Електронний ресурс] – 14 березня 2014.

[9] До виявлених порушень належать: (i) додаткові списки виборців; (ii) переслідування та свавільне затримання учасників протесту проти референдуму; (iii) утиски та переслідування журналістів, які намагаються повідомляти про порушення; (iv) голосування на дому здійснювалось без належної підготовки; (v) перебування військових угрупувань, які, за загальнопоширеною версією, повністю або частково складаються з росіян. Референдум було ініційовано та проведено з грубим порушенням законів України, оскільки стаття 73 Конституції України однозначно передбачає, що «питання щодо зміни території України вирішуються виключно всеукраїнським референдумом». З урахуванням вищевикладеного Генеральна Асамблея ООН у своїй Резолюції 68/262 проголосила, що референдум «не мав юридичної сили». Для отримання більш детальної інформації *див.* УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (15 квітня 2014 року) пункт 6.

[10] «За приєднання до Росії проголосувало майже 97% кримчан», *Tyzhden.ua* (Київ, 17 березня 2014)

[11] Договір було ратифіковано федеральним законом Російською Федерацією 21.03.2014 N 36-ФЗ, який носить назву «О ратификации Договора между Российской Федерацией и Республикой Крым о принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов», прийнятий на 349-ій (позачерговій) сесії Ради Федерації.

[12] *Наприклад,* 27 березня 2014 року Генеральна Асамблея ООН ухвалила резолюцію «Територіальна цілісність України». Вона була ухвалена 100 голосами за, 11 голосами проти та 58 держав утримались, резолюція підтримала територіальну цілісність та закликала держав-учасниць і міжнародні організації ані визнавати будь-які зміни територіального складу України, ані вчиняти будь-які дії, які могли би тлумачитися як визнання. *Див.* UNGA Res 68/262 (1 квітня 2014).

свободи асоціації.[13]

Відразу після подій в Криму ситуація на сході України дестабілізується. У Донецькій і Луганській областях люди почали протестувати проти «перевороту» в Києві і проти того, що вони сприймали як дискримінацію російськомовного населення в Україні.[14] Учасники протесту на цій території також заявили про своє бажання об'єднатися з Росією. У квітні 2014 року спалахнув конфлікт між озброєними сепаратистами на сході (яких, ймовірно, підтримувала Росія) та правоохоронними органами, які розміщувалися у східній частині України.

11 травня 2014 року проросійські сепаратисти організували референдум з питання суверенітету Донецької та Луганської областей, результати якого (89,07 % донеччан і 96,20 % луганчан висловились на користь незалежності).[15] Незабаром після цього місцеві жителі оголосили територію Донецької і Луганської областей «Донецькою Народною Республікою» (далі - «ДНР») та «Луганською Народною Республікою» (далі - «ЛНР») відповідно.

З квітня 2014 року по квітень 2018 року український уряд проводив «антитерористичну операцію» в східній Україні. У 2018 році назва змінилася з «АТО» на «Операція об'єднаних сил». Зокрема, 24 лютого 2018 року набув чинності закон,[16] що передбачає нову основу діяльності Уряду для відновлення контролю над окремими районами Донецька та Луганська, згідно з якою Об'єднаному оперативному штабу Збройних Сил України доручено протидіяти збройній агресії проти України.[17] Відповідно, «АТО» закінчилась, а «Операція об'єднаних сил» Збройних Сил України

---

[13] УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (15 квітня 2014 року) пункти 6, 72, 83, 85; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (15 травня 2014) пункти 5, 118, 127, 129, 137, 138, 142-144, 146, 148-154; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (15 червня 2014) пункти 9, 10, 15, 140, 236- 238, 241, 284-286, 289-292, 295, 298-303, 305, 307-320, 323, 324; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (15 липня 2014) пункти 16, 131, 145, 154-156, 185-187, 189, 191, 192; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (1 грудня 2014 по 15 лютого 2015) пункти 19, 20, 92-95, 98, 101, 103; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (16 серпня по 15 листопада 2015) пункти 15, 141, 149-155, 158; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в тимчасово окупованій Автономній Республіці Крим та місті Севастополі, Україна 13 вересня 2017 року по 30 червня 2018 року (10 вересня 2018) пункти 22-25, 31-35, 44-47, 53-56; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (16 травня по 15 серпня 2019) пункти 109-110.

[14] *Див, наприклад* «Українська криза: хронологія подій» ('Ukraine crisis: Timeline') BBC (13 листопада 2014).

[15] «Фарс референдуму в Донбасі» ('The Farce of the 'Referendum' in Donbas') OSW (14 травня 2014). Як зазначалось вище щодо Криму, стаття 73 Конституції України передбачає, що «[п]итання про зміну території України вирішуються виключно *всеукраїнським референдумом*» (виділено). *Див. вище,* виноска 8.

[16] Закон України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях» № 2268 [Електронний ресурс] – 18 січня 2018.

[17] *Там само,* ст. 9.

розпочалась у квітні 2018 року.[18]

Конфлікт в Україні мав катастрофічні наслідки для жителів Криму та Донбасу: за даними Міністерства соціальної політики України станом на 13 квітня 2021 року кількість внутрішньо переміщених осіб («ВПО») в Україні становила приблизно 1,464,628.[19] Крім того, Канцелярія Прокурора Міжнародного кримінального суду в ході попереднього розгляду дійшла висновку, що є обґрунтована підстава вважати, що на кожній із цих оспорюваних територій було здійснено низку військових злочинів та злочинів проти людяності. Канцелярія знайшла обґрунтовану підставу вважати, що наступні воєнні злочини були скоєні з 26 лютого 2014 року в період до, та / або в контексті окупації території Криму:

- умисне вбивство відповідно до статті 8(2)(a)(i);
- катування відповідно до статті 8(2)(a)(ii);
- посягання на людську гідність відповідно до статті 8(2)(b)(xxi);
- незаконне ув'язнення відповідно до статті 8(2)(a)(vii);
- примушення захищених осіб служити у силах ворожої Держави відповідно до статті 8(2)(a)(v);
- навмисне позбавлення захищених осіб прав на справедливий та нормальний судовий розгляд відповідно до статті 8(2)(a)(vi);
- переміщення частин населення окупованої території за межі цієї території (щодо затриманих у кримінальному провадженні та ув'язнених) відповідно до статті 8(2)(b)(viii); і
- захоплення майна ворога, яке не вимагається військовою необхідністю щодо приватних та культурних цінностей, відповідно до статті 8(2)(b)(xiii) Римського статуту.[20]

Канцелярія Прокурора також дійшла висновку, що є розумна підстава вважати, що в контексті триваючої окупації Криму були скоєні наступні злочини проти людяності:

- вбивство відповідно до статті 7(1)(a);
- депортація чи примусова передача населення (щодо передачі затриманих у кримінальному провадженні та ув'язнених) відповідно до статті 7(1)(d);
- позбавлення волі або інше суворе позбавлення фізичної свободи відповідно до статті

[18] Указ Президента України «Про рішення Ради національної безпеки і оборони України «Про широкомасштабну антитерористичну операцію в Донецькій та Луганській областях» від 30 квітня 2018 року» № 116/2018 [Електронний ресурс].
[19] Міністерство соціальної політики України, Обліковано 1 464 628 внутрішньо переміщених осіб (13 квітня 2021).
[20] Канцелярія прокурора Міжнародного кримінального суду, «Звіт про діяльність з попереднього розгляду 2020» ('Report on Preliminary Examination Activities 2020') (14 грудня 2020), пункт 278.

7(1)(e);

- катування відповідно до статті 7(1)(f);
- переслідування будь-якої ідентифікованої групи чи колективу з політичних мотивів відповідно до статті 7 (1) (h); і
- насильницьке зникнення осіб відповідно до статті 7(1)(i) Римського статуту.[21]

Канцелярія Прокурора дійшла висновку, що наявна інформація дає обґрунтовану підставу вважати, що в період з 30 квітня 2014 року в контексті збройного конфлікту на Сході України були скоєні щонайменше такі воєнні злочини: [22]

- навмисне спрямування нападів проти цивільних осіб та цивільних об'єктів, відповідно до статті 8(2)(b)(i)-(ii) чи 8(2)(e)(i);
- навмисне спрямування нападів проти захищених будівель, відповідно до статті 8(2)(b)(ix) чи 8(2)(iv);
- умисне вбивство, відповідно до статті 8(2)(a)(i) чи статті 8(2)(c)(i);
- катування або таке, що принижує гідність людини / жорстоке відношення, відповідно до статті 8(2)(a)(ii) чи статті 8(2)(c)(i));
- приниження людської гідності, відповідно до статті 8(2)(b)(xxi) чи статті 8(2)(c)(ii); and
- зґвалтування та інші форми сексуального насильства, відповідно до статті 8(2)(b)(xxii) чи статті 8(2)(e)(vi) Римського статуту,[23] та

Крім того, якщо конфлікт мав також міжнародний характер, Канцелярія Прокурора вважає, що є обґрунтована підстава вважати, що були скоєні такі воєнні злочини:

- навмисне спрямування нападів, що спричинили шкоду цивільним особам та цивільним об'єктам, які явно перевищували передбачену військову перевагу (непропорційні напади), відповідно до статті 8(2)(b)(iv); та
- незаконне затримання, відповідно до статті 8(2)(a)(vii) Римського статуту.[24]

Крім того, правозахисні організації та правозахисники повідомляють про численні інші порушення норм міжнародного гуманітарного права («МГП») і міжнародного права прав людини, зокрема:

---

[21] *Там само*, пункт 279.
[22] Канцелярія прокурора Міжнародного кримінального суду, «Звіт про діяльність з попереднього розгляду 2016» ('Report on Preliminary Examination Activities 2016'), пункт 189; Канцелярія прокурора Міжнародного кримінального суду, «Звіт про діяльність з попереднього розгляду 2020» ('Report on Preliminary Examination Activities 2020') (14 грудня 2020), пункт 280
[23] Канцелярія прокурора Міжнародного кримінального суду, «Звіт про діяльність з попереднього розгляду 2020» (14 грудня 2020), пункт 280.
[24] *Там само*, п. 281.

- запобігання доступу до гуманітарної допомоги цивільним громадянам, які цього потребують;
- використання культурних цінностей у військових цілях і в якості місць, де відбуваються порушення права людини і (або) в якості центрів позбавлення волі *ad hoc*;
- віроломство (введення супротивників в оману шляхом здобуття його довіри, змушуючи їх повірити, що особа має право на захист відповідно до МГП з метою зради цієї довіри в подальшому, наприклад, підняття білого прапору перемир'я та здійснення нападу на супротивника)
- використання мінних пасток;
- мародерство; та
- порушення прав людини на рівність та недискримінацію, освіту, мирні зібрання, свободу об'єднань, свободу вираження поглядів, свободу думки, совісті та релігії, справедливих та сприятливих умов праці, належним рівнем життя, поваги до приватного та сімейного життя, соціальне забезпечення та права меншин користуватися власною мовою.[25]

Крім того, жінки часто стають жертвами злочинів в зоні конфлікту.[26]

З середини квітня 2014 року до середини лютого 2020 року Управління Верховного комісара ООН з прав людини в Україні (далі - «УВКПЛ») нарахувало близько 41,000-44,000 потерпілих (13,000-13,200 загиблих та 29,000-31,000 поранених) з числа військовослужбовців Збройних сил України, цивільних осіб та членів збройних угруповань, які постраждали під час конфлікту на сході Україні.[27] До 31 січня 2021 року УВКПЛ зафіксувало 3375 смертей цивільного населення, пов'язаних з конфліктом, та понад 7000 поранень серед цивільних осіб.[28] Як загальновідомо, 298 осіб загинуло, коли в липні 2014 року було збито літак Малайзійських авіаліній рейсу МН17.[29]

З моменту початку конфлікту робилися численні спроби припинити воєнні дії шляхом переговорів,

---

[25] УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 лютого 2017); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 травня 2017); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 серпня 2017); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 листопада 2017); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 лютого 2018); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 травня 2018); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 серпня 2018); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 листопада 2018); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 лютого 2019); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 травня 2019); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 серпня 2019); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 листопада 2019); УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» (15 лютого 2020).

[26] УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (16 вересня 2014) пункти 147-149; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (1 грудня 2014 по 15 лютого 2015) пункт 62.

[27] УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (12 березня 2020), пункт 31.

[28] УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (11 березня 2021), пункт 2.

[29] *Там само,* пункт 29

зокрема за допомогою так званих і найбільш відомих «Мінських угод».[30] Перший Мінський протокол було підписано 5 вересня 2014 року представниками від України, Російської Федерації, «ДНР» та «ЛНР». Незабаром після цього режим припинення вогню, як повідомляється, було порушено, в першу чергу під час сильного обстрілу міста Маріуполь в січні 2015 року.[31]

Зрештою, додатковий пакет заходів було прийнято у Мінську в лютому 2015 року. Хоч передбачалося, що положення «Мінська II» будуть виконані до кінця 2015 року,[32] обидві сторони майже одразу почали порушувати цю угоду.[33] Попри те, що з 2016 року кілька разів сторони Тристоронньої контактної групи в Мінську (Україна, Російська Федерація та Організація з безпеки та співробітництва в Європі) підтверджували свою прихильність до "необмеженого" режиму припинення вогню, прогреси у дотриманні Мінських угод неоднозначні, оскільки зафіксовано численні порушення.[34] Повідомляється, що за квартал між 16 листопада 2019 року та 15 лютого 2020 року кількість порушень режиму припинення вогню досягла 56 521, і хоч ця кількість і є високою, вона нижча за 73 756 порушень, повідомлених за попередній квартал з 16 серпня по 15 листопада 2019 року.[35] У 2019 Україна вивела свої сили та військову техніку з трьох районів (Станиця Луганська, Золоте та Петрівське), як передбачається рамковою угодою Тристоронньої контактної групи. Однак звіти свідчать, що станом на січень 2021 року ні Уряд, ні сепаратисти не дотримуються повністю умов Мінських домовленостей.[36]

Мінські угоди також передбачають обмін полоненими. 27 грудня 2017 року відбулося одночасне звільнення затриманих у рамках "усіх на всіх", передбачених Мінськими угодами.[37] Уряд звільнив

---

[30] Протокол про результати консультацій Тристоронньої контактної групи (Мінськ, 5 вересня 2014 року).
[31] В результаті цього принаймні 29 цивільних осіб було вбито, і 97 осіб поранено. Це призвело до того, що ООН заявила про порушення режиму припинення вогню. ГА ООН, «Заява прес-секретаря Генерального секретаря ООН стосовно ситуації в Україні» (Нью-Йорк, 24 січня 2015).
[32] *Там само.*
[33] «За добу "тиші" бойовики завдали 112 ударів, 88 разів били по Дебальцевому» *Українська Правда* (Київ, 16 лютого 2015).
[34] УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (12 березня 2020), пункт 20.
[35] *Там само.*
[36] Рамкове рішення Тристоронньої контактної групи про розведення сил і засобів, 21 вересня 2016; Спеціальна моніторингова місія ОБСЄ, «Оперативний звіт СММ ОБСЄ: Отримано повідомлення про завершення розведення сил і засобів на ділянці в районі Станиці Луганської», 30 червня 2019; Спеціальна моніторингова місія ОБСЄ, «Оперативний звіт СММ ОБСЄ: Отримання повідомлень про завершення відведення сил і засобів на ділянці розведення в районі Золотого», 2 листопада 2019; Спеціальна моніторингова місія ОБСЄ, «Оперативний звіт СММ ОБСЄ: Отримання повідомлень про завершення відведення сил і засобів на ділянці розведення в районі Петрівського», 13 листопада 2019; УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (11 березня 2021), пункт 22.
[37] Пакет заходів щодо імплементації Мінських угод, 12 лютого 2015, пункт 6.

233 особи, тоді як збройні формування звільнили 74 особи.[38] Крім того, 7 вересня 2019 року одночасне звільнення 35 осіб УУ та 35 осіб урядом Російської Федерації, включаючи 24 українських членів екіпажу, захоплених під час інциденту 25 листопада 2018 року поблизу Керченської протоки.[39] Наступне велике одночасне звільнення затриманих відбулося 29 грудня 2019 року, після саміту Нормандської четвірки 9 грудня 2019 року.[40] Під час обміну УУ звільнив 141 затриманого, а збройні групи звільнили 81 затриманого.[41] Станом на квітень 2021 року обміни та звільнення більше не відбувалися.

ГЛАВА 1: ДОВІДКОВА ІНФОРМАЦІЯ

Частина I: Огляд українських реалій та діяльності Міжнародного кримінального суду

У цій частині описуються МКС як організація та відносини України та Суду, які наразі зароджуються. У Частині 1 розглянуто:

- Природу МКС: які злочини він розглядає, хто може постати перед ним, коли особи можуть постати перед ним, а також які структури входять до складу МКС; та
- Хронологія розвитку відносин України та МКС. Цей огляд охоплює події, починаючи з моменту заснування МКС у 1998 році до нещодавніх подій у контексті відносин Уряду України та МКС.

I. МКС: Світовий кримінальний суд

МКС є першим постійним автономним міжнародним кримінальним судом. Він є абсолютно незалежним.[42] Він знаходиться в Гаазі (Нідерланди). Його було створено шляхом укладання

---

[38] УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні з 16 листопада 2017 по 15 лютого 2018 (19 березня 2018), пункт 56.
[39] УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні з 16 серпня по 15 листопада 2019 (12 грудня 2019) пункт 9.
[40] УВКПЛ, Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні (12 березня 2020), пункт 55.
[41] *Там само.*
[42] МКС не входить до складу Організації Об'єднаних Націй, хоч і є угода, що регулює відносини між ООН і МКС. Ця «Угода про взаємини» між ООН і МКС визначає умови, на яких взаємодіють ООН та МКС. Мета цієї Угоди – встановити баланс щодо того факту, що МКС є незалежним судом, але Статут ООН передбачає відповідальність ООН, і що вони, МКС та ООН, мають поважати мандати одне одного та сприяти їх дотриманню. *Див.* Погоджений проект угоди про взаємини між Організацією Об'єднаних Націй і Міжнародним кримінальним судом (дата набрання чинності 4 жовтня 2004 року) (далі – «Угода про взаємини»).

офіційної угоди між державами з усього світу, що завершилося прийняттям міжнародного договору під назвою Римський статут, яким визначаються функції Суду та надаються відповідні повноваження.[43] Римський статут набув чинності 1 липня 2002 року.[44] У ньому чітко зазначено, що МКС був створений, щоб покласти край безкарності суб'єктів найсерйозніших злочинів, які викликають занепокоєння міжнародного співтовариства, і зрештою сприяти запобіганню таким злочинам.[45]

Станом на квітень 2021 року кількість держав-учасниць Римського статуту становить 123 держави.[46] Держави стають офіційними учасницями Римського статуту шляхом «ратифікації», «приєднання», «затвердження» чи «прийняття» Римського статуту.[47] Ратифікація – це офіційний акт держави, яка дає згоду на обов'язковість для неї міжнародного договору.[48] Для здійснення ратифікації держава здає на зберігання Генеральному секретарю Організації Об'єднаних Націй (далі - «ООН») документ про надання такої згоди.[49] Приєднання, затвердження чи прийняття має таку саму силу, що і ратифікація.[50] Римський статут продовжує залишатися основою для існування Суду та його повноважень.

II. Юрисдикція МКС

«Юрисдикція» – це технічний термін на позначення повноважень МКС. МКС отримує юрисдикцію за певних обставин. За таких конкретних обставин Прокурор МКС може забезпечувати розслідування та притягнення до відповідальності винних у межах певних справ, а Суд може здійснювати провадження в таких справах. Загалом, поняття юрисдикції охоплює такі питання: які злочини може розглядати МКС, хто може постати перед ним, і коли Суд може розглядати справу.

A. Які злочини?

МКС має юрисдикцію щодо найсерйозніших злочинів, які викликають занепокоєння всього міжнародного співтовариства. Це злочини геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини,

---

[43] Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998, набрав чинності 1 липня 2002, підписаний Україною 20 січня 2000) 2187 UNTS 90 ("Римський статут").
[44] «Про Суд» (МКС)» ('About the Court' (ICC)).
[45] Римський статут, Преамбула, пункт 5.
[46] «Держави-учасниці Римського статуту» (МКС) (ICC, The States Parties to the Rome Statute).
[47] Римський статут, ст. 125.
[48] Віденська конвенція про право міжнародних договорів (прийнята 23 травня 1969 року, набула чинності 27 січня 1980 року) 1155 UNTS 331, 8 I.L.M. 679 (далі – «Віденська конвенція») ст. 2(1)(b), 14(1) і 16.
[49] Римський статут, ст. 125(2).
[50] Віденська конвенція, ст. 2(1)(b), 14(2) і 15.

скоєні після 1 липня 2002 року, та злочин агресії, вчинений після 17 липня 2018 року.[51] Положення про злочин викликало незгоду між державами-учасницями, але після ратифікації Кампальської резолюції 30 державами-учасницями в червні 2016 року[52] та прийняття резолюції про активізацію юрисдикції Суду щодо злочину агресії АДУ МКС у грудні 2017 року, відповідні положення остаточно набули чинності 17 липня 2018 року.[53] Докладніший розгляд злочину агресії надано в частині 2 глави 2.

B. Хто може постати перед МКС?

Перед Судом можуть постати лише «фізичні особи».[54] Інакше кажучи, перед ним можуть постати лише фізичні особи, а не держава чи група осіб (включно із суб'єктами господарювання). Політика Прокурора МКС, зазвичай, полягає в тому, щоб зосередитись на особах, рівень відповідальності яких (з огляду на зібрані докази) є найвищим щодо скоєних злочинів.[55] Зовсім нещодавно Прокурор МКС почала розглядати питання притягнення до відповідальності суб'єктів злочинів нижчого рівня, якщо їхні діяння є особливо тяжкими чи набули значного негативного розголосу.[56]

Прокурор МКС не враховуватиме можливі засоби захисту (тобто імунітети), передбачені посадовим положенням. Ніхто не звільняється від притягнення до відповідальності на підставі своїх поточних функцій чи посади, яку особа обіймала на момент скоєння відповідних злочинів.[57] Таким чином, немає жодного імунітету від притягнення до відповідальності чи від кримінальної

---

[51] Римський статут, ст. 5.
[52] Прес-реліз МКС, , ICC-ASP-20160629-PR1225, «Держава Палестина стає тридцятою державою, яка ратифікувала зміни внаслідок конференції у Кампалі щодо злочину агресії» ('State of Palestine becomes the thirtieth State to ratify the Kampala amendments on the crime of aggression'), 20 липня 2016
[53] Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, резолюція ICC-ASP/ASP/16/Res.5 про активізацію юрисдикції Суду щодо злочину агресії, 14 грудня 2017 року ('ASP Res. ICC-ASP/ASP/16/Res.5'). Станом на 17 квітня 2021 року зміни внаслідок конференції у Кампалі ратифікували 39 держав: Андорра, Аргентина, Австрія, Бельгія, Ботсвана, Чилі, Коста-Ріка, Хорватія, Кіпр, Чехія, Еквадор, Сальвадор, Естонія, Фінляндія, Грузія, Німеччина, Гайана, Ісландія , Ірландія, Латвія, Ліхтенштейн, Литва, Люксембург, Мальта, Нідерланди, Північна Македонія, Панама, Парагвай, Польща, Португалія, Самоа, Сан-Марино, Словаччина, Словенія, Іспанія, Палестина, Швейцарія, Тринідад і Тобаго та Уругвай.
[54] Римський статут, ст. 25(1). МКС не може притягати до відповідальності осіб, яким на момент ймовірного скоєння злочину не виповнилося 18 років. Римський статут, ст. 26.
[55] Канцелярія Прокурора (Office of the Prosecutor), «Документ про деякі питання політики у Канцелярії Прокурора» ('Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor') (вересень 2003) С. 3 і 7; Канцелярія Прокурора, «Звіт щодо стратегії обвинувачення» ('Report on Prosecutorial Strategy') (14 вересня 2006 року) с. 3 і 5; Канцелярія Прокурора, «Стратегія обвинувачення 2009–2012» ('Prosecutorial Strategy 2009 – 2012' (1 лютого 2012 року), п. 19–20; Розуміння Міжнародного кримінального суду (МКС) (Understanding the International Criminal Court (ICC)) С. 5.
[56] Канцелярія Прокурора, «Стратегічний план на червень 2012–2015» ('Strategic Plan June 2012 – 2015') (11 жовтня 2013 року) п. 22.
[57] Римський статут, ст. 27.

відповідальності для осіб, які діяли в офіційному статусі як глава держави, член уряду або парламенту чи обраний представник або державний службовець.[58] Ці питання будуть розглянуті далі в частині 2 глави 2.

C. Коли МКС може розглядати справу?

МКС може розглядати справу, якщо він має юрисдикцію щодо неї та вирішить, що така справа є прийнятною і ступінь тяжкості є достатнім для Суду. Підстави для здійснення юрисдикції МКС виникають, якщо: (i) держава, ситуація якої перебуває на розгляді, ратифікувала Римський статут;[59] (ii) держава, ситуація якої перебуває на розгляді, «заявила», що вона визнає юрисдикцію МКС без ратифікації Римського статуту;[60] або (iii) Рада Безпеки ООН передає ситуацію на розгляд Суду.[61]

За наявності однієї з обставин, наведених вище, МКС може здійснювати свою юрисдикцію, якщо: (i) ситуацію на розгляд Прокурора МКС передала держава-учасниця Римського статуту; (ii) Рада Безпеки ООН передала ситуацію на розгляд Прокурора МКС, щоб розпочати розслідування; або (iii) Прокурор МКС ініціює розслідування *proprio motu* (за власною ініціативою) на підставі інформації, отриманої з надійних джерел, включно із заявою держави.[62]

Якщо Прокурор МКС отримає одне зі звернень, вказаних вище, він автоматично відкриває «попереднє вивчення» відповідної ситуації.[63] Однак варто зазначити, що попереднє вивчення не є розслідуванням. Це процес, під час якого Прокурор МКС розглядає весь масив наявної інформації, щоб зробити визначення – повністю засноване на інформації – щодо того, чи є обґрунтовані підстави для переходу до етапу повноцінного розслідування. Для прийняття такого рішення попереднє вивчення має бути зосереджене на розгляді таких аспектів:

- Юрисдикція: Як було зазначено, Суд може притягати до відповідальності за злочин геноциду, воєнні злочини або злочини проти людяності, скоєні після 1 липня 2002 року чи

---

[58] *Там само*, ст. 27.
[59] *Там само*, ст. 13(a) та 14.
[60] *Там само*, ст. 12(3).
[61] *Там само*, ст. 13(b).
[62] *Там само*, ст. 13.
[63] Після отримання звернення або чинної заяви, поданої відповідно до ст. 12(3) Римського статуту, Прокурор МКС може відкрити процедуру попереднього вивчення ситуації: МКС, Положення Прокурора (Regulations of the Prosecutor), ICC-BD/05-01-09 (від 23 квітня 2009 року) (далі – «Положення Прокурора») положення 25(1)(c). Хоч Прокурор МКС не має зобов'язання розпочинати попереднє вивчення після отримання заяви, нещодавня практика свідчить про те, що Прокурор МКС автоматично відкриє процедуру попереднього вивчення: Канцелярія Прокурора, «Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення» ('Policy Paper on Preliminary Examinations'), листопад 2013, (далі – «Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення») с. 18, п. 76.

після дати прийняття державою юрисдикції Суду.[64] МКС може притягувати до відповідальності лише осіб, які вчинили злочин на території держави-учасниці чи держави, яка подала заяву, або осіб, які є громадянами таких держав.[65] Відповідно до своєї недавньої судової практики, МКС може здійснювати територіальну юрисдикцію, коли «принаймні один юридичний елемент злочину, що знаходиться в межах юрисдикції Суду, або частина такого злочину вчинена на території держави-учасниці».[66] Прокурор МКС має юрисдикцію щодо питань, адресованих йому Радою Безпеки ООН;[67]

- Прийнятність: МКС – це суд «останньої інстанції». За Римським статутом держави зобов'язані здійснювати свою кримінальну юрисдикцію щодо осіб, відповідальних за міжнародні злочини, і пріоритет надається національним системам.[68] Таким чином, МКС – це судовий орган «останньої інстанції», спрямований на доповнення національних систем правосуддя, лише коли вони не здійснюють або не бажають, або не можуть сумлінно здійснювати будь-які розслідування та притягати до відповідальності можливих суб'єктів злочину;[69] та
- Інтереси правосуддя: з урахуванням тяжкості злочину та інтересів потерпілих, Прокурор МКС розглядатиме питання, чи є вагомі підстави вважати, що проведення розслідування не відповідатиме інтересам правосуддя.[70]

Після завершення попереднього вивчення Прокурор МКС надасть звіт щодо цих питань. Якщо вона переконається в наявності обґрунтованого припущення, що скоєні злочини підпадають під юрисдикцію МКС і що справи є прийнятними і достатньо серйозними, а також за відсутності вагомих підстав вважати, що перехід до проведення розслідування не відповідатиме інтересам правосуддя, вона перейде до офіційного розслідування. Якщо Прокурор МКС вирішить відкрити розслідування за власним бажанням, вона має звернутись до Палати попереднього провадження

---

[64] Римський статут, ст. 11.
[65] *Там само,* ст. 12(2).
[66] МКС, Рішення щодо «Клопотання обвинувачення про ухвалення рішення про юрисдикцію відповідно до статті 19 (3) Статуту» ('Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"), ICC-RoC46(3)-01/18, 6 вересня 2018, п. 64.
[67] Римський статут, ст. 12(2).
[68] *Там само*, Преамбула: «Нагадуючи, що обов'язком кожної держави є здійснення її кримінальної юрисдикції щодо осіб, відповідальних за міжнародні злочини … будучи сповненими рішучості із цією метою та заради нинішнього та прийдешніх поколінь заснувати незалежний постійний Міжнародний кримінальний суд, пов'язаний із системою Організації Об'єднаних Націй із юрисдикцією щодо найсерйозніших злочинів, які викликають занепокоєння всього міжнародного співтовариства, наголошуючи на тому, що Міжнародний кримінальний суд, заснований відповідно до цього Статуту, доповнює національні органи кримінальної юстиції».
[69] Римський статут, ст. 1 та 17.
[70] Як випливає з Римського статуту, ст. 53(1)(a) – (c); Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення.

МКС із проханням надати дозвіл на перехід до наступного етапу.[71] Прокурору МКС не потрібен дозвіл Суду, щоб розпочати розслідування, якщо вона має звернення держави, що ратифікувала Римський статут,[72] чи звернення від Ради Безпеки ООН.[73] Їй потрібна санкція після отримання заяви держави про визнання юрисдикції МКС.

Якщо Палата попереднього провадження МКС погодиться з тим, що є обґрунтоване припущення вважати, що злочини, які підпадають під юрисдикцію МКС, були скоєні, і справи є прийнятними і достатньо серйозними, а також що немає вагомих підстав вважати, що перехід до наступного етапу не відповідатиме інтересам правосуддя, вона надасть дозвіл на відкриття повноцінного розслідування.[74] Прокурор МКС може подати запит до Палати попереднього провадження МКС на видачу ордера на арешт або забезпечення явки особи, яку Прокурор МКС обґрунтовано (за результатами свого розслідування) вважає такою, що скоїла злочин, який підпадає під юрисдикцію Суду.[75] Після того як зазначена особа з'явиться перед Судом, і якщо обвинувачення будуть підтверджені Судом,[76] може розпочатися розгляд справи. Докладний опис цього процесу надано в частині 4 глави 2.

D. Структури у складі МКС

Суд складається з різних органів. Асамблея держав-учасниць (далі – «АДУ») здійснює нагляд за Судом. До складу самого Суду входять Президія, Палати, Прокурор і Секретаріат.[77] Офіс громадських адвокатів для потерпілих («ОГАП») (управління справами якого здійснює Секретаріат, але в інших питаннях цей офіс є незалежним) і Представники сторони захисту, які здійснюють представництво обвинуваченого, не є офіційними органами Суду.

a) Асамблея держав-учасниць

Асамблея держав-учасниць – це керівний орган МКС.[78] Вона відповідає за управлінський нагляд та ухвалення нормоустановчих рішень.[79] АДУ складається з представників від кожної держави-

---

[71] Римський статут, ст. 15(3).
[72] *Там само,* ст. 14(1) та 15(1).
[73] *Там само,* ст. 12(2).
[74] *Там само,* ст. 15(4). Стандарт наявності «обґрунтованих підстав» вважати – це стандарт найнижчого рівня в МКС. Інакше кажучи, потрібно, щоб ППП (Палата попереднього провадження) переконалась у наявності раціональних чи обґрунтованих аргументів вважати, що злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС, було скоєно чи скоюється: *Ситуація в Республіці Кенія* (Рішення) ICC-01/09-19-Corr (31 березня 2010 року) (далі – «Рішення про надання санкції щодо Кенії) п. 27-35.
[75] Римський статут, ст. 58(1)(b)(i).
[76] *Там само,* ст. 61.
[77] *Там само,* ст. 34.
[78] Орган, створений відповідно до ст. 112 Римського статуту.
[79] «Асамблея держав-учасниць» (МКС) ('Assembly of States Parties' (*ICC*)).

учасниці, яка ратифікувала Римський статут або приєдналася до нього.[80] Вона скликається щороку для обговорення питань, які мають важливе значення для функціонування Суду та його майбутнього.[81] З-поміж інших обов'язків, це передбачає відповідальність за затвердження бюджету Суду, обрання суддів і Прокурорів МКС, забезпечення управлінського нагляду за управлінням справами Суду і створення допоміжних органів.[82] Як нормоустановчий орган МКС, АДУ може також вносити зміни та доповнення до Римського статуту чи Правил процедури і доказування, які регулюють процес здійснення проваджень у МКС.[83]

Дев'ятнадцята сесія АДУ була проведена 7-17 грудня 2020 року в Нью-Йорку.[84] Одним із питань, яке вирішили під час 19-ї сесії АДУ, було обрання наступного прокурора МКС.[85] 18 грудня 2020 р. АДУ вирішила відкласти вибори прокурора на другу відновлену сесію на початку 2021 року. 12 лютого 2021 р. Британський адвокат з прав людини Карім Хан був обраний наступним прокурором МКС.[86] Він вступить на посаду 16 червня 2021 р.

b) Палати

Суддівський апарат МКС складається із Президії та Палат. Президія має три основних сфери відповідальності: судові/правові функції, адміністративні питання та зовнішні відносини.[87] Ці функції відповідають за належне функціонування суду. Палати Суду – це три підрозділи, які заслуховують справи в МКС:[88]

- Відділ з питань попереднього провадження, до складу кожного з яких входить не менше ніж шість суддів. Основна сфера відповідальності Палати попереднього провадження – здійснювати нагляд за тим, як Прокурор МКС провадить свою слідчу та прокурорську

---

[80] *Там само.*
[81] Із результатами сесій АДУ можна ознайомитись тут: МКС, «Чотирнадцята сесія Асамблеї держав-учасниць» ('Fourteenth Session of the Assembly of States Parties') (18-26 листопада 2015).
[82] Римський статут, ст. 112(2).
[83] *Там само,* ст. 121.
[84] МКС, «Асамблея держав-учасниць завершує свою вісімнадцяту сесію» ('Assembly of States Parties concludes its eighteenth session') (6 грудня 2019)
[85] МКС Бюро Асамблеї держав-учасниць, Res ICC-ASP/18/INF.2, 18-та Сесія, 11 квітня 2019, пункт 29. *Див. також* Секретаріат МКС Асамблеї держав-учасниць, Вибори прокурора: Довідкова записка, 6 липня 2020.
[86] Британський адвокат з прав людини обраний головним прокурором Міжнародного кримінального суду, *Новини ООН*, 12 лютого 2021.
[87] Римський статут, ст. 38; «Президія» (МКС) ('The Presidency' (*ICC*))
[88] Римський статут, ст. 39.

діяльність, гарантувати права підозрюваних, потерпілих і свідків на етапі слідства та забезпечувати цілісність проваджень, які він координує;[89]

- Відділ з питань судового розгляду, створений для проведення слухань по справі та з'ясування питання, чи Прокурор МКС довів вину обвинуваченого поза будь- яким обґрунтованим сумнівом.[90] Якщо вина обвинуваченого доведена, то виноситься вирок для покарання обвинуваченого. Відділ з питань судового розгляду може призначити покарання, яке не перевищує тридцяти років перебування у місцях позбавлення волі і лише за крайніх обставин довічне ув'язнення. Він також може накласти фінансові штрафи за шкоду, завдану потерпілим, включно із компенсацією, реституцією чи реабілітацією;[91] та
- Апеляційний відділ складається з головуючого та чотирьох інших суддів. Апеляційна палата заслуховує будь-які скарги на рішення Палати попереднього провадження чи Судової палати або стосовно покарань, призначених Судовою палатою.[92] Якщо Апеляційна палата доходить висновку, що на оскаржуване рішення істотно вплинули фактичні або правові помилки, вона може: (i) скасувати чи змінити рішення або вирок; або (ii) винести розпорядження про проведення нового судового процесу.[93] Апеляційна палата може вжити таких самих заходів, якщо вона дійде висновку, що провадження були несправедливими такою мірою, що це ставить під сумнів довіру до рішення чи вироку.[94] Крім того, Апеляційна палата може повернути питання, пов'язане з фактичною стороною справи, до першої Судової палати для його вирішення та надання Апеляційній палаті відповідного звіту, або вона може сама витребувати докази для його вирішення. Коли

---

[89] Римський статут, ст. 56 та 57. У січні 2016 року суддями, закріпленими за Відділом з питань попереднього провадження, були: суддя Куно Тарфуссер (Cuno Tarfusser) (Італія), головуючий Відділу з питань попереднього провадження, суддя Марк Перрен де Брішамбо (Marc Perrin De Brichambaut) (Франція), суддя Антуан Кесіа-Мбе Міндуа (Antoine Kesia-Mbe Mindua) (Демократична Республіка Конго), суддя Петер Ковач (Péter Kovács) (Угорщина), суддя Чанг-Хо Чун (Chang-ho Chung) (Республіка Корея); суддя Рауль Пангаланган (Raul Pangalangan) (Філіппіни).

[90] Римський статут, ст. 66.

[91] *Там само*, ст. 77. У квітні 2021 року судді, призначені до Судового відділу – це: суддя Рауль Кано Пангаланган (Raul Cano Pangalangan) (Філіпіни), Президент судового відділу, суддя Ольга Венеція Дель К. Еррера Карбучча (Judge Olga Venecia Del C. Herrera Carbuccia) (Домініканська Республіка), Судя Роберт Фремр (Robert Fremr) (Чеська Республіка), Суддя Джеффрі Гендерсон (Geoffrey Henderson) (Тринідад і Тобаго), суддя Чан-хо Чунг (Chang-ho Chung) (Республіка Корея), суддя Кімберлі Прост (Kimberly Prost) (Канада) та суддя Бертрам Шмітт (Bertram Schmitt) (Німеччина).

[92] *Там само*, ст. 81-85.

[93] *Там само*, ст. 83(2).

[94] *Там само*, ст. 83(2). У квітні 2021 року п'ятьма чинними суддями були суддя Чилі Ебо-Осуджі (Нігерія), президент апеляційного відділу, суддя Говард Моррісон (Великобританія), суддя Пьотр Хофманський (Польща), суддя Луз дель Кармен Ібаньєс Карранца (Перу) та суддя Соломі Балунгі Босса (Уганда).

рішення або вирок оскаржує тільки засуджений або Прокурор від імені такої особи, то таке рішення чи вирок не може бути змінено, якщо це шкодить цій особі.[95]

Коли колегія суддів заслуховує справу – чи то на етапі апеляції, судового розгляду, чи попереднього провадження – така колегія суддів іменуватиметься «Палата».

c) Прокурор МКС

Прокурор МКС, голова Канцелярії Прокурора, – це окремий та незалежний орган МКС7.[96] Із 15 червня 2012 року його очолює пані Фату Бенсуда (Fatou Bensouda), яка має всі повноваження стосовно керівництва та управління справами Канцелярії. Термін повноважень пані Бенсуди закінчується 15 червня 2021 року, а вибори наступного прокурора МКС відбулись на 19-й сесії АСП (відновленій) у лютому 2021 року, коли Карім Хан був обраний замість Фату Бенсуди.[97] Оскільки Україна не є державою-учасницею МКС, вона не має права висувати кандидатури та брати участь у виборах наступного прокурора. Канцелярія Прокурора складається із трьох секцій:

- Відділ з питань розслідувань, який відповідає за збір і вивчення доказів, допит підозрюваних і спілкування з потерпілими та можливими свідками. Римський статут вимагає, щоб Відділ з питань розслідувань однаковою мірою вивчав обставини, які свідчать як про винуватість, так і про невинуватість особи;[98]
- Відділ з питань юрисдикції, комплементарності і співпраці за підтримки Відділу з питань розслідувань оцінює інформацію, отриману МКС, і ситуації, передані Суду, аналізує ці ситуації і справи, щоб встановити їх потенційну прийнятність для МКС; та
- Відділ з питань притягнення до відповідальності, який виступає стороною у справах, які розглядають Палати..

Канцелярія Прокурора відповідає за: (i) проведення попереднього вивчення;[99] (ii) отримання санкції на проведення повноцінного розслідування;[100] (iii) розслідування ситуації;[101] (iv) отримання потрібних ордерів від Суду, зокрема ордерів на арешт, повісток про виклик або засобів, спрямованих на захист свідків або потерпілих; (v) формулювання обвинувачень проти

---

[95] *Там само*, ст. 83(2).
[96] *Там само*, ст. 42(1).
[97] МКС Бюро Асамблеї держав-учасниць, Res ICC-ASP/18/INF.2, 18-та Сесія, 11 квітня 2019, пункт 29. *Див. також* Секретаріат МКС Асамблеї держав-учасниць, Вибори прокурора: Довідкова записка, 6 липня 2020. Британський адвокат з прав людини обраний головним прокурором Міжнародного кримінального суду, *Новини ООН*, 12 лютого 2021.
[98] Римський статут, ст. 54(1)(a).
[99] Положення прокурора, положення 25.
[100] Римський статут, ст. 12(2) та 15(3).
[101] *Там само*, ст. 54.

обвинуваченого; (vi) отримання підтвердження таких обвинувачень із достатніми доказами для визначення істотних підстав вважати, що особа скоїла зазначений злочин;[102] and (vii) проведення судового чи апеляційного розгляду в МКС. Під час судового розгляду тягар доведення, що обвинувачений поза будь-яким обґрунтованим сумнівом скоїв інкриміновані злочини, покладається на Прокурора.[103] Для цього вона (Прокурор МКС) має представити свідків і надати документальні та речові докази Суду. Вичерпний огляд цих заходів надано в частинах 3, 4 і 5.

d) Секретаріат

Секретаріат відповідає за несудові аспекти управління справами та обслуговування Суду.[104] Його очолює Секретар,[105] якому допомагає заступник секретаря. Секретаріат займається питаннями, пов'язаними із захистом (зокрема, допуск до практики в Суді), потерпілими та свідками, інформаційно-роз'яснювальною діяльністю та затриманням, судовими процесами та надає іншу адміністративну чи судову підтримку, потрібну для належного функціонування Суду.

Секретаріат також відповідає за забезпечення того, щоб певні відділи Суду працювали належним чином. Підрозділ у справах потерпілих і радників, який дає змогу підозрюваним та обвинуваченим бути представленими і надає підтримку радникові сторони захисту під час виконання ним свого мандата. Він також надає потерпілим допомогу щодо участі у провадженні в Суді. Зокрема, він допомагає представникам сторони захисту та здійснює управління Секцією з питань участі потерпілих і репарацій (далі – «СУПР»), Підрозділом у справах потерпілих і свідків (далі – «ППС»), Офісом громадських адвокатів потерпілих (далі – «ОГАП») та Офісом громадських радників сторони захисту (далі – «ОГРСЗ»).[106]

СУПР – це спеціалізована секція, відповідальна за надання потерпілим допомоги для повного здійснення їхніх прав за Римським статутом та одержання правової допомоги і представницьких послуг, включно із (за потреби) від ОГАП.[107] СУПР відповідає за поширення форм заяви на участь і репарації та допомагає потерпілим заповнити їх, а також надає інформацію, потрібну їм для здійснення своїх прав за Римським статутом.[108]

ППС прагне забезпечити ефективну участь потерпілих у провадженні в Суді та пом'якшити негативні наслідки, пов'язані з їхнім статусом, шляхом прийняття захисних заходів, вирішення

---

[102] *Там само*, ст. 61(5).
[103] *Там само*, ст. 66.
[104] *Там само*, ст. 43.
[105] Герман фон Гебель (Herman von Hebel) є чинним Секретарем, обраним 8 березня 2013 року.
[106] МКС, «Секретаріат» ('The Registry'), ICC-PIDS-FS-10-002/08_En.
[107] «Актуальні запитання» ('Frequently Asked Questions') (МКС).
[108] *Там само.*

питань безпеки, надаючи консультації та іншу відповідну допомогу потерпілим та свідкам, які приходять у Суд, та іншим особам, які наражаються на небезпеку через надання свідчень в Суді. ППС також вживає відповідні заходи для забезпечення безпеки, збереження гідності та приватності, а також фізичного та психічного здоров'я потерпілих, свідків та інших осіб, які несуть певні ризики. Нарешті, вона надає консультації учасникам провадження, а також органам та секціям Суду щодо відповідних захисних засобів, процедури безпеки, надає поради та допомогу.[109]

ОГАП прагне забезпечити ефективну участь потерпілих у провадженні в Суді.[110] ОГАП відповідає за надання допомоги потерпілим для ефективного здійснення їхніх прав, а також вузькоспеціалізованих послуг потерпілим та їхнім законним представникам, або сам представляє потерпілих у Палатах Суду. Члени ОГАП можуть бути призначені як законні представники потерпілих, що надають свої послуги безоплатно.[111]

ОГРСЗ перебуває під управлінням Секретаріату, але є незалежним органом.[112] Він існує, щоб представляти і захищати права обвинувачених у Суді. Зокрема, перелік його завдань передбачає представлення прав сторони захисту на початкових етапах розслідування, підтримка радника сторони захисту шляхом надання юридичних консультацій, або явка в суд щодо конкретних питань, і здійснення функцій радника, якщо обвинуваченому ще не надали постійного радника.[113]

e) Сторона захисту

Обвинувачений має право захищати себе за допомогою захисника чи без нього.[114] Ефективний захист має основоположне значення для забезпечення провадження у МКС відповідно до найвищих правових стандартів і належних процесуальних прав підозрюваних та обвинувачених, які беруть участь у провадженні в Суді. Обвинувачений вважається невинуватим, доки Прокурор не доведе його вину.[115] Римський статут визначає мінімальні гарантії для забезпечення обвинуваченому публічних, неупереджених та справедливих слухань.[116]

---

[109] Римський статут, ст. 43(6).
[110] МКС, Положення Суду (Regulations of the Court), ICC-BD/01-01-04, (від 26 травня 2004 року) (далі – «Положення Суду»). Більш детальну інформацію можна знайти за посиланням: «Канцелярія громадських радників потерпілих» (МКС) ('Office of Public Counsel for Victims' (ICC)).
[111] Положення Суду, положення 80.
[112] *Там само,* положення 77.
[113] «Канцелярія громадських радників сторони захисту» (МКС) ('The Office of Public Counsel for the Defence' (ICC))
[114] Римський статут, ст. 67.
[115] *Там само,* ст. 66.
[116] *Там само,* ст. 67.

III. Україна, МКС і Римський статут

У цьому розділі описується остання неоднозначна взаємодія України з МКС. Спочатку Україна підписала Римський статут 20 січня 2000 року,[117] але у 2001 році Конституційний суд України постановив, що повна ратифікація буде неконституційною.[118] Пізніше, після подій, що розгорнулись наприкінці 2013 року на Майдані та у Східній Україні, Україна подала офіційну заяву, якою вона (Україна) «заявила», що визнає юрисдикцію Суду. Однак вона не ратифікувала Римський статут і, за відкритими даними, проводить лише незначну кількість розслідувань стосовно ймовірних підозрюваних у скоєнні міжнародних злочинів та притягненні їх до відповідальності. Останнім часом з'явились обнадійливі ознаки схильності ратифікувати Римський статут. Наприкінці листопада 2015 року Президент України подав до Парламенту (далі - «Верховна Рада» або «Рада») Проект Закону про внесення змін до Конституції України, щоб дозволити ратифікацію Римського статуту. Проте Україна відклала ратифікацію на три роки. Ці події описано нижче.

Після підписання Римського статуту в січні 2000 року Президент Леонід Кучма звернувся до Конституційного суду України відповідно до статті 151 Конституції України для ухвалення[119] рішення щодо відповідності Римського статуту Конституції України.[120] Президент, який був проти ратифікації Римського статуту, стверджував, що низка положень суперечила Конституції України. Наприклад, він стверджував, що принцип комплементарності, який дозволяє МКС здійснювати юрисдикцію щодо суверенної території України, за певних обставин суперечитиме Конституції України.[121] З іншого боку, як зазначив Президент, статтею 124 Конституції України передбачено,

---

[117] Про уповноваження В. Єльченка на підписання від імені України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду: Розпорядження Президента № 313 [Онлайн-ресурс]. - 11 грудня 1999.

[118] Висновок Конституційного суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут), Справа № 1-35/2001, № 3-в/2001 від 11 липня 2001 року (далі – «Висновок Конституційного суду України»).

[119] Ст. 151 Конституції України передбачено, що Конституційний Суд України за зверненням Президента України або Кабінету Міністрів України дає висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість.

[120] МКЧХ надав стислий аналіз Висновку Конституційного Суду України: Міжнародний комітет Червоного Хреста, «Питання, порушені стосовно Римського статуту МКС національними Конституційними Судами, Верховним Судом і Радами держав» ('Issues raised regarding the Римський статут of the ICC by national Constitutional Courts, Supreme Court and Councils of State'), 01/2010 (далі – «МКЧХ: Питання щодо Римського статуту»).

[121] Висновок Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут), Справа N 1-35/2001, N 3-в/2001 від 11 липня 2001 року (далі – «Висновок Конституційного Суду України») пункт 5. Представник Міністерства закордонних

що «правосуддя в Україні здійснюється виключно судами» і делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами» не допускаються.[122] Це, як стверджувалося, суперечило Римському статуту.

Проаналізувавши інші питання, Конституційний Суд України вирішив, що ратифікація Римського статуту буде суперечити Конституції України через принцип комплементарності. Зокрема, Конституційний Суд України вирішив, що принцип комплементарності[123] суперечить Конституції України, оскільки здійснення юрисдикції іншою судовою системою не дозволяється відповідно до статті 124 Конституції України, яка передбачає, що здійснення правосуддя є виключною компетенцією національних судів, і ця функція не може бути делегована іншому органу.[124] Конституційний Суд України визнав ідею, що МКС доповнює національні органи юстиції та долучається до розгляду справ, лише коли вони не здійснюватимуть своїх функцій, але при цьому зазначив, що МКС може здійснювати свої повноваження та функції на території будь-якої держави-учасниці і має повноваження на те, щоб вирішити, що будь-яка справа є прийнятною, якщо держава не бажає чи не здатна проводити неупереджене розслідування чи кримінальне переслідування.[125] Конституційний Суд України дійшов висновку, що Конституція України не передбачає будь-якої юрисдикції, яка доповнює українську систему.[126] Таким чином, відповідно до Розділу IX Конституції України перед тим, як можна буде ратифікувати Римський статут, до самої Конституції України мають бути внесені зміни.[127]

У 2005 році прагнення України щодо МКС були заявлені в Заходах щодо виконання Плану дій Україна – ЄС, затвердженого Кабінетом Міністрів України.[128] З-поміж іншого, це розпорядження було спрямоване на посилення співробітництва з метою сприяння міжнародному правосуддю та запобігання уникненню відповідальності за підтримки МКС. Заходи, які мали бути вжиті для виконання цього положення, охоплювали зокрема, приєднання до Угоди про привілеї та імунітети

справ України зазначив, що положення Римського статуту не суперечать Конституції України (*Там само, ч. 11*).

[122] Конституція України, ст. 124.

[123] Римський статут, Преамбула, пункт 10 та ст. 1, 17 та 20.

[124] МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 11.

[125] Висновок Конституційного суду України, частина 2.1, пункт 3.

[126] МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 11.

[127] *Там само.*

[128] Про затвердження заходів щодо виконання у 2005 році Плану дій Україна – ЄС: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 117 [Онлайн-ресурс]. – 22 квітня 2005 року.

Міжнародного кримінального суду[129] і підготовку пропозицій щодо ратифікації Римського статуту включно із внесенням змін до Конституції України.

У 2006 році було імплементовано План дій Україна – ЄС.[130] Як було зазначено, однією з п'яти цілей цього Плану дій було підписання та ратифікації Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду.[131] Відповідно, Міністерство юстиції України підготувало проект закону.[132] Верховна Рада прийняла цей закон 16 жовтня 2008 року.[133]

29 січня 2007 року Україна приєдналася до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду.[134] Мета цієї Угоди – наділити посадових осіб МКС на території кожної держави-учасниці певними привілеями та імунітетами, щоб надати їм можливість працювати і виконувати цілі МКС.[135] Якщо коротко, то ці імунітети стосуються юридичної недоторканності під час проведення будь-яких видів діяльності, які провадить МКС – незалежно від того, чи на той час період працевлаштування такої особи триває, чи завершився.

У 2010 році Україна взяла участь у Конференції з перегляду Римського статуту, яка відбулась у м. Кампала (Уганда),[136] представники України відвідали цю конференцію як офіційні спостерігачі.[137] Держави-учасниці вирішили, що юрисдикція щодо злочину агресії не здійснюватиметься, поки відповідне рішення не буде ухвалене після 1 січня 2017 року двома третинами голосів більшості держав-учасниць (як це вимагається для прийняття змін до Римського статуту), і через один рік після ратифікації чи прийняття змін до Римського статуту 30 державами-учасницями, залежно від того, що із зазначеного настане пізніше.[138]

---

[129] МКС, Угода про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду, ICC-ASP/1/3 (прийнято на першій сесії 3–10 вересня 2002 року) (далі – «Угода про привілеї та імунітети МКС»).
[130] Про затвердження заходів щодо виконання у 2006 році Плану дій Україна – ЄС: Розпорядження Кабінету Міністрів України No 243-р [Онлайн-ресурс]. –27 квітня 2006 року. .
[131] *Там само,* пункт. 17.
[132] Про приєднання України до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду: Проект Закону No 0015 [Онлайн-ресурс]. – 21 червня 2006 року.
[133] *Там само.*
[134] Угода МКС про привілеї та імунітети С. 3. Як зазначено вище, приєднання до Римського статуту має ті самі юридичні наслідки, що і ратифікація. Див. Віденська конвенція, ст. 2(1)(b) та 15.
[135] Угода МКС про привілеї та імунітети, ст. 3.
[136] МКС, Конференція з перегляду Римського статуту, Делегації Конференція з перегляду Римського статуту Міжнародного кримінального суду, Кампала, 31 травня – 11 червня 2010 року RC/INF.1 (26 серпня 2010 року).
[137] *Там само,* пункт 51.
[138] Резолюція щодо агресії; Мауро Політі (Mauro Politi), «МКС і злочин агресії: сон, який справдився та реальність попереду» ('The ICC and the Crime of Aggression: A Dream that Came Through and the Reality Ahead') (2012) 10(1) Журнал міжнародного кримінального правосуддя (Journal of International Criminal Justice) 267-288.

Нещодавно Україна двічі заявила, що визнає юрисдикцію МКС.[139] Україна «обмежила», або спробувала «обмежити», обидві заяви щодо часу, місця та осіб чи груп осіб, на яких може поширюватись юрисдикція МКС. У першій заяві, яку Україна зробила у квітні 2014 року, було зазначено, що вона (Україна) визнає юрисдикцію МКС, «щоб встановити, притягнути до відповідальності і засудити організаторів і співучасників діянь, вчинених на території України протягом періоду з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року».[140]

Ця заява стосувалася подій на Євромайдані в період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року та можливих діянь колишнього Президента України Віктора Федоровича Януковича і посадових осіб з його оточення.[141] У цій заяві описано події, що стались протягом зазначеного періоду. Зокрема, в ній вказано, що «правоохоронні органи за наказом вищих посадових осіб держави неправомірно застосовували заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та зброю до учасників мирних акцій у м. Києві та інших містах України». У цій заяві стверджується, що «системними стали перевищення посадовими особами влади та посадових повноважень, а також вчинення інших тяжких та особливо тяжких злочинів». У заяві також описано діяння, які можливо були скоєні як наслідок, включно з такими:

- Вбивство понад 100 громадян України та інших держав;
- Поранення та каліцтво більше 2000 осіб, понад 500 з яких перебувають у тяжкому стані;
- Катування мирних громадян;
- Викрадення та насильницьке зникнення людей;
- Насильницьке та протизаконне позбавлення волі осіб;
- Насильницький вивіз осіб у безлюдні місця з метою катування та вбивства;
- Безпідставне тюремне ув'язнення великої кількості осіб у різних містах України;
- Жорстоке побиття осіб;
- Протиправне знищення майна учасників мирних акцій.

---

[139] Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян під час мирних акцій протестів у період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року: Заява Верховної Ради України No 790-VII [Онлайн-ресурс]. – 25 лютого 2014 року – (далі – «Перша заява»); Заява Верховної Ради України, «Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій «ДНР» та «ЛНР», які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян»: Постанова Верховної Ради України No 145-VIII [Онлайн-ресурс]. – 8 вересня 2015 року. – (далі – «Друга заява»).

[140] Перша заява.

[141] *Там само*.

У цій заяві стверджується, що ці дії прирівнюються до переслідування, яке велося з політичних мотивів для протидії мирним протестам і діяльності Євромайдану. Щодо осіб, які вчинили вищеописані діяння, у заяві зазначено використання організованих злочинних угрупувань для вчинення таких діянь. Встановлено, що особами, відповідальними за злочини проти людяності, є:

- Янукович Віктор Федорович, екс-президент;
- Пшонка Віктор Павлович, екс-Генеральний прокурор України;
- Захарченко Віталій Юрійович, екс-Міністр внутрішніх справ України; та
- Інші посадові особи, які «віддавали та виконували явно злочинні накази».

Другою заявою України у вересні 2015 року було розширено часові межі юрисдикції МКС на період після 22 лютого 2014 року.[142] У ній було зазначено, що Україна визнає юрисдикцію МКС щодо «злочинів проти людяності та воєнних злочинів…які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства …».[143] Україна далі доповнює зміст заяви за допомогою кількох абзаців, у яких викладено можливе пояснення такого рішення. У цьому документі зазначено, що Україна визнає юрисдикцію Суду «щодо передбачених статтями 7 та 8 Римського статуту … злочинів проти людяності, воєнних злочинів, скоєних на території України починаючи з 20 лютого 2014 року і по теперішній час». Ця заява безпосередньо стосується вищих посадових осіб Російської Федерації та керівників «терористичних організацій» – «ДНР» та «ЛНР». Термін дії цієї Заяви не визначено, тому він охоплює теперішній час і майбутнє.

У цій заяві йдеться про поточну збройну агресію Російської Федерації та підтримуваних нею «бойовиків-терористів», під час якої було анексовано частину території держави Україна – Автономну Республіку Крим та місто Севастополь – та окуповано частину Донецької та Луганської областей України. Заява також містить опис нещодавніх «кричущих» актів насильства з боку військових підрозділів Російської Федерації та підтримуваних Російською Федерацією «бойовиків-терористів», включно із обстрілом мирного населення в місті Маріуполь 24 січня 2015 року, внаслідок якого загинули понад 30 мирних жителів і було поранено понад 100 осіб. У заяві також стверджується, що під час цієї «неоголошеної війни» в полоні на території Російської Федерації протиправно опинилася низка громадян України.

Унаслідок прийняття першої заяви, поданої Україною 17 квітня 2014 року,[144] того самого місяця Прокурор МКС розпочала попереднє вивчення ситуації в Україні, щоб встановити, чи відповідає така ситуація трьом критеріям, які є обов'язковими для відкриття розслідування (юрисдикція,

---

[142] Друга заява.
[143] *Там само.*
[144] *Там само.*

прийнятність та інтереси правосуддя).[145] Унаслідок прийняття другої заяви, поданої Україною 8 вересня 2015 року, межі попереднього провадження було розширено з 22 лютого 2014 року до поточного періоду й далі.[146]

Хоч Україна подала дві заяви до МКС, їй ще належить ратифікувати Римський статут. Нещодавно Україна одержала заклик вжити додаткових зусиль для ратифікації Римського статуту. Угода про асоціацію між ЄС та Україною, підписана 27 червня 2014 року, закликає Україну вжити відповідних заходів, спрямованих на ратифікацію та імплементацію Римського статуту.[147] Ця угода передбачає, що її сторони мають співпрацювати з метою зміцнення миру та міжнародного правосуддя шляхом ратифікації та імплементації Римського статуту і пов'язаних з ним документів.[148]

Відповідно до офіційної заяви Міністерства закордонних справ України від 11 грудня 2014 року Міністерство подало Президентові України Пакет законодавчих ініціатив, який охоплював потрібні поправки до Конституції України, проект закону про ратифікацію Римського статуту разом із ратифікацією двох змін від 2010 року, запропонованих у м. Кампала.[149] Як стверджує міністерство, цей проект закону передбачає визнання юрисдикції МКС щодо будь-якого злочину, який підпадає під дію юрисдикції МКС (злочину геноциду, воєнних злочинів і злочинів проти людяності), який був скоєний до набуття Римським статутом чинності в Україні.[150]

16 січня 2015 року 155 народних депутатів[151] подали проект закону до Парламенту України під назвою «Про внесення змін до статті 124 Конституції України (щодо визнання положень Римського статуту)», який передбачав визнання положень Римського статуту.[152] Відповідно до пояснювальної записки цей законопроект розроблено з метою створення конституційних передумов для визнання Україною юрисдикції МКС на умовах, передбачених Римським статутом. Проектом пропонується доповнити статтю 124 Конституції України частиною шостою такого

---

[145] 'Україна' (*МКС*).
[146] «Прокурор МКС розширює межі попереднього вивчення ситуації в Україні після подання її другої заяви за статтею 12(3)» (МКС) ('ICC Prosecutor extends preliminary examination of the situation in Ukraine following second article 12(3) Declaration' (ICC)) 29 вересня 2015 року.
[147] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, O.J.L 161/3 (29 травня 2014 року) ст. 8 і 24(3).
[148] *Там само.*
[149] Вступне слово постійного представника України при ООН Юрія Сергєєва на круглому столі на тему: «Україна, відповідальність і Міжнародний кримінальний суд» (*МЗС*, 11 грудня 2014 року).
[150] *Там само.*
[151] Перелік ініціаторів Проекту Закону «Про внесення змін до статті 124 Конституції України (щодо визнання положень Римського статуту)» № 1788 (16 січня 2015 року).
[152] Про внесення змін до статті 124 Конституції України (щодо визнання положень Римського статуту): Проект Закону № 1788 [Електронний ресурс]. – 16 січня 2015 року.

змісту: «Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах Римського статуту Міжнародного кримінального суду».

3 вересня 2015 року Конституційна комісія України розробила проект закону, який містить пропоновані зміни до Конституції України в частині правосуддя.[153] Як було зазначено вище, стаття 124 передбачає, що Україна може визнати юрисдикцію МКС. Ця стаття забезпечує можливість ратифікації. Хоч фактично це не є ратифікацією, але це важливий крок. Це положення надає Верховній Раді повноваження на визнання юрисдикції Суду.

30 жовтня 2015 року ця пропозиція була передана на розгляд Президента України.[154] Зі свого боку, 25 листопада 2015 року Президент подав на розгляд Парламенту України Проект Закону про внесення змін до Конституції України № 3524.[155]

Законопроект, розміщений на офіційному веб-сайті Верховної Ради України, відразу спровокував палкі суперечки.[156] Відповідно до одного положення розділу «Прикінцеві та перехідні положення» Конституції України частина статті 124 Конституції України щодо права на ратифікацію Римського статуту набуває чинності лише через три роки від дати публікації закону.[157] Це каже, що Президент упровадив відстрочення на три роки, хоч жодних офіційних коментарів надано не було. Питання щодо такого відстрочення стало предметом тривалих дискусій під час семінару МКС, організованого міжнародною некомерційною організацією «Парламентері за глобальні дії» (Parliamentarians for Global Actions) (далі – «PGA).[158] Народна депутатка України Оксана Сироїд, тодішня заступниця Голови Верховної Ради України, намагалась підтримати впровадження трирічного перехідного періоду, стверджуючи, що це надасть можливість прийняти потрібні зміни до кримінального та кримінального процесуального законодавства України. Міжнародна група GRC, деякі політики, представники академічних кіл і організації ПГД стверджували, що відстрочення не є обґрунтованим.[159]

---

[153] Проект змін до Конституції України в частині правосуддя, схвалений Конституційною Комісією та направлений до Венеціанської Комісії, 3 вересня 2015 року.
[154] «Конституційна комісія направила Президенту затверджений проект змін до Конституції щодо правосуддя» (5, 30 жовтня 2015 року).
[155] Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Законопроект № 3524 [Онлайн-ресурс]. – 25 листопада 2015 року.
[156] *Там само.*
[157] *Там само,* Прикінцеві та перехідні положення, п. 1.
[158] «Парламентський експертний семінар з обміну досвідом з питань Міжнародного кримінального суду, який відбувався під високим патронатом Голови Верховної Ради України, одержав багатосторонню підтримку ратифікації РС (Римського статуту)» (Parliamentarians for Global Action, 15 грудня 2015 року).
[159] *Там само.*

12 січня 2016 року Конституційний Суд України розпочав слухання щодо конституційності цього законопроекту.[160] Олексій Філатов, тодішній представник Президента в Конституційному Суді України, окрім інших аспектів підняв питання ратифікації Римського статуту. На думку пана Філатова, Україна зацікавлена у визнанні юрисдикції Суду.[161] Однак представник Президента вважає, що (з огляду на досвід Грузії та інших держав) Україні слід обережніше ставитися до рішення щодо ратифікації Римського статуту, оскільки вона є стороною збройного конфлікту, що наразі триває.[162] Було висловлено думку, що трирічний перехідний період надасть можливість Україні прийняти потрібні національні законодавчі акти, а також уникнути певних ризиків, пов'язаних із поточним конфліктом на Сході України.[163] Потенційні ризики не було визначено, але пан Філатов зазначив, що це є певні ризики для українських військовослужбовців, які не мають іншого вибору, ніж брати участь у конфлікті.[164]

Позицію представника Президента важко зрозуміти. Вичерпного пояснення аргументу, що ратифікація не може відбутись протягом певного часу, бо Україна перебуває у збройному конфлікті, надано не було, і він суперечить іншим заходам, вжитим Україною, які гарантують визнання юрисдикції МКС в Україні. Зокрема, як уже обговорювалось, Україна подала заяви до МКС, які передбачають визнання його юрисдикції з 21 листопада 2013 року та в подальшому – без обмеження. Таким чином, МКС матиме юрисдикцію щодо злочинів під час конфлікту, й Україна зобов'язана співпрацювати з МКС – із небагатьма застереженнями. Питання щодо основних відмінностей між ратифікацією та поданням заяв, які передбачають визнання юрисдикції МКС, буде розглянуто в частині 2.

30 січня 2016 року Конституційний суд України надав свій висновок.[165] Конституційний Суд України висловив думку, що законопроект відповідає вимогам статей 157[166] і 158[167] Конституції

---

[160] «Конституційний Суд України розпочав слухання щодо Законопроекту про внесення змін до Конституції України» (КСУ, 12 січня 2016 року).
[161] «Україна відклала визнання юрисдикції Гаазького суду через війну» (Liga, 12 січня 2016 року).
[162] *Там само.*
[163] *Там само.*
[164] *Там само.*
[165] Висновок № 2-в/2016 Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності доопрацьованого законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 і 158 Конституції України [Онлайн-ресурс]. – 30 січня 2016 року (далі – «Висновок Конституційного Суду України щодо законопроекту»).
[166] Ст. 157 Конституції України встановлено, що Конституція України не може бути змінена, якщо зміни передбачають скасування чи обмеження прав і свобод людини і громадянина або якщо вони спрямовані на ліквідацію незалежності чи на порушення територіальної цілісності України. Конституція України не може бути змінена в умовах воєнного або надзвичайного стану.
[167] Ст. 158 Конституції України встановлено, що Законопроект про внесення змін до Конституції України, який розглядався Верховною Радою України, і не був прийнятий, може бути поданий до Верховної Ради України не раніше ніж через рік з дня прийняття рішення щодо цього законопроекту.

України.[168] Конституційний Суд України не висловлював жодних застережень щодо законопроекту.

2 лютого 2016 року Висновок Конституційного Суду України був поданий до Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя.[169] Відповідно до Регламенту Верховної Ради України[170] Парламент може розглянути питання і прийняти рішення про попереднє схвалення законопроекту відповідно до статті 155 Конституції України, за умови, що такий законопроект був схвалений Конституційним Судом України та щодо його положень Конституційний Суд України не висловив застережень.[171] Попереднє схвалення дозволить Верховній Раді прийняти законопроект на наступній сесії.

Того ж дня Комітет з питань правової політики та правосуддя надав свій висновок, рекомендуючи Верховній Раді України попередньо схвалити законопроект.[172] Відповідно, Парламент України попередньо схвалив законопроект про внесення змін до Конституції України на пленарному засіданні 2 лютого 2016 року. Відповідно до статті 155 Конституції України тепер законопроект може бути прийнятий на наступній сесії Верховної Ради України, якщо за нього проголосує не менш як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України. 2 червня 2016 року Верховна Рада України прийняла законопроект.[173] Відповідно до «Прикінцевих та перехідних положень» законопроекту, поправка до статті 124 Конституції України набрала чинності через три роки після опублікування закону, а саме 30 червня 2019 року.[174]

Верховна Рада України протягом строку своїх повноважень не може двічі змінювати одні й ті самі положення Конституції України.

[168] Висновок Конституційного Суду України щодо законопроекту, пункт 1 Мотивувальної частини.

[169] «Хронологія розгляду законопроекту» (Верховна Рада України) № 3524.

[170] Про Регламент Верховної Ради України: Закон України № 1861-VI [Онлайн-ресурс]. 10 лютого 2010 року. – ст. 149 (5).

[171] *Там само.*

[172] Ст. 155 Конституції України встановлено, що законопроект про внесення змін до Конституції України, попередньо схвалений більшістю від конституційного складу Верховної Ради України, вважається прийнятим, якщо на наступній черговій сесії Верховної Ради України за нього проголосувало не менш як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України.

[173] Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 1401-VIII [Онлайн-ресурс] 2 червня 2016.

[174] Конституція України [Онлайн-ресурс], ст. 124.

Частина II: Юрисдикція Міжнародного кримінального суду

У цій частині вивчається питання юрисдикції МКС, і як це стосується України. По-перше, в цьому розділі розглядаються наслідки двох Заяв України про визнання юрисдикції МКС (географічні та часові рамки, особи, які підпадають під юрисдикцію МКС). У другому розділі піднімаються питання, чи зміниться, і якщо так, то яким чином зміниться підсудність справ, якщо Україна ратифікує Римський статут. Потім вивчатиметься природа юрисдикції Суду, зокрема, які злочини він може розглядати. І, нарешті, в цьому розділі розглядатимуться можливі способи ратифікації Україною Римського статуту.

I. Заяви: де і коли МКС здійснює свою юрисдикцію

Як було зазначено в Розділі I, на даний час Україна не ратифікувала Римський статут, вона «заявила», що визнає юрисдикцію МКС. Вона зробила дві «Заяви», обидві з яких «обмежують» або намагаються «обмежити» уряд стосовно часу, місця та осіб або груп осіб, на яких повинна поширюватися юрисдикція МКС. Перша Заява була передана в МКС у квітні 2014 році.[175] Вона стосувалася злочинів, які могли бути здійсненні під час Революції Гідності та подій Євромайдану в період між 21 листопада та 22 лютого 2014 року. У вересні 2015 року Уряд подав другу Заяву.[176] У ній заявлялося про те, що Уряд України визнає юрисдикцію МКС з 20 лютого 2014 року та без зазначення кінцевої дати. Іншими словами, МКС має необмежену юрисдикцію. Вона стосувалася конфлікту на східній Україні та можливої агресії Російської Федерації.

A. Юрисдикція на підставі Заяви

Як зазначено вище, *визнання* юрисдикції Суду шляхом ратифікації Римського статуту або «Заяви», якою визнається юрисдикція Суду, є передумовою для *здійснення* юрисдикції МКС. Оскільки Україна не є державою-учасницею Римського статуту, то необхідно, щоб вона «запросила» Суд вивчати ситуацію на її території або стосовно її громадян; вона повинна зробити Заяву, щоб визнати юрисдикцію Суду щодо злочинів геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів.

Відповідне положення, яке дозволяє приймати «Заяви», міститься в ст. 12(3) Римського статуту і є передумовою здійснення юрисдикції, сформульовано наступним чином: якщо відповідно до пункту 2 необхідним є визнання юрисдикції державою, яка не є учасницею даного Статуту, то ця

[175] Перша заява.
[176] Друга заява.

держава може шляхом заяви, наданої Секретарю, визнати здійснення Судом юрисдикції щодо даного злочину. Держава, яка визнає, співпрацює з Судом без будь-яких затримок або виключень відповідно до Частини 9.[177]

Зазначається, що це положення має назву «Умови здійснення юрисдикції». Дійсно, ст. 12(3) передбачає умови, які необхідно виконати перед тим, як Суд почне вивчати ситуацію. Це положення є таким, що стосується надання «згоди», яка дозволяє МКС здійснювати свою юрисдикцію у випадку, коли Держава, що не є учасницею Римського статуту, надсилає таке запрошення. Заява не означає автоматичне вивчення ситуації Судом або «початок здійснення» юрисдикції. Отже, важливо не прирівнювати Заяви до визнання юрисдикції відповідно до ст.13, яка *ініціює здійснення* юрисдикції. Крім того, у випадку прийняття Заяв про визнання юрисдикції Суду необхідно дотримуватися ще однієї додаткової окремої умови, яка дозволяє здійснення юрисдикції, або Прокурор повинен розпочати розслідування *proprio motu*, або держава-учасниця, або Рада Безпеки ООН.[178]

Хоч Прокурор МКС не зобов'язаний вживати заходів в результаті прийняття цієї Заяви, але чинний Прокурор проводить політику автоматичного ініціювання «попереднього вивчення» ситуації.[179] Попереднє вивчення не є розслідуванням. Це процедура, за допомогою якої Прокурор вивчає всю наявну інформацію, щоб отримати повні дані про наявність розумних підстав для проведення повноцінного розслідування.[180]

Заяви України наділяють Суд юрисдикцією стосовно злочинних актів, передбачених Римським статутом, які сталися на території України або були вчинені громадянами України.[181] Це означає, що МКС може здійснювати юрисдикцію стосовно будь-яких злочинів, скоєних на території України або громадянами України. У зв'язку з цим виникає декілька питань, у тому числі, чи на територію Криму продовжує поширюватися ця юрисдикція, а також чи іноземні солдати, наприклад, російські громадяни, які ведуть бойові дії на території України, і, можливо, скоїли злочини в Україні, можуть бути притягненні МКС до відповідальності. Окремі питання стосовно юрисдикції, і те, як вони співвідносяться з ситуацією в Україні, розглядаються нижче.

---

[177] Римський статут, ст. 12(3).
[178] *Там само*, ст. 13.
[179] Після отримання звернення або чинної заяви, поданої відповідно до ст. 12(3) Статуту, Прокурор може ініціювати попереднє вивчення ситуації: Регламент Прокурора, положення 25(1)(c). Регламент Прокурора, положення 25(1)(c). Хоч Прокурор не зобов'язаний ініціювати попереднє вивчення після отримання заяви, останні справи дають привід вважати, що вона автоматично ініціюватиме попереднє вивчення. Див. Положення про попереднє вивчення, с. 18, п. 76.
[180] Римський статут, ст. 15(2) та (3).
[181] Римський статут, ст. 12(2).

B. Юрисдикція в контексті ситуації в Україні

Якщо одна з вищенаведених обставин призведе до виникнення необхідності вивчати ситуацію, то наступним кроком повинно стати оцінювання дійсності повноважень Суду. Юрисдикція Суду стає дійсною, якщо позитивна відповідь дається на наступні питання: (i) чи можливі злочини передбачені Римським статутом?; (ii) чи злочини було скоєно після того, як положення Статуту набрали чинності стосовно даної Держави?;[182] та (iii) чи їх було скоєно на визначеній території або особою, яка має певне громадянство? Ці три питання сформульовані наступним чином:

- Злочини, зазначені в ст. 5 Римського статуту (юрисдикція *ratione materiae*). Це перекладається як «матеріальна юрисдикція», але більш відома як «предметна юрисдикція»;
- Злочини, які відповідають вимогам стосовно часу ст. 11 Римського статуту (юрисдикція *ratione temporis* («часова юрисдикція»)); та
- На ці злочини поширюються додаткові параметри юрисдикції ст. 12(2) [юрисдикція *ratione loci* («територіальна юрисдикція») або *ratione personae* («персональна юрисдикція»)].[183]

У цьому розділі аналізується, чи обмежується юрисдикція МКС «адресними» Заявами, поданими Україною. Потім аналізується юрисдикція МКС стосовно окремих питань, зокрема, ситуації в Криму та Східній Україні; та присутності іноземних солдат на території України. Нарешті, буде розглядатися вплив можливої амністії, прийнятої у зв'язку з конфліктом в Україні, на здатність МКС переслідувати певних осіб.

У звіті не аналізується юрисдикція МКС щодо збиття рейсу MH17 Малазійських авіаліній, оскільки кримінальне провадження у цій справі зараз ведеться в нідерландському суді.[184]

a) Спроби обмежити або заборонити здійснення юрисдикції МКС за допомогою Заяв

Цей розділ розглядає питання, чи може держава, яка надіслала Заяву про визнання юрисдикції МКС, законним чином обмежити або заборонити її дію.

Як зазначалося вище, Заяви України складено таким чином, що їх дія спрямована на прийняття юрисдикції МКС, яка буде обмежена щодо скоєних злочинів, злочинців, географічного обсягу та часових рамок юрисдикції. МКС не має і не визнає ці обмеження та може розслідувати дії всіх

---

[182] *Там само,* ст. 11(2).
[183] Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пункт 39; Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар (Рішення) ICC-02/11 (3 жовтня 2011) («Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кот-д'Івуар») пункт 22.
[184] Прокуратура Нідерландів, авіакатастрофа MH17.

сторін конфлікту та всі злочини, в якій частині України їх не було б скоєно протягом відповідного проміжку часу. Проте Суд може визнати проміжок часу, встановлений Заявами, відповідно до яких юрисдикція починає діяти лише з початку 2013 року.

Заяви відкрито визнають юрисдикцію стосовно злочинів проти людяності та воєнних злочинів в Україні.[185] Перша заява більш стосується злочинів, які могли бути скоєні під час подій Євромайдану та внаслідок дій колишнього Президента України Януковича та посадових осіб його адміністрації. В ній визнається юрисдикція щодо злочинів, скоєних у період з 21 листопада 2013 року до 22 лютого 2014 року. Друга Заява спрямована проти Російської Федерації та лідерів «терористичних організацій», зокрема так званих Донецької Народної Республіки та Луганської Народної Республіки. Період дії цієї Заяви частково співпадає з періодом дії першої Заяви та визнає юрисдикцію МКС з 20 лютого 2014 року. Відповідно, очевидно, що Урядом України зроблено спробу обмежити кількість злочинів тими, що було скоєно попереднім режимом, та тими особами, що підтримують сепаратистів.

Як буде обговорюватися, хоч право змінюється, в сучасній практиці МКС визнається наявність цих проблем та в цілому здійснюється протидія спробам Держав встановлювати або обмежувати юрисдикцію. Проте загальна заборона щодо Заяв, що обмежують юрисдикцію МКС, може не застосовуватися аналогічним чином до Заяв, які обмежують юрисдикцію Суду щодо періоду її дії.

Існують два випадки загальної заборони щодо Заяв, які обмежують юрисдикцію Суду: загальна заборона щодо «встановлення» юрисдикції Суду за допомогою Заяви, а також застереження щодо визначення періоду часу, протягом якого МКС має юрисдикцію. По-перше, відповідно до Правил процедури і доказування МКС, після того, як зроблено відповідну Заяву, Секретар повинен проінформувати відповідну Державу про той факт, що шляхом прийняття заяви Держава визнає юрисдикцію Суду «стосовно злочинів, зазначених в ст. 5, які стосуються ситуації».[186] Це правило використовується у подвійному значенні: по-перше, воно однозначно вимагає, щоб країна визнавала юрисдикцію стосовно *всіх* відповідних злочинів, не лише тих, що зазначені в заяві; і, по-друге, МКС розтлумачив, що можливості Держави впливати на ситуацію на свій розсуд обмежуються, і, у свою чергу, обмежується юрисдикція МКС.[187]

МКС однозначно визначив це в нещодавній справі *Прокурор проти Лорана Гбагбо*. Він зазначив, що хоч Держави можуть намагатися визначати об'єм визнаної юрисдикції, але вони не можуть

---

[185] Друга заява, п. 1.
[186] Міжнародний кримінальний суд, Правила процедури та доказування, ICC-ASP/1/3 (Частина II-A) (2002) ("Правила процедури та доказування") правило 44.
[187] *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо* (Laurent Koudou Gbagbo) (Рішення) ICC-02/11-01/11-212 (15 серпня 2012) п. 59.

встановлювати довільні параметри стосовно певної ситуації; Суд має визначати параметри своєї юрисдикції.[188] Як зазначив один експерт, держава не може «мати пиріг і з'їсти його», зробивши заяву, але може намагатися висловити свою позицію стосовно обвинуваченого.[189] Іншими словами, МКС не дозволить державам у власних інтересах переслідувати своїх ворогів.[190]

Можливий виняток із цих суворих правил стосується можливості держави встановлювати конкретні періоди часу для діяльності МКС. Це стосується України, тому що в Заявах зазначається, що юрисдикція Суду визнається з листопада 2013 року і на невизначений термін. У справі *Гбагбо* МКС, здається, підняв це питання. В Заяві, зробленій Кот-д'Івуаром від 18 квітня 2003 року на підставі ст. 12(3), зазначається, що країна визнає юрисдикцію Суду на невизначений термін ("*pour une durée indéterminée*").[191] Апеляційна палата ще ширше тлумачила параметри заяви.[192] Вона з'ясувала, що держава може визнати юрисдикцію Суду в загальних рисах, але така можливість не передбачає, що в майбутньому держава не може обмежити юрисдикцію в рамках параметрів правової бази Суду.[193] Видається, що МКС може дозволити, щоб за допомогою Заяв встановлювалися обмеження терміну дії юрисдикції, але не стосовно інших суттєвих питань (як зазначалося вище).

Видається, що експерти з права погодилися з такою думкою. Професор Зіммерман стверджував, що Заява Держави (такої як Україна) може обмежити термін дії юрисдикції МКС.[194] Інший експерт вважає, ще до винесення рішення по справі *Гбагбо*, що не має причин, чому держава не може обмежити час дії юрисдикції МКС.[195]

---

[188] *Там само,* п. 60.
[189] Хармен ван дер Вільт (Harmen van der Wilt), «Самозвернення як ознака неспроможності держав справлятися з учасниками, які не є державами» (ed), The Law and Practice of the International Criminal Court (OUP 2015) С. 214 – 215.
[190] Рут Ведгвуд (Ruth Wedgwood), «Третя промова: вдосконалення Міжнародного кримінального суду» (Speech Three: Improve the International Criminal Court) in Alton Frye (ed) Toward an International Criminal Court?: Three Options Presented as Presidential Speeches (New York: Council for Foreign Relations, 1999) с. 69.
[191] Заява Республіки Кот-д'Івуар (МКС) 18 квітня 2003, ICC-02/II-01/II-129-AnxI6.
[192] *Прокурор проти Лорана Куду Гбагбо* (Рішення) ICC-02/11-01/11OA2 (12 грудня 2012).
[193] *Там само,* пункт 84.
[194] Андреас Зіммерманн (Andreas Zimmermann) «Палестина та Міжнародний кримінальний суд: Куди йдеш?: межі та обмеження Заяв відповідно до ст.12(3)» 'Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis Reach and Limits of Declarations under art. 12(3)' (2013) 11(2) Journal of International Criminal Justice 303, с. 312-313.
[195] Стівен Фріленд (Steven Freeland), «Якими відчиненими двері мають бути - Заяви держав, які не є учасницями відповідно ст.12(3) Римського статуту Міжнародного кримінального суду» ('How open Should the Door Be - Declarations by Non-States Parties underart. 12(3) of the Rome Statute of the International Criminal Court (2011) Nordic J Int'l L 211), С. 234.

Отже, спроби обмежити або скасувати юрисдикцію МКС на підставі зроблених Заяв навряд чи буде прийнято Судом. Обмеження терміну дії Заяв може бути прийнято. У результаті цього очікується, що спроба України визначити злочини або злочинців, якими повинен займатися МКС, зазнає поразки. Попереднє вивчення Прокурором МКС обмежувалося не положеннями заяв, а доказами, отриманими після вивчення всіх відповідних злочинів та встановлення осіб злочинців. Те саме стосуватиметься будь-якого подальшого розслідування та переслідування.

b) Юрисдикція МКС на спірних територіях: Крим та Східна Україна

У цьому розділі розглядається питання, чи поширюється юрисдикція МКС на спірні території Криму та Східної України. Заяви України передбачають поширення юрисдикції на територію «України» та її громадян. З урахуванням проголошення незалежності від України Кримом та частиною Східної України буде розглядатися питання, чи МКС матиме юрисдикцію щодо злочинів, скоєних в цих регіонах.

i. Юрисдикція МКС в Криму

Було порушено питання, чи має МКС юрисдикцію стосовно подій в Криму з урахуванням заяв діючих органів влади про те, що на даний час Крим є частиною Російської Федерації. На сьогодні МКС визнав цей аспект у Звіті Прокурора МКС про діяльність на етапі попереднього вивчення справ, опублікованому в листопаді 2016 року, охарактеризувавши Крим як територію, «введену… до складу Російської Федерації»,[196] а Російську Федерацію – як державу, що «взяла Крим під свій контроль».[197] Як було зазначено, при визначенні того, чи має Суд юрисдикцію стосовно певних подій, необхідно виконання трьох умов; зокрема, Суд повинен мати предметну юрисдикцію, юрисдикцію в часі, а також територіальну або персональну юрисдикції.

З огляду на те, що у звіті, опублікованому в листопаді 2016 року, МКС підтвердив: він справді має предметну юрисдикцію щодо подій, що відбулись у Криму (оскільки Прокурор МКС встановила, що ситуація на території Криму та м. Севастополь становить міжнародний збройний конфлікт між Україною та Російською Федерацією), [198] питання, чи підпадає ситуація в Криму під юрисдикцію Суду, будуть розглядатися щодо двох останніх умов з цих трьох, про які йшла мова (юрисдикція в часі та територіальна або персональна юрисдикція). Про ці вимоги йтиметься нижче.

Як зазначалося у Вступі, події навколо анексії Криму почали розгортатися 23 лютого 2014 року, коли проросійські протестувальники проводили в Криму демонстрації проти нової Київської

---

[196] Звіт про попереднє вивчення у 2016 році, п. 156.
[197] *Там само,* п. 157.
[198] *Там само,* п. 158.

влади.[199] 27 лютого 2014 року проросійські озброєні люди почали захоплювати ключові будівлі в столиці Криму, Сімферополі. Це стосується будівлі Кримського парламенту, над яким було піднято російський прапор. Невстановлені озброєні люди у воєнній формі з'явилися в обох аеропортах Криму. 1 березня 2014 року Російський парламент надав згоду на використання збройних сил в Криму з метою захисту російських інтересів. 5 березня 2014 року Президент Росії Володимир Путін відхилив заклики вивести війська з Криму, посилаючись на те, що «самооборона» Криму не знаходилася під російським командуванням. 6 березня 2014 року проросійське керівництво в Криму проголосувало за приєднання до Росії та проведення референдуму. 16 березня 2014 року кримський референдум про вихід зі складу України та приєднання до Росії, за наявними даними, підтримали 97% виборців. 18 березня 2014 року Президент Володимир Путін підписав закон про приєднання Криму до Російської Федерації.

Як зазначалося вище, пізніше Уряд України направив дві Заяви до МКС. Друга Заява однозначно спрямована на питання подій в Криму та Східній Україні, та охоплює період з 20 лютого 2014 року.[200] З самого початку необхідно зазначити, що Прокурор МКС підтвердила, що вона розглядатиме «будь-які відповідні злочини, які було скоєно внаслідок подій в Криму».[201]

1) Юрисдикція в часі

Аналіз Заяви України показує, що МКС має юрисдикцію в часі стосовно подій в Криму, оскільки друга Заява, подана до МКС, стосується «дій, вчинених на території України з 20 лютого 2014 року». У результаті цього ситуація в Криму підпадає під юрисдикцію в часі, визначену в Заяві.

2) Територіальна або юрисдикція за громадянством

Оскільки визнано юрисдикцію в часі, то Суду потрібно розглянути питання, чи він має територіальну або персональну юрисдикцію стосовно даних злочинів. Як зазначалося вище, Римський статут передбачає, що Суд може здійснювати свою юрисдикцію стосовно злочинів, скоєних на території Держави, яка робить Заяву («територіальна юрисдикція»), або скоєних особою, яка є громадянином Держави, яка робить Заяву («персональна юрисдикція»). Окремі питання територіальної та персональної юрисдикцій розглядатимуться нижче.

---

[199] 'Криза в Україні: Хронологія' (*BBC,* 13 листопада 2014); 'Хронологія: Політична криза в Україні та Окупація Криму Росією' (*Reuters,* 8 березня 2014); 'Хронологія: Ключові події в поточній кризі в Україні' (*Washington Post*, 12 травня 2014); 'Криза в Україні: хронологія основних подій' (*The Telegraph*, 5 березня 2015); 'Хронологія: політична криза в Україні' (*Al Jazeera*, 20 вересня 2014).
[200] Друга заява.
[201] Канцелярія Прокурора, 'Звіт про діяльність з попереднього розгляду' (2015) ("Звіт про попереднє вивчення у 2015 році"), пп. 106 та 110.

i) Територіальна юрисдикція

По-перше, МКС може здійснювати територіальну юрисдикцію, якщо можливий злочин було вчинено на території Держави, яка є державою-учасницею або заявила про визнання юрисдикції Суду.[202] Таким чином, щоб визначити, чи має МКС територіальну юрисдикцію стосовно можливих злочинів, вчинених в Криму, Прокурору МКС потрібно буде встановити, чи на будь-які можливі злочини, які підпадають під юрисдикцію МКС, продовжує поширюватися територіальна юрисдикція України після окупації території Криму Росією (приблизно 27 лютого 2015 року), що й досі триває. Нижче пояснюється, чому Прокурор МКС дійшла висновку, що Суд має територіальну юрисдикцію стосовно можливих злочинів, скоєних в Криму.

Міжнародне право недвозначно зазначає, що територію не можна анексувати силою.[203] Оскільки «незалежність» Криму, судячи з усього, стала результатом незаконного використання сили, Міжнародний суд ООН («МС ООН») може дійти висновку, що цей факт робить проголошення незалежності від України недійсним.[204] Прикладом цього можуть бути результати попереднього вивчення Прокурором МКС ситуації в Грузії. Незважаючи на проголошення незалежності Південної Осетії від 29 травня 1992 року та наступного її визнання чотирма країнами-членами ООН, починаючи з 2008 року, Прокурор МКС заявила, що для цілей розслідування вона вважає територію Південної Осетії частиною Грузії. На її думку, для цілей розслідування вона не розглядається в якості незалежної держави та, відповідно, вважається частиною Грузії.[205] Напевно, Прокурор МКС буде керуватися тими самими міркуваннями стосовно Криму при вирішенні питання щодо територіальної юрисдикції Суду в Україні.

Крім того, видається, що не існує вимог, щоб територіальна юрисдикція Суду обмежувалася територією, на якій держава фактично здійснює ефективний контроль.[206] Прикладом принципу такого «контролю» є Кіпр, який ратифікував Римський статут в березні 2002.[207] Ця ратифікація наділяє Суд юрисдикцією над територією Північного Кіпру, навіть якщо Туреччина окупує його з

---

[202] Римський статут, ст. 12(2)(a).
[203] ООН, Статут ООН, 24 жовтня 1945 року, 1 UNTS XVI, ст. 2; Аурель Сарі «Інстрасімпозіум України: Коли порушення про Угоду про статус сил розцінюється як акт агресії?» (Aurel Sari, 'Ukraine Insta-Symposium: When does the Breach of a Statute of Forces Agreement amount to an Act of Aggression? Справа України та Чорноморський флот» (*Opinio Juris,* 6 березня 2014).
[204] МС ООН, Відповідність міжнародному праву односторонньої декларації незалежності по відношенню до Косова, Консультативна думка, Звіти МС ООН (2010), с. 403, п. 81.
[205] *Ситуація в Грузії* (Виправлена версія «Запит на отримання дозволу для проведення розслідування відповідно до ст. 15», 16 жовтня 2015) ICC-01/15-4-Corr2 (17 листопада 2015) п. 54.
[206] Уільям А. Шабас, Міжнародний кримінальний суд: Коментар Римського статуту (OUP, 2010) с. 285.
[207] 'Кіпр' (*МКС*)

1974 року.[208] Видається, що така ситуація застосовується лише до території, на яку в певний період часу однозначно поширювався суверенітет відповідної Держави.[209] Схоже, що така точка зору домінує в середовищі міжнародних експертів.[210] Навряд чи існують причини, чому при визначенні територіальної юрисдикції такі аргументи не будуть аналогічним чином застосовуватися до держав, які не є учасницями Римського статуту, які лише зробили Заяву (наприклад, Україна), як застосовуються до Держав-учасниці (наприклад, Кіпр) при визначенні сфери територіальної юрисдикції.

І, нарешті, оскільки МКС було створено, щоб покінчити з безкарністю,[211] Прокурор МКС турбується про те, щоб уникнути прогалин в питаннях притягнення винних до відповідальності. Якщо вважається, що Крим перебуває поза межами територіальної юрисдикції України, то є незначна кількість (або взагалі немає) підстав для переслідування осіб в межах юрисдикції суду злочини, скоєні на цій території. Це може передвіщати виникнення ситуації, в якій держава буде намагатися уникнути відповідальності, незаконно окупуючи регіон іншої держави.[212]

---

[208] Кіпрос Крістостомідес, *Республіка Кіпр — Вивчення міжнародного права* (Martinus Nijhoff, 2000), с. 148-153; *Кіпр проти Туреччини* (Рішення спору по суті) Acc. No. 25781/94 (10 травня 2001) п. 13-14; Джон Дугард, *Визнання та ООН* (Cambridge: Grotius, 1987).

[209] Євген Конторовіч, «Ізраїль/Палестина – Невідома територія для МКС» (2013) 11(5) Journal of International Criminal Justice 979-999, с. 990-991.

[210] Майкал Bariac (Michael Vagias), *Територіальна юрисдикція Міжнародного кримінального суду* (*The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court*) (Cambridge University Press, 2014) С.222 тощо, посилання на Кипроса Крісостомідіса, *Республіка Кіпр – Вивчення міжнародного права* (Martinus Nijhoff, 2000) С. 148-153, 155-157; Джон Дугарт (John Dugard), «*Визнання та Організація Об'єднаних Націй*» (*Recognition and the United Nations*) (Cambridge: Grotius, 1987) С. 110; *Кіпр проти Туреччини* (Рішення спору по суті) App No. 25781/94 (10 травня 2001) п. 13-14; *Демопулос та інші проти Туреччини* (Рішення про прийнятність) App No. 46113-99 (1 березня 2010) п.96.

[211] Римський статут, Преамбула, п. 5.

[212] «Україна: очевидні порушення міжнародного права в Криму» ('Ukraine: clear breaches of international law in Crimea') (International Bar Association, 20 February 2015); Даниель Вайзхарт (Daniel Wisehart), «Криза в Україні та заборона застосування сили: правові підстави для втручання Росії?» ('The Crisis in Ukraine and the Prohibition of the Use of Force: A Legal Basis for Russia's Intervention?') (EJIL: Talk!, 4 березня 2014). Здається, що інтервенція Росії та приєднання Криму було незаконним. На підтримку цієї думки: 'Угода 1997 року щодо Чорноморського флоту між Росією та Україною' (Eric Posner Blog, 5 березня 2014); посилання на John L. Black (ed), Russia & Eurasia Documents Annual 1997: Російська Федерація (The Russian Federation) (том 1, Academic International Press, 1998) стр. 129; «Щодо порушень чинного законодавства України та українсько-російських угод військовими формуваннями ЧФ РФ на території України» (МЗС, 3 березня 2014). Схожі заклики до незалежності від Абхазії та Південної Осетії не знайшли міжнародної підтримки: Малколм Н. Шоу (Malcolm N Shaw), «Спадок держав: принципи Uti Possidetis Juris» ('The Heritage of States: The Principles of Uti Possidetis Juris Today') (1996) 67 British Yearbook of International Law, fn 218; Romain Yakemtchouk, 'Les conflits de territoires et de frontieres dans les Etats de l'ex-URSS' (1993) 39 Annuaire francais de droit international, p 409; А.В. Лоу та Колін Ворбрік (A V Lowe and Colin Warbrick) (eds), «Сучасний розвиток: міжнародного публічного права - визнання держав» ('Current Developments: Public International Law - Recognition of States') (1991) 41 International and Comparative Law Quarterly, С. 473, 478; UNSC Res 822 (30 квітня 1993) UN Doc S/RES/822; UNSC Res 853

На завершення, міжнародне право та практика МКС передбачають, що, скоріше за все, Палата попереднього провадження МКС погодиться з Прокурором і дійде висновку, що Суд має територіальну юрисдикцію стосовно відповідних злочинів, вчинених в Криму.

ii) Юрисдикція за громадянством

По-друге, оскільки схоже, що МКС має територіальну юрисдикцію в Криму, аналіз юрисдикції за громадянством не є важливим, тому що існують альтернативні підстави для виникнення юрисдикції. Незалежно від того, чи має МКС територіальну юрисдикцію, він може здійснювати юрисдикцію за громадянством, а це означає, що МКС має юрисдикцію стосовно українських громадян, які скоїли злочини в Криму або в інших місцях.

Римський статут передбачає, що Суд може здійснювати свою юрисдикцію, коли держава визнає юрисдикцію, а особа, обвинувачена у вчиненні злочину, є «громадянином» цієї Держави незалежно від того, де цей громадянин вчинив даний злочин.[213] Останній приклад цього стосується так званої Ісламської держави Іраку та Леванту (ІДІЛ) на Близькому Сході. Злочини вчиняються терористами Сирії та Іраку. Багато цих терористів вважають себе частиною ІДІЛ. Сирія та Ірак не є державами-учасницями Римського статуту та не визнають юрисдикцію МКС. Проте, як зазначалося Прокурором МКС, Суд може здійснювати юрисдикцію за громадянством над цими особами. Це дозволило б МКС здійснювати юрисдикцію над особами, , які прибули до Сирії з інших держав, таких як Туніс, Йорданія, Франція, Велика Британія, Німеччина, Бельгія, Нідерланди та Австралія.

Проте існування виду юрисдикції за громадянством не означає, що Прокурор МКС ініціює попереднє вивчення. Це буде залежати від обставин. Стосовно ІДІЛ Прокурор поділяє думку, що юрисдикційні підстави для ініціювання попереднього вивчення є занадто вузькими на цей час,[214] тому що видається, що ІДІЛ є організацією, керованою переважно громадянами Іраку та Сирії, а також державами, які не є учасницями Римського статуту і не визнають юрисдикцію МКС. Таким чином, МКС не матиме юрисдикцію стосовно цих громадян за злочини, скоєні ними в цих країнах. Відповідно, за відсутності громадян, що займають високі посади, з держав, які ратифікували Римський статут або зробили заяву, у Прокурора МКС залишається небагато можливостей або перспектив проводити розслідування або переслідування найбільш відповідальних осіб, а саме це знаходиться в центрі уваги Прокурора МКС.

(29 липня 1993) UN Doc S/RES/853; UNSC Res 876 (19 жовтня 1993) UN Doc S/RES/876; UNSC Res 884 (12 листопада 1993) UN Doc S/RES/884; UNSC Res 896 (31 січня 1994) UN Doc S/RES/896.

[213] Римський статут, ст. 12(2)(b).

[214] 'Заява прокурора Міжнародного кримінального суду Фату Бенсуди щодо заявлених злочинів, скоєних ІДІЛ' (МКС, 8 квітня 2015).

Проте, повертаючись до Криму та дотримуючись цієї логіки, може виявитися, що наявна інформація доводить той факт, що українці (високопосадовці Міністерства оборони або Служби безпеки України (далі - «СБУ») підозрюються у наданні допомоги під час скоєння росіянами ймовірних злочинів в Криму (або в зоні конфлікту в Східній Україні). Якщо це так, то такі особи можуть вважатися громадянами України, на яких поширюється юрисдикція України. У результаті прийняття цих Заяв та в силу юрисдикції за громадянством МКС також має юрисдикцію над цими особами.

Можна посперечатися, що жителі Східної України та Криму не є громадянами України. Але цей аргумент не діє, коли йдеться про кримінальне розслідування МКС. Для цілей визначення юрисдикції жителі Криму все рівно вважаються частиною населення України. Таким чином, цілком ймовірно, що Суд буде вважати осіб, «колишніх» громадян України, громадянами України у випадку проведення розслідування.

3) Висновок

Отже, є підстави вважати, що МКС матиме юрисдикцію в часі та територіальну юрисдикцію стосовно злочинів, які могли бути скоєні в Криму особою будь-якого громадянства. В якості альтернативи, громадян України можуть переслідувати за злочини, вчинені в Криму, на підставі юрисдикції МКС стосовно громадян України.

ii. Юрисдикція МКС в Східній Україні

Ті самі запитання та відповіді на питання стосовно юрисдикції МКС у Криму стосуються Луганської та Донецької областей у Східній Україні. Хоч не було спроб приєднати ці області до іншої визнаної держави, але, натомість, була спроба створити власні республіки. Як буде зазначатися нижче, це не несе наслідків для визнання територіальної юрисдикції та юрисдикції за громадянством МКС.

З самого початку, як і з Кримом, Прокурор МКС розглянула всю інформацію з надійних джерел для оцінки ситуації в Україні, у тому числі в Луганській і Донецькій областях, які разом створюють регіон «Донбас».[215] Прокурору буде потрібно встановити, чи має Суд у цьому регіоні юрисдикцію в часі, територіальну юрисдикцію або юрисдикцію за громадянством. Ці питання розглядатимуться нижче.

По-перше, очевидно, що МКС має темпоральну юрисдикцію стосовно конфлікту на сході.[216] Конфлікт на сході України почався 7 квітня 2014 року, коли протестувальники почали

---

[215] 2015 Доповідь про попереднє вивчення, п. 110.
[216] Римський статут, ст. 11.

захоплювати урядові будинки в Харкові, Донецьку та Луганську.[217] Заяви наділяють МКС юрисдикцією з 21 листопада 2013 року до сьогоднішнього дня. Зокрема, друга Заява, подана в МКС, застосовується до «дій, вчинених на території України з 20 лютого 2014 року». Відповідно, ситуація на сході України підпадає під юрисдикцію в часі, визначену в Заяві.

По-друге, стосовно територіальної юрисдикції Східна Україна буде розглядатися як частина України у випадку проведення попереднього вивчення Прокурором МКС. 11 травня 2014 року проросійські сепаратисти організували референдум з питання суверенітету Донецької та Луганської областей, результати якого, ймовірно, були сфальсифіковані і не відповідали основним демократичним стандартам та порушували Конституцію України.[218] Незабаром після цього місцеві жителі оголосили територію Донецької і Луганської областей «Донецькою Народною Республікою» (далі - «ДНР») та «Луганською Народною Республікою» (далі - «ЛНР»). Цей референдум є спірним. Ст.73 Конституції України передбачає, що «виключно всеукраїнським референдумом вирішуються питання про зміну території України». Цей референдум не був всеукраїнським, а отже, відповідно до Конституції України, він не є легітимним. На доказ цього можна додати, що жодна визнана країна, навіть Росія, не визнає отримання Східною Україною власної державності. Таким чином, хоч Східна Україна може проголосити свою незалежність, не існує розумних підстав вважати, що державність отримана легітимно.

По-третє, стосовно юрисдикції за громадянством можна посперечатися, що жителі Сходу не є громадянами України. Але цей аргумент не діє, коли йдеться про кримінальне розслідування МКС. Перш за все, жителі в зоні конфлікту не змінювали своє громадянство легально. Парламент Луганської Народної Республіки прийняв «декларацію» від 27 травня 2015 року, яка наділяла громадянством Луганської Народної Республіки всіх осіб, які проживають на цій території або народилися тут.[219] Ця декларація не є нормативно-правовим актом, але вона створює базу для введення в дію майбутнього акту парламенту. Хоч проголошується культурна спорідненість з Росією, але з точки зору міжнародного права вони залишаються громадянами України та, ймовірно, нова держава не отримала свою державність офіційно.[220] Таким чином, МКС визнає

---

[217] 'Криза в Україні: хронологія основних подій' (*The Telegraph*, 5 березня 2015); 'Хронологія: Ключові події в поточній кризі в Україні' (*Washington Post*, 12 травня 2014); 'Криза в Україні: Хронологія' (*BBC,* 13 листопада 2014).

[218] 'Фарс референдуму в Донбасі' (The Farce of the 'Referendum' in Donbas) (*Centre for Eastern Studies* (Центр вивчення Сходу), 14 травня 2014).

[219] 'Верховна Рада «Луганської Народної Республіки» прийняла декларації про громадянство' (*Forbes,* 27 травня 2014).

[220] Конституція України вимагає проведення всеукраїнського референдуму з питань виходу зі складу країни. Конституція України: Закон України № 254к/96-ВР [Онлайн-ресурс]. 28 червня 1996 року, ст. 73.

жителів, «колишніх» громадян України, громадянами України у випадку проведення розслідування МКС.

Взагалі, є висока ймовірність, що стосовно конфлікту на Сході України МКС матиме юрисдикцію в часі та територіальну юрисдикцію або юрисдикцію за громадянством.

iii. Юрисдикція МКС стосовно іноземних бойовиків на території України

У цьому розділі розглядається питання, чи матиме МКС юрисдикцію для притягнення до відповідальності іноземних бойовиків, які могли скоїти злочини на території України. Це стосується базових питань юрисдикції в часі та територіальної юрисдикції. Взагалі, як зазначено нижче, ці юрисдикційні вимоги дотримуються.

Щодо юрисдикції в часі, то в силу прийняття Заяв МКС має юрисдикцію щодо злочинів, скоєних починаючи з 21 листопада 2013 року. Щодо територіальної юрисдикції, попереднє вивчення конфлікту в Грузії демонструє наявність чітких ознак територіальної юрисдикції МКС стосовно іноземних бойовиків. Її застосування Прокурором МКС відносно Суду, який намагається отримати дозвіл для ініціювання офіційного розслідування (див. Частину 3) ситуації в Грузії, вказує на те, що вона вірить, що злочини, скоєні російськими військовослужбовцями, зокрема можливі непропорційні та невибіркові напади, було вчинено на території Грузії.[221] Оскільки це попередній розгляд, і необхідно продовжувати розслідування, Прокурор однозначно діяла виходячи з того, що вона вважає, що Суд має територіальну юрисдикцію стосовно злочинів, навіть якщо вони вчинені не громадянами Грузії.[222]

Отже, з точки зору Прокурора МКС, здається, що якщо російські громадяни скоювали злочини на території України, то МКС матиме територіальну юрисдикцію щодо них виходячи з поняття територіальної юрисдикції.

1) Заперечення щодо юрисдикції: Амністії

В Україні ведуться різні дискусії стосовно положень амністії бойовиків зі Східної України з метою вирішення конфлікту, реінтеграції бунтівних регіонів та можливого примирення українського

---

[221] *Ситуація в Грузії* (Запит на отримання дозволу для проведення розслідування) ICC-01/15-4-Corr (17 листопада 2015), п. 198-201.

[222] *Там само,* п. 138: «Можлива участь Збройних сил Росії у вчиненні злочинів у Південній Осетії»; там само, пункт 198: «Можливі непропорційні та невибіркові напади, здійсненні Збройними силами Росії»; *Там само*, п. 65 «[…] наявна інформація вказує на те, що, принаймні, деякі представники Збройних сил Росії брали участь у здійсненні таких злочинів тоді, коли інші представники збройних сил Росії брали пасивну участь у скоєнні таких злочинів, а інші військовослужбовці вчиняли дії, щоб попередити скоєння таких злочинів та покарати за них».

суспільства. У цьому розділі вивчаються питання юрисдикції щодо переслідування за міжнародні злочини, незважаючи на амністію.

Мінські угоди від вересня 2014 року та лютого 2015 року закликають сторони, які їх підписали, вживати заходів для прийняття амністії. Друга угода передбачає, щоб сторони забезпечили впровадження помилування та амністії шляхом «введення в силу закону», який забороняє переслідувати осіб у зв'язку з подіями, які мали місце в Донецькій та Луганській областях.[223] Проте в Мінських домовленостях не містяться положення щодо безумовного прийняття амністії, а лише вимога вжити необхідних заходів для її впровадження.

Концепція «амністія в обмін на мир» не є новою. По суті, Міжнародний комітет Червоного Хреста (далі - «МКЧХ») навіть висловлює думку, що МГП зобов'язує такі держави, як Україна, намагатися забезпечити «якомога широку» амністію тих, хто бере участь у неміжнародному збройному конфлікті.[224] Іншими словами, забезпечити, щоб за участь у конфлікті та за скоєні як наслідок злочини не можна було переслідувати. Проте МГП дозволяє не всі амністії, і вони мають бути ретельно підготовлені та цілеспрямованими. Ті особи, які підозрюються або обвинувачуються у воєнних злочинах чи інших конкретних міжнародних злочинах, не повинні підпадати під амністію, стосовно них повинно тривати слідство та судовий процес.[225] Є невеликі розбіжності щодо цієї позиції.[226] МКЧХ погоджується з цією позицією,[227] як і Організація Об'єднаних Націй,[228] Комісія

---

[223] 5. «Забезпечити помилування та амністію шляхом введення в силу закону, який забороняє переслідування та покарання осіб у зв'язку з подіями, які мали місце в окремих районах Донецької та Луганської областей України». «Повний текст Мінських угод» (*Financial Times,* 12 лютого 2015); «Забезпечити помилування та амністію шляхом введення в силу закону, який забороняє переслідування та покарання осіб у зв'язку з подіями, які мали місце в окремих районах Донецької та Луганської областей України». 'Minsk agreement on Ukraine Crisis: text in full' («Мінська угода щодо кризи в Україні: повний текст») (*The Telegraph*, 12 лютого 2015); 'Minsk Agreement: Full text in English' («Мінська угода: повний текст англійською мовою») (*УНІАН*, 12 лютого 2015).

[224] В цілях цього звіту вважається, що цей конфлікт є неміжнародним збройним конфліктом. Якби цей конфлікт класифікували як міжнародний збройний конфлікт, то застосовувалася б ст.43(2) першого Додаткового протоколу. Це передбачає, що військовослужбовці Сторони конфлікту є комбатантами, що означає, що вони мають право брати пряму участь у воєнних діях. Це тлумачиться як надання «імунітетів» у випадку здійснення під час міжнародного збройного конфлікту дій, пов'язаних з МГП.

[225] Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (том I, Cambridge University Press, 2009), С. 612 *і далі.*

[226] Як зазначив МКЧХ, Там само, С. 4017-4044.

[227] Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (том I, Cambridge University Press, 2009), С. 612 *і далі.*

[228] Резолюції Ради Безпеки ООН по Хорватії та Сьєрра-Леоне підтвердили, що амністії не можуть стосуватися воєнних злочинів: Рада Безпеки ООН, Рез.1120, 14 липня 1997, UN Doc S/RES/1120 п. 7; Рада Безпеки ООН, Рез.1315, (14 серпня 2000), UN Doc S/RES/1315 преамбула.

ООН з прав людини[229] та Генеральний секретар ООН.[230] Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії (далі - «МКТЮ») однозначно заявив, що воєнні злочини не можуть бути об'єктом амністії.[231] Крім того, хоча право постійно змінюється,[232] в залежності від природи злочину держави можуть мати обов'язок[233] переслідувати за міжнародні злочини, такі як воєнні злочини або злочини проти людяності.[234]

---

[229] Комісія ООН з прав людини, Рез 2002/79 (25 квітня 2002) E/2002/23, п. 2.

[230] *Див. напр.,* Генеральний секретар ООН, Звіт про заснування Спеціального суду щодо Сьєрра-Леоне, UN Doc S/2000/915 (4 жовтня 2000) пп. 22–24; Генеральний секретар ООН Звіт про захист цивільних осіб під час збройного конфлікту, UN Doc S/2001/331 (30 березня 2001) пункт 10.

[231] Трибунал зазначив, що національні амністії не можуть зупинити вступ в силу основних зобов'язань за міжнародним правом, Прокурор проти Фурундзія (Рішення) IT-95-17/1-T (10 грудня 1998) пп. 153-157.

[232] Ясмін Накві, «Амністія для воєнних злочинів: визначення меж міжнародного визнання» (2003) 85 Міжнародний огляд Червоного Хреста 851.

[233] Геноцид (Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього від 1948 року, ст. I & IV); злочини проти людяності (Комітет з прав людини, загальний коментар № 31 (2004) в контексті загальних юридичних обов'язків, покладених на держав-учасниць Договору, п.18; Міжамериканський суд з прав людини, *Алмонасід-Ареллано та інші проти Чілі* (Рішення) 26 вересня 2006, пункт 114).
Воєнні злочини під час міжнародного збройного конфлікту (звичаєве міжнародне право (Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (vol I, Cambridge University Press, 2009), С. 607-611); зобов'язання згідно з чотирма Женевськими конвенціями щодо розшуку осіб, які можуть бути відповідальними за серйозні порушення Конвенцій).
Воєнні злочини під час міжнародного збройного конфлікту (звичаєве міжнародне право (Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (vol I, Cambridge University Press, 2009), С. 607-611); ст. 3, спільна для чотирьох Женевських конвенцій від 1949 року та Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року (перша Женевська конвенція від 1949 року про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, 75 UNTS 31, прийнята 12 серпня 1949; друга Женевська конвенція від 1949 року про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії зі складу збройних сил на морі, 75 UNTS 85, прийнята 12 серпня 1949 року; третя Женевська конвенція від 1949 року про поводження з військовополоненими, 75 UNTS 135, прийнята 12 серпня 1949; четверта Женевська конвенція від 1949 року про захист цивільного населення під час війни, 75 UNTS 287, прийнято 12 серпня 1949 року; перший Додатковий протокол від 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів 1125 UNTS 3, прийнятий 8 червня 1977; другий Додатковий протокол від 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру, 1125 UNTS 609, прийнятий 8 червня 1977; Додатковий протокол від 2005 до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми, 2006 ATNIF 6, прийнятий 8 грудня 2005)).
Катування (Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання (прийнята 10 грудня 1984, вступила в дію 26 червня 1987) 1465 UNTS 85 (CAT), ст. 4.1, 4.2 та 7.1; *Прокурор проти Анто Фурундзія* (Рішення) справа № IT-95-17/1-T (10 грудня 1998) п. 155); насильницьке зникнення (ГА ООН, 2006 Міжнародна конвенція про захист всіх осіб від насильницьких зникнень, Res A/RES/61/177, прийнята 20 грудня 2006, ст. 6.1, 7.1, 11.1, 24.4);
Право жертви отримати репарації та негайну, справедливу і адекватну компенсацію; *Квінтерос проти Уругваю*, Повідомлення № 107/1981, у *Вибрані рішення Комітету з прав людини за Факультативним протоколом*, том II (United Nations publication, Sales No. E.89.XIV.1); Європейський суд з прав людини, *Курт проти Туреччини* (Рішення) № 24276/94 (25 травня 1998); Міжамериканський суд з прав людини, справа *Веласкеса-Родрігеса* (Рішення) Series C, № 4 (29 липня 1988) п. 172.

[234] Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (vol I, Cambridge University Press, 2009), С. 607-611: Держави повинні розслідувати воєнні злочини, що, як

Прикладом відповідної практики є Сьєрра-Леоне. Після громадянської війни в Сьєрра-Леоне було укладено Ломейську мирну угоду.[235] Ця мирна угода передбачала амністію. Пізніше в Статуті Суду по Сьєрра-Леоне однозначно зазначалося, що амністія, яка надається будь-яким особам, на яких поширюється юрисдикція за скоєння злочинів, передбачених в статуті, або інших серйозних порушень МГП, не буде перешкодою для їх переслідування.[236]

Ці принципи можуть застосовуватися до України. Україна має право та підтримку щодо запровадження амністії для осіб, які беруть участь в конфлікті. Проте, якщо Україна приймає закон про амністію, то такий закон має включати весь перелік міжнародних злочинів, за які передбачається кримінальне переслідування, незалежно від прийняття амністії. Відповідно, наступні види злочинів необхідно виключити з переліку тих, що передбачені в законопроекті про амністію: геноцид відповідно до ст. 442 Кримінального кодексу України, вбивство, взяття заручників, зґвалтування відповідно до ст. 152 Кримінального кодексу України та інші злочини. Проте з метою належного дотримання своїх міжнародних зобов'язань до переліку злочинів, які не підпадають під амністію, також необхідно додати воєнні злочини (відповідно до ст. 438 Кримінального кодексу України) та всі інші можливі міжнародні злочини такі, як катування (ст. 127 Кримінального кодексу України).[237]

C. Вплив Заяв України на співробітництво

У наступному розділі обговорюються зобов'язання, які виникають унаслідок прийняття Україною рішення подати Заяви до МКС.

a) Зобов'язання співпрацювати з МКС

Зараз Україна повинна повністю співпрацювати з МКС з питань розслідування та кримінального переслідування у зв'язку з конфліктом на Україні. Ст.12(3) (положення, яке дозволяє подачу Заяв)

стверджується, вчинені їхніми громадянами або збройними силами, або на їхній території, та за наявності підстав притягати до відповідальності осіб, підозрюваних у вчиненні таких злочинів. Вони також повинні розслідувати інші воєнні злочини, щодо яких вони мають юрисдикцію, та за наявності підстав притягати до відповідальності осіб, підозрюваних у вчиненні таких злочинів.

[235] Мирна угода між Урядом Сьєрра-Леоне та Революційним єдиним фронтом Сьєрра-Леоне, Ломе, Того, 7 липня 1999 року, ст. IX, додано до Листа від 12 липня 1999 від Тимчасово повіреного у справах Постійної місії Того при Організації Об'єднаних Націй до Голови Ради Безпеки ООН, S/1999/77, 12 липня 1999.

[236] Статут Спеціального суду по Сьєрра-Леоне, 2178 UNTS 138, 145, UN Doc S/2002/246, Додаток II, прийнятий 16 січня 2002, ст. 10: «Амністія, надана будь-якій особі, яка підпадає під юрисдикцію Спеціального суду у зв'язку зі злочинами, вказаними в ст.2 та 4 цього Статуту, не є перешкодою для кримінального переслідування».

[237] Міжнародне партнерство з прав людини, «Впровадження амністії: перспективи надання амністії сторонам конфлікту в східній Україні» (січень 2016) С. 6-7.

однозначно передбачає, що Держава, яка подала Заяву, повинна співпрацювати з Судом без затримок або виключень відповідно до Частини 9 Римського статуту (ст.86-102). У Частині 9, яка однаково застосовується до держав та недержавних формувань, які є сторонами конфлікту,[238]перераховуються загальні та спеціальні зобов'язання щодо співпраці за умови, що Держави дотримуються серед інших положень наступних: (i) ведення необхідних документів та записів; (ii) встановлення осіб; (iii) збір доказів; (iv) допит людей; (v) пошук або арешт; [239] (vi) доставка осіб в суд;[240] та (vii) попередній арешт.[241] Ці питання детально будуть обговорюватися в Частині 2 «Ратифікація».

b) Відмова від співробітництва

Відмова від співробітництва з МКС відповідно до положень ст.9 може мати наслідки для України. Якщо держава, яка зробила заяву, не співпрацює, то Суд може повідомити про це Асамблею держав-учасниць (АДУ), або якщо ситуація з початку була передана Радою Безпеки ООН на розгляд до МКС, то про відмову співпрацювати доповідається в Раду Безпеки ООН. Таким чином, питання України може бути передано до АДУ, якщо вона не буде співпрацювати з МКС.[242]

У Римському статуті немає окремих положень стосовно видів заходів, яких може вжити АДУ при отриманні відмови.[376] АДУ не має повноважень застосовувати санкції до держави, і, таким чином, реакції Асамблеї на невідповідність обмежується дипломатичними або іншими політичними діями.[377] Зазвичай, офіційна реакція з'являється після направлення відмови до АДУ, та АДУ може прийняти «жорстку» резолюцію стосовно держави, яка не дотримує відповідних зобов'язань. Також будуть задіяні закриті дипломатичні канали з метою заохотити (або спонукати) до співпраці.[378]

II. Ратифікація: Юрисдикція МКС

Як було зазначено в Частині 1, коли держави погоджуються взяти на себе зобов'язання, визначені в положеннях Римського статуту, вони також вказують на необхідність «ратифікувати» його. Ратифікація – це офіційний акт держави, яка дає згоду на обов’язковість для неї міжнародного

---

[238] Римський статут, ст. 86.
[239] *Там само,* ст. 93(1).
[240] *Там само,* ст. 89.
[241] *Там само,* ст. 98.
[242] *Там само,* ст. 87(5)(b).

договору.[243] З метою ратифікації Римського статуту, держава направляє документ, який містить таку згоду, Генеральному секретарю ООН на зберігання.[244]

Україна підписала Римський статут 20 січня 2000 року, а 29 січня 2007 року приєдналася до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду.[245] Проте станом на квітень 2021 року Україна не увійшла до складу 123 держав-членів[246] шляхом приєднання до Римського статуту відповідно до вимог ст.125(2) стосовно держав-підписантів (держави підписали, але не ратифікували, угоду), щоб стати державою-учасницею. Відповідно, Україна не дала згоду на обов'язковість для себе документу, який наділяє МКС юрисдикцією стосовно злочинів, визначених в ст.5[247] Статуту, якщо вони вчиняються на її території або її громадянами.[248]

A. Ратифікація проти Заяви та їх вплив на юрисдикцію МКС: відмінності

У цьому розділі порівнюється ратифікація Римського статуту, що призводить до того, що країна стає державою-членом МКС, і Заяви, за допомогою яких держава визнає юрисдикцію МКС, але не стає державою-учасницею. На перший погляд, різниця між заявою та ратифікацією не є очевидною. Проте існує певна різниця, яка буде розглядатися пізніше, стосовно політичних наслідків, процедури, юрисдикції та зобов'язань держави.

a) Політичні наслідки

Ратифікація Римського статуту означає, що держава, коли вона стає державою- учасницею Римського статуту, приєднується до АДУ. У статусі держави, яка не є учасницею, Україна не має права висловлювати свою думку стосовно поправок до Римського статуту,[249] або іншим чином прямо впливати на управління Суду (на призначення або вибори Прокурора Суду, або призначення або вибір судді Суду).[250]

b) Процедура

Коли держава-учасниця звертає увагу суду на ситуацію, то це називається «передача на розгляд». Офіційне розслідування може бути відкрите лише після передачі на розгляд ситуації державою-

---

[243] Віденська конвенція, ст. 2 (1) (b), 14 (1) та 16.
[244] Римський статут, ст. 125(2).
[245] Україна - це перша держава, яка не є учасницею Римського статуту, але приєдналася до вищезгаданої угоди.
[246] МКС, Держави члени Римського статуту.
[247] Зокрема, злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини та, у випадку дотримання умов ст.5(2), злочин агресії.
[248] Римський статут, ст. 12(1).
[249] *Там само,* ст. 9(2), 51(2), 112(7), 121.
[250] *Там само,* ст. 36(4), 42(4).

учасницею, передачі Радою Безпеки або дозволу Палати попереднього провадження відкрити розслідування.[251] Таким чином, оскільки передача призводить до того, що Прокурор починає попереднє вивчення для розгляду інформації,[252] Прокурору не потрібен дозвіл Суду для продовження офіційного розслідування, коли справу було передано державою-учасницею в МКС.

c) Юрисдикція

Ратифікація Римського статуту наділяє МКС юрисдикцією лише стосовно дій, які були вчинені після ратифікації. Для врегулювання цього питання Заява, якою визнається юрисдикція МКС, повинна стосуватися дій, які вже мали місце. Проте здається, що ратифікація не є такою необхідною в контексті двох Заяв, поданих Україною, які можуть наділяти МКС постійною юрисдикцією стосовно подій, які мали місце з листопада 2013 року. Друга Заява, яка була подана Україною 8 вересня 2015 року, є безстроковою та наділяє Суд юрисдикцією стосовно злочинів, вчинених з 20 лютого 2014 року.[253] Не має причин вважати, що це не стосуватиметься будь-яких нових подій в наступних роках.

d) Зобов'язання

На початку необхідно відмітити, що Частина 9 Римського статуту визначає основні зобов'язання, які покладаються на держави. До держав-учасниць та держав, які не є учасницями, застосовується однакові зобов'язання відповідно до Частини 9. Згідно зі ст.12(3), держава, яка зробила Заяву, що визнає юрисдикцію Суду, повинна співпрацювати з Судом без будь-яких затримок або виключень відповідно до Частини 9 Статуту. Інші положення не називаються. Відповідно, така держава повинна співпрацювати, як будь-яка інша держава-учасниця, з-поміж іншого, з питань надання документів та записів, встановлення осіб, збору доказів, допиту людей, розшуку або арешту, а також захисту потерпілих та свідків. Проте існують відмінності попри положення цієї Частини Статуту.

По-перше, держави, які не є учасницями, можуть бути лише «запрошеними», на відміну від «зобов'язаних» Судом для надання допомоги на підставі окремої спеціальної домовленості, угоди

---

[251] *Там само,* ст. 13 та 18.
[252] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення С. 2, п. 4; відповідно до положення 25(1)(c) Положення про Прокурора, після отримання звернення або чинної заяви, зробленої згідно зі ст. 12(3) Римського статуту, Прокурор МКС може відкрити процедуру попереднього вивчення ситуації.
[253] Друга заява.

з такою Державою або будь-якої іншої відповідної підстави.[254] Йдеться про різницю у природі такого запиту.[255]

По-друге, ст.70(4) заохочує держав-учасниць поширити дію кримінального законодавства на злочини, пов'язані з адмініструванням судочинства в Суді. Це не застосовується до держав, які не є учасницями, навіть якщо вони подали Заяву відповідно до ст.12(3).

По-третє, відповідно до ст.73, якщо держава-учасниця повинна розкрити інформацію, якою вона володіє, яка була їй розкрита іншою особою на умовах конфіденційності, тоді вона повинна отримати дозвіл на розкриття від першоджерела інформації. Якщо першоджерелом є держава-учасниця, то вона повинна або погодитися на розкриття інформації або документу, або взяти на себе зобов'язання щодо вирішення питання стосовно розкриття інформації для Суду згідно з положеннями ст.72. Проте, якщо першоджерело не є державою-учасницею і відмовляється дати згоду на розкриття, запитувана держава має повідомити Суд про те, що не може надати документ або інформацію через попереднє зобов'язання щодо конфіденційності по відношенню до першоджерела.[256]

По-четверте, лише держава-учасниця та деякі працівники мають привілеї та імунітети, якими наділяє Суд на підставі Римського статуту.[257] Згідно з Римським статутом Суд користується на території кожної держави-члена привілеями та імунітетами, необхідними для досягнення цілей.[258] Це дозволяється, зокрема, але не лише, суддям, прокурору, заступнику прокурора та секретарю під час роботи Суду. Вони наділяються такими самими привілеями та імунітетами як і голови дипломатичних місій, та зберігають їх за собою після закінчення терміну своїх повноважень.[259] Проте ця відмінність не стосується України, тому що 29 січня 2007 року Україна приєдналася[260] до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду від 2002 року.[261] Як видно з назви, ця Угода спрямована на те, щоб забезпечити Суд певними привілеями та імунітетами на

---

[254] Римський статут, ст. 87(5)(a).
[255] Проте таким же чином як і для держав-учасниць, відповідно до ст.87(5)(b) (в Частині 9), в деяких випадках, коли держава, яка не є учасницею цього Статуту, відмовляється співпрацювати стосовно виконання прохань відповідно до будь-якої такої домовленості або угоди, то Суд може повідомити про це Асамблею держав- учасниць або, в тих випадках, коли це питання передається Суду Радою Безпеки, - Раду Безпеки.
[256] Римський статут, ст. 73.
[257] *Там само,* ст. 48.
[258] *Там само.*
[259] *Там само.*
[260] Різниця між приєднанням та ратифікацією є обмеженою; ратифікація є безумовною згодою держави на обов'язковість для неї договору. Приєднання - це акт прийняття пропозиції стосовно згоди на обов'язковість договору, який вже затверджено та підписано іншими державами. Він має однакову юридичну силу з ратифікацією: Віденська конвенція, ст.2 (1)(b), 14 (1), 15 та 16.
[261] Угода МКС про привілеї та імунітети.

території кожної держави-учасниці, необхідними для досягнення його цілей.[262] Таким чином, не буде різниці між зобов'язаннями України зараз чи у випадку ратифікації Статуту.

По-п'яте, МКС може лише уповноважити Прокурора МКС здійснити певні слідчі дії без отримання згоди держави на співробітництво, якщо держава є учасницею Статуту.[263] Ст.57(3)(d) передбачає, що Палата попереднього провадження МКС може «уповноважити Прокурора здійснити певні слідчі дії» на території держави-учасниці без отримання згоди держави на співробітництво. Палата попереднього провадження дозволяє вимагати цього, якщо вона вирішить, що держава-учасниця «є очевидно неспроможною виконати вимоги щодо співробітництва» .[264] Використання словосполучення «держава-учасниця» у цьому положенні забороняє Прокурору втручатися в справи суверенної держави, яка не ратифікувала Статут, а просто зробила заяву про визнання юрисдикції МКС. Таким чином, видається, що Прокурор не зможе використовувати це положення, щоб примусово забезпечити співробітництво України після того, як вимоги Частини 9 та передбачені в ній заходи вичерпані. Це деяким чином «захищає» держав, які не є учасницями, від виконання вимог Прокурора МКС без ратифікації Римського статуту такою державою.

Отже, існують важливі відмінності між зобов'язаннями держави, яка ратифікувала Римський статут, та державою, яка не є учасницею статуту, але визнала юрисдикцію Суду.

B. Подібності

Існує багато спільного між зобов'язаннями, які покладаються на держави-учасниці та держави, які не є учасницями, але зробили заяву. До цього входять наступні положення:

- Допомога під час арешту;[265]
- Видача осіб Суду;[266]
- Встановлення місцезнаходження осіб;[267]
- Збір доказів, у тому числі свідчень;[268] та
- Розшук і арешт.[269]

Окрім цих прикладів з Частини 9 є деякі положення Римського статуту, що також зобов'язують держави, які не є учасницями, але заявляють про визнання юрисдикції Суду, дотримуватися інших

---

[262] *Там само,* ст. 3.
[263] Римський статут, ст. 57(3)(d).
[264] *Там само,* ст. 57(3)(d).
[265] *Там само,* ст. 92.
[266] *Там само,* ст. 89.
[267] *Там само,* ст. 93(1).
[268] *Там само,* ст. 93(1).
[269] *Там само,* ст. 93(1).

положень Римського статуту (наприклад, деякі з них зазвичай стосуються держав-учасниць Римського статуту). Наприклад, МКС може попросити Україну – державу, яка не є учасницею, але зробила відповідну заяву – виплатити відповідну компенсацію потерпілим. Ст.75 Статуту стосується питань репарацій та компенсацій потерпілим, чиї справи розглядаються в МКС. Коли Суд розпоряджається відшкодувати шкоду, то в Римському статуті передбачено, що «держава-учасниця» виконує таке рішення.[270] Коли Суд здійснює повноваження відповідно до ст.75, він може застосувати певні заходи згідно з Частиною 9, яка зараз покладає зобов'язання на Україну та держав, які не є учасницями, але зробили заяву.[271] До цих заходів також можуть входити заходи щодо виявлення, відслідковування, заморожування або арешту виручених засобів, майна, активів та знаряддя злочину з метою майбутнього стягнення,[272] та надання "[б]удь-якої допомоги, не забороненої законодавством запитуваної держави з метою сприяння здійсненню розслідування та кримінального переслідування за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду".[273] Іншими словами, через вплив Частини 9 на здійснення повноважень, передбачених ст.75, та той факт, що ст.9 також покладає зобов'язання на держави, які не є учасницями, здійснювати заходи, які використовуються для виконання інструкцій відповідно до цього положення, зобов'язують Україну та інші держави, які не є учасницями, але зробили відповідні заяви.

На завершення, хоч Україна у силу своїх Заяв зобов'язана згідно з Частиною 9 співпрацювати з Судом, є певні відмінності між зобов'язаннями держав-учасниць і держав, які не є учасницями, але зробили заяви. Проте в цілому відмінності між ратифікацією та заявою не є незліченними.

III. Процедура ратифікації Римського статуту

У цьому розділі розглядається фундаментальний аспект цього звіту: ратифікація Римського статуту. У ньому, в першу чергу, визначаються заходи, які держави повинні вжити для ратифікації Римського статуту, а також розглядаються кроки, які повинна зробити саме Україна. Аналіз зроблено на підставі досвіду інших національних судових систем.

A. Визначення

Як було зазначено в Частині 1, коли держави погоджуються взяти на себе зобов'язання, визначені в положеннях Римського статуту, вони також вказують на необхідність «ратифікувати» його. Ратифікація – це офіційний акт держави, яка дає згоду на обов'язковість для неї міжнародного

[270] *Там само,* ст. 75(5)
[271] *Там само,* ст. 75(4).
[272] *Там само,* ст. 93(1)(k).
[273] *Там само,* ст. 93(1)(l).

договору.[274] З метою ратифікації Римського статуту держава направляє документ, який містить таку згоду, Генеральному секретарю ООН на зберігання.[275]

B. Кроки, які необхідно здійснити для прийняття Римського статуту

У цьому розділі визначаються кроки, які Україні потрібно буде здійснити, щоб ратифікувати Римський статут та повністю «прийняти» його положення. Перший крок до ратифікації вже зроблено, а саме Україна внесла зміни до своєї конституції, щоб дозволити ратифікацію Римського статуту. Тепер держава може перейти до «імплементації» положень Римського статуту в національну правову систему України

a) Ратифікація

У результаті прийняття рішення Конституційного суду, зазначеного в Частині I, Україна внесла поправки до Конституції, щоб мати можливість ратифікувати Римський статут. Як зазначалося раніше, Конституційний суд України дійшов висновку, що МКС може здійснювати свої повноваження та обов'язки в будь-якій державі-учасниці і він має право визначати прийнятність будь-якої справи, якщо держава не бажає або неспроможна неупереджено проводити розслідування або кримінальне переслідування.[276] Суд дійшов висновку, що Конституцією не передбачена юрисдикція, додаткова до національної системи України.[277] Таким чином, відповідно до Розділу IX Конституції України перед тим, як ратифікувати Римський статут, до самої Конституції України мають бути внесені зміни.[278]

Наприкінці листопада 2015 року Президент України подав до Верховної Ради законопроект щодо поправок до Конституції, що стосується судової влади. Одне положення цього законопроекту стосувалося МКС: стаття 124, положення, яке законопроект передбачав змінити, передбачає, що: «Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на основі положень Римського статуту». 2 червня 2016 року Верховна Рада України прийняла законопроект.[279] Поправка до статті 124 Конституції України набрала чинності 30 червня 2019 року.[280] Це положення не вносило змін до положень, визначених Конституційним Судом (див. Частину

---

[274] Віденська конвенція, ст. 2 (1) (b), 14 (1) та 16.
[275] Римський статут, ст. 125(2).
[276] Висновок Конституційного суду України, частина 2.1, п. 3.
[277] МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, п. 11.
[278] *Там само.*
[279] Закон України "Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)" № 1401-VIII [Онлайн ресурс]
2 червня 2016.
[280] Конституція України [Онлайн ресурс], ст. 124.

першу), а скоріше надало Україні повноваження визнавати Римський статут. Це спосіб, до якого вдалися інші держави, конституції яких, скоріше, суперечили положенням стосовно комплементарності Римського статуту, включаючи Бельгію,[281] Чилі[282] та Кот-д'Івуар.

Кот-д'Івуар мав схожий досвід. У 1998 році ця держава підписала Римський статут, але в той же час не ратифікувала його. У 2003 році Конституційний суд Кот-д'Івуара визначив проблеми стосовно комплементарності юрисдикції МКС відносно власної Конституції. Він підтвердив, що можливість МКС визнавати справи прийнятними та розглядати їх раніше національних судів є порушенням державного суверенітету.[283] Проте 18 квітня 2003 року Кот-д'Івуар подав дві Заяви (як і Україна) .[284] Відповідно, в 2012 році Національна асамблея ухвалила два закони, які вносили зміни до Конституції, що дозволяли ратифікацію Римського статуту та наділяли голову держави повноваженнями ратифікувати Римський статут. Національна асамблея внесла поправку до Конституції, що «Республіка може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду відповідно до міжнародного договору, підписаного 17 липня 1998».[285] У подальшому держава передала документ про ратифікацію від 15 лютого 2012 року на збереження до ООН.[286]

Аналогічним чином схожі положення прийняла Франція. Конституційна рада Франції з'ясувала, що певні положення Римського статуту не відповідають Конституції, наприклад, Прокурор МКС може проводити слідчі дії без представників органів влади запитуваної держави на її території, що Рада розцінила як порушення суверенітету Франції.[287] Таким чином, вона встановила, що це положення

---

[281] Висновок Державної ради від 21 квітня 1999 року стосовно законодавчих ініціатив щодо схвалення Римського статуту Міжнародного кримінального суду, (Avis du Conseil d'état du 21 Avril 1999 sur un projet de loi "portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 Julliet 1998", Parliamentary Document 2-239 (1999/2000)), С.94, цитується в Міжнародний комітет Червоного Хреста, «Питання, порушені стосовно Римського статуту МКС національними Конституційними Судами, Верховним Судом і Радами держав» ('Issues raised regarding the Rome Statute of the ICC by national Constitutional Courts, Supreme Court and Councils of State'), 01/2010 (далі – «МКЧХ: Питання щодо Римського статуту»).

[282] Римський статут Міжнародного кримінального суду (МКС) від 7 квітня 2002 року, (Decisión del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 7 de abril de 2002), цитується в МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 18.

[283] Рішення Конституційної Ради № 002/CC/SG від 17 грудня 2003 року стосовно відповідності Римського статуту Міжнародного кримінального суду Конституції Республіки Кот-д'Івуар (Décision Conseil Constitutionnel N°002/CC/SG du 17 décembre 2003 relative à la conformité à la Constitution du Statut de Rome de la Cour pénale internationale), цитується в МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 23.

[284] 'Кот-д'Івуар ратифікує Римський статут', ICC-ASP-20130218-PR873 (МКС, 18 лютого 2013).

[285] ГА ООН, 'Доповідь незалежного експерта з питань прав людини в Кот-д'Івуарі, пана Дуду Дієна' (7 січня 2013) 22nd Сесія, A/HRC/22/66.

[286] Коаліція в підтримку МКС, 'Статус Римського статуту у світі у 2013 році' ('2013 Status of the Rome Statute Around the World') (2013) С.16; 'Кот-д'Івуар' (Парламентері за глобальні дії) (*Parliamentarians for Global Action*).

[287] Рішення 98-408 DC від 22 січня 1999 (Treaty on the Statute of the International Criminal Court) Décision 98- 408 DC du 22 janvier 1999 (Traité portant statut de la Cour pénale internationale), Journal officiel, 24 січня

порушує Конституцію, а ратифікація вимагає внесення поправок до неї.[288] Внаслідок цього Франція прийняла поправки до Конституції, які вирішували всі вищерозглянуті проблеми.[289] Французький уряд вирішив внести до Конституції положення, яке передбачало би, що «Республіка може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду, як це вказано в договорі, підписаному 18 липня 1998» .[290] Уряд погодився з тим, що ця стаття вирішує всі ці проблеми.[291]

Як можна побачити, французьке рішення - внести до Конституції всеохоплююче положення - схоже на підхід, запропонований українськими поправками 2016 року.[292] Як зазначалося вище, змінена ст. 124 Конституції передбачає, що «Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених Римським статутом». Перевагою такого підходу є імпліцитне внесення конституційних положень, що розглядаються, без ініціювання широкого обговорення окремих поправок та положень.[293] На відміну від положень, які піднімають конкретні проблеми, наприклад, співвідношення Конституції України з положеннями комплементарності, які визнані незаконними, він буде панацеєю від усіх потенційних проблем та питань, що можуть виникнути.

b) Імплементація

Разом з ратифікацією Україна повинна вирішити, як імплементувати положення Римського статуту, зокрема щодо злочинів, положень щодо співробітництва та комплементарності. Це складне питання, яке детально розглядається в Частині II. У цьому розділі надається короткий виклад поради, яка більш комплексно обговорюється в цьому Розділі.

1999 року, С. 1317, цитується в Європейська комісія за демократію через закон (Венеціанська комісія), «Звіт про конституційні питання, підняті під час ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду» ('Report On Constitutional Issues Raised By The Ratification Of The Rome Statute Of The International Criminal Court'), CDL (2000) 104 rev., 15 грудня 2000 року, С. 10 («Звіт Венеціанської комісії про конституційні питання»).

[288] Звіт Венеціанської комісії про конституційні питання, С. 10.

[289] *Там само.*

[290] Конституційний закон № 99-568, 8 липня 1999 року, внесення поправок до Розділу VI Конституції, ст.53-2 стосовно Міжнародного кримінального суду, J.O. № 157, 9 липня 1999 року, 10 175, цитується в МКЧХ, Питання Римського статуту, С.3..

[291] 'Cour pénale internationale, adoption du projet de loi constitutionnelle' (*Міністерство юстиції Франції*, 1999).

[292] Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Законопроект № 3524 - 25 листопада 2015.

[293] Права й Демократія та Міжнародний центр реформи кримінального права та кримінальної юстиції (Rights & Democracy and The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy,) Міжнародний кримінальний суд: Посібник з ратифікації та імплементації Римського статуту (International Criminal Court: Manual for Ratification and Implementation of the Rome Statute) (травень, 2000) Додаток I.

Імплементація положень Римського статуту стосується того, як Україна виконує свої зобов'язання за статутом. Імплементація Римського статуту забезпечить відповідність національного законодавства положенням Римського статуту. Імплементація Римського статуту важлива, тому що після подання Заяв та ратифікації Римського статуту Україна повинна повністю співпрацювати з МКС та розслідувати ці злочини і притягати до кримінальної відповідальності за їх скоєння.[294] Забезпечення відповідності національного законодавства держави положенням Римського статуту є критичним у двох аспектах: комплементарність та співробітництво.

Процедура імплементації регулюється національним законодавством України. Закон про міжнародні договори України регулює процедуру укладання, виконання та припинення міжнародних договорів.[295] Як більшість держав світу,[296] Україна не має юридичних обов'язків змінити національне законодавство до ратифікації Римського статуту. Проте практика держави показує, що повна імплементація Римського статуту вимагає наявності принаймні деяких імплементуючих законодавчих положень через унікальність та складність його положень.[297] Це питання розглядається в цьому розділі.

По-перше, питання комплементарності вимагає від держав, щоб їхні кримінальні суди могли здійснювати юрисдикцію щодо злочинів, які підпадають під юрисдикцію МКС. Як мінімум, це означає, що національна система повинна сприяти ефективному розслідуванню та кримінальному переслідуванню за аналогічні злочинні діяння. Перш за все, це означає наявність законодавства, яке імплементує або вносить поправки, щоб можна було притягати до кримінальної відповідальності за злочини та види співучасті, передбачені в Римському статуті, відповідно до українського законодавства. Необхідно також впровадити загальні принципи та поняття міжнародного кримінального права, такі як доступні для сторони захисту заходи, а також потрібно розглянути питання кримінального переслідування такі, як позовна давність, імунітети та обмеження юрисдикції.

По-друге, ключове питання, перед яким зараз стоїть Україна стосовно імплементації, - це зобов'язання щодо співробітництва відповідно до Частини 9 Римського статуту. Внаслідок

---

[294] Міжнародний центр реформи кримінального права та кримінальної юстиції, Міжнародний кримінальний суд: Посібник з ратифікації та імплементації Римського статуту (The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 'International Criminal Court: Manual for Ratification and Implementation of the Rome Statute) (3тє вид., березень 2008), С.16.

[295] Про міжнародні договори: Закон України № 1906-IV [Онлайн ресурс]. 29 червня 2004.

[296] Міжнародний центр реформи кримінального права та кримінальної юстиції, Міжнародний кримінальний суд: Посібник з ратифікації та імплементації Римського статуту (3тє вид., березень 2008), С. 13-14.

[297] *Там само,* с. 13-14.

подання Україною двох Заяв, Україна має зобов'язання стосовно конкретного режиму співробітництва з МКС (див. вище). МКС може вимагати від України виконання своїх зобов'язань відповідно до Частини 9 Римського статуту шляхом співробітництва з Судом.

Як зазначалося вище, досвід показує, що повне виконання державою своїх зобов'язань стосовно співробітництва з МКС зазвичай вимагає національної імплементації положень Римського статуту стосовно співробітництва, які містяться в Частині 9. Зокрема, такі зобов'язання передбачають, що МКС може проводити розслідування в межах національної юрисдикції, а також відсутність перешкод для національних судів та інших органів державної влади, які забезпечують співробітництво з МКС з таких питань, як отримання відомостей та документів (у тому числі офіційних повідомлень та документів), виявлення та арешту активів обвинуваченого, пошуку та отримання потенційних доказів, пошуку та захисту свідків, а також арешту та затримання осіб, обвинувачених Судом у скоєнні злочинів.[298]

Що стосується злочинів, вказаних у Римському статуті, є велика кількість можливостей для України, як комплексно імплементувати злочини, передбачені в Римському статуті, в національне законодавство. Ці можливості вказані в Розділі 2. Якщо коротко, то Україні необхідно запровадити кримінальну відповідальність за злочини та види співучасті, які містяться в Римському статуті, шляхом прийняття окремого та однозначного закону. Цієї мети можна досягнути шляхом внесення відповідних положень Римського статуту до Кримінального кодексу України або до додаткового кримінального кодексу, створеного спеціально для міжнародних злочинів, або запровадження кримінальної відповідальності за діяння шляхом відсилання. Іншими словами, положення Римського статуту можна інкорпорувати шляхом вказування на те, що положення Римського статуту інкорпоруються в українське законодавство. У законі також потрібно визначити види співучасті, за допомогою яких скоюються злочини (див. вище) .[299] Перевага однозначної криміналізації полягає у тому, що залишається мало сумнівів стосовно суті цих злочинів. Невизначене положення, яке криміналізується, наприклад, «міжнародні злочини» дозволяє використовувати правові аргументи стосовно природи міжнародних злочинів та складових частин цих злочинів (див. вище) щодо яких існують різні тлумачення. Ці дві можливості є однаково прийнятними.

---

[298] Amnesty International, Міжнародний кримінальний суд: Перелік вимог до ефективної імплементації (2000) С.2.

[299] Мортен Бергсмо (Morten Bergsmo), Мадс Харлем та Нобу Хайаші (Mads Harlem and Nobuo Hayashi) (eds), *Внесення ключових міжнародних злочинів до національного законодавства* (Importing Core International Crimes into National Law) (2re вид., Torkel Opsahl, Oslo, 2010) С. 7 ("Bergsmo Importing Core Crimes").

У Новій Зеландії імплементуючий закон спеціально передбачає, що геноцид, воєнні злочини та злочини проти людяності, зазначені в Римському статуті, тобто з посиланням на Римський статут, є злочинами відповідно до національного законодавства Нової Зеландії.[300] У законодавстві Великої Британії використовується схожий підхід щодо впровадження злочинів, зазначених в Римському статуті, через посилання.[301] Канадське законодавство передбачає, що за вчинення злочинів, вказаних в МКС, притягають до кримінальної відповідальності відповідно до канадського законодавства, та дає детальне визначення кожному злочину для цілей кримінального переслідування в національних судах злочинів, які підпадають під юрисдикцію МКС.[302] Канада визначає ці злочини за допомогою звичаїв, але визначає звичай, як такий, що охоплює положення ст. 6, 7 та 8 Римського статуту[303], щоб забезпечити відповідність.

Уряд Німеччини ратифікував Римський статут 11 грудня 2000 року та приблизно через два роки 21 червня 2002 року прийняв Кодекс злочинів за міжнародним правом (Völkerstrafgesetzbuch).[304] Закон передбачає універсальну юрисдикцію стосовно злочинів геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів.[305] Зазначимо, що ці закони як окремий Кримінальний кодекс не інкорпоровано в чинний Кримінальний кодекс Німеччини.[306] Пізніше було вказано, що це рішення було прийнято з міркувань доцільності: труднощі при впровадженні таких принципів, як відповідальність командирів, в одній частині Кримінального кодексу були незначними, і Німеччина мала бажання направити важливий та «переконливий» сигнал стосовно кримінального переслідування за такі серйозні злочини.[307] На відміну від вищезгаданих держав Німеччина визначила злочини геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини, використовуючи термінологію, схожу з німецькою, без обмеження сфери застосування цих злочинів згідно з Римським статутом.

---

[300] Акт МКС Нової Зеландії, С. 9, 10 та 11 цитується в Хьюман Райтс Вотч, «Міжнародний кримінальний суд, що робить роботу Міжнародного кримінального суду довідником для імплементації Римського статуту», том. 13, № 4(G), вересень 2001, Додаток 1 ("HRW Implementation Handbook").
[301] Закон про Міжнародний кримінальний суд від 2001 цитується в HRW Implementation Handbook, Додаток 1.
[302] Закон Канади про МКС, ст. 4(3), цитується в HRW Implementation Handbook, Додаток 1.
[303] Крістофер Ватерс (Christopher Waters), Британські та канадські перспективи стосовно міжнародного права (British and Canadian Perspective on International Law) (2006: Martinus Nijhoff Publishers) С. 38.
[304] Законопроект Німеччини про міжнародні злочини ("Völkerstrafgesetzbuch").
[305] Закон про введення в дію Кодексу про злочини за міжнародним правом (Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs) BGBl.2002 I, С. 2254 (Federal Law Gazette of the Federal Republic of Germany), 26 червня 2002 року, цитується в Bergsmo Importing Core Crimes, С. 19.
[306] Bergsmo Importing Core Crimes, с. 19.
[307] *Там само.*

Врешті-решт, у випадку України однозначний закон Верховної Ради, в якому деталізуються вищезгадані положення стосовно співробітництва, комплементарності, злочинів та видів співучасті, є найбезпечнішим способом вирішення цього питання. Це може бути окремий акт, який доповнює Кримінальний кодекс України та імплементує певні положення стосовно кооперації та комплементарності в одному законодавчому акті. Щодо положень про співробітництво, однозначний законодавчий акт дозволить Україні дотримуватися своїх зобов'язань відповідно до Заяв та забезпечити швидкий перехід, коли Україна ратифікує Римський статут. Стосовно злочинів та видів співучасті імплементацію можна здійснити шляхом прийняття положень до чинного Кримінального кодексу, який інкорпорує злочини та види співучасті, закріплені в Римському статуті, шляхом відсилання або даючи детальні визначення положенням в чинному або новому кримінальному кодексі, але з урахуванням української термінології. Який би вибір не зробила Україна, необхідно негайно та повністю імплементувати положення Римського статуту після ратифікації Римського статуту для забезпечення відповідності положенням, які вимагають співробітництва від держав-учасниць, та дотримання обов'язку переслідувати тих, хто несе відповідальність за скоєння міжнародних злочинів.[308]

IV. Злочини: Діяння, щодо яких МКС має юрисдикцію

A. Вступ

У цьому розділі визначено злочини, які МКС може розслідувати, за які він може притягувати до відповідальності і засуджувати, а саме: геноцид, злочини проти людяності і воєнні злочини. Спочатку основна увага буде зосереджена на загальному описі цих трьох видів злочинів. Потім у цьому розділі буде визначено, яким чином особа може нести відповідальність за один із таких трьох видів злочинів у межах юрисдикції Суду. А потім у цьому розділі буде розглянуто злочин агресії. І, нарешті, буде розглядатися нещодавній Прокурора МКС про попереднє вивчення від 2015 року, в якому викладено перші висновки щодо подій на Євромайдані.

B. Злочини відповідно до Римського статуту

В МКС можуть розглядати чотири види злочинів: геноцид, воєнні злочини, злочини проти людяності та злочин агресії. Для встановлення наявності злочину має бути наведено два основні компоненти: (i) контекстуальні (або «супровідні») ознаки складу злочину та (ii) окреме (окремі) діяння, вчинені в такому контексті. Контекстуальні ознаки складу злочину є вирішальними та відрізняють злочини загальнокримінальної спрямованості від міжнародних злочинів (наприклад,

[308] Римський статут, Преамбула.

вбивство в порівнянні із вбивством як злочином проти людяності). Для успішного притягнення до відповідальності ці контекстуальні ознаки складу злочину мають бути доведені на додаток до конкретних діянь, які становлять реалізацію злочину. Залежно від конкретних злочинів і форм (або типів) індивідуальної відповідальності, ці контекстуальні вимоги охоплюють різні правові ознаки, які також мають бути доведені поза будь-яким обґрунтованим сумнівом. Розгляд кожного з них наведено нижче.

a) Геноцид

Для визначення злочину геноциду необхідні наступні контекстуальні елементи:

- повинно бути вчинено діяння, зазначене в ст.6 Римського статуту; та
- таке діяння має бути вчинене з наміром знищити, повністю або частково, будь-яку національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.[309]

Хоча це навряд стосується ситуації України, діяннями, передбаченими у статті 6 Римського статуту, які можуть становити злочин геноциду, є: (i) вбивство членів певної групи; (ii) заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або психічної травми членам групи; (iii) умисне створення для будь-якої групи умов життя, які розраховані на її повне або часткове фізичне знищення; (iv) заходи, спрямовані на запобігання дітонародженню в групі; (v) насильницька передача дітей певної групи до іншої групи.

b) Злочини проти людяності

Злочинам проти людяності властиві наступні контекстуальні елементи:

- здійснення “нападу”;
- напад був або широкомасштабний, або систематичний;
- напад було спрямовано проти цивільних осіб;
- напад було здійснено відповідно до або на виконання державної політики по здійсненню такого нападу;
- існує «причинно-наслідковий» зв'язок між можливим злочином та нападом; та
- обвинувачений знав про напад та спосіб, у який його дії становили частину того нападу.[310]

---

[309] Римський статут, ст. 6.
[310] Римський статут, ст. 7. *Див. також* МКС, Елементи Злочинів, Офіційні записи Асамблеї держав-учасниць Римського статуту Міжнародного кримінального суду, перша сесія, Нью-Йорк, 3-10 вересня 2002 року (Публікація ООН, номер продажу E.03.V.2 та виправлення), частина II.B («МКС Елементи злочинів»), с. 5.

Питання щодо того, що означає поняття «широкомасштабний чи систематичний», є важливим для встановлення факту скоєння злочину проти людяності. Цю ознаку (елемент) зазвичай називають «альтернативною» – напад має бути *або* широкомасштабним, *або* систематичним.[311] Терміни «широкомасштабний» чи «систематичний» не застосовуються до окремих діянь (таких як вбивство або переслідування), а лише до нападу в цілому.[312] «Широкомасштабний» стосується кількості потерпілих і масштабу нападу. Було встановлено, що це широкомасштабний напад та кількість осіб цього нападу;[313] він «має бути масовим, багатократним, здійсненим у сукупності зі значною серйозністю і спрямованим проти великої кількості потерпілих».[314] Він також може означати напад, здійснений на невеликій чи великій території, але в будь-якому разі – спрямований проти великої кількості цивільних осіб.[315] Як альтернатива, поняття «систематичний» стосується організаційної природи актів насильства та відсутності ймовірності їх випадкової реалізації.[316] Систематичний характер нападу може «часто виражатися через

---

[311] *Ситуація в Республіці Кенія* (Рішення про надання дозволу) ICC-01/09-19-Corr (31 березня 2010 року) (далі – «Рішення про надання санкції щодо Кенії) п. 94.

[312] *Там само.*

[313] *Прокурор проти Ахмада Мухаммада Харуна (Ahmad Muhammad Harun) та Алі Мухаммада Алі Абд-аль- Рахмана (Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman)* (Рішення) ICC-02/05-01/07-1-Corr (27 квітня 2007 року) п. 62; *Там само*, (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/05-01/09-3 (4 березня 2009 року) п. 81; *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-PierreBemba Gombo) (Рішення) ICC-01/05-01/08-424 (15 червня 2009 року) п. 83; *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Callixte Mbarushimana) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-01/04-01/10-1 (28 вересня 2010 року) п. 24; *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо* (Laurent Koudou Gbagbo) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/11-01/11-9-Red (30 листопада 2011 року) п. 49; *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04- 01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1123.

[314] *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-PierreBemba Gombo) (Рішення) ICC-01/05-01/08-424 (15 червня 2009 року) п. 83; *Там само,* (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-01/09-19-Corr (31 березня 2010), п. 95 *із посиланням* на МКТР (ICTR), *Прокурор проти Акайесу* (Akayesu) (Судове рішення) ICTR-96-4-T 2 (вересень 1998) п. 580; *Прокурор проти Мусеми* (Musema) (Судове рішення) ICTR-96-13-A (27 січня 2000 року), п. 204; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар* (Situation in the Republic of Côted'Ivoire) (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-02/11-14-Corr (3 жовтня 2011 року) п. 53; *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо* (Laurent Koudou Gbagbo) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/11-01/11-9-Red (30 листопада 2011 року) п. 49.

[315] *Прокурор проти Жермена Катанґи (Germain Katanga) та Матьє Нгуджоло Шуі (Mathieu Ngudjolo Chui)* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/07 (30 вересня 2008 року) п. 394; *Прокурор проти Блашкіча* (Blaskić) (Судове рішення (Judgment)) IT-95-14-T (3 березня 2000 року) п. 206; *Прокурор проти Кордіча (Kordić) та Черкеза (Čerkez)* (Судове рішення) IT-95- 14/2-A (17 грудня 2004 року) п. 94. *Див. також*, Герхард Верле (Gerhard Werle), *Принципи міжнародного кримінального права* (Principles of International Criminal Law) (TMCAsser Press, 2005) С. 225, п. 656.

[316] *Прокурор проти Ахмада Мухаммада Харуна (Ahmad Muhammad Harun) та Алі Мухаммада Алі Абд-аль- Рахмана (Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman)* (Рішення) ICC-02/05-01/07-1-Corr (27 квітня 2007 року) п. 62; *Там само,* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/07-717 (26 вересня 2008), п. 394; *Там само*, (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/05-01/09-3 (4 березня 2009 року) п. 81; *Ситуація в республіці Кенія* (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-01/09-19-Corr (31 березня 2010), п. 96; *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Callixte Mbarushimana) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-01/04-01/10-1 (28 вересня 2010 року) п. 24; *Ситуація в Республіці Кот-*

типовість злочинів, що означає регулярне невипадкове повторення подібної злочинної поведінки» .[317] Іншими факторами, які можуть бути актуальними для оцінки, чи був напад систематичним, є залучення значних державних або приватних ресурсів [318] і співучасть представників органів політичної чи (або) військової влади високого рівня.[319]

Крім того, політика стосується, по суті, того факту, що держава чи організація має намір здійснити напад на цивільне населення – незалежно від того, чи вдавшись до дії, чи навмисної бездіяльності. МКС не вимагає наявності офіційного наміру. Явна сильна мотивація не є дуже важливою.[320] Наявність спланованого, спрямованого чи організованого нападу, на відміну від спонтанних або спорадичних актів насильства, буде достатньою для забезпечення відповідності цьому критерію.[321] У більшості випадків наявність політики у держави чи організації, з-поміж-іншого, випливатиме з наявності повторюваних дій в одній і тій самій послідовності чи підготовчих або мобілізаційних заходів, організованих або скоординованих державою чи організацією.[322] Така політика має передбачати багаторазове вчинення відповідних діянь. Вона також має бути спрямована проти будь-якого цивільного населення.[323] Цивільне населення має бути першочерговою ціллю нападу, а не випадковою.[324]

д'Івуар (Situation in the Republic of Côted'Ivoire) (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-02/11-14-Corr (3 жовтня 2011 року) п. 54; *Там само,* (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/11-01/11-9-Red (30 листопада 2011), п. 49; *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04-01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1123.

[317] *Ситуація в республіці Кенія* (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-01/09-19-Corr (31 березня 2010), п. 96; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар* (Situation in the Republic of Côted'Ivoire) (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC- 02/11-14-Corr (3 жовтня 2011 року) п. 54; *Там само,* (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/11-01/11-9-Red (30 листопада 2011), п. 49. *Див. також Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04-01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1123.

[318] *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/10 (16 грудня 2011 року), Особлива думка судді Монагенг, пункти 23-25; Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пункт 96, посилання на МКТР, Судова палата, *Прокурор проти Жан-Поля Акайесу* (Рішення) ICTR-96-4-T (2 вересня 1998) п. 580.

[319] *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/10 (16 грудня 2011 року), п. 23-25; МКТЮ, *Прокурор проти Тихомира Блашкіча* (Tihomir Blaskić) (Судове рішення) IT-95-14-T (3 березня 2000 року) п. 203.

[320] *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04-01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1107.

[321] *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-Pierre Bemba Gombo) (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/05-01/08-424 (15 червня 2009 року) п. 81.

[322] *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення за ст. 74 Римського статуту) ICC-01/04- 01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1109.

[323] *Там само,* п. 1102.

[324] *Там само,* п. 1104.

Крім контекстуальних ознак складу злочину, є окремі діяння, що мають бути встановлені. Окремі діяння, що становлять злочини проти людяності, охоплюють:

- Вбивство, кваліфіковане як злочин проти людяності;[325]
- Винищення, що призводить до вбивства в межах масового вбивства, включно зі створенням умов життя, розрахованих на те, щоб знищити частину населення, кваліфіковане як злочин проти людяності;[326]
- Поневолення, кваліфіковане як злочин проти людяності;[327]
- Депортація чи насильницьке переміщення населення, кваліфіковане як злочин проти людяності;[328]

  Тюремне ув'язнення чи інше жорстоке позбавлення фізичної свободи, кваліфіковане як злочин проти людяності;[329]
- Катування, кваліфіковане як злочин проти людяності;[330]
- Зґвалтування, кваліфіковане як злочин проти людяності;[331]
- Сексуальне рабство, кваліфіковане як злочин проти людяності;[332]
- Примушування до проституції, кваліфікований як злочин проти людяності;[333]
- Примусова вагітність, кваліфікована як злочин проти людяності;[334]
- Примусова стерилізація, кваліфікована як злочин проти людяності;[335]
- Сексуальне насильство, кваліфіковане як злочин проти людяності;[336]
- Переслідування за певними ознаками, яке призводить до суворого позбавлення потерпілого його основоположних прав, кваліфіковане як злочин проти людяності;[337]
- Насильницьке зникнення людей, кваліфіковане як злочин проти людяності;[338]

---

[325] Римський статут, ст. 7(1)(a); МКС Елементи злочинів, с. 5.
[326] Римський статут, ст. 7(1)(b); МКС Елементи злочинів, с. 6.
[327] Римський статут, ст. 7(1)(c); МКС Елементи злочинів, с. 6.
[328] Римський статут, ст. 7(1)(d); МКС Елементи злочинів, сс. 6-7.
[329] Римський статут, ст. 7(1)(e); МКС Елементи злочинів, сс. 6-7.
[330] Римський статут, ст. 7(1)(f); МКС Елементи злочинів, с. 7.
[331] Римський статут, ст. 7(1)(g)(1); МКС Елементи злочинів, с. 8.
[332] Римський статут, ст. 7(1)(g)(2); МКС Елементи злочинів, с. 8.
[333] Римський статут, ст. 7(1)(g)(3); МКС Елементи злочинів, с. 9.
[334] Римський статут, ст. 7(1)(g)(4); МКС Елементи злочинів, с. 9.
[335] Римський статут, ст. 7(1)(g)(5); МКС Елементи злочинів, с. 9.
[336] Римський статут, ст. 7(1)(g)(6); МКС Елементи злочинів, с. 10.
[337] Римський статут, ст. 7(1)(h); МКС Елементи злочинів, с. 10.
[338] Римський статут, ст. 7(1)(i); МКС Елементи злочинів, с. 11.

- Злочин апартеїду, який призводить до інституціолізованого режиму систематичного гноблення чи панування однієї расової групи над іншою, здійснювані з метою збереження такого режиму, кваліфікований як злочин проти людяності;[339] та
- Інші нелюдські діяння, які призводять до заподіяння сильних страждань чи тяжких тілесних ушкоджень або тяжкої шкоди психічному чи фізичному здоров'ю, завдані внаслідок нелюдських діянь, аналогічних до інших злочинів проти людяності, наведених вище.[340]

c) *Воєнні злочини*

Нижче наведено контекстуальні (або «супровідні») ознаки складу злочину, потрібні МКС для встановлення наявності воєнного злочину:

- Обов'язковою є наявність збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру. Воєнні злочини не стосуються внутрішніх заворушень та таких сутичок, як бунти, окремі та випадкові акти насильства або інші схожі акти;[341]
- Злочин повинен бути скоєний під час та мати достатній зв'язок із збройним конфліктом;[342] та
- Злочинець має знати про фактичні обставини, що вказують на наявність збройного конфлікту, який мається на увазі відповідно до термінів «мав місце в контексті та був пов'язаний з».[343]

Ці контекстуальні елементи детально вивчаються у главі 2. До них входить визначення того, чи існує збройний конфлікт, і якщо так, то яка його природа. Крім цих контекстуальних елементів необхідно, щоб було доведено, що окремі кримінальні діяння є «воєнними злочинами». Воєнний злочин визначається як поведінка, що становить серйозне порушення законів і звичаїв, застосовуваних під час війни незалежно від того, чи така війна є міжнародним конфліктом, чи неміжнародним збройним конфліктом. Ідеться про цілу низку видів поведінки: від катування та взяття заручників до розграбування та навмисного вчинення нападів на цивільних осіб. У статті 8 Римського статуту надано вичерпний перелік відповідних актів. Загалом, до переліку воєнних злочинів в умовах міжнародного збройного конфлікту входять:

---

[339] Римський статут, ст. 7(1)(j); МКС Елементи злочинів, с. 12.
[340] Римський статут, ст. 7(1)(k); МКС Елементи злочинів, с. 12.
[341] Римський статут, ст. 8(2)(d) та (f).
[342] Герхард Верле, *Принципи міжнародного кримінального права*, (TMC Asser Press, 2005) С. 773-823, 833-847, 854-856.
[343] МКС Елементи злочинів, с. 13; Кнут Дорманн, *Воєнні злочини згідно з Римським статутом МКС* (Cambridge University Press, 2003) С. 359.

- Серйозні порушення Женевських конвенцій:
    - Умисне вбивство;
    - Катування чи нелюдське поводження, включно з біологічними експериментами;
    - Умисне заподіяння сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю;
    - Незаконне, безглузде та широкомасштабне знищення і привласнення майна, не викликане воєнною необхідністю;
    - Примушення військовополоненого чи іншої особи, що перебуває під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави;
    - Умисне позбавлення військовополоненого чи іншої особи, що перебуває під захистом, права на справедливе й належне судочинство;
    - Незаконна депортація чи переміщення або незаконне позбавлення волі; та
    - Взяття заручників.[344]
- Інші серйозні порушення законів і звичаїв війни:
    - Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке чи окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях;
    - Умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є воєнними цілями;
    - Умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи чи транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги або місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, за умови, що вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи чи цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів;
    - Умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі або поранень цивільних осіб чи завдасть шкоди цивільним об'єктам або значної, тривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде очевидно надмірною з огляду на конкретну та безпосередньо очікувану загальну військову перевагу;
    - Напад на незахищені і такі, що не є воєнними цілями, міста, села, помешкання чи будівлі, або їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів;

[344] Римський статут, ст. 8(2)(a)(i)-(viii).

- Вбивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався;
- Неналежне використання прапора парламентера, прапора або військових знаків розрізнення та форми ворога чи Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями, наслідком чого є загибель людей чи заподіяння їм серйозних фізичних ушкоджень;
- Переміщення, безпосередньо чи опосередковано, окупаційною державою частини її цивільного населення на окуповану нею територію чи депортація або переміщення всього населення окупованої території чи окремих його частин у межах або за межі цієї території
- Умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, лікарні та місця зосередження хворих і поранених, за умови, що вони не є воєнними цілями;
- Заподіяння особам, які перебувають під владою ворожої сторони, фізичного каліцтва чи здійснення над ними медичних або наукових експериментів будь-якого характеру, що не є обґрунтованими потребою в медичному, стоматологічному лікуванні чи лікарняному догляді відповідної особи і здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб;
- Підступне вбивство або поранення осіб, що належать до ворожої нації чи армії;
- Заява про те, що пощади не буде;
- Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли такого знищення або захоплення нагально вимагає воєнна необхідність;
- Оголошення скасованими, припиненими чи неприйнятними в суді прав і позовів громадян ворожої сторони;
- Примушення громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти їхньої власної країни, навіть якщо вони перебували на службі сторони, що перебуває у стані війни, до її початку;
- Розграбування міста чи населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом;
- Застосування отрути чи отруєної зброї;
- Застосування задушливих, отруйних чи інших газів і будь-яких аналогічних рідин, матеріалів або засобів;
- Застосування куль, що легко розриваються чи сплющуються в тілі людини, таких як оболонкові кулі, тверда оболонка яких не вкриває всього сердечника чи має надрізи;

- Застосування зброї, боєприпасів і матеріалів, а також методів ведення війни такого характеру, що спричиняють надмірні ушкодження або непотрібні страждання, чи які є невибірковими за своєю сутністю, порушуючи норми міжнародного права збройних конфліктів, за умови, що така зброя, такі боєприпаси, матеріали і методи ведення війни є предметом всебічної заборони, та внесеними до додатку до цього Статуту за допомогою поправки згідно з відповідними положеннями, викладеними у статтях 121 і 123;
- Посягання на людську гідність, зокрема образливе та принизливе поводження;
- Зґвалтування, сексуальне поневолення, примушування до проституції, примусова вагітність – згідно з визначенням, наданим у підпункті f пункту 2 статті 7, примусова стерилізація та будь-які інші види сексуального насильства, які також становлять серйозні порушення Женевських конвенцій.
- Використання присутності цивільної особи чи іншої особи, що перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від воєнних дій;
- Умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби та персонал, який згідно з міжнародним правом використовує розпізнавальні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями;
- Умисне використання голоду серед цивільного населення як засобу ведення війни, позбавляючи таке населення об'єктів, необхідних для його виживання, включно з умисним створенням перешкод для надання допомоги, як це передбачено Женевськими конвенціями;
- Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил чи їх використання для активної участі у воєнних діях.[345]
- Застосування зброї, що містить мікробні або інші біологічні речовини, або токсини, незалежно від їх походження або способу виробництва;[346]
- Застосування зброї, основним наслідком якої є травмування осколками, які в організмі людини неможливо виявити рентгенівськими променями;[347]
- Застосування спеціально розробленої лазерної зброї, що в якості своєї єдиної бойової функції або як однієї з бойових функцій викликає постійну сліпоту людини,

[345] Римський статут, ст. 8(2)(b)(i)-(xxvi).
[346] МКС Асамблея держав-учасниць, Резолюція ICC-ASP/16/Res.4, 12-те пленарне засідання, 14 грудня 2017 року (прийнято консенсусом).
[347] *Там само.*

що не використовує оптичні прилади, тобто для неозброєного ока, або ока, що використовує пристрої для корекції зору.[348]

Перелік воєнних злочинів в умовах неміжнародного збройного конфлікту охоплює:

- Порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій:
    - Посягання на життя та фізичну недоторканність, зокрема вбивство в будь-якій формі, заподіяння каліцтва, жорстоке поводження і катування;
    - Посягання на людську гідність, зокрема образливе та принизливе поводження;
    - Взяття заручників;
    - Засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином та який надає судові гарантії, загальновизнані як необхідні.[349]
- Інші серйозні порушення законів і звичаїв війни:
    - Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке чи окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях;
    - Умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби та персонал, який згідно з міжнародним правом використовує розпізнавальні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями;
    - Умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи чи транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги або місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй за умови, що вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи чи цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів;
    - Умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, лікарні та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є воєнними цілями
    - Розграбування міста чи населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом;
    - Зґвалтування, сексуальне поневолення, примушування до проституції, примусова вагітність згідно з визначенням, наданим у підпункті (f) пункту 2 статті 7, примусова стерилізація та будь-який інший вид сексуального насильства, який також

[348] *Там само.*
[349] Римський статут, ст. 8(2)(c)(i)-(iv).

становить серйозне порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій;

- Набір чи вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або угрупувань, чи їх використання для активної участі у воєнних діях;
- Віддання розпоряджень про переміщення цивільного населення з причин, пов'язаних з конфліктом, якщо потребу в цьому не викликано вимогами гарантування безпеки зазначених цивільних осіб чи нагальною воєнною необхідністю;
- Підступне вбивство чи поранення комбатанта ворога;
- Заява про те, що пощади не буде;
- Заподіяння особам, які перебувають під владою іншої сторони конфлікту, фізичного каліцтва чи здійснення над ними медичних або наукових експериментів будь-якого характеру, що не є обґрунтовано потребою в медичному, стоматологічному лікуванні чи лікарняному догляді відповідної особи і здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб;
- Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли такого знищення або захоплення нагально вимагає конфлікт;
- Застосування отрути чи отруєної зброї;
- Застосування задушливих, отруйних чи інших газів і будь-яких аналогічних рідин, матеріалів або засобів;
- Застосування куль, що легко розриваються чи сплющуються в тілі людини, таких як оболонкові кулі, тверда оболонка яких не вкриває всього сердечника чи має надрізи;[350]
- Застосування зброї, що містить мікробні або інші біологічні речовини, або токсини, незалежно від їх походження або способу виробництва;[351]
- Застосування зброї, основним наслідком якої є травмування осколками, які в організмі людини неможливо виявити рентгенівськими променями;[352]
- Застосування спеціально розробленої лазерної зброї, що в якості своєї єдиної бойової функції або як однієї з бойових функцій викликає постійну сліпоту людини,

[350] Римський статут, arts 8(2)(e)(i)-(xv).
[351] МКС Асамблея держав-учасниць, Резолюція ICC-ASP/16/Res.4, 12-те пленарне засідання, 14 грудня 2017 року (прийнято консенсусом).
[352] *Там само.*

що не використовує оптичні прилади, тобто для неозброєного ока, або ока, що використовує пристрої для корекції зору.[353]

d) Злочин агресії

У Римському статуті злочин агресії визначено як один із чотирьох злочинів, за які МКС може притягнути до відповідальності (разом зі злочином геноциду, злочинами проти людяності та воєнними злочинами).[354] Як згадувалося в Главі 1, Частині 1, положення Римського статуту щодо злочину агресії цілком набули чинності 17 липня 2018 року.

Положення, в якому визначено цей злочин, міститься у статті 8*bis* Римського статуту. Відповідно до цієї статті, загалом злочин агресії визначено як планування, підготовка, ініціювання або вчинення акту агресії особою керівної ланки, що має змогу «ефективно» «здійснювати контроль» або «спрямовувати політичні або військові дії держави». Таким чином, хоча «злочин агресії» – це злочин, скоєний особою (на відміну від «акту агресії», вчиненого державою), довести вину особи у цьому злочині можна лише якщо доведено наявність «акту агресії», вчиненого державою.

«Акт» агресії визначено як застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності чи політичної незалежності іншої держави, або в будь-який інший спосіб, що суперечить Статуту Організації Об'єднаних Націй.[355] Слід зазначити, що злочин має бути скоєним, і що наявності загроз недостатньо відповідно до статті 8*bis* Римського статуту.

З технічного погляду, ознаками (елементами), які мають бути продемонстровані для встановлення відповідальності особи за злочин агресії, є:

- Суб'єкт злочину спланував, підготував, ініціював або вчинив акт агресії;
- Суб'єктом злочину була особа, яка могла фактично здійснювати контроль за політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії, чи спрямовувати їх;
- Акт агресії – застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності чи політичної незалежності іншої держави, або в будь-який інший спосіб, що суперечить Статуту ООН, був вчинений;
- Суб'єктові злочину було відомо про фактичні обставини, які свідчили про те, що таке застосування збройної сили суперечило Статуту ООН;

---

[353] *Там само.*
[354] Римський статут., ст. 5.
[355] *Там само,* ст. 8*bis*(2). Застосування заходів законної самооборони не може розглядатись як акт агресії відповідно до ст. 51 Статуту ООН.

- Акт агресії – за своїм характером, серйозністю і масштабами – становив грубе порушення Статуту ООН; та
- Суб'єктові злочину було відомо про фактичні обставини, які свідчили про таке грубе порушення Статуту ООН.[356]

Відповідно до рішення АДУ від грудня 2017 року про активізацію злочину агресії, Суд може здійснювати свою юрисдикцію лише щодо злочинів агресії, вчинених після 17 липня 2018 року. Відповідно до загальної заборони, передбаченої Статутом, щодо здійснення ретроактивної юрисдикції, Суд не може здійснювати юрисдикцію щодо актів агресії, вчинених до цієї дати.

Статут передбачає чіткі юрисдикційні вимоги щодо розслідування та переслідування злочину агресії залежно від того, передано злочин до МКС державою, чи Радою Безпеки ООН, чи розслідування розпочато прокурором з його/її власної ініціативи.

Стаття 15*bis* Статуту визначає режим юрисдикції, який застосовується до ситуацій, коли Прокурор МКС розслідує та переслідує акти агресії (i) коли держава-учасниця звертається до Прокурора МКС; або (ii) Прокурор МКС розпочинає розслідування з власної ініціативи. У цих ситуаціях МКС може здійснювати свою юрисдикцію щодо злочину агресії, якщо його скоїли громадяни держави-учасниці Статуту або на території держави-учасниці Статуту, яка ратифікувала Кампальську резолюцію, якщо відповідний акт відбудеться після року після дати ратифікації.

Суд не може здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії, якщо злочин було вчинено громадянами держави, яка не ратифікувала Статут, або на території держави, яка не ратифікувала Статут. Однак, що стосується держав-учасниць, то такі держави повинні були б відмовитись від юрисдикції щодо злочину агресії, подавши декларацію до Секретаря МКС, в якій зазначили б, що не визнають юрисдикцію щодо злочину агресії.

Стаття 15*ter* Статуту дозволяє МКС здійснювати свою юрисдикцію щодо злочину агресії, вчиненого на території та громадянами будь-якої держави, коли Рада Безпеки ООН, яка діє відповідно до глави VII Статуту ООН, передає його прокурору МКС. Немає вимоги до залучених держав давати згоду на розслідування або переслідування, тобто МКС може здійснювати свою юрисдикцію незалежно від того, чи є відповідна держава учасницею Статуту та чи ратифікувала вона Кампальську резолюцію.

---

[356] Резолюція щодо агресії, Додаток II 'Елементи'.

C. Види співучасті

Для встановлення кримінальної відповідальності за злочини геноциду, злочини проти людяності або воєнні злочини можливий злочинець повинен був особливим чином брати участь у злочині. Це називається «вид» або «тип» співучасті. Ст.25(3)(a) Римського статуту передбачає види співучасті, які розглядаються в МКС.

Ці «види» можна поділити на види прямої та опосередкованої співучасті. Прокурор МКС повинен встановити, *як* особа вчинила відповідний злочин. Способи відповідальності особи за скоєння злочину повинні мати довготривалий характер. Римський статут поділяє види співучасті на п'ять категорій: (i) особи, які скоюють злочини особисто, колективно або за допомогою інших осіб; (ii) відання наказів, підбурювання до вчинення злочину; (iii) сприяння або пособництво у скоєнні злочину іншим чином; (iv) участь у скоєнні злочину або замаху на нього у складі групи осіб, які діють з однією метою; та (v) відповідальність в якості керівника або ватажка.

a) Індивідуальне вчинення злочину

Це звичайний спосіб, у який особа вчиняє злочин. Він передбачає пряму фізичну участь в злочинному діянні. До нього входять випадки, коли особа сама скоює злочин, зазначений у Римському статуті, з певними намірами.[357]

b) Колективне вчинення злочину

Ст.25(3)(a) передбачає злочини, скоєні не лише окремою особою, яка діє самостійно або через іншу особу, але також особою, яка діє спільно з іншими особами.[358] Колективне вчинення злочину, відоме як співучасть, означає план, за яким дві або більше осіб беруть участь у скоєнні злочину.

c) Вчинення злочину за допомогою інших осіб

Ст.25(3)(a) також визнає вчинення злочину «за допомогою інших осіб». Для притягнення до індивідуальної відповідальності за цей вид співучасті, відомий як опосередкована співучасть, необхідно встановити, що: (i) обвинувачений керував злочинними діями, вчиненими однією або декількома особами; (ii) він мав умисел та усвідомлення вчиненого згідно зі ст.30 Статуту, а також

---

[357] *Прокурор проти Томаса Лубанги Діло* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01-04-01- 06-803 (29 січня 2007 року) п. 332; *Прокурор проти Жермена Катанги та Метью Нгуджоло Чуї* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01-04-01-07717 (20 вересня 2008) п. 488.
[358] *Прокурор проти Томаса Лубанги Діло* (Рішення) ICC-01/04-01/06 (14 березня 2012) п. 980.

спеціальний суб'єктивний елемент, коли вимагається для конкретного злочину; та (iii) він знав про фактичні обставини, які давали йому можливість здійснювати злочин.[359]

d) Опосередкована співучасть

Опосередкована співучасть передбачає опосередковану участь («за допомогою інших осіб») та співучасть («спільно з іншою особою»).[360] До елементів опосередкованої співучасті входять: загальний план, основна роль обвинуваченого, контроль над ієрархічним апаратом структури та скоєння злочинів шляхом майже повного виконання наказів.[361] Підозрювані також повинні знати та погоджуватися з тим, що виконання їхнього спільного плану призведе до появи об'єктивних елементів злочинів;[362] а також підозрювані повинні знати про фактичні обставини, які дають їм можливість спільно керувати злочинами.[363]

e) Віддання наказів та підбурювання або спонукання до скоєння злочинів

i. Підбурювання

Для доведення того, що обвинувачений підбурював до скоєння злочину, необхідна наявність наступних елементів: (i) особа здійснювала вплив на іншу особу або для вчинення злочину, який було скоєно або було вчинено замах на нього, або вчинити дію, або утримуватися від будь-яких дій, що призвело до скоєння злочину; (ii) мотив чинить прямий вплив на скоєння злочину або

---

[359] *Прокурор проти Жермена Катанги* (Рішення) ICC-01/04-01/07 (7 березня 2014) п. 1399.

[360] *Прокурор проти Жермена Катанґи (Germain Katanga) та Матьє Нгуджоло Чуї (Mathieu Ngudjolo Chui)* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/07 (30 вересня 2008 року) п. 493.

[361] *Прокурор проти Боско Нтаганда* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-02/06 (9 червня 2014) п. 104-135. *Див. також, Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-Pierre Bemba Gombo) (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/05-01/08-424 (15 червня 2009 року) п. 350-351; *Прокурор проти Жермена Катанги та Метью Нгуджоло Чуї* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01-04-01-07717 (20 вересня 2008) п. 500-514, 527-539.

[362] *Прокурор проти Жермена Катанги та Метью Нгуджоло Чуї* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01-04-01-07717 (20 вересня 2008) п. 533; *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (23 січня 2012) п. 333.

[363] *Прокурор проти Жермена Катанги та Метью Нгуджоло Чуї* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01-04-01-07717 (20 вересня 2008) п. 538; *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (23 січня 2012) п. 333
Прокурор проти Франсіс Кірімі Мутхаура, Убуру Муігаї Кенйатта та Мухаммед Хуссейт Алі (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-02/11-382-Red (23 січня 2012) («Мутхаура, Кенйатта та Алі Рішення про підтвердження обвинувачень») п. 297; *Прокурор проти Боско Нтаганди* (Рішення щодо заяви Прокурора відповідно до ст.58) ICC-01/04-02/06-36-Red (13 липня 2012) п. 67.

замах на нього; та (iii) особа принаймні знає, що злочини будуть скоєні за звичайного ходу подій внаслідок вчинення діяння або утримання від будь-яких дій.[364]

ii. Віддання наказів

Відання наказів означає надання особі інструкції здійснити злочин.[365] Ст.25(3)(b) Римського статуту визнає поняття «відання наказу» вчинити злочин.

f) Сприяння або пособництво у скоєнні злочину іншим чином

Сприяння та пособництво передбачають надання допомоги у скоєнні злочину.[366] МКС ще не розглядав такий вид співучасті. Відповідно, не маючи судової практики важко уявити, як МКС може тлумачити ці елементи. Якщо прецедентне право Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії використовується як надійна інструкція для Палати МКС, то стосовно сприяння та пособництва необхідно дотримуватися наступної інструкції з трьох етапів: (i) злочинець вчинив злочин, за скоєння якого статутом передбачено покарання; (ii) обвинувачений допомагає та сприяє злочинцю у вчиненні злочину; та (iii) обвинувачений діє, знаючи, що його дії сприяють злочинцю у скоєнні злочину.[367] Допомога може складатися з дій або бездіяльності, або мати місце до, під час або після вчинення дій основного виконавця.[368] Участь у вчиненні злочину повинна прямо або суттєво впливати на його скоєння.[369]

Обвинувачений повинен знати, що пособник повинен був знати, що його дії допоможуть головному виконавцю вчинити злочин, а також знати про «основні елементи» злочину. В МКТЮ вважалося, що пособники та підбурювачі не повинні знати, що обвинувачений поділяв наміри головного виконавця такого злочину.[370] Проте ст.25(3)(c) Статуту МКС особливо вимагає, що допомога

---

[364] Римський статут, ст. 25(3)(b); *Прокурор проти Боско Нтаганди* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-02/06 (9 червня 2014), п. 153.
[365] *Прокурор проти Сільвестра Мудакумура* (Рішення щодо заяви Прокурора відповідно до ст.58) ICC-01/04-01/12-1-Red (13 липня 2012) п. 63; *Прокурор проти Боско Нтаганда* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-02/06 (9 червня 2014) п. 145.
[366] Римський статут, ст. 25(3)(c).
[367] *Прокурор проти Насер Оріч* (Рішення) IT-03-68-T (30 червня 2006) п. 269.
[368] *Прокурор проти Відої Благоевич та Драгана Джокича* (Апеляційне рішення) IT-02-60-T (9 травня 2007) п. 127; *Прокурор проти Тібоміра Блашкіча* (Судове рішення) IT-95-14-A (29 липня 2004) п. 48; *Прокурор проти Младен Налетилич та Вінко Мартіновіча* (Судове рішення) IT-98-34-T (31 березня 2003) п. 63; *Прокурор проти Моїніна Фофана та Алльйо Кондева* (Судове рішення) SCSL-04-14-A (28 травня 2008) п. 7.
[369] *Прокурор проти Жан-Поля Акайесу* (Судове рішення) ICTR-96-4-T 2 (вересня 1998) пп. 691, 692. *Див. також, Прокурор проти Делаліча та інших* (Судове рішення) ICC-01/04-01/12-1-Red (16 листопада 1998) п. 326; *Прокурор проти Фурундзія* (Судове рішення) справа № IT-95-17/1-T (10 грудня 1998) пункти 223, 234; *Прокурор проти Алексовскі* (Судове рішення) IT-95-14/1-T (25 червня 1999) п. 6.
[370] *Прокурор проти Мілан Лукіч та Средое Лукіч* (Апеляційне рішення) IT-98-32/1-A (4 грудня 2012) п.428; *Прокурор проти Відої Благоевич та Драгана Джокича* (Судове рішення) IT-02-60-T (17 січня 2005) п. 727;

надається «з метою полегшити скоєння» такого злочину. Це означає не лише наявність інформації про те, що спільники допомагали головному виконавцю, але що вони також повинні «бажати, щоб їхня допомога полегшила скоєння злочину».[371]

g) Участь у скоєнні злочину [Стаття 25(3)(D)]

Особа повинна нести кримінальну відповідальність, якщо вона «будь-яким чином сприяла скоєнню злочину або замаху на нього у складі групи осіб, об'єднаних спільною метою».[372] Для визначення цього виду співучасті у скоєнні злочину необхідно довести, що: (i) було скоєно злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС, або здійснено замах на нього; (ii) цей злочин або замах на нього здійснено групою осіб, об'єднаних спільною метою; та (iii) особа сприяла скоєнню злочину будь-яким іншим чином, ніж визначено ст. 25(3)(a)-(c) Статуту.[373] Необхідно довести наявність наступних суб'єктивних елементів з боку обвинуваченого: (i) наявність умислу; та (ii) надання будь-якої допомоги: (a) з метою продовження злочинної діяльності або досягнення злочинної мети такої групи; або (b) усвідомлюючи намір групи здійснити злочин.[374]

h) Відповідальність вищої посадової особи або командира

«Відповідальність вищої посадової особи або командира» стосується неспроможності вищої посадової особи діяти так, як вона повинна діяти.[375] По суті, для притягнення вищої посадової особи або командира до відповідальності за злочини, вчинені його підлеглими, необхідно переконливо довести, що: (i) існували стосунки командир-підлеглий між командиром та злочинцем; (ii) вища посадова особа знала або мала підстави знати, що злочинне діяння повинно

Прокурор проти Фатмір Лімай, Гарадін Бала та Ісак Мусліу (Судове рішення) IT-03-66-T (30 листопада 2005) п. 518; *Прокурор проти Мілорада Крножелач* (Судове рішення) IT-95-25 (17 вересня 2003) п. 51.

[371] Альбін Есер (Albin Eser), «Індивідуальна кримінальна відповідальність» ('Individual Criminal Responsibility') in Antonio Cassese (eds), Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар (The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary) (OUP, 2002) C.801.

[372] Римський статут, ст. 25(3)(d).

[373] *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Callixte Mbarushimana) (Рішення про видачу ордену на арешт) ICC-01/04-01/1 (28 вересня 2010 року) («Рішення про видачу ордену на арешт Мбарушімана») п. 39. *Див. також Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (23 січня 2012) п. 421; *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04-01/07-337-1tENG (15 травня 2013 року) п. 16.

[374] Рішення про видачу ордену на арешт Мбарушімана, п. 39, та 66 і п. 44: визнання різних тлумачень слово «умисний», яке застосовується до ст. 25(3)(d), але не вважлося за потрібне піднімати це питання. Застосовуючи ці елементи до фактів справи, Палата попереднього провадження дійшла висновку, що є розумні підстави вважати, що Калікcте Мбарушимана притягнуто до кримінальної відповідальності на підставі ст.25(3)(d) і з цією метою видано постанову про арешт. *Див. також*: *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09- 01/11 (23 січня 2012) п. 351; Мутхаура, Кенйатта та Алі, Рішення про підтвердження обвинувачень, п. 421.

[375] Римський статут, ст. 28.

бути скоєно або було скоєно; та (iii) вища посадова особа не вжила необхідних та розумних заходів для попередження злочинних діянь або покарання злочинця.

Частина III: Попереднє вивчення та розслідування

У цій Частині розглядається етап попереднього вивчення участі МКС у ситуації. Це є дуже актуальним питанням, оскільки розслідування МКС ситуації в Україні наразі перебуває на етапі «попереднього вивчення». Як зазначено у Частині I, попереднє вивчення – це початковий процес, за допомогою якого Прокурор МКС розглядає весь масив наявної інформації, щоб досягнути рішення щодо того, чи є розумні підстави розпочинати офіційне розслідування. У цій Частині розглядаються етапи попереднього вивчення, що вони передбачають, і що передбачає офіційне розслідування, яке проводить Прокурор МКС.

Унаслідок прийняття першої заяви, поданої Україною 17 квітня 2014 року, того самого місяця Прокурор МКС розпочала попереднє вивчення ситуації в Україні, щоб встановити, чи відповідає така ситуація трьом критеріям, які є обов'язковими для відкриття розслідування (юрисдикція, прийнятність та інтереси правосуддя).[376] Унаслідок прийняття другої заяви, поданої Україною 8 вересня 2015 року, межі попереднього провадження було розширено з 22 лютого 2014 року до поточного періоду й далі.[377]

11 грудня 2020 року Прокурор МКС оголосила про завершення попереднього вивчення ситуації в Україні.[378] У цьому розділі визначається, що вивчала Прокурор МКС під час попереднього вивчення ситуації в Україні. Потім буде розглядатися, як може змінитися офіційне розслідування і що це означає.

I. Попередні вивчення

A. Загальний огляд процедури попереднього вивчення

Як зазначено в Частині I, МКС матиме юрисдикцію щодо ситуації, яка відповідає наступним трьом передумовам: (i) держава, ситуація якої перебуває на розгляді, ратифікувала Римський статут;[379] (ii) держава, ситуація якої перебуває на розгляді, «заявила», що вона визнає юрисдикцію МКС без ратифікації Римського статуту;[380] або (iii) Рада Безпеки ООН передає ситуацію на розгляд Суду.[381]

---

[376] 'Україна' (*МКС*).
[377] «Прокурор МКС розширює межі попереднього вивчення ситуації в Україні після подання її другої заяви за статтею 12(3)» ICC-OTP-20150929-PR1156, ('ICC Prosecutor extends preliminary examination of the situation in Ukraine following second article 12(3) Declaration') (*МКС*, 29 вересня 2015 року).
[378] 'Заява прокурорки Фату Бенсуди щодо завершення етапу попереднього вивчення ситуації в Україні' (*МКС*, 11 грудня 2020).
[379] Римський статут, ст. 13(a) та 14.
[380] *Там само,* ст. 12(3).
[381] *Там само,* ст. 13(b).

За наявності однієї з перерахованих передумов МКС може здійснювати свою юрисдикцію, якщо: (i) ситуацію на розгляд Прокурора МКС передала держава-учасниця Римського статуту; (ii) Рада Безпеки ООН передала ситуацію на розгляд Прокурора МКС, щоб розпочати розслідування; або (iii) Прокурор МКС ініціює розслідування *proprio motu* (за власною ініціативою) на підставі інформації, отриманої з надійних джерел, включно із заявою держави.[382]

Якщо Прокурор МКС отримає одне із звернень, вказаних вище, він автоматично відкриває «попереднє вивчення» відповідної ситуації.[383] Однак варто зазначити, що попереднє вивчення не є розслідуванням. Це процедура, за допомогою якої Прокурор вивчає всю наявну інформацію, щоб отримати повну інформацію про наявність «розумних підстав» для проведення повноцінного розслідування.[384] Для отримання такого рішення попереднє вивчення має відповідати наступним трьом ключовим критеріям (вказаним в Частині I):

- Юрисдикція: Суд може переслідувати за злочини геноциду, воєнні злочини або злочини проти людяності, скоєні після 1 липня 2002 року, або з дня визнання державою юрисдикції Суду (для України цією датою є 21 листопада 2013 року, коли було подано першу Заяву); для юрисдикції щодо злочину агресії застосовуються спеціальні правила.[385] МКС може притягувати до відповідальності лише осіб, які вчинили злочин на території держави-учасниці чи держави, яка подала заяву, або осіб, які є громадянами таких держав.[386] Прокурор МКС має юрисдикцію щодо питань, адресованих йому Радою Безпеки ООН;[387]
- Прийнятність: МКС – це орган юстиції «останньої інстанції», спрямований на доповнення національних систем правосуддя, лише коли вони не бажають або не можуть сумлінно здійснювати будь-які розслідування та притягати до відповідальності можливих суб'єктів злочину;[388] та

[382] *Там само,* ст. 13.
[383] Після отримання запиту чи чинної заяви, зробленої відповідно до ст.12(3) Статуту, Прокурор може ініціювати попереднє вивчення ситуації [Регламент Прокурора, положення 25(1)(c)]. Хоча Прокурор не зобов'язаний ініціювати попереднє вивчення після отримання заяви, останні справи дають привід вважати, що вона автоматично ініціюватиме попереднє вивчення. *Див*. Положення про попереднє вивчення, С. 18, п. 76.
[384] Римський статут, ст. 15(2) та (3).
[385] *Там само,* ст. 11; 15*bis* та 15*ter*.
[386] *Там само,* ст. 12(2).
[387] *Там само,* ст. 12(2).
[388] *Там само,* ст. 1 та 17.

- Інтереси правосуддя: З урахуванням тяжкості злочину та інтересів потерпілих, Прокурор МКС розглядатиме питання, чи є вагомі підстави вважати, що проведення розслідування не відповідатиме інтересам правосуддя.[389]

«Розумні підстави» для продовження розслідування означають, що існують раціональні чи обґрунтовані аргументи вважати, що злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС, було скоєно чи скоюється.[390] Це не обов'язково означає, що вся інформація «доводить лише одну думку» .[391] На цьому першому етапі інформація не має бути « комплексною або переконливою».[392]

Попереднє вивчення ситуації в Україні та всі попередні вивчення здійснюються наступним чином. Як буде детально зазначено далі, попереднє вивчення Прокурора МКС складалося з чотирьох "етапів", щоб повністю дослідити ситуацію або справу:

- *Перший етап*: попередня оцінка всієї отриманої інформації, як вона була повідомлена Прокурору МКС;
- *Другий етап*: офіційний початок проведення попереднього вивчення стосовно того, чи підпадають можливі злочини під юрисдикцію Суду;
- *Третій етап*: розгляд питань стосовно прийнятності ймовірних злочинів;
- *Четвертий етап*: розгляд питань, які стосуються інтересів правосуддя; та
- *Звіт*: висновок попереднього вивчення відповідно до ст.53(1) «Звіт».[393]

Тривалість часу, необхідного для завершення цих етапів та проведення попереднього вивчення, залежить від ситуації. Попереднє вивчення ситуації в Гондурасі тривало п'ять років до 2015 року, коли Прокурор МКС дійшла висновку про відсутність розумних підстав для продовження розслідування та закрила етап попереднього вивчення.[394] На момент публікації, попереднє вивчення в Колумбії знаходиться на третьому етапі і триває вже 16 років.[395] Попереднє вивчення ситуації в Іраку було завершено у 2006 році, а через вісім років, у 2014 році, було поновлено через появу нової інформації і зараз знаходиться на третьому етапі.[396] Попереднє вивчення ситуації в

---

[389] Як випливає з Римського статуту, ст. 53(1)(a) – (c); Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення.
[390] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення С. 21, п. 90; Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пункт 35.
[391] *Там само,* п. 34.
[392] *Там само,* п. 27.
[393] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, пункти 77-84.
[394] Канцелярія Прокурора, Попереднє вивчення, Гондурас.
[395] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, С. 25, п. 103.
[396] *Там само,* С. 11, пп. 42-43.

Україні тривало шість років.[397] Таким чином, чотири етапи не мають фіксованого графіку. Всі чотири етапи розглядаються нижче.

B. Перший етап: Попередня перевірка

Перший етап попереднього вивчення можна розглядати як «етап попередньої перевірки». На цьому етапі проводиться попередня оцінка всієї інформації та офіційних повідомлень, отриманих Прокурором МКС, протягом якого Прокурор буде аналізувати та перевіряти всю інформацію, відфільтровувати інформацію щодо злочинів, які не підпадають під юрисдикцію МКС, та визначати злочини, які можуть підпадати під юрисдикцію Суду. Статут дозволяє Прокурору для прийняття рішень отримувати додаткову інформацію від держав, органів ООН, членів громадянського суспільства або інших надійних джерел, які вона вважає доцільними з огляду на обставини.[398]

На цьому етапі та на заключній стадії попереднього вивчення Прокурор МКС зобов'язаний проводити попереднє вивчення самостійно, неупереджено та об'єктивно,[399] що означає необхідність діяти незалежно від інструкцій будь-якої сторони. Прокурор не визнає жодних обмежень або зобов'язань з боку держав, що можуть повідомляти про можливих злочинців,[400] і буде широко закидати свої тенета, щоб отримати інформацію з надійних джерел таких, як держави, члени громадянського суспільства, установи ООН або інші надійні джерела.[401] Прокурор також має отримати письмові та усні свідчення з Суду.[402] Прокурор також може працювати безпосередньо в державі, ситуація якої розглядається, з метою проведення консультацій з компетентними органами влади, зацікавленими спільнотами та сторонами, такими як громадські організації.[403]

C. Другий етап: Юрисдикція

На цьому етапі починається офіційне проведення попереднього вивчення. Під час етапу попереднього вивчення увага зосереджується на тому, чи має Суд юрисдикцію для розгляду питань, визначених попереднім вивченням до цього. Зокрема, розглядається питання, чи

---

[397] 'Заява прокурорки Фату Бенсуди щодо завершення етапу попереднього вивчення ситуації в Україні' (*МКС*, 11 грудня 2020).
[398] Римський статут, ст. 15(3); Правила процедури та доказування, правило 104(2).
[399] Римський статут, ст. 42; Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, С. 7, пп. 26-33.
[400] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, С. 7, п. 27.
[401] Римський статут, ст. 14(2) та 15(2); Правила процедури та доказування, правило 104.
[402] *Там само.*
[403] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, С. 20, п. 85.

підпадають ймовірні злочини під юрисдикцію МКС. Аналіз проводиться з огляду на всі повідомлення та всю інформацію, яка не була відхилена на першому етапі, а також інформацію від держав-учасниць або Ради Безпеки ООН, Заяв, зроблених державами, відкритих джерел інформації та свідчень, отриманих в Суді.

Під час другого етапу Прокурор МКС проводить консультації з урядовими структурами, членами громадянського суспільства, представниками зацікавлених груп [404] та різних міжнародних організацій та установ ООН.[405] На другому етапі офіційні представники Прокурора МКС відвідують відповідні країни.

Як зазначено вище, на цьому етапі піднімається питання щодо юрисдикції Суду. Юрисдикція вимагає аналізу того, чи було скоєно злочин, передбачений Римським статутом (предметна юрисдикція), чи було його скоєно на території відповідної країни або одним з її громадян (територіальна юрисдикція чи юрисдикція за громадянством) і чи було його скоєно в певний строк, передбачений у відповідному документі, який передбачає юрисдикцію (юрисдикція в часі), такі як заява або ратифікація Римського статуту.

«Предметна» юрисдикція Суду вирішує питання, чи може Суд переслідувати за певні злочини, а саме: геноцид, злочини проти людяності, воєнні злочини і злочини агресії (останній підпадає під предметну юрисдикцію суду лише після 17 липня 2018 року). [406] І, нарешті, «територіальна» юрисдикція буде застосовуватися, якщо злочини були, ймовірно, скоєні на території України (тобто, в межах обсягу заяви), або юрисдикція «за громадянством» буде застосовуватися, якщо громадянин відповідної країни, як стверджується, вчинив відповідні злочини.

D. Третій етап: Прийнятність

На третьому етапі попереднього вивчення розглядається прийнятність ймовірних злочинів для МКС, зокрема, з погляду принципу комплементарності та тяжкості ймовірних злочинів. На цьому етапі Прокурор МКС продовжує перевіряти та збирати інформацію, а також проводити юридичну оцінку прийнятності. Таким чином, спроби заповнити прогалини стосовно інформації з ключових питань: чи було ініційовано розслідування або кримінальне переслідування винних осіб, якою мірою та чи дійсно очевидні злочини є достатньо серйозними.

---

[404] Канцелярія Прокурора, Попереднє вивчення, Гондурас.
[405] *Там само.*
[406] Римський статут, ст. 5.

Як зазначено вище, принцип прийнятності включає в себе концепції комплементарності та тяжкості.[407] Комплементарність включає з'ясування того, чи існують відповідні національні судові розгляди стосовно можливої ситуації або справи, що розглядається, та природи таких процедур. Іншими словами, комплементарність може відповідати на питання, чи проводиться на національному рівні неупереджене розслідування та кримінальне переслідування. Прокурор МКС аналізує заходи, вжиті національними судами для розслідування і судового переслідування ймовірних злочинів, що охоплюються попереднім вивченням.[408] Кроки, які повинні розглянути Прокурор МКС:

- Чи проводиться або проводилось розслідування стосовно винних осіб або їх кримінальне переслідування в Україні на підставі результатів попереднього вивчення.[409] Якщо ні, то тоді лише цього факту достатньо для того, щоб ця справа стала прийнятною для МКС.[410]
- Якщо розслідування або кримінальне переслідування проводилося на національному рівні, то Прокурор МКС буде аналізувати, чи це відноситься до майбутніх справ, які можуть розглядатися Прокурором МКС. Важливими серед піднятих питань є: Чи Прокурор проводить розслідування щодо однієї і тієї особи та одного і того самого злочину? Чи увага зосереджена на особах, найбільш відповідальних за найтяжчі злочини?
- Якщо відповідь "так", то Прокурор МКС буде дивитися, чи не втратили процесуальні дії правоохоронних органів юридичної сили через небажання або неспроможність неупереджено їх проводити.[411] У підсумку, наявність небажання буде вивчатися шляхом оцінювання: (i) наявності процедур, які захищають особу від юрисдикції МКС; (ii) невиправданих затримок процедур; та (iii) процедур, які не проводяться неупереджено або незалежно.[412] Для виявлення факту неспроможності стосовно певної справи Суд буде

---

[407] *Там само,* ст. 17(1)(a)-(c) (комплементарність), 17(1)(d) (тяжкість).
[408] *Там само,* ст. 18(1) та 19(2)(b).
[409] *Прокурор проти Жермена Катанґи (Germain Katanga) та Матьє Нгуджоло Чуї (Mathieu Ngudjolo Chui)* (Рішення про прийнятність) ICC-01/04-01/07-1497 (25 вересня 2009), п. 78.
[410] *Там само.*
[411] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення С. 12, п. 49; МКС заявив, що докази, які *inter alia* відносяться до слідчих заходів, кількість та вид ресурсів, задіяних для проведення розслідування, а також межі слідчих повноважень осіб, залучених до розслідування… які мають велике значення для відповіді на питання, чи на національному рівні склалася ситуація "бездіяльності", є також відповідними показниками бажання та спроможності держави неупереджено здійснювати необхідні процедури": *Прокурор проти Сайфа Аль-Іслама Каддафі та Абдулли Аль-Сенуссі* (Рішення про прийнятність) ICC-01/11-01/11-466-Red (11 жовтня 2013), п. 210.
[412] Римський статут, ст. 17(2); Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, С. 13-15, пп. 51-58; *Прокурор проти Сайфа Аль-Іслама Каддафі та Абдулли Аль-Сенуссі* (Рішення про прийнятність у справі щодо Каддафі) ICC-01/11-01/11-344-Red (31 травня 2013), пп. 199-215; *The Prosecutor v. Saif Al-Islam Gaddafi and Abdullah Al-Senussi* (Рішення про прийнятність у справі щодо Аль-Сенуссі) ICC-01/11-01/11-466-Red (11 жовтня 2013), п. 235.

дивитися, чи держава неспроможна отримати обвинуваченого або необхідні докази та свідчення або іншим чином неспроможна здійснювати процесуальні дії через повний або суттєвий колапс національної судової системи. Якщо МКС дійде висновку, що провадження на національному рівні має ознаки або небажання, або неспроможності, то МКС (з урахуванням інших вимог) матиме юрисдикцію щодо цих злочинів.

Далі, Прокурор МКС повинен відповісти на питання, чи справа є достатньо серйозною для обґрунтування вжиття МКС подальших заходів.[413] Відповідно до викладеного вище, Прокурор повинен розглядати кожну можливу справу, яка, швидше за все, з'являється під час розслідування ситуації.[414] Фактори, які Прокурор МКС повинен розглянути, включають масштаб, характер і спосіб вчинення злочинів, а також їх вплив на потерпілих.[415]

E. Четвертий етап: Інтереси правосуддя

Нарешті, Прокурор МКС буде враховувати інтереси правосуддя при вирішенні питання ініціювання офіційного розслідування. Для того, щоб продемонструвати, що запуск повномасштабного розслідування є в інтересах правосуддя, Прокурор МКС повинен відповісти на питання про те, чи є, з урахуванням тяжкості злочинів та інтересів потерпілих, вагомі підстави вважати, що розслідування *не* буде слугувати інтересам правосуддя.[416]

Важко визначити, що саме входить до інтересів правосуддя. Як зазначалося, Прокурор повинен проаналізувати, чи з урахуванням серйозності злочину та інтересів потерпілих є суттєві підстави вважати, що розслідування *не* буде слугувати інтересам правосуддя.[417] Прокурор буде розглядати ці виняткові повноваження в світлі завдань і мети Статуту, а саме, запобігання серйозним злочинам, що викликають стурбованість міжнародного співтовариства, щоб покласти край безкарності.[418] Прокурор недвозначно говорить, що існує різниця між поняттями інтересів правосуддя та інтересів миру. Останнє не є в компетенції Прокурора МКС, який відмовляється

---

[413] Римський статут, ст. 17(1)(d).
[414] Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пп. 50 та 188; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івувар* (Рішення про надання дозволу) ICC-02/11-14 (3 жовтня 2011) пп. 202-204.
[415] Положення Прокурора, положення 29(2); *Прокурор проти Абу Гарди* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-02/05-02/09- 243-Red (8 лютого 2010), п. 31; *Ситуація в Республіці Кот- д'Івувар* (Рішення про надання дозволу) ICC-02/11-14 (3 жовтня 2011) пп. 203-204; Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, С. 15, п. 61.
[416] Римський статут, ст. 53(1)(c).
[417] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 10; 2015, Канцелярія Прокурора, Звіт про дії стосовно попереднього вивчення, С. 3, п. 8.
[418] Канцелярія Прокурора МКС, Документ про інтереси правосуддя, вересень 2007, С. 1.

розглядати положення в якості інструменту управління конфліктами, коли Прокурор стає частиною політичних мирних переговорів.[419]

F. Звіт: Результати

Після чотирьох етапів попереднього вивчення, беручи до уваги принципи юрисдикції, прийнятності та інтересів правосуддя, прокурор МКС повинен бути задоволений тим, що є "розумні підстави" вважати, що злочин було скоєно і перейти до розслідування. Як тільки вищезазначені питання вирішені, приймається одне з наступних рішень щодо повноцінного розслідування:

- відмова від ініціювання розслідування через брак інформації, яка підтверджувала б зазначені фактори;[420]
- необхідність у продовженні збирання інформації щодо злочинів та (або) відповідних національних проваджень, щоб визначити, чи є достатньої фактична та юридична база, щоб дати переконливе визначення; або
- Вирішити, чи фактори, описані вище, є відповідними, і приступити до ініціювання офіційного розслідування кримінальної справи в МКС. Для цього потрібен дозвіл від МКС.[421]

На даному етапі варто зазначити, що процес прийняття рішень є тривалим і що Прокурор може у будь-який час переглянути своє рішення на основі отримання нових фактів та інформації.[422]

II. Розслідування

У цьому розділі розглядається процес ініціювання розслідування. Потім наводиться загальний огляд зобов'язань держави під час проведення розслідування, і розглядається, як дії Прокурора (попереднє вивчення та офіційне розслідування) призводять до розгляду справи в МКС.

Якщо в результаті проведення попереднього вивчення Прокурор МКС визнає необхідним проведення повноцінного розслідування відповідної ситуації (як у випадку ситуації в Україні), то можливо, їй потрібно буде звернутися до Палати попереднього провадження МКС для отримання дозволу на початок розслідування. Такий дозвіл буде необхідним, якщо Прокурор почне попереднє вивчення з власної ініціативи (наприклад, на підставі Заяви держави, яка не є учасницею, або інформації, отриманої з надійних джерел) .[423] У ньому не буде необхідності, якщо Прокурор отримає відповідне завдання від держави-учасниці або Ради Безпеки ООН. Якщо Палата

---

[419] *Там само.*
[420] Римський статут, ст. 53(1)(a)-(c) та (d).
[421] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, С. 4, п. 14.
[422] Римський статут, ст. 53(4); Правила процедури та доказування, правило 49(2).
[423] Римський статут, ст. 15(1)-(3); Правила процедури та доказування, правило 50.

попереднього провадження дійде висновку, що існують «розумні підстави» почати розслідування, і справа, «можливо», підпадає під юрисдикцію Суду, то вона повинна санкціонувати початок розслідування.

А. Як починається повне розслідування

Римський Статут зобов'язує Прокурора починати проведення повноцінного розслідування, якщо тільки вона на підставі інформації, ретельно дослідженої в ході попереднього вивчення, не визначить, що не існує ніяких "обґрунтованих" підстав розпочати дії в межах юрисдикції та відповідно до положень Статуту.[424]

а) Рішення про проведення розслідування

Якщо після того, як Прокурор почне проводити попереднє вивчення за власною ініціативою (на підставі Заяви), вона прийде до висновку, що є розумні підстави для проведення повноцінного розслідування, то вона повинна направити в Палату попереднього провадження запит на дозвіл проведення розслідування.[425] Перед цим Статут зобов'язує Прокурора повідомити всіх потерпілих, про яких вона знає, або Групу щодо надання допомоги потерпілим та свідкам, або їхніх законних представників про це рішення, якщо тільки вона не вирішить, що вчинення таких дій становитиме небезпеку для благополуччя або неупередженості розслідування.[426] Також вона повинна надіслати повідомлення про це рішення з вказанням підстав таким чином, щоб не нанести шкоди безпеці, благополуччя або приватності тих осіб, які надали їй таку інформацію.[427]

Якщо після вивчення запиту на такий дозвіл Палата попереднього провадження дійде висновку, що є «розумні підстави»[428] для ініціювання розслідування, і справа буде відноситися до юрисдикції Суду, то Палата попереднього провадження повинна повідомити про таке рішення, у тому числі його обґрунтування, Прокурору і будь-яким потерпілим, представленим в Палаті.[429] З іншого боку, якщо Палата попереднього провадження вирішить, що Прокурор не сформувала справу для подальшого розслідування, то в подальшому Прокурор може направити в Палату нові подання на підставі нових доказів або інформації, яку вона згодом отримає.

---

[424] Римський статут, ст. 53(1).
[425] Римський статут, ст. 15(3); Правила процедури та доказування, правило 50(2).
[426] Правила процедури та доказування, правило 50(1).
[427] Правила процедури та доказування, правило 49(1).
[428] Стандарт наявності «обґрунтованих підстав» вважати – це стандарт найнижчого рівня в МКС. Інакше кажучи, потрібно, щоб ППП (Палата попереднього провадження) переконалась у наявності раціональних чи обґрунтованих підстав вважати, що злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС, було скоєно чи скоюється. *Див.*, Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пп. 27-35.
[429] Правила процедури та доказування, правило 50(6).

b) Рішення про відмову у проведенні розслідування

Навпаки, якщо під час вивчення відповідних матеріалів Прокурор вирішить, що: (i) недостатньо юридичних або фактичних підстав для отримання ордеру на арешт або повістку у суд відповідно до ст.58;[430] (ii) справа є неприйнятною відповідно до ст.17;[431] або (iii) розслідування не слугуватиме інтересам правосуддя, то тоді вона буде зобов'язана проінформувати про це Палату попереднього провадження та суб'єкта, який ініціював такі дії, чи то держава відповідно до ст.14, чи РБ ООН відповідно до ст. 13(b), та причини для цього.[432]

На цьому етапі держава, яка передала ситуацію на розгляд відповідно до ст.14, або РБ ООН, яка вчинила дії відповідно до ст.13(b), може надіслати в Палату попереднього провадження запит щодо перегляду рішення Прокурора про відмову у проведенні повноцінного розслідування. Коли Палата попереднього провадження перевірить причини, названі Прокурором, вона зможе попросити Прокурора переглянути своє рішення.[433]

Крім того, Палата попереднього провадження може вирішити переглянути рішення Прокурора без запиту суб'єкта, який його ініціював, якщо рішення було прийнято лише на тій підставі, що Прокурор вважає, що розслідування не в інтересах правосуддя. У цьому випадку, щоб таке рішення набрало чинності, його повинна підтвердити Палата попереднього провадження.[434]

B. Розслідування

Проводити розслідування – це робота відділу з розслідування Канцелярії Прокурора МКС. Якщо було розпочато проведення повноцінного розслідування, то слідчі будуть опитувати всіх потерпілих та свідків зацікавлених держав. Слідчі можуть отримувати та запитувати про необхідні докази в Україні та інших державах або установах. Якщо Прокурор МКС бажає провести розслідування на території такої держави, як Україна, то вона має зв’язатися з Урядом України та отримати відповідний дозвіл.

Загалом, Україна зобов’язана надавати такі дозволи. Навіть якщо Прокурор має отримати дозвіл, це скоріше формальність *pro forma*, оскільки відповідно до Частини 9 [Римського статуту] Україна зобов’язана «співпрацювати з Судом без жодних затримок або винятків».[435] Якщо Прокурор МКС бажає провести певні слідчі дії в Україні не співпрацюючи з нею, Прокурор має подати до Палати

---

[430] Римський статут, ст. 53(2)(a).
[431] *Там само,* ст. 53(2)(b).
[432] *Там само,* ст. 53 (2)(c); Правила процедури та доказування, правило 105(1).
[433] *Там само,* ст. 53(3)(a).
[434] *Там само,* ст. 53(3)(b).
[435] *Там само,* ст. 12(3).

попереднього провадження запит на отримання дозволу. У свою чергу, Палата попереднього провадження запитає Україну, чи є в неї будь-які зауваження до запиту. Проте з урахування зобов'язання України щодо співпраці це повинно вимагатися лише в окремих ситуаціях.

Статут покладає на Прокурора обов'язок розслідувати кожен аспект злочину, у тому числі всі факти та докази, які його стосуються, для того, щоб оцінити, чи було здійснено будь-які кримінальні дії, які підпадають під юрисдикцію Статуту.[436] Крім того, Статут однозначно вказує, що мета розслідування Прокурора скоріше полягає у з'ясуванні правди, ніж доведенні вини.[437] Таким чином, положення Статуту чітко зазначають, що для того, щоб отримати повну картину подій, про які йде мова, Прокурор має досліджувати не лише ті докази й інформацію, які доводять вину, а й ті докази та інформацію, які можуть виправдати обвинуваченого. Протягом усього розслідування Прокурор також зобов'язаний вжити всіх необхідних і запобіжних заходів з метою дотримання інтересів і поваги особистих обставин всіх потерпілих і свідків, з якими Прокурор стикається під час слідчого процесу, постійно враховуючи характер можливих злочинів і фізіологічні та психологічні наслідки, які вони могли б спричинити для тих, кого це стосується.[438]

З урахуванням даних зобов'язань слідчі повноваження, надані Прокурору, є досить широкими. У ході процесу розслідування Прокурор може збирати та вивчати будь-які докази, які, на її думку, є необхідними та вагомими для справи,[439] а також опитувати потенційних підозрюваних, у тому числі потерпілих і свідків.[440] Прокурору також надано право укладати угоди з державами, міжурядовими організаціями або приватними особами з метою отримання інформації, яку не можна було б отримати іншим шляхом, за умови, що угоди відповідають положенням Статуту.[441]

У Частині 9 Римського статуту надається детальний перелік форм співробітництва з Судом (і Прокурором), на які погодилися держави-учасниці, і в якому перераховано всі слідчі дії, які Прокурору потрібно буде вживати в рамках проведення розслідування. Держави-учасниці та держави, які не є учасницями, але зробили заяву, погоджуються сприяти розслідуванню Прокурора багатьма способами,[442] у тому числі такими як (i) передача особи до Суду;[443] (ii) ідентифікація і визначення місцезнаходження осіб або предметів;[444] (iii) надання допомоги в

---

[436] *Там само,* ст. 54(1)(a).
[437] *Там само,* ст. 54(1)(a).
[438] *Там само,* ст. 54(1)(b).
[439] *Там само,* ст. 54(3)(a).
[440] *Там само,* ст. 54(3)(b).
[441] *Там само,* ст. 54(3)(d).
[442] *Там само,* ст. 93.
[443] *Там само,* ст. 89.
[444] *Там само,* ст. 93(1)(a).

отриманні доказів, включаючи свідчення під присягою і збір доказів, у тому числі думки експертів і звіти, необхідні Суду;[445] (iv) забезпечення допиту будь-якої особи, що знаходиться під слідством або притягається до кримінальної відповідальності;[446] (v) сприяння добровільній явці осіб до Суду в якості свідків або експертів;[447] (vi) забезпечення проведення огляду місць або об'єктів, включаючи ексгумацію і вивчення місць поховань;[448] (vii) проведення обшуків і виїмки;[449] (viii) забезпечення захисту потерпілих та свідків, а також збереження доказів;[450] (ix) виявлення, відстеження і заморожування або стягування доходів, майна та активів;[451] а також знарядь злочинів; а також (x) будь-який інший вид допомоги, про яку просить Прокурор, що не є забороненою законодавством запитуваної держави.[452]

У тому випадку, якщо Прокурор бажає продовжити своє розслідування на території держави, яка не є учасницею Статуту, або не надіслала Заяву для визнання юрисдикції МКС (як США), Статут дає Прокурору право через Суд укласти угоду і запропонувати державі надавати допомогу на підставі одноразової домовленості *ad hoc*.[453] У разі, якщо держава укладає дану угоду, а потім у ході розслідування відмовляється співпрацювати з Прокурором, то тоді державу можуть перенаправити до АДУ або Ради Безпеки ООН.[454]

Іншим повноваженням Прокурора є можливість просити Палату попереднього провадження видати ордер на арешт або наказ про явку особи, яка, як обґрунтовано вважає Прокурор на підставі результатів розслідування, вчинила злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду.[455] Тоді як наказ про явку є добровільним заходом, який Суд використовує, коли вважає, що наказу про явку буде достатньо, щоб особа з'явилася, ордер на арешт має примусовий характер і дозволяє затримати вказану особу, щоб доставити її в Суд.

З практичної точки зору, МКС може зіткнутися з обмеженнями своїх можливостей примусово забезпечувати явку деяких можливих злочинців. Коротше кажучи, МКС не має своєї власної поліції або сили, що може здійснювати арешти. Він повинен розраховувати на співпрацю держав і місцевих органів. Наприклад, у справі Уганди виявилося, що заарештувати осіб, які боролися

---

[445] *Там само,* ст. 93(1)(b).
[446] *Там само,* ст. 93(1)(c).
[447] *Там само,* ст. 93(1)(e)
[448] *Там само,* ст. 93(1)(g).
[449] *Там само,* ст. 93(1)(h).
[450] *Там само,* ст. 93(1)(j)
[451] *Там само,* ст. 93(1)(k).
[452] *Там само,* ст. 93(1)(l).
[453] *Там само,* ст. 87(5)(a).
[454] *Там само,* ст. 87(5)(b).
[455] *Там само,* ст. 58(1)(b)(i).

проти уряду, зовсім непросто. У 2005 році в рамках розслідування справи Уганди МКС видав ордери на арешт Джозефа Коні (Joseph Kony), Вінсента Отті (Vincent Otti), Окота Одхіамбо Okot Odhiambo), Раска Луквії (Raska Lukwiya) та Домініка Онгуена (Dominic Ongwen). У січні 2015 року Онгуен добровільно здався американським військам в Центрально-африканській республіці (ЦАР). Решта все ще перебувають на волі або визнаються померлими. У справі Судану в 2009 році МКС видав ордер на арешт Омара аль-Башира (Omar Al-Bashir), колишнього президента Судану. Він залишався на свободі з 2009 року. У червні 2015 року Південну Африку піддали різкій критиці за відмову заарештувати його, незважаючи на те, що вона є державою-учасницею Римського статуту.[456]

C. Відкриття справи в МКС

Після того, як відповідно до статті 58 Римського статуту ордер на арешт або наказ про явку видано, особа, стосовно якої видано ордер або наказ, постане перед Палатою попереднього провадження в присутності Прокурора.[457] За цей час Палата має пересвідчитися у тому, що обвинуваченому відомо про злочин, у скоєнні якого він підозрюється, а також що він знає свої права відповідно до Статуту, а у випадку, якщо обвинувачений затриманий на підставі ордера на арешт, то про право звернутися до Палати з проханням про звільнення до початку судового розгляду.[458]

Окрім інформування обвинуваченого про його права за Статутом, Палата попереднього провадження також використовує це коротке слухання, щоб вирішити низку адміністративних питань, таких як визначення дати проведення слухання, щоб підтвердити обвинувачення («слухання з питань підтвердження обвинувачення»).[459] Палата також буде приймати рішення стосовно розкриття доказів з боку Канцелярії Прокурора та стороною(-ми) захисту.[460]

D. Слухання з питань підтвердження обвинувачення

Слухання з питань підтвердження обвинувачення має відбутися протягом «розумного строку» після здачі або добровільної явки обвинуваченого до Суду. Під час слухання з питань підтвердження обвинувачення Прокурор у присутності членів Палати, обвинуваченого та

---

[456] *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада Аль-Башира* (Рішення) ICC-02/05-01/09 (6 липня 2017). *Див. також*, справу Верховного апеляційного суду Південної Африки (Рішення) справа № 867/15 (15 березня 2016).
[457] Правила процедури та доказування, правило 121.
[458] Римський статут, ст. 60(1).
[459] Слухання з питань підтвердження обвинувачення повинно проводитися у «розумний строк» відповідно до Римського статуту, ст. 61(1); Правила процедури та доказування, правило 121(1).
[460] Правила процедури та доказування, правило 121(2).

захисника обвинуваченого підтверджує, які саме обвинувачення вона хоче висунути проти обвинуваченого на підставі висновків її розслідування.[461]

Хоча в інтересах правосуддя бажано, щоб обвинувачений був присутнім під час слухання з питань підтвердження обвинувачення, Палата попереднього провадження на прохання Прокурора або за своєю власною ініціативою може ухвалити рішення про проведення слухання за відсутності обвинуваченого у тому випадку, якщо обвинувачений відмовився від свого права бути присутнім,[462] або не зміг бути присутнім з будь-якої іншої причини.[463] У такому випадку слухання, як правило, буде продовжуватися за участі представників обвинуваченого, його адвокатів.

Під час слухання головуючий суддя Палати попереднього провадження запитує список обвинувачень, іншими словами, конкретних обвинувачень у злочинній поведінці, які Прокурор вирішив висунути проти обвинуваченого і який має бути зачитаний в Палаті.[464] Після того, як обвинувачення були зачитані і головуючий суддя виніс рішення про те, як має проводитися слухання, Прокурор повинен підкріпити кожен пункт обвинувачення доказами, достатніми для встановлення «істотних підстав» вважати, що обвинувачений вчинив можливий злочин.[465]

Тоді обвинувачений може: (i) заперечити обвинувачення; (ii) оскаржити докази, що були подані Прокурором; або (iii) представити власні докази, що суперечать доказам Прокурора.[466] Після того, як заслухані аргументи, представлені Прокурором і обвинуваченим, Палата пропонує зробити остаточні заяви до прийняття рішення про те,[467] чи є достатні докази для встановлення істотних підстав вважати, що обвинувачений вчинив злочини, в яких він обвинувачується.

Палаті попереднього провадження поставлено завдання визначити, чи достатньо доказів для встановлення «істотних підстав вважати, що дана особа вчинила кожний злочин, в якому вона обвинувачується»[468], а сторона обвинувачення має надати «конкретні та вагомі докази, які демонструють чіткий ланцюг міркувань, що лежить в основі її конкретних тверджень»,[469] які

---

[461] Римський статут, ст. 61(1).
[462] Правила процедури та доказування, правило 124.
[463] Римський статут, ст. 61(2).
[464] Правила процедури та доказування, правило 122(1).
[465] Римський статут, ст. 61(5).
[466] *Там само,* ст. 61(6).
[467] Правила процедури та доказування, правило 122(8).
[468] Римський статут, ст. 61(7).
[469] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/06-803- tEN (29 січня 2007 року) п. 39.

мають виходити за рамки домислів та підозр.[470] Це обов'язок Прокурора надати всі факти, що лежать в основі обвинувачень, та представити докази кожної юридичної вимоги злочину.[471]

На підставі доказів і аргументів, наданих Прокурором та обвинуваченим, судді Палати попереднього провадження мають право вирішити чи: (i) підтвердити обвинувачення і передати особу до Судової палати для повноцінного судового розгляду;[472] (ii) не підтверджувати обвинувачення через брак відповідних доказів;[473] або (iii) відкласти слухання[474] та попросити Прокурора або надати додаткові докази, або продовжити розслідування, або змінити обвинувачення, тому що надані докази можуть вказувати на скоєння іншого злочину, який підпадає під юрисдикцію Суду.[475]

---

[470] *Там само,* п. 37.
[471] *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/05-01/08-424 (25 червня 2009 року) п. 206-209, 299-300, 311-312.
[472] Римський статут, ст. 61(7)(a).
[473] *Там само,* ст. 61(7)(b).
[474] *Там само,* ст. 61(7)(c).
[475] *Там само,* ст. 61(7)(c).

Частина IV: інформація, докази та судові процеси

У цій частині розглядаються три основні питання. По-перше, вивчається питання, чи інформацію, пов'язану зі злочинами, які підпадають під юрисдикцію МКС, можна передати в Суд. Після розгляду способів направлення інформації до Суду буде вивчатися роль доказів в МКС. Нарешті, в цій частині досліджується хід судового процесу після підтвердження обвинувачень, зокрема, судовий розгляд та винесення рішення.

I. Передача інформації Прокурору МКС

Прокурор під час попереднього вивчення отримує інформацію щодо ситуації з будь-яких надійних джерел. Фізичні особи або організації можуть подавати Прокурору інформацію щодо злочинів, які підпадають під юрисдикцію Суду. Це називається «повідомлення». Ст.15 Римського статуту дозволяє Прокурору отримувати інформацію від різних організацій, зокрема держав, органів ООН, міжурядових або неурядових організацій, або від інших надійних джерел, які Прокурор буде вважати відповідними. Вона також має отримати з Суду письмові та усні свідчення. Після отримання такої інформації Прокурор повинен зберігати конфіденційність інформації та свідчень та вживати відповідних заходів.[476] Повідомлення приймаються постійно та можуть бути розглянуті в будь-який час.[477]

МКС надає практичне керівництво стосовно того, як подавати інформацію в Суд. Веб- сайт МКС містить інформацію, починаючи від розділу «чи ви хотіли б подати інформацію про ймовірні злочини Прокурору», і закінчуючи розділом «Що необхідно зазначити в повідомлені, яке відсилається Прокурору».[478] В цьому розділі знаходиться корисне керівництво для тих, хто бажає направити інформацію Прокурору. У ньому зазначено, що Римський статут чітко не вказує, яку саме інформацію слід направляти Прокурору. Більше того, в ньому зазначається, що якщо інформація стосовно ситуації «не надає достатньо матеріалу для аналізу, що могло б допомогти визначити, чи є розумні підстави продовжувати розслідування, то аналіз завершується, і про це повідомляється відправник».[479] Тим, хто надсилає інформацію, пропонується зробити це англійською або французькою мовами, але також можна надсилати неофіційний переклад іншими мовами.[480]

---

[476] Правила процедури та доказування, правило 46.
[477] Звіт про дії стосовно попереднього вивчення за 2014 рік, п.194.
[478] 'Що повинно міститися в повідомленні, направленому в Канцелярія?' (*МКС*).
[479] *Там само.*
[480] *Там само.*

II. Докази у Міжнародному кримінальному суді

Прокурор МКС зосереджує своє розслідування на доказах. Це докази, які безсумнівно можуть довести вину обвинуваченого. В МКС прийнятними для суду можуть визнаватися різноманітні докази:

- Показання свідків, які вони дають особисто в Суді;
- Письмові свідчення, які мають бути надані Суду у вигляді заяви, написаної від руки;
- Документальні докази, які використовуються для позначення матеріалів, які щось фіксують. До них можуть входити доповіді ООН, повідомлення в соціальних мережах або записи радіомовлення;
- Речові докази, які є традиційним видом доказів. До них входять реальні речі, такі як ніж або пістолет; та
- Показання експерта, що є письмовим або усним свідченням експерта, здатного надати Суду свою точку зору з питання, яке зазвичай не належить до компетенції Суду, як, наприклад, судова медицина або воєнна тактика

МКС має значну свободу дій при розгляді всіх видів доказів, яка має особливе значення з огляду на характер справ, які розглядаються в МКС.[481] У цьому розділі будуть розглядатися види доказів, які можуть бути використані в ході судового розгляду в МКС, а також вивчатимуться питання, що стосуються допустимості та надійності. Нарешті, даний розділ розглядатиме групи громадянського суспільства і питання стосовно того, коли члени цих груп можуть бути змушені давати свідчення перед судом.

У запитах про надання дозволу на вивчення ситуації в Грузії, Кенії та Кот-д'Івуарі докази, на які посилалися, були переважно документальними. До таких доказів належать карти, звіти НУО та ООН, офіційні документи та інші документальні предмети, як наприклад, фотографії. Багато звітів містять посилання на показання свідків, документальні та речові докази. Звіти можуть бути підготовлені НУО, такими як Human Rights Watch та Міжнародна кризова група, або офіційними органами, такими як Рада Європи та ООН. Хоча деякі звіти складалися переважно на основі показань свідків, основну їх частину становлять документальні докази. Видається, що Прокурор була дуже задоволена звітами, складеними на основі таких посилань

---

[481] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ило* (Поправка до Рішення про прийнятність чотирьох документів) ICC-01/04-01/06 (20 січня 2011 року) п. 24; Антоніо Кассезе, Паола Гаета, Лорел Бейг, Мері Фан та Крістофер Госнелл, *Міжнародне кримінальне право Кассезе* (*Cassese's International Criminal Law*) (OUP, 2013), с. 380.

III. Основні стандарти розслідування

Міжнародна група GRC розробила керівництво з основних стандартів розслідування для співробітників служб оперативного реагування при розслідуванні міжнародних злочинів та мобільний застосунок "GRC BIS", який забезпечує користувачам доступ до сучасних знань у сфері МГП та МКП та інструкцій щодо пошуку та збереження доказів та побудови життєздатних справ для можливого переслідування.[482] Посібник та застосунок створені з метою виявлення та роз'яснення основних стандартів, які мають дотримуватися будь-ким, хто збирає інформацію або докази вчинення міжнародних злочинів в Україні.

IV. Судовий розгляд

До цього часу у даній Частині розглядалося питання, як інформація щодо ймовірних злочинів може надсилатися Прокурору, а різні види доказів – використовуватися в Суді. У цьому розділі увага зосереджена на тому, що відбувається в МКС на етапі судового розгляду; зокрема, процедурі судового розгляду і правах обвинуваченого.

З моменту створення Судової палати вона зазвичай призначає[483] одного зі своїх членів відповідальним за підготовку судового процесу і сприяння справедливому і швидкому проведенню судового розгляду, наприклад, забезпечуючи своєчасне розкриття доказів обома сторонами.[484] Як тільки це виконується, Палата головує на «розпорядчому засіданні» членів Палати, яке часто включає Прокурора і сторону захисту, для того, щоб встановити дату початку судового розгляду.

На даному етапі до початку судового розгляду Прокурор або сторона захисту можуть поставити Палаті будь-які питання, які вони мають стосовно майбутнього судового процесу. Це може бути що завгодно, починаючи від заперечення юрисдикції Суду або прийнятності справи[485] до подачі клопотань стосовно проведення судового розгляду.[486]

Одним з перших актів, які здійснює Судова палата, є зачитування обвинувачень, висунутих Прокурором, що підтверджуються Палатою попереднього провадження. Статут закріплює, що як тільки Судова палата переконається, що обвинувачений усвідомлює характер обвинувачень (за

[482] Застосунок «GRC BIS» доступний на IOS та Android безкоштовно англійською та російською мовами.
[483] Правила процедури та доказування, правило 132*bis*(1).
[484] *Там само,* правило 132*bis*(2).
[485] *Там само,* правило 133.
[486] *Там само,* правило 134.

необхідності, за допомогою синхронного перекладу), йому надається можливість визнати себе «винним» або «невинним» в обвинуваченнях.[487]

Якщо обвинувачений не визнає себе винним, то обов'язок довести, що засуджений безсумнівно є винним, покладається на Прокурора. Відповідно до Статуту, кожен, хто постає перед судом, має основоположне право вважатися невинним доти, поки його вину не буде доведено відповідно до правил і процедур Суду.[488] Якщо обвинувачений визнав себе винним, то Палата має переконатися у дійсності такої заяви і розпочати етап винесення вироку, як зазначено нижче.

Протягом усього судового процесу з перших вступних заяв до моменту винесення судового рішення обвинуваченому повинні надаватися основні права і привілеї для забезпечення справедливості, неупередженості судового розгляду і балансу повноважень сторін обвинувачення і захисту.[489] Обвинувачений має, з-поміж інших, наступні права: (i) негайно бути поінформованим про обвинувачення мовою, яку він повністю розуміє;[490] (ii) мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту і спілкуватися зі своїм адвокатом в умовах конфіденційності (іншими словами, в умовах приватних каналів зв'язку);[491] (iii) бути судимим без невиправданої затримки;[492] (iv) отримувати правову допомогу, якщо він не в змозі дозволити собі адвоката;[493] (v) допитати свідків безпосередньо в Суді або за допомогою адвокатів;[494] (vi) скористуватися послугами перекладача, коли і якщо це буде необхідно, для того, щоб повністю розуміти судовий розгляд;[495] та (vii) не давати показання, не визнавати свою провину і зберігати мовчання, не визнаючи свою вину або невинуватість.[496]

Незалежно від наданих інструкцій всі свідки, викликані в Судову палату, допитуються однаковим чином. По-перше, сторона, яка заявляє свідка, допитує його, щоб дізнатися, що цей свідок бачив та чув про злочини, які розслідуються. Потім інші сторони можуть розпитати свідка про свої докази. Вони можуть кинути виклик надійності та точності доказів або надійності свідка та поставити інші питання.[497] Судді самі можуть ставити питання.[498]

---

[487] Римський статут, ст. 64(8)(a).
[488] *Там само,* ст. 66.
[489] *Там само,* ст. 67.
[490] *Там само,* ст. 67(1)(a).
[491] *Там само,* ст. 67(1)(b).
[492] *Там само,* ст. 67(1)(c).
[493] *Там само,* ст. 67(1)(d).
[494] *Там само,* ст. 67(1)(e).
[495] *Там само,* ст. 67(1)(f).
[496] *Там само,* ст. 67(1)(g).
[497] Правила процедури та доказування, правило 140(2)(b).
[498] *Там само,* правило 140(2)(c).

Протягом судового розгляду у зв'язку з часто делікатним і серйозним характером ймовірних злочинів Судова палата має безстрокове зобов'язання вживати всіх необхідних заходів для захисту безпеки, фізичного і психологічного благополуччя, гідності та приватного життя потерпілих і свідків.[499] За певних обставин це може означати, що Палата могла б вирішити, наприклад, зробити виняток з правила щодо обов'язковості публічності всіх процедур і призначити закритий розгляд деяких судових процедур.[500] Даний виняток був би особливо доречним, коли йдеться про потерпілих від сексуального насильства або показання дітей. При вирішенні питання щодо таких винятків Статут зобов'язує Палату брати до уваги всі обставини, зокрема, щодо того, як таке виключення може нашкодити справедливості судового розгляду.[501]

Після того, як в Палаті були заслухані всі свідки і надані всі докази, головуючий суддя заявляє, що подання доказів закінчилося. Потім Палата пропонує Прокурору і стороні захисту зробити заключні заяви.[502] Заключні заяви дають можливість сторонам обвинувачення і захисту нагадати Палаті про докази і факти, які вони представили, а також підтвердити аргументи на підтримку своїх справ.

Коли Прокурор і сторона захисту завершили свої заключні заяви, судді і Судова палата приймають рішення у справі.[503] Потім виноситься вирок. Вирок має ґрунтуватися на «оцінці доказів та всіх процедур»,[504] і повинен враховувати тільки факти і обставини, описані в обвинуваченнях, які були передані на розгляд Судовій палаті Палатою попереднього провадження. Коли судді Палати залишають залу судових засідань для обговорення, всі аспекти справи повинні залишатися в таємниці. Лише після того, як буде розповсюджена інформація про відповідне рішення разом з мотивуючою частиною, рішення Палати повинно стати загальновідомим.[505]

Якщо вирок є «обвинувальний», Палата починає процедуру визначення покарання. Якщо вирок є виправдувальним, то обвинувачений негайно звільняється і судовий розгляд завершується.

V. Визначення покарання

Метою покарання злочинців, визнаних винними, є досягнення декількох цілей: зокрема, покарати і попередити є основними цілями.[506] По-перше, метою покарання є притягнення до

---

[499] Римський статут, ст. 68(1).
[500] *Там само,* ст. 68(2).
[501] *Там само,* ст. 68(2).
[502] Правила процедури та доказування, правило 141.
[503] *Там само,* правило 142.
[504] Римський статут, ст. 74(2).
[505] *Там само,* ст. 74(4).
[506] Інші цілі включають реабілітаційні, виразні та комунікативні цілі. *Див. також,* Баррі Сандер, «Виправдання міжнародного кримінального покарання: критична перспектива», у роботі Bergsmo and

відповідальності злочинців, які скоїли найбільш тяжкі злочини.[507] Покарання засудженого розглядається як сприяння процесу примирення і відновленню миру у відповідних громадах. Призначення покарання, яке відповідає «потребі потерпілих та членів їх сімей у правді та справедливості», є «вираженням осуду суспільством злочинного діяння і особи, яка його вчинила», а також є «способом визнання шкоди та страждань, заподіяних потерпілим».[508] По-друге, вважається, що призначення покарання виступатиме стримуючим фактором для тих, хто має намір в майбутньому вчиняти найсерйозніші злочини, а отже, сприятиме попередженню таких злочинів.[509]

При визначенні строку покарання Судова палата має суттєві дискреційні повноваження,[510] оскільки вона повинна: (i) з'ясувати актуальність та значимість всіх факторів, у тому числі пом'якшуючих та обтяжуючих обставин; (ii) зважити всі фактори, які палата вважає доречними; (iii) розглянути питання пропорційності покарання; і (iv) прийняти рішення щодо того, які факти і обставини мають бути взяті до уваги при визначенні покарання. Суд може призначити два види покарання: тюремне ув'язнення і фінансові санкції. Фінансові санкції є допоміжною мірою до основного вироку.

A. Ув'язнення

Будь-яка особа, що була засуджена за скоєння злочину, зазначеного в Римському статуті, зокрема, за злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини або злочин агресії[511], може бути засуджена до позбавлення волі на строк до 30 років,[512] або, у виняткових випадках, до довічного ув'язнення, якщо це виправдано виключно тяжким характером злочину та індивідуальними обставинами засудженого.[513]

При призначенні відповідного покарання Палата бере до уваги докази і матеріали, що були надані в ході судового розгляду і стосуються призначення покарання.[514] Обставини, які Суд буде брати до уваги при винесенні рішення про призначення покарання, перераховані в статті 78 і правилі 145.

Buis (ред.), «Філософські основи міжнародного кримінального права: основоположні концепції» (*ТОАЕР*, 2019).

[507] *Прокурор проти Жермена Катанги* (Рішення) ICC-01/04-01/07 (23 травня 2014) пункт 38.

[508] *Там само.*

[509] *Там само,* п. 37.

[510] Оскільки Апеляційна палата згадала про це у рішенні стосовно апеляції на вирок у справі Лубанги, Палата «скористалася широким вибором своїх можливостей при визначенні покарання». *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Судове рішення) ICC-01/04-01/06 (1 грудня 2014) п. 1.

[511] Римський статут, ст. 5.

[512] *Там само,* ст. 77(1)(a).

[513] *Там само,* ст. 77(1)(b).

[514] *Там само,* ст. 76(1).

Суд братиме до уваги наступне: (i) тяжкість злочину; (ii) особисті обставини засудженого та інші фактори, як ті, що передбачені у правилі 145; (iii) ступінь заподіяної шкоди, зокрема, шкоди, заподіяної потерпілим та їхнім родинам, характер протизаконних дій і засоби, які використовувалися для вчинення злочину; (iv) ступінь участі засудженого; (v) намір; (vi) обставини характеру, часу і місця; а також (vii) вік, освіта, соціальне і економічне становище засудженого.[515] Крім того, Палата повинна брати до уваги пом'якшуючі та обтяжуючі обставини.[516] Необхідно зазначити, що цей перелік не є вичерпним.

Тяжкість злочину є одним із визначальних факторів для покарання.[517] Ні Статут, ні Правила не дають вказівок щодо того, як слід характеризувати і оцінювати тяжкість вчинених правопорушень. Перелік особистих характеристик не встановлено, але до нього можуть входити дані щодо віку, освіти, соціального і економічного стану засудженого, які Палата має брати до уваги.

Обтяжуючими обставинами, які Суд повинен брати до уваги, є:[518]

- Попередні судимості за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, або мають схожу природу;
- Зловживання повноваженнями або службовим становищем, іншими словами, владними повноваженнями засудженого у скоєнні злочину, який розглядається;
- Вчинення злочину в обставинах, коли потерпіла особа була особливо беззахисною;
- Вчинення злочину з особливою жорстокістю і численними потерпілими;
- Вчинення злочину з будь-яких мотивів, пов'язаних з дискримінацією;[519] та
- Інші обставини, які, хоч і не перераховані вище, в силу своєї природи, є аналогічними до тих, що були згадані.[520]

До пом'якшуючих обставин належать:[521]

- Обставини, які не дозволяють встановити наявність достатніх підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, як-от істотне зниження розумових здібностей або наявність тиску; та

---

[515] *Там само,* ст. 78.
[516] Правила процедури та доказування, правило 145(2).
[517] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Судове рішення) ICC-01/04-01/06 (1 грудня 2014) п. 36.
[518] Правила процедури та доказування, правило 145(2)(b).
[519] Зокрема, стать, вік, раса, колір шкіри, мова, релігія або вірування, інші погляди, національне, етнічне або соціальне походження, майновий стан, народження або інші ознаки статусу.
[520] Правила процедури та доказування, правило 145(2)(b).
[521] *Там само,* правило 145(2)(b).

- Поведінка засудженої особи після вчинення діяння, включаючи будь-які зусилля цієї особи з виплати компенсацій потерпілим або співпрацю з Судом.[522]

Врешті решт, покарання повинно відповідати вині засудженого,[523] враховувати всі відповідні фактори, описані вище, у тому числі пом'якшуючі та обтяжуючі обставини, і обставини як засудженого, так і злочину.[524] Важливо, щоб покарання було пропорційним вчиненому злочину(ам), і, відповідно, покарання може бути оскаржене, якщо воно вважається непропорційним.[525]

B. Фінансові санкції

Крім позбавлення волі засудженого можуть зобов'язати виплатити штраф відповідно до певних критеріїв,[526] а також можуть конфіскувати його доходи, майно і активи, отримані прямо або опосередковано в результаті вчинення злочину без нанесення шкоди правам добросовісних третіх осіб.[527]

При вирішенні питання про присудження штрафу Суд повинен враховувати наступне: (i) чи є позбавлення волі достатнім покаранням; (ii) фінансове становище засудженого; (iii) обставини, передбачені у правилі 145 стосовно визначення покарання; і (iv) чи був мотив злочину заснований на особистій фінансовій вигоді і в якій мірі.[528] Сума штрафу також встановлюється відповідно до: (i) завданої шкоди і травм; (ii) відповідної вигоди, отриманої виконавцем у результаті злочину; і (iii) статків засудженого, оскільки штраф не може перевищувати 75 відсотків від вартості його встановлених активів, ліквідних або реалізованих, а також майна за вирахуванням відповідної суми, щоб задовольнити фінансові потреби засудженого і його утриманців.[529] Несплата штрафу може спричинити продовження терміну позбавлення волі.[530]

Коли вирішується питання про конфіскацію конкретних доходів, майна або активів, необхідно дотримуватися двох умов: (i) необхідно довести, що вони були отримані прямо або опосередковано в результаті вчинення злочину; та (ii) необхідно переконатися, що не

---

[522] *Там само,* правило 145(2)(a). Таким чином, при визначенні покарання Палата може брати до уваги факти, які, можливо, не були розглянуті в суді, наприклад, співпраця з Судом, що може суперечити ст. 76(1) Римського статуту.
[523] Правила процедури та доказування, правило 145(1)(a).
[524] *Там само,* правило 145(1)(b).
[525] Римський статут, ст. 81(2)(a).
[526] *Там само,* ст. 77(2)(a).
[527] *Там само,* ст. 77(2)(b).
[528] Правила процедури та доказування, правило 146(1).
[529] *Там само,* правила 146(1)-(2).
[530] *Там само,* правило 146(5).

порушуються права добросовісних третіх осіб.[531] Палата повинна провести додаткове слухання, щоб заслухати і розглянути докази, що стосуються виявлення і знаходження конкретних доходів, майна або активів, отриманих прямо або опосередковано в результаті вчинення злочину, до видачі ордеру про конфіскацію, якщо вищезазначені умови було дотримано.[532] Палата повинна повідомити добросовісну третю сторону, яка має отримати можливість представити актуальну інформацію з даного питання.[533]

C. Оскарження вироку

Прокурор або засуджений можуть оскаржити рішення про призначення покарання на підставі невідповідності злочину і покарання.[534] У цьому випадку основним завданням Апеляційної палати є «з'ясування питання, чи зробила Судова палата будь-які помилки при винесенні вироку засудженому», які можуть вплинути на правильність рішення.[535]

D. Приведення вироку у виконання

Держави відіграють важливу роль у забезпеченні виконання вироків, винесених МКС. Перелік держав, які заявили про свою готовність прийняти засуджених осіб, складає і веде Секретар.[536]

Особі, засудженій до позбавлення волі, має бути призначена держава зі списку держав, які зазначили своє прийняття таких осіб.[537] Тоді держава вирішуватиме: або прийняти, або відмовити у прийнятті особи.[538] При призначенні держави або зазначенні будь-яких умов, які повинні бути включені, Суд повинен взяти до уваги п'ять чинників, а саме: (i) принцип, згідно з яким держави-учасниці повинні розділити відповідальність щодо виконання покарань; (ii) застосування міжнародних договірних стандартів поводження з ув'язненими; (iii) погляди засудженої особи; (iv) громадянство засудженої особи; і (v) інші чинники, що стосуються обставин злочину або особи, або ефективного виконання вироку.[539]

Якщо засудженому присудили штраф або конфіскацію, держави-учасниці повинні виконати судовий ордер відповідно до свого внутрішнього законодавства.[540] Якщо будь-яка держава-

---

[531] Римський статут, ст. 77(2)(b).
[532] Правила процедури та доказування, правила 147(1) та (4).
[533] *Там само,* правила 147(2) та (3).
[534] Римський статут, ст. 81(2).
[535] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Судове рішення) ICC-01/04-01/06 (1 грудня 2014) п. 2.
[536] Правила процедури та доказування, правило 200. Це правило дозволяє Суду укладати угоди з державами стосовно осіб, засуджених Судом.
[537] Римський статут, ст. 103(1)(a).
[538] *Там само,* ст. 103(1)(c).
[539] *Там само,* ст. 103(3).
[540] *Там само,* ст. 109(1).

учасниця не може виконати ордер на конфіскацію, вона повинна вжити заходів для відшкодування майна, доходів або активів за розпорядженням Суду.[541] Майно або доходи від продажу активів повинні бути передані до Суду.[542]

Незважаючи на ці положення, що стосуються держав-учасниць, Україна як і раніше може бути зобов'язана слідувати їм. Схоже, що Україна не буде зобов'язана виконувати ордер, і, зокрема, передавати Суду грошові кошти. Проте, Україна зобов'язана надавати допомогу Суду в ідентифікації, відслідковуванні та заморожуванні або вилученні доходів, майна і активів, а також знарядь злочинів з метою подальшої конфіскації без завдання шкоди правам добросовісних третіх осіб, а також будь-яку іншу необхідну допомогу.[543] Здається, що Україна не матиме жодних зобов'язань щодо забезпечення виконання ордеру про стягнення штрафу або прийняття від Суду ув'язнених осіб. Однак Україна може укладати з Судом угоди *ad hoc* з даних питань.[544]

Частина V: потерпілі та свідки

У цьому розділі розглядаються різні способи, у які потерпілі та свідки міжнародних злочинів можуть взаємодіяти з МКС. Розділ починається з розгляду різних видів потерпілих, визнаних МКС, перш ніж розглянути, як потенційні потерпілі можуть отримати офіційний статус потерпілого. Згодом у розділі аналізується процес, який дозволяє потерпілим брати участь у роботі МКС, до вирішення питання про заходи, доступні для надання допомоги і захисту потерпілих і свідків, що беруть участь. Врешті-решт, у розділі досліджується поняття відшкодування шкоди в МКС, акцентуючи увагу на видах доступних репарацій і на тому, хто може їх отримати.

I. Потерпілі в МКС

МКС дозволяє потерпілим від скоєння розслідуваних Судом злочинів брати участь у процесі та отримувати компенсацію, формально відому як репарації, після засудження обвинуваченого.

---

[541] *Там само,* ст. 109(2).
[542] Римський статут, ст. 109(3).
[543] *Там само,* ст. 93(1)(k) та (l).
[544] *Там само,* ст. 87(5); Правила процедури та доказування, правило 200.

A. Отримання статусу потерпілого

Для цілей участі в судових розглядах МКС Суд визнає два види потерпілих: Особи, які зазнали шкоди в результаті одного зі злочинів, що переслідуються МКС, (злочин геноциду, злочини проти людяності, воєнні злочини та злочин агресії); і

> Організації або установи, коли їх власність використовується в певних цілях (релігії, освіти, мистецтву, науці або благодійності та гуманітарних цілях), або історичні пам'ятники чи лікарні, постраждалі в результаті одного зі злочинів, які підпадають під юрисдикцію МКС.[545]

Якщо потерпіла особа вважає, що вона може довести свій статус потерпілого, наступним кроком фізичної особи, організації або установи повинні надіслати Секретарю письмовий запит, бажано до початку етапу слухань, в яких вони бажають брати участь. Після отримання Судом заяви про участь її передають у Палату, яка розглядає ситуацію або справи, зазначені в заяві.

Палата приймає рішення у кожному конкретному випадку стосовно того, чи відповідає заявник критеріям, відповідно до яких він буде вважатися потерпілим. Після того, як заявник визнається потерпілим відповідно до поняття, передбаченого Римським статутом, Палата розглядає, чи відповідає потерпілий критеріям для того, щоб мати право брати участь у розгляді.

При вирішенні питання про те, чи слід дозволити потерпілому брати участь в судовому розгляді, Палата повинна провести оцінку на основі конкретних обставин, викладених в заяві. Існують три вимоги для участі потерпілих, перераховані у статті 68(3) Статуту:

> Чи є в потерпілого суттєвий особистий інтерес щодо участі;[546]
>
> Чи є доречною така участь на стадії розгляду справи, про яку йде мова;[547] та

---

[545] Правила процедури та доказування, правило 85; 'Посібник щодо участі потерпілих у провадженні Суду' (*МКС*).

[546] Особистий інтерес повинен стосуватися конкретних процедур проти конкретної особи. Ключове питання полягає у тому, чи зміст заяви потерпілого визначає «явний зв'язок» між потерпілим та доказами, які розглядає Суд, чи зроблено висновок, що зачіпаються особисті інтереси потерпілого, або встановлено, що на потерпілого вплинуло питання, яке піднімалося під час судового розгляду, тому що на практиці його особисті інтереси зачіпаються. *Див.*, *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення щодо участі потерпілого) ICC-01/04-01/06-1119 (18 січня 2008) п. 95.

[547] Існує тенденція зосереджувати увагу не на доцільності участі та відповідності цього стандартам справедливого суду та правам обвинуваченого, а скоріше визначати способи участі для дотримання інтересів обвинуваченого. *Див.*, *Ситуація в Демократичній Республіці Конго* (Рішення щодо заяви про участь) ICC-01/04-101-Corr (17 січня 2006) («Рішення щодо участі Конго») п. 58: («ключове значення, коли йдеться про виявлення негативного впливу на розслідування, має рівень залучення потерпілих у процес, а не сам факт їх участі»).

> Чи завдасть це шкоди або суперечитиме правам обвинувачуваного і проведенню справедливого та неупередженого судового розгляду.[548]

Якщо Палата задоволена тим, що, виходячи із зазначених вище критеріїв, особа має право брати участь у судовому провадженні, наступний крок Палати полягає в тому, щоб визначити спосіб або режим, в якому вона братиме участь. У будь-якій інстанції питання участі вирішуються виключно Палатою.[549]

Законні представники потерпілих можуть бути присутніми і брати участь у провадженні у справі тільки на підставі конкретної постанови, винесеної Палатою.[550] Зокрема, законні представники можуть брати участь,[551] допитувати свідків, експертів або обвинувачених[552] тільки якщо, на їх думку, це допоможе у встановленні істини і якщо на практиці Суд «запросив» докази.[553] Суд також може задавати потерпілому питання, які виникатимуть щоразу, коли докази, що розглядаються, зачіпають його особисті інтереси.[554]

B. Сприяння участі потерпілих

Як зазначено в Частині I, існує ціла низка установ, створених для сприяння потерпілим, у тому числі Офіс громадських адвокатів для потерпілих, Секція з питань участі потерпілих і репарацій та Підрозділ у справах потерпілих і свідків.

Члени громадянського суспільства можуть грати ряд важливих ролей у судових розглядах в МКС. НУО можуть надавати зацікавленим сторонам інформацію про Суд, надавати інформацію Прокурору, оскільки вони часто знають про ситуацію та безпосередньо контактують з потерпілими, та подавати зауваження *amicus curiae*, а також бути зв'язком між Судом, потерпілими та свідками. В одних справах місцеві НУО мають особливе значення з огляду на відстань між МКС і постраждалими громадами, в інших справах – через відсутність співпраці між Судом і відповідною державою

НУО можуть надсилати до Суду інформацію, отриману від потерпілих і свідків, інформувати потерпілих і свідків про різні можливості участі в судових процедурах, а також надавати допомогу потерпілим і свідкам в отриманні юридичного представництва для представлення їх інтересів на

---

[548] Римський статут, ст. 68(3).
[549] Правила процедури та доказування, правило 89(1); Способи участі у справі Катанги, п. 45.
[550] *Там само,* правило 91(2); Способи участі у справі Катанги, п. 45.
[551] *Там само,* правило 91(1); Способи участі у справі Катанги, п. 45.
[552] *Там само,* правило 91(3)(a); Способи участі у справі Катанги, п. 45.
[553] Римський статут, ст. 69(3); Правила процедури та доказування, правило 91(3); Способи участі у справі Катанги, п. 46.
[554] Способи участі у справі Катанги, п. 46.

будь-якій стадії судового процесу. З огляду на те, що НУО можуть грати велику роль, важливо, щоб вони могли надавати точну інформацію потерпілим і свідкам, що є можливим тільки тоді, коли у них є знання про Суд і про те, як в ньому проводяться судові розгляди.

II. Захист потерпілих і свідків в МКС

МКС повинен вжити належних заходів для захисту безпеки, фізичного і психологічного благополуччя, гідності і недоторканності особистого життя потерпілих і свідків, зокрема, в ході розслідування і кримінального переслідування злочинів. Існує чимало відповідних заходів, і діляться вони на три категорії: (i) захисні заходи;[555] (ii) спеціальні заходи;[556] та (iii) інші заходи захисту потерпілих та свідків.[557] Захисні заходи - це ті заходи, які захищають свідків або потерпілих від можливої шкоди, а спеціальні заходи - це ті заходи, що допомагають свідкам, які знаходяться у вразливому становищі під час надання свідчень в МКС.

A. Заходи захисту

Захисні заходи можуть бути застосовані МКС для захисту потерпілого, свідка або будь- якої іншої особи, що знаходиться в небезпеці в результаті надання показань під час судового розгляду в МКС. Палата МКС може застосувати захисні заходи за:

- Поданням Прокурора;
- Поданням захисту;
- Запитом свідка або потерпілого, або його законного представника; або
- Його власним поданням, зробленим після консультацій з Підрозділом у справах потерпілих і свідків.

Прокурор МКС просить застосувати захисні заходи стосовно свідків на етапі розслідування і кримінального переслідування. Зазвичай, Прокурор має запитати у Суду дозволу застосувати захисні заходи, якщо тільки вона не хоче застосувати звичайні «щоденні» захисні заходи, такі як забезпечення конфіденційності

Не встановлено жодної процедури перевірки, щоб визначити, хто знаходиться «в небезпеці». МКС заявив, що незалежно від точного опису перевірки захист повинен надаватися «будь-якому свідку після ретельного розслідування, якщо йому можуть завдати [...] шкоди або вбити, про що є

---

[555] Правила процедури та доказування, правило 87.
[556] *Там само,* правило 88.
[557] *Там само,* правило 112(4); Положення Суду, положення 21, 41, 42, 101; МКС, Положення про Секретаріат, ICC-BD/03-02-06 (набрало чинності 6 березня 2006) ("Положення про Секретаріат"), положення 79 та 100.

відповідні докази».[558] Це повинно тлумачитися досить гнучким і цілеспрямованим чином для того, щоб забезпечити належний захист.

Суд заявив, що судові заходи повинні застосовуватися тільки у виняткових випадках після оцінки кожного окремого випадку щодо того, чи є вони необхідними з урахуванням об'єктивно виправданої небезпеки і є пропорційними правам обвинуваченого. З цього можна зробити висновок, що існує потреба в об'єктивних доказах на відміну від суб'єктивного страху або підозри, щоб довести, що свідок дійсно знаходиться у небезпеці.

Прокурор оцінює ризики для визначення необхідності захисних заходів, посилаючись на конкретні обставини свідка, такі як характер показань і середовище, в якому працює особа, наприклад, чи мали місце попередні інциденти або загрози.

Роль Підрозділу у справах потерпілих і свідків є окремою: у той час, коли Прокурор приймає рішення про вжиття або застосування Судом захисних заходів, ППС забезпечує такі заходи, як заходи безпеки, та робить рекомендації або дає поради іншим органам Суду стосовно заходів, яких необхідно вжити. ГПС є нейтральним постачальником послуг, що однаковим чином обслуговує сторони обвинувачення, захисту та законних представників потерпілих. ППС надає свої послуги за наказом Прокурора або на вимогу прокурора, захисника або інших сторін. Окрім того, всі сторони можуть звернутися до Суду, що є останньою інстанцією, яка приймає рішення про вжиття захисних заходів

B. Спеціальні заходи

Майже таким самим чином, як і у випадку захисних заходів, сторони обвинувачення та захисту, свідок або потерпілий можуть звернутися до Суду із запитом про застосування спеціальних заходів. Крім того, Суд може призначити спеціальні заходи, які треба буде застосувати, за своєю власною ініціативою проконсультувавшись з ППС. У будь-якому випадку спеціальні заходи будуть застосовуватися з метою надання допомоги травмованим потерпілим або свідкам, таким як діти, особи літнього віку або жертви сексуального насильства[559] у наданні свідчень.

З метою захисту потерпілих і свідків, у тому числі тих, хто має право на спеціальні заходи, НУО, що з ними працюють, мають можливість наполягати на конфіденційності, якщо МКС запросить, щоб вони передали певну інформацію, у тому числі заяви, взяті у потерпілих, імена потерпілих та інші дані. Прокурор може погодитися не розкривати на будь-яких стадіях судового розгляду документи або інформацію, яку Прокурор отримує на умовах конфіденційності та виключно з метою

---

[558] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06-1557 (16 грудня 2012) п. 27.
[559] Правила процедури та доказування, правило 88(1).

отримання нових доказів, якщо на це не надасть згоду особа, що надала інформацію.[560] Крім того, якщо Прокурор представляє такий конфіденційний матеріал в якості доказів, Палата не може вимагати від особи, що надала попередні матеріали або інформацію, надання додаткових доказів, а також не може викликати або вимагати присутності особи, яка їх надала, або представника такої особи в якості свідка з метою отримання таких додаткових доказів.[561]

У місці надання свідчень уразливість свідка оцінює психолог[562] з метою перегляду рішення про те, чи слід свідку давати показання. Дана оцінка також визначить які відповідні спеціальні заходи мають бути застосовані.[563] Свідку дається можливість висловити згоду на вжиття спеціальних заходів.[564] Потім Судова палата готує відповідний звіт.[565] Відразу ж після судового засідання, після того, як уразливий свідок закінчив давати показання, свідок опитується, а його психологічний стан перевіряється. Як тільки особа отримала офіційний статус свідка, ППС або Прокурор МКС починають піклуватися про неї.

Вдалим прикладом спеціальних заходів, спрямованих на полегшення надання показань потерпілим або свідком, є «процес ознайомлення», який часто використовується МКС. Мета процесу ознайомлення полягає в наданні свідкам допомоги для кращого розуміння судових процедур і конкретної ролі кожного учасника процесу. Процес ознайомлення також надає свідкам можливість познайомитися з особами, які можуть допитувати їх у Суді.[566] Законні представники можуть бути присутніми під час процесу ознайомлення.[567] Крім цього прикладу, Суд має широкі повноваження з визначення на свій розсуд спеціальних заходів, які відповідним чином полегшать процедуру надання свідчень для уразливого свідка. У Главі II, Частині V наводяться інші приклади.

III. Репарації

Репарації є формою компенсації, призначеної для відшкодування шкоди, завданої потерпілим внаслідок скоєння злочинів, і вони можуть передбачати реституцію, реабілітацію, а також інші заходи. По суті, репарації мають на меті визначення і відшкодування шкоди, завданої потерпілим, і публічне підтвердження того, що потерпілі мають право на відповідний захід.[568] Компенсація і

---

[560] Римський статут, ст. 54(3)(e).
[561] Правила процедури та доказування, правило 82(2).
[562] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Судове рішення) ICC-01/04-01/06 OA 13 (21 жовтня 2008) п. 10.
[563] *Там само,* п. 10; Правила процедури та доказування, правило 88.
[564] *Там само,* п. 12.
[565] *Там само.*
[566] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06-1049 (30 листопада 2007) п. 39; Способи участі у справі Катанги, п. 79.
[567] *Там само.*
[568] 'Репарації' (*Міжнародний центр правосуддя перехідного періоду*).

реституція передбачають штрафи або конфіскацію майна засудженої особи, а Суд може прийняти рішення про виплату репарацій через Цільовий фонд в інтересах потерпілих («Цільовий фонд»).[569] Реабілітація та інші заходи передбачають медичні послуги та медичну допомогу, психологічну, психіатричну і соціальну допомогу для підтримки потерпілих, які страждають від горя і травм, а також відповідні юридичні або соціальні послуги.[570] До них можуть належати заходи сприяння реінтеграції в суспільство або виклик почуття сорому.[571] МКС є першим міжнародним кримінальним судом, який має можливість зобов'язати засудженого злочинця виплатити репарації потерпілим від його злочинів.

Репарації можуть виплачуватися безпосередньо потерпілим, а також непрямим потерпілим, таким, як члени сім'ї безпосередньо потерпілих, тим, хто намагався запобігти злочину, і тим, кому було завдано шкоди при наданні допомоги потерпілим або при втручанні від імені потерпілих.[572] Репарації також можуть виплачуватися юридичним особам, у тому числі неурядовим організаціям, некомерційним організаціям, урядовим установам, школам, лікарням тощо.[573]

Для здійснення процесу виплати репарацій існують спеціальні процесуальні правила. Важливо відзначити, що потерпілому не потрібно брати участь у судовому розгляді (в якості потерпілого), щоб брати участь в процесі виплати репарацій.[574] В Главі II, Частині V вказано ці правила. Проте важливо, щоб питання компенсації розглядалися при забезпеченні трьох умов: (i) значний розмір економічних збитків; (ii) компенсація є відповідною і пропорційною (маючи на увазі серйозність злочину та обставини справи); і (iii) беручи до уваги наявні кошти, результат є можливим.[575]

У Суді діє Цільовий фонд для виконання наказів про репарації та надання матеріальної, медичної та психологічної підтримки потерпілих та членів їх родин.[576] Добровільні внески та приватні донори формують фонд. Існує також резерв репарацій у випадку присудження Судом сплати репарацій засудженим злочинцем, що не має достатніх коштів.[577] Іншими словами, якщо МКС не

---

[569] Римський статут, ст. 75(2).
[570] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Наказ про сплату репарацій) IC-01/04-01/06-3129-AnxA (3 квітня 2015) п. 42, з посиланням на Основоположні принципи ООН, принцип 21.
[571] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Поправки до наказу про репарації) ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3 (3 березня 2015) («Поправки до наказу про репарації») п. 258.
[572] Правила процедури та доказування, правило 85.
[573] *Там само,* правило 85(b).
[574] *Там само,* правило 96.
[575] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Наказ про сплату репарацій) IC-01/04-01/06-3129-AnxA (3 квітня 2015) п. 37, з посиланням на Основоположні принципи ООН, принцип 20.
[576] *Там само.*
[577] 'Інформація щодо фінансів' (*Цільовий фонд в інтересах потерпілих*).

здатен отримати достатні активи від засудженої особи, він може покладатися на резерв репарацій.

Суд уповноважений присуджувати репарації. Іншими словами, він може забезпечити компенсації потерпілим від злочинів, вчинених злочинцями, що були засуджені у Суді. Якщо Суд виносить таку постанову, Римський статут передбачає, що «держава-учасниця» зобов'язана ввести в дію дане рішення. Це прямо стосується держав-учасниць; проте, стаття 75 також передбачає, що Суд може застосувати заходи, закріплені у Частині 9, для введення в дію постанови про репарації.

По суті, це значною мірою зобов'яже Україну виконувати судові запити. Якщо Україна відмовиться виконати запит, це буде розглядатися як порушення її обов'язку співпрацювати з Судом відповідно до положень Частини 9. Це зробило б Україну відповідальною за ідентифікацію, відстеження і заморожування або арешт доходів, майна і активів злочинів з метою їх подальшої конфіскації. Таким чином, МКС може обґрунтовано вимагати, щоб Україна виконувала заходи для забезпечення виплати репарацій і при цьому ефективно виконувала постанову про репарації.

Потерпілі можуть подати заяву щодо виплати репарації в будь-який час. Судова палата може ініціювати процес за власною ініціативою, проте це є менш імовірним.[578] Для цього потерпілим слід звернутися до Секції з питань участі потерпілих і репарацій шляхом надання необхідної інформації, передбаченої правилом 94 Правил. Ця інформація включає в себе: (i) зазначення особи і адреси потерпілого, що подав заяву; (ii) опис травм, збитків або шкоди; (iii) місце і дата події і, якщо це можливо, встановлення особи або осіб, які, як вважається, несуть відповідальність за травми, збитки або шкоду; (iv) у випадку реституції активів, майна або матеріальних цінностей, опису об'єкту(ів); (v) позови щодо компенсації; (vi) позови щодо реабілітації та інших засобів; та (vii) всю можливу відповідну документацію, у тому числі будь-яких свідків. МКС розробив стандартну форму для зазначення цієї інформації, яка може бути використана для подачі заяв про участь або репарації, або стосовно обох питань для полегшення процесу подачі заяви.[579]

---

[578] Антоніо Кассезе, *Міжнародне кримінальне право* (2re вид., OUP, 2008), С. 423.
[579] 'Форми' (МКС).

ГЛАВА 2: ЗВІТ

У цій Главі детально розглядаються питання, визначені в Главі 1. П'ять частин цієї Глави є повноцінним керівництвом. Кожна частина провадить автономний аналіз питань, які в ній піднімаються. Відповідно, кожна частина детально вивчає питання участі України в роботі МКС та досліджує технічні аспекти цих питань. Ця глава має пояснити найбільш проблемні аспекти участі України в роботі МКС, у тому числі обговорення національних та міжнародних юридичних зобов'язань України з урахуванням того, що Уряд України офіційно визнає повноваження МКС через прийняття двох Заяв.

Частина I: Огляд діяльності Міжнародного кримінального суду в Україні

I. Вступ

У цій частині надається опис МКС як організації та відносин Уряду України та Суду. Відповідно, в ній йдеться про:

- природу та структуру МКС: які злочини він може розглядати, кого може притягати до відповідальності, коли він може це робити; та
- опис становлення відносин між Україною та МКС у хронологічному порядку, починаючи з 1998 року, а також останні події стосовно ратифікації та подання заяв.

II. МКС

A. Що таке МКС?

МКС є першим постійним незалежним міжнародним кримінальним судом. Він знаходиться в Гаазі (Нідерланди). Його було створено шляхом укладання офіційної угоди між державами усього світу, що завершилося прийняттям міжнародного договору під назвою Римський статут, яким визначаються функції Суду та надаються відповідні повноваження.[580] У ньому чітко зазначено, що МКС був створений, щоб покласти край безкарності суб'єктів найтяжчих злочинів, які викликають занепокоєння міжнародного співтовариства, і зрештою, сприяти запобіганню таким злочинам.[581]

---

[580] Римський статут.
[581] Римський статут, Преамбула, п. 5.

Римський статут було підписано та погоджено 120 державами 17 липня 1998 року на конференції в Римі. Римський статут набрав чинності 1 липня 2002 року, після того як мінімальна кількість держав, згода яких (60 держав) потрібна була для введення його в дію, ратифікували Статут.[582]

Станом на квітень 2021 року кількість держав-учасниць Римського статуту становить 123 держави.[583] Держави стають офіційними учасницями Римського статуту шляхом «ратифікації», «приєднання», «затвердження» чи «прийняття» Римського статуту.[584] Ратифікація – це офіційний акт держави, яка дає згоду на обов'язковість для неї міжнародного договору.[585] Для здійснення ратифікації держава здає на зберігання Генеральному секретарю Організації Об'єднаних Націй документ про надання такої згоди.[586] Приєднання, затвердження чи прийняття має таку саму силу, що і ратифікація.[587] Приєднання застосовується, коли держава приймає пропозицію або використовує можливість стати учасницею договору, вже погодженого та підписаного іншими державами.[588] Затвердження або прийняття, як правило, практикується, коли голові держави, зокрема президенту або особі, яка обіймає аналогічну посаду у виконавчій владі відповідно до національного конституційного законодавства не потрібно давати офіційну згоду для укладання договору від імені його держави.[589] Якщо держава вживає вищезгаданих заходів щодо Римського статуту, то вона стає державою-учасницею Римського статуту.[590] Римський статут продовжує залишатися основою існування Суду та джерелом його повноважень.

МКС є повністю незалежною інституцією.[591] Наприклад, він не входить до системи органів ООН, навіть якщо існує угода, яка регулює відносини між ООН та МКС.[592] Угода про взаємини визначає умови, відповідно до яких ООН та МКС взаємодіють.[593] Мета цієї Угоди – встановити баланс щодо того факту, що МКС є незалежним судом, але ООН має обов'язки відповідно до свого статуту, і що МКС та ООН мають поважати мандати одне одного та сприяти їх дотриманню.[594]

---

582 'Про Суд' *(МКС).*
583 «Держави-учасниці Римського статуту» (МКС) (ICC, The States Parties to the Rome Statute).
584 Римський статут, ст. 125.
585 Віденська конвенція, ст. 2 (1) (b), 14 (1) та 16.
586 Римський статут, ст. 125(2).
587 Віденська конвенція, ст. 2(1)(b), 14(2) та 15.
588 *Там само,* ст. 2(1)(b) та 15. 'Глосарій' (*Збірник договорів ООН*).
589 'Глосарій' (*Збірник договорів ООН*).
590 Римський статут, ст. 125.
591 *Там само,* Преамбула, п..9.
592 Угода про взаємини. Ця угода, яка регулює відносини між МКС та ООН, передбачена в Римському статуті (Римський статут, ст. 2).
593 *Там само,* ст. 1.
594 *Там само,* ст. 2.

МКС отримує фінансування від держав-учасниць та ООН,[595] а також шляхом отримання добровільних внесків від урядів, міжнародних організацій, окремих осіб, суб'єктів господарювання та інших юридичних осіб.[596]

B. Юрисдикція МКС

У цьому розділі попередньо розглядаються повноваження та відповідальність МКС. Функції або об'єм повноважень МКС, зокрема, його «юрисдикція», детально вивчаються в Частині II.

a) Які злочини?

МКС має юрисдикцію щодо найтяжчих злочинів, які викликають занепокоєння всього міжнародного співтовариства. Це злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини, скоєні після 1 липня 2002 року.[597] Як обговорювалося в Частині I Глави 1, положення Римського статуту щодо злочину агресії набули повноцінної чинності 17 липня 2018 року. Докладніший розгляд злочину агресії надано в Частині 2.

b) Хто може постати перед МКС?

Перед Судом можуть постати лише «фізичні особи».[598] Інакше кажучи, перед ним можуть постати лише фізичні особи, а не держава чи група осіб (включно із суб'єктами господарювання). Прокурор МКС зазвичай проводить політику, в центрі уваги якої знаходяться особи, які несуть основну відповідальність за скоєні злочини.[599] Нещодавно Прокурор МКС почала розглядати питання притягнення до відповідальності суб'єктів злочинів нижчого рівня, якщо їхні діяння є особливо тяжкими чи набули значного негативного розголосу.[600] Це частина стратегії зі встановлення доказів причетності вищих посадових осіб, які несуть основну відповідальність за злочини, про які йдеться, а також встановлення причинно-наслідкового зв'язку між злочинами (які скоїли

---

[595] Римський статут, ст. 115.
[596] *Там само,* ст. 116.
[597] *Там само,* ст. 5.
[598] *Там само*, ст. 25(1). МКС не може притягати до відповідальності осіб, яким на момент ймовірного скоєння злочину не виповнилося 18 років. Римський статут, ст. 26.
[599] Канцелярія Прокурора, «Документ про деякі питання політики в Канцеляріяі Прокурора» ('Paper on some policy issues before the Office of the Prosecutor') (вересень 2003) С. 3 і 7; Канцелярія Прокурора, «Звіт щодо стратегії обвинувачення» ('Report on Prosecutorial Strategy') (14 вересня 2006 року) С. 3 і 5; Канцелярія Прокурора, «Стратегія обвинувачення 2009–2012» ('Prosecutorial Strategy 2009 – 2012' (1 лютого 2012 року), п. 19–20; Розуміння Міжнародного кримінального суду (МКС) (Understanding the International Criminal Court (ICC)) С. 5.
[600] Канцелярія Прокурора, «Стратегічний план на червень 2012–2015» (11 жовтня 2013 року) п. 22.

виконавці нижчого рівня) та особами, які займають більш високе становище в політичній та військовій ієрархіях.[601]

Прокурор МКС не враховуватиме такі засоби захисту, як імунітети, передбачені посадовим положенням. Ніхто не звільняється від притягнення до відповідальності на підставі своїх поточних функцій чи посади, яку особа обіймала на момент скоєння відповідних злочинів.[602] Таким чином, немає жодного імунітету від переслідування за злочини чи від притягнення до кримінальної відповідальності для осіб, які діяли в офіційному статусі як глава держави, член уряду або парламенту чи обраний представник або державний службовець.[603] Ці питання будуть розглянуті в Частині 2.

c) Коли МКС може розглядати справу?

МКС може розглядати справу, якщо він має юрисдикцію щодо неї та вирішить, що така справа є прийнятною і ступінь тяжкості є достатнім для Суду. Підстави для здійснення юрисдикції МКС виникають, якщо: (i) держава, ситуація якої перебуває на розгляді, ратифікувала Римський статут;[604] (ii) держава, ситуація якої перебуває на розгляді, «заявила», що вона визнає юрисдикцію МКС без ратифікації Римського статуту;[605] або (iii) Рада Безпеки ООН передає ситуацію на розгляд Суду.[606]

За наявності однієї з обставин, наведених вище, МКС може здійснювати свою юрисдикцію, якщо: (i) ситуацію на розгляд Прокурора МКС передала держава-учасниця Римського статуту; (ii) Рада Безпеки ООН передала ситуацію на розгляд Прокурора МКС, щоб розпочати розслідування; або (iii) Прокурор МКС ініціює розслідування *proprio motu* (за власною ініціативою) на підставі інформації, отриманої з надійних джерел, включно із заявою держави.[607]

Якщо Прокурор МКС отримає одне зі звернень, вказаних вище, він автоматично відкриває «попереднє вивчення» відповідної ситуації.[608] Однак варто зазначити, що попереднє вивчення не

---

[601] *Там само.*
[602] Римський статут, ст. 27.
[603] *Там само,* ст. 27.
[604] *Там само*, ст. 13(a) та 14.
[605] *Там само*, ст. 12(3).
[606] *Там само*, ст. 13(b).
[607] *Там само*, ст. 13.
[608] Після отримання звернення або чинної заяви, поданої відповідно до ст. 12(3) Римського статуту, Прокурор МКС може відкрити процедуру попереднього вивчення ситуації: МКС, Положення Прокурора, положення 25(1)(c). Хоча Прокурор МКС не має зобов'язання розпочинати попереднє вивчення після отримання заяви, нещодавня практика свідчить про те, що Прокурор МКС автоматично відкриє процедуру попереднього вивчення. *Див.*, Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення С. 18, п. 76.

є розслідуванням. Це процес, під час якого Прокурор МКС розглядає весь масив наявної інформації, щоб зробити визначення – повністю засноване на інформації – щодо того, чи є обґрунтовані підстави для переходу до етапу повноцінного розслідування. Для прийняття такого рішення попереднє вивчення має бути зосереджене на розгляді таких аспектів:

- Юрисдикція: Суд може притягати до відповідальності за злочин геноциду, воєнні злочини або злочини проти людяності, скоєні після 1 липня 2002 року чи після дати прийняття державою юрисдикції Суду;[609] для юрисдикції щодо злочину агресії застосовуються спеціальні правила.[610] МКС може притягувати до відповідальності лише осіб, які вчинили злочин на території держави-учасниці чи держави, яка подала заяву, або осіб, які є громадянами таких держав.[611] Відповідно до своєї недавньої судової практики, МКС може здійснювати територіальну юрисдикцію, коли «принаймні один юридичний елемент злочину, що знаходиться в межах юрисдикції Суду, або частина такого злочину вчинена на території держави-учасниці».[612] Прокурор МКС має юрисдикцію щодо питань, адресованих йому Радою Безпеки ООН.[613]
- Прийнятність: За Римським статутом держави зобов'язані здійснювати свою кримінальну юрисдикцію щодо осіб, відповідальних за міжнародні злочини, і пріоритет надається національним судовим системам.[614] Таким чином, МКС створено для доповнення національних систем правосуддя, лише коли вони не бажають або не можуть неупереджено проводити будь-які розслідування та притягати до відповідальності можливих суб'єктів злочину;[615] та

---

[609] Римський статут, ст. 11.
[610] *Там само,* 15*bis* та 15*ter*.
[611] *Там само,* ст. 12(2).
[612] МКС, Рішення щодо «Клопотання обвинувачення про ухвалення рішення про юрисдикцію відповідно до статті 19 (3) Статуту» ('Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"), ICC-RoC46(3)-01/18, 6 вересня 2018, п. 64.
[613] Римський статут, ст. 12(2).
[614] *Там само,* Преамбула: «Нагадуючи, що обов'язком кожної держави є здійснення її кримінальної юрисдикції щодо осіб, відповідальних за міжнародні злочини … будучи сповненими рішучості із цією метою та заради нинішнього та прийдешніх поколінь заснувати незалежний постійний Міжнародний кримінальний суд, пов'язаний із системою Організації Об'єднаних Націй із юрисдикцією щодо найсерйозніших злочинів, які викликають занепокоєння всього міжнародного співтовариства, наголошуючи на тому, що Міжнародний кримінальний суд, заснований відповідно до цього Статуту, доповнює національні органи кримінальної юстиції».
[615] *Там само,* ст. 1 та 17.

- Інтереси правосуддя: з урахуванням тяжкості злочину та інтересів потерпілих, Прокурор МКС розглядатиме питання, чи є вагомі підстави вважати, що проведення розслідування не відповідатиме інтересам правосуддя.[616]

Після завершення попереднього вивчення Прокурор звітує про ці питання. Якщо вона переконається в наявності обґрунтованого припущення, що скоєні злочини підпадають під юрисдикцію МКС і що справи є прийнятними і достатньо серйозними, а також у відсутності вагомих підстав вважати, що перехід до проведення розслідування не відповідатиме інтересам правосуддя, вона ініціює офіційне розслідування. У залежності від того, хто ініціює розгляд провадження (держава, РБ ООН або сама Прокурор), Прокурор може потребувати дозволу від Палати попереднього провадження для початку повноцінного розслідування.[617] Ця тема більше детально розглядається в Частині 3.

Якщо витребувано дозвіл, і Палата попереднього провадження МКС погодиться з тим, що є ґрунтовні підстави вважати вищезазначене, то буде відкрито повноцінне розслідування.[618] Прокурор МКС може подати запит до Палати попереднього провадження МКС на видачу ордера на арешт або забезпечення явки особи, яку Прокурор МКС обґрунтовано (за результатами свого розслідування) вважає такою, що скоїла злочин, який підпадає під юрисдикцію Суду.[619] Після того, як зазначена особа з'явиться перед Судом, і якщо обвинувачення будуть підтверджені Судом,[620] може розпочатися розгляд справи. Вичерпні пояснення надаються в Частині 4.

C. Структури в МКС

Суд складається з різних органів. Асамблея держав-учасниць виконує наглядові функції. До складу самого Суду входять Президія, Палати, Прокурор і Секретаріат.[621] Офіс громадських адвокатів для потерпілих та адвокати не становлять офіційних органів Суду

---

[616] *Там само*, ст. 53(1)(a) - (c); Прокурор МКС, Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення.
[617] *Там само,* ст. 12(2) та 15(3).
[618] *Там само,* ст. 15(4). Стандарт наявності «обґрунтованих підстав» вважати – це стандарт найнижчого рівня в МКС. Інакше кажучи, потрібно, щоб ППП (Палата попереднього провадження) переконалась у наявності раціональних чи обґрунтованих аргументів вважати, що злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС, було скоєно чи скоюється. *Див.*, Рішення про надання дозволу щодо Кенії п. 27-35.
[619] Римський статут, ст. 58(1)(b)(i).
[620] *Там само,* ст. 61.
[621] *Там само,* ст. 34.

a) АДУ

АДУ – це керівний орган МКС.[622] Вона відповідає за управлінський нагляд та ухвалення нормоустановчих рішень.[623] АДУ складається з представників від кожної держави-учасниці, яка ратифікувала Римський статут або приєдналася до нього.[624] Вона скликається щороку для обговорення питань, які мають важливе значення для функціонування Суду та його майбутнього.[625]

Оскільки АДУ є керівним органом МКС, то його першою функцією є прийняття рішень з питань, які стосуються регламентів, правил та керівництва Суду.[626] Поміж інших обов'язків АДУ повинен затверджувати бюджет Суду, обирати суддів та прокурорів МКС, забезпечувати контроль на адміністрацією Суду та засновувати допоміжні органи.[627]

Крім того, існує Бюро, основною функцією якого є надання допомоги АДУ. Проводячи збори принаймні один раз на рік,[628] воно представляє членів АДУ і надає допомогу у виконанні обов'язків АДУ.[629] АДУ регулярно розглядає доповіді Бюро та ознайомлюється з його діяльністю.[630] Голова Бюро (передбачений Римським статутом[631]) скликає та очолює засідання Бюро і головує на сесіях АДУ.[632] Як законодавчий орган МКС, АДУ може також вносити поправки до Римського статуту або Правил процедури і доказування, які регулюють розгляд проваджень в МКС.[633]

АДУ щорічно скликається для прийняти рішень з питань, що стосуються Суду. На засіданні кожна держава-учасниця має один голос, а АДУ повинна намагатися досягнути консенсусу у прийнятті рішень.[634] Якщо це неможливо, то дві третини голосів мають домовитися стосовно питань по суті,[635] а проста більшість має узгодити процедурні питання.[636] На щорічній сесії АДУ може також приймати рішення з питань, що мають важливе значення для Суду, таких як питання про

---

[622] Орган, створений відповідно до ст. 112 Римського статуту.
[623] Асамблея держав-учасниць (МКС).
[624] *Там само.*
[625] З результатами останньої сесії АДУ можна ознайомитись тут: 'Чотирнадцята сесія Асамблеї держав-учасниць' (*МКС*, 18 до 26 листопада 2015).
[626] Римський статут, ст. 112.
[627] *Там само,* ст. 112(2).
[628] *Там само,* ст. 112(3)(c).
[629] *Там само,* ст. 112(3)(b).
[630] *Там само,* ст. 112(2)(c).
[631] *Там само,* ст. 112(3)(a).
[632] 'Асамблея держав-учасниць: посадові особи в АДУ' (*Коаліція для Міжнародного кримінального суду*).
[633] Римський статут, ст. 121.
[634] *Там само,* ст. 112(7).
[635] *Там само,* ст. 112(7)(a); Правила процедури Асамблеї держав-учасниць, правило 63.
[636] *Там само,* ст. 112(7)(b); Правила процедури Асамблеї держав-учасниць, правило 64.

комплементарність (Частина III) або про підвищення ефективності Суду. До обов'язків АДУ також належить вирішення питань про співпрацю з державами. У разі, якщо будь-яка держава відмовляється співпрацювати з Судом, відмова може бути передана на розгляд АДУ, яка може розглядати будь-яке питання, пов'язане з відмовою від співробітництва,[637] та офіційно просити таку державу дотримуватися своїх зобов'язань відповідно до Римському статуту (щодо застосовування санкцій до держав, які відмовляються співпрацювати, див. Частину II - «Заяви»).

b) Палати

i. Президія[638]

Президія складається з суддів, зокрема голови, першого та другого заступника голови. Президія має три основні сфери відповідальності: судові/правові функції, адміністративні питання та зовнішні відносини.[639] В якості судових функцій Президія робить юридичний аналіз певних рішень Секретаря. Адміністративні функції Президії полягають у здійсненні відповідного адміністрування Суду за винятком Канцелярії Прокурора.[640] Президія відповідає за зовнішні зв'язки, у тому числі представляти Суд перед міжнародним товариством, підтримувати зв'язки з державами та іншими юридичними особами, поширювати знання та відомості про Суд.

ii. Палати[641]

Система органів судочинства Суду складається з трьох підрозділів, які проводять слухання справ в МКС:

- Відділ з питань попереднього провадження (складається не менше, ніж з шести суддів);[642]
- Відділ з судових питань;[643] та

---

[637] *Там само,* ст. 112(2)(f).
[638] Римський статут, ст. 38.
[639] 'Президія' (*МКС*).
[640] Римський статут, ст. 38(3)(a).
[641] *Там само,* ст. 39.
[642] У квітні 2021 року суддями, закріпленими за Відділом з питань попереднього провадження, були: Суддя Рейне Алапіні-Гансу (Reine Alapini-Gansou) (Бенін), головуючий Відділу з питань попереднього провадження, суддя Марк Перрен де Брішамбо (Marc Perrin De Brichambaut) (Франція), суддя Антуан Кесіа-Мбе Міндуа (Antoine Kesia-Mbe Mindua) (Демократична Республіка Конго), суддя Петер Ковач (Péter Kovács) (Угорщина), суддя Томоко Акане (Tomoko Akane) (Японія); суддя Росаріо Сальваторе Айтала (Rosario Salvatore Aitala) (Італія).
[643] У квітні 2021 року суддями закріпленими за Відділом з питань судового розгляду були: суддя Ольга Венеція дель С. Геррера Карбуччія (Olga Venecia Del C. Herrera Carbuccia) (Домініканська Республіка), головуючий Відділу з питань судового розгляду суддя Чанг-хо Чунг (Chang-ho Chung) (Республіка Корея), суддя Рауль Кано Пангаланган (Raul Cano Pangalangan) (Філіппіни), суддя Кімберлі Прост (Kimberly Prost) (Канада), суддя Роберт Фремр (Robert Fremr) (Чеська Республіка), суддя Джеффрі А. Гендерсон (Geoffrey A. Henderson) (Тринідад і Тобаго) і суддя Бертрам Шмітт (Bertram Schmitt) (Німеччина).

- Апеляційний відділ (складається з головуючого та чотирьох інших суддів).[644]

Коли колегія суддів заслуховує справу – чи то на етапі попереднього провадження, судового розгляду або апеляції – така колегія іменуватиметься «Палата». Основна сфера відповідальності Палати попереднього провадження – здійснювати нагляд за тим, як Прокурор МКС провадить свою слідчу та прокурорську діяльність, гарантувати права підозрюваних, потерпілих і свідків на етапі слідства та забезпечувати цілісність проваджень, які він координує.[645] Потім Палата попереднього провадження вирішує, видавати чи ні на вимогу Прокурора ордер на арешт або повістку до Суду, підтверджувати чи ні обвинувачення, висунуті особі, підозрюваній у вчиненні злочину.[646] Прокурор повинен підтримувати будь-яке обвинувачення, яке базується на доказах, достатніх для формування обґрунтованих підстав вважати, що ця особа вчинила цей злочин.[647] На стадії попереднього провадження Палата може також зробити висновок стосовно прийнятності ситуацій та справ, а також участі потерпілих.

Як тільки Палата попереднього провадження забезпечить присутність обвинуваченого та підтвердить обвинувачення проти нього, Президія формує склад Судової палати. Первинна функція Судової палати полягає у забезпеченні справедливого та ефективного розгляду справи, абсолютного дотримання прав обвинуваченого та належної уваги до захисту потерпілих та свідків. Вона також приймає рішення щодо участі потерпілих та питань, пов'язаних з доказами, на стадії судового розгляду.[648]

Потім вона визначає, винен чи не винен обвинувачений в інкримінованих діяннях. Прокуратура повинна повністю переконати Судову палату у винуватості обвинуваченого.[649] Якщо обвинуваченого визнано винним, то Судова палата може засудити його до ув'язнення на певний термін, який не перевищує 30 років, або не передбачає довічного ув'язнення.[650] Також можуть присуджуватися штрафи за шкоду, завдану потерпілим, включно із компенсацією, реституцією чи реабілітацією.[651] Види покарань розглядаються в Частині IV.

---

[644] У квітні 2021 року п’ятьма чинними суддями були: суддя Говард Моррісон (Howard Morrison) (Велика Британія), головуючий Апеляційного відділу, суддя Луз дель Кармен Ібаньєс Карранца (Luz del Carmen Ibáñez Carranza) (Перу), суддя Чилі Ебо-Осуджі (Chile Eboe-Osuji) (Нігерія), суддя Соломі Балунгі Босса (Solomy Balungi Bossa) (Уганда), суддя Пьотр Гофманскі (Piotr Hofmański) (Польща).
[645] Римський статут, ст. 56 та 57.
[646] *Там само,* ст. 58.
[647] *Там само,* ст. 61(5).
[648] *Там само,* ст. 64.
[649] *Там само,* ст. 66.
[650] *Там само,* ст. 77.
[651] *Там само,* ст. 77.

В Апеляційній палаті розглядаються будь-які претензії щодо рішень Палати попереднього провадження або Судової палати, або вироків, винесених Судовою палатою.[652] Якщо Апеляційна палата встановить, що рішення або вирок, які оскаржуються, були винесені внаслідок фактичної або юридичної помилки, то вона може: (i) переглянути або змінити рішення або вирок; або (ii) постановити провести новий судовий розгляд.[653] Апеляційна палата може зробити те саме, якщо вона встановить, що судовий розгляд був несправедливим, що вплинуло на законність рішення або вироку.[654]

c) Прокурор МКС

Прокурор МКС, голова Канцелярії Прокурора, – це окремий та незалежний орган МКС.[655] З 15 червня 2012 року пані Фату Бенсуда (Fatou Bensouda) є Головним прокурором і має всі повноваження з керівництва та управління справами Канцелярії. Термін повноважень пані Бенсуди закінчується 15 червня 2021 року.[656] Після цього Карім Хан обійматиме цю посаду. Канцелярія Прокурора складається із трьох секцій:

- Відділ з питань розслідувань, який відповідає за збір і вивчення доказів, допит підозрюваних, а також спілкування з потерпілими та можливими свідками Римський статут вимагає, щоб Відділ з питань розслідувань однаковою мірою вивчав обставини, які свідчать як про винуватість, так і про невинуватість особи;[657]
- Відділ з питань юрисдикції, комплементарності і співпраці за підтримки Відділу з питань розслідувань оцінює інформацію, отриману МКС, і ситуації, передані Суду, аналізує ці ситуації і справи, щоб встановити їх потенційну прийнятність для МКС; та
- Відділ з питань притягнення до відповідальності, який виступає стороною у справах, які розглядають Палати

Як зазначалося вище, Прокурор відповідає за: (i) проведення попереднього вивчення;[658] (ii) отримання дозволу на проведення повноцінного розслідування;[659] (iii) розслідування ситуації;[660] (iv) отримання потрібних ордерів від Суду, зокрема, ордерів на арешт, повісток про виклик або

---

[652] *Там само,* ст. 81-85.
[653] *Там само,* ст. 83(2).
[654] *Там само,* ст. 83(2).
[655] *Там само,* ст. 42(1).
[656] МКС Бюро Асамблеї держав-учасниць, Res ICC-ASP/18/INF.2, 18та сесія, 11 квітня 2019, п. 29. *Див. також*, МКС Секретаріат Асамблеї держав-учасниць, Вибори прокурора: Довідкова записка, 6 липня 2020.
[657] *Там само,* ст. 54(1)(a).
[658] МКС, Положення про Канцелярія Прокурора, 23 квітня 2009, ICC-BD/05-01-09, положення 25.
[659] Римський статут, ст. 12(2) та 15(3).
[660] *Там само,* ст. 54.

засобів, спрямованих на захист свідків або потерпілих; (v) формулювання обвинувачень проти обвинуваченого; (vi) отримання підтвердження таких обвинувачень із достатніми доказами для визначення істотних підстав вважати, що особа скоїла зазначений злочин;[661] і (vii) проведення судового чи апеляційного розгляду в МКС. Під час судового розгляду тягар доведення, що обвинувачений поза будь-яким обґрунтованим сумнівом скоїв інкриміновані злочини, покладається на Прокурора.[662] Для цього вона (Прокурор МКС) має представити свідків і надати документальні і речові докази Суду. Вичерпний огляд цих заходів надано в Частинах 3, 4 і 5.

d) Секретаріат

Секретаріат відповідає за несудові аспекти управління справами та обслуговування Суду.[663] Його очолює Секретар,[664] якому допомагає заступник секретаря. Секретаріат займається питаннями, пов'язаними із захистом (зокрема, допуск до практики в Суді), потерпілими та свідками, інформаційно-роз'яснювальною діяльністю та затриманням, судовими процесами та надає іншу адміністративну чи судову підтримку, потрібну для належного функціонування Суду.

Сам офіс Секретаря складається з декількох секцій: (i) Офіс Інспектора, який надає допомогу у здійсненні керівництва фінансами Суду; (ii) відділ з питань безпеки, який відповідає за забезпечення безпеки всіх учасників судового процесу в МКС; (iii) відділ з надання юридичних консультацій, який грає важливу роль у наданні адміністративної та юридичної підтримки у Суді; та (iv) відділ загальнодоступної інформації та документування, який забезпечує відкритість та доступність судового процесу в МКС зокрема спільнотам, на які вплинуло скоєння злочинів, які підпадають під юрисдикцію Суду.[665]

Секретаріат також відповідає за забезпечення того, щоб певні відділи Суду працювали належним чином. До них належать:

- Відділ з адміністративного обслуговування, який вирішує такі питання, як фінансування МКС, надання бухгалтерських послуг, матеріально-технічне забезпечення, забезпечення кадрами та інформаційно-комунікаційними технологіями
- Відділ з надання судових послуг, який забезпечує відповідне судове розслідування як постачальник послуг щодо захисту свідків та утримання центру тримання під вартою в Нідерландах. Він забезпечує переклад під час розгляду в Суді, а також реєстрацію та

---

[661] *Там само,* ст. 61(5).
[662] *Там само,* ст. 66.
[663] *Там само,* ст. 43.
[664] Пан Пітер Льюїс є чинним Секретарем, обраним 28 березня 2018 року.
[665] МКС, 'Секретаріат', ICC-PIDS-FS-10-002/08_En.

зберігання судових документів та доказів. Відповідно, він вирішує питання управління судом, тимчасового утримання під вартою та управління ППС (див. нижче); та

- Підрозділ у справах потерпілих і радників, який дає змогу підозрюваним та обвинуваченим бути представленими і надає підтримку адвокату сторони захисту під час виконання ним свого мандата. Він також надає потерпілим допомогу для участі у провадженні в Суді. Наприклад, він надає допомогу стороні захисту, здійснює керівництво СУПР, ОГАП та ОГРСЗ.[666]

СУПР належить до Секретаріату. СУПР – це спеціалізована секція, яка надає допомогу потерпілими для повного здійснення їхніх прав за Римським статутом та одержання правової допомоги і представницьких послуг, включно із (за потреби) від ОГАП.[667] СУПР відповідає за поширення форм заяви на участь і репарації та допомагає потерпілим заповнити їх, а також надає інформацію, потрібну їм для здійснення своїх прав за Римським статутом.[668]

ППС також належить до Секретаріату. Він допомагає потерпілим і свідкам надавати свідчення та (або) брати участь у судовому розгляді в МКС. Іншими словами, він пом'якшує можливі негативні наслідки, викликані їхньою роль свідків, вживаючи захисні та запобіжні заходи, надаючи консультації та іншу відповідну допомогу тим, хто постає перед Судом, та іншим особам, які ризикують надаючи Суду докази. ППС також вживає відповідних заходів для забезпечення безпеки, збереження гідності та приватності, а також фізичного та психічного здоров'я потерпілих, свідків та інших осіб, які несуть певні ризики. Нарешті, ППС надає консультації учасникам провадження, а також органам та секціям Суду щодо відповідних захисних засобів, процедури безпеки, порад та допомоги.[669]

Певним чином функції тих, хто відповідає за вжиття заходів захисту свідків та потерпілих, дублюються. Як вказано в Частині V, у той час, коли Прокурор приймає рішення про вжиття або застосування Судом захисних заходів, ППС забезпечує такі заходи, як заходи безпеки, та робить рекомендації або дає поради іншим органам Суду стосовно заходів, яких необхідно вжити. ППС є нейтральним постачальником послуг, який однаково обслуговує представників прокуратури, захисту та потерпілих. ППС надає свої послуги за наказом Прокурора або на вимогу прокурора, захисника або інших сторін. Кожна сторона має можливість звернутися до Суду, який останнім

---

[666] *Там само.*
[667] '[Питання, що часто задаються](#)' (*МКС*).
[668] *Там само.*
[669] Римський статут, ст. 43(6).

приймає рішення стосовного того, чи вживати захисних заходів стосовно особи, а також якими повинні бути ці заходи.

ОГАП прагне забезпечити ефективну участь потерпілих у провадженні в Суді.[670] ОГАП відповідає за надання допомоги потерпілим для ефективного здійснення їхніх прав, а також за надання вузькоспеціалізованих послуг потерпілим та їхнім законним представникам, або сам представляє потерпілих у залі судових засідань. Члени ОГАП можуть бути призначені як законні представники потерпілих, що надають свої послуги безоплатно.[671]

ОГРСЗ перебуває під управлінням Секретаріату, але є незалежним органом.[672] Він існує, щоб представляти і захищати права обвинувачених у Суді. Зокрема, перелік його завдань передбачає представлення прав сторони захисту на початкових етапах розслідування, підтримка радника сторони захисту шляхом надання юридичних консультацій, або явка в суд щодо конкретних питань і здійснення функцій захисника, якщо обвинуваченому ще не надали постійного захисника.[673]

e) Сторона захисту

Ефективний захист має основоположне значення для забезпечення провадження у МКС відповідно до найвищих правових стандартів і належних процесуальних прав підозрюваних та обвинувачених, які беруть участь у провадженні в Суді. Обвинувачений вважається невинуватим, доки Прокурор не доведе його вину.[674] Обвинувачений також має право захищатися самостійно.[675] Римський статут визначає мінімальні гарантії для забезпечення обвинуваченому публічних, неупереджених та справедливих слухань.[676] Такі мінімальні гарантії наводяться в Частині IV.

III. Україна, МКС і Римський Статут

У цьому розділі наводиться хронологія розвитку взаємовідносин України з МКС. Спочатку Україна підписала Римський статут 20 січня 2000 року,[677] але Конституційний суд України постановив, що

---

[670] МКС, Положення Суду (прийнято 26 травня 2004) ICC-BD/01-01-04, положення 81. Для отримання додаткової інформації, 'Канцелярія громадських радників потерпілих' (*МКС*).
[671] Положення Суду, положення 80.
[672] *Там само,* положення. 77.
[673] 'Канцелярія громадських радників сторони захисту' (*МКС*).
[674] Римський статут, ст. 66.
[675] *Там само,* ст. 67.
[676] *Там само,* ст. 67.
[677] Про уповноваження В. Єльченка на підписання від імені України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду: Розпорядження Президента № 313 [Електронний ресурс]. - 11 грудня 1999.

повна ратифікація буде неконституційною.[678] Пізніше, після Євромайдану та початку війни на Сході, Україна «заявила», що вона визнає юрисдикцію Суду. Однак вона не ратифікувала Римський статут і не переслідує ймовірних підозрюваних у скоєнні міжнародних злочинів. Останнім часом з'явились обнадійливі ознаки схильності ратифікувати Римський статут. Наприкінці листопада 2015 року Президент України подав до Верховної Ради законопроект про внесення змін до Конституції України, щоб дозволити ратифікацію Римського статуту. 2 червня 2016 року Верховна Рада України прийняла відповідний законопроект.[679] Поправка до Конституції України набрала чинності 30 червня 2019 року.[680] Однак Уряд ще не ратифікував Римський статут. Про ці події йтиметься нижче.

A. Україна та її взаємовідносини з МКС у період 1998-2002 роках

Представники України були присутніми на зустрічі, присвяченій укладанню Римського статуту, відомої як Римська конференція, і брали участь у ній.[681] Пізніше 1998 року, в жовтні, Постійне представництво України при ООН зробило заяву про підтримку заснування МКС.[682] Представництво також підтримало включення злочину агресії до Римського статуту та висловило сподівання, що міжнародне співтовариство погодиться із визначенням цього злочину.[683] Приблизно через два роки 20 січня 2000 року Україна підписала Римський статут без будь-яких офіційних застережень.[684] Проте Україна не ратифікувала Римський статут.

---

[678] Висновок Конституційного суду України у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут), Справа N 1-35/2001, N 3-в/2001 від 11 липня 2001 року (далі – «Висновок Конституційного суду України»), пункт 5.

[679] Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 1401-VIII [Онлайн-ресурс] 2 червня 2016.

[680] Конституція України [Онлайн ресурс], ст. 124.

[681] ООН, «Дипломатична конференція уповноважених ООН щодо створення міжнародного кримінального суду, Рим», A/CONF.183/13 (том I) (15 червня - 17 липня 1998 р.), С. 75; Понад 160 урядів взяли участь у установчій конференції з 15 червня по 17 липня 1998 року в Римі, Італія.

[682] Людмила Какауліна, Міжнародні механізми захисту прав людини в контексті трансформації українського суспільства (*Віче*, липень 2009).

[683] *Там само.*

[684] Про уповноваження В. Єльченка на підписання від імені України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду: Розпорядження Президента № 313 [Електронний ресурс]. - 11 грудня 1999.

B. Конституційний суд та Римський статут

У 2001 році Президент Леонід Кучма звернувся до Конституційного суду України відповідно до статті 151 Конституції України[685] для ухвалення рішення щодо відповідності Римського статуту Конституції України.[686]

Президент, який був проти ратифікації Римського статуту, стверджував, що низка положень суперечила Конституції України. Наприклад, він стверджував, що принцип комплементарності, який дозволяє МКС здійснювати юрисдикцію на суверенній території України, за певних обставин суперечитиме Конституції України.[687] Президент зазначив, що статтею 124 Конституції України передбачено, що «правосуддя в Україні здійснюється виключно судами» і делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами» не допускаються.[688] Стверджувалося, що це створює конфлікт між положеннями Римського статуту та Конституцією України.

Конституційний Суд України вирішив, що ратифікація Римського статуту буде суперечити Конституції України через принцип комплементарності.[689] Зокрема, Конституційний суд встановив, що принцип комплементарності порушує статтю 124 Конституції України, тому що він порушує суверенітет України. Конституційний Суд України визнав ідею, що МКС доповнює національні органи юстиції та долучається до розгляду справ, лише коли вони не здійснюватимуть своїх функцій, але при цьому зазначив, що МКС може здійснювати свої повноваження та функції на території будь-якої держави-учасниці і має повноваження на те, щоб вирішити, що будь-яка справа є прийнятною, якщо держава не бажає чи не здатна проводити неупереджене розслідування чи кримінальне переслідування.[690] Конституційний Суд України дійшов висновку, що Конституція України не передбачає наявність юрисдикції, яка доповнює українську систему.[691]

---

[685] Ст. 151 Конституції України передбачено, що Конституційний Суд України за зверненням Президента України або Кабінету Міністрів України дає висновки про відповідність Конституції України чинних міжнародних договорів України або тих міжнародних договорів, що вносяться до Верховної Ради України для надання згоди на їх обов'язковість.

[686] МКЧХ надав стислий аналіз Висновку Конституційного Суду України: Міжнародний комітет Червоного Хреста, Консультативна служба з питань міжнародного гуманітарного права «Питання, порушені стосовно Римського статуту МКС національними Конституційними Судами, Верховним Судом і Радами держав» ('Issues raised regarding the Rome Statute of the ICC by national Constitutional Courts, Supreme Court and Councils of State'), 01/2010 (далі – «МКЧХ: Питання щодо Римського статуту»).

[687] Висновок Конституційного суду України, п. 5. Представник Міністерства закордонних справ України зазначив, що положення Римського статуту не суперечать Конституції України: Там само, пункт 11.

[688] Конституція України, ст. 124.

[689] Втілені в Римському статуті, Преамбулі, пункт 10 та ст. 1, 17 та 20.

[690] Висновок Конституційного суду України, частина 2.1, п. 3.

[691] МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 11.

Таким чином, відповідно до Розділу IX Конституції України перед тим, як можна буде ратифікувати Римський статут, до самої Конституції України мали бути внесені зміни.[692]

C. Україна та МКС після 2002 року

Після отримання такого висновку інші урядові органи заохочували Україну внести поправки до Конституції. Наприклад, Парламентська асамблея Ради Європи у своїх резолюціях № 1300 (2002)[693] та № 1336 (2003)[694] закликала держави-учасниці (у тому числі Україну) вжити всіх заходів, необхідних для приєднання до Римського статуту і, у разі необхідності, відповідним чином змінити національне законодавство відповідним чином. Ця позиція знову була заявлена в Резолюції № 1644 (2009) про співробітництво з МКС та його універсальність.[695]

У 2005 році сподівання України щодо МКС були заявлені в Заходах щодо виконання Плану дій Україна – ЄС, затвердженого Кабінетом Міністрів України.[696] З-поміж іншого, це розпорядження було спрямоване на посилення співробітництва з метою сприяння міжнародному правосуддю та запобігання уникненню відповідальності за підтримки МКС. Заходи, які мали бути вжиті для виконання цього положення, передбачали, зокрема, приєднання до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду і підготовку пропозицій щодо ратифікації Римського статуту, включно із внесенням змін до Конституції України.[697]

У 2006 році було імплементовано План дій Україна – ЄС.[698] Однією з п'яти цілей цього Плану дій було підписання та ратифікація Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального

---

[692] *Там само.*
[693] Парламентська асамблея Ради Європи, Ризики для цілісності Римського статуту Міжнародного кримінального суду, Res 1300 (2002) (прийнята 25 вересня 2002) п. 14.
[694] Парламентська асамблея Ради Європи, Загрози для Міжнародного кримінального суду, Res 1336 (2003) (прийнята 25 червня 2003).
[695] Парламентська асамблея Ради Європи, Співробітництво з Міжнародним кримінальним судом (МКС) та його універсальність, Res 1644 (2009) (прийнята 27 січня 2009) п. 3.
[696] Про затвердження заходів щодо виконання у 2005 році Плану дій Україна – ЄС: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 117 [Електронний ресурс]. 22 квітня 2005.
[697] МКС, Угода про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду, ICC-ASP/1/3 (прийнято на першій сесії 3–10 вересня 2002 року) (далі – «Угода про привілеї та імунітети МКС»).
[698] Про затвердження заходів щодо виконання у 2006 році Плану дій Україна – ЄС: Розпорядження Кабінету Міністрів України № 243-р [Електронний ресурс]. 27 квітня 2006.

суду.[699] Відповідно, Міністерство юстиції України підготувало проект закону.[700] Верховна Рада прийняла цей закон 16 жовтня 2008 року.[701]

29 січня 2007 року Україна приєдналася до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду.[702] Мета цієї Угоди – наділити посадових осіб МКС на території кожної держави-учасниці певними привілеями та імунітетами, щоб надати їм можливість працювати і виконувати цілі МКС.[703] Іншими словами, наявність імунітетів захищає від кримінального переслідування за будь-які дії, вчинені МКС. Ними наділяють представників держав, які беруть участь в Асамблеї або допоміжних органах, представників міжурядових організацій,[704] представників держав, які беруть участь в судовому розгляді в Суді,[705] суддів, прокурорів, заступника прокурора, секретаря,760 заступника секретаря та персонал Канцелярії Прокурора і секретаріату,[706] місцевий персонал, на який не поширюється Угода,[707] адвоката та осіб, які допомагають адвокату,[708] свідків,[709] потерпілих,[710] експертів[711] та інших осіб, яким необхідно з'являтися в Суді в Гаазі.[712]

У 2010 році Україна була представлена на конференції з огляду Римського статуту, яка проводилася в Кампалі, Уганда.[713] Делегати України були присутніми на конференції в якості офіційних спостерігачів.[714] Ця конференція відзначилась підходом до розгляду злочину агресії. Держави-учасниці вирішили, що юрисдикція щодо злочину агресії не здійснюватиметься, поки відповідне рішення не буде ухвалене після 1 січня 2017 року двома третинами голосів більшості

---

[699] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, O.J.L 161/3 (29 травня 2014 року) ст. 8 і 24(3). 8 та 24(3).
[700] Про приєднання України до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду: Проект Закону № 0015 [Електронний ресурс]. 21 червня 2006 року.
[701] Про приєднання України до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду: Закон України № 254-V [Електронний ресурс]. 18 жовтня 2006 року.
[702] Угода про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду, ст. 3.
[703] *Там само*.
[704] *Там само,* ст. 13.
[705] *Там само,* ст. 14.
[706] *Там само,* ст. 15.
[707] *Там само,* ст. 17.
[708] *Там само,* ст. 18.
[709] *Там само,* ст. 19.
[710] *Там само,* ст. 20.
[711] *Там само,* ст. 21.
[712] *Там само,* ст. 22.
[713] МКС, Конференція з перегляду Римського статуту, Делегації Конференція з перегляду Римського статуту Міжнародного кримінального суду, Кампала, 31 травня – 11 червня 2010 року RC/INF.1 (26 серпня 2010 року).
[714] *Там само,* с. 51.

держав-учасниць (як це вимагається для прийняття змін до Римського статуту), і через один рік після ратифікації чи прийняття змін до Римського статуту 30 державами-учасницями залежно від того, що із зазначеного настане пізніше.[715]

D. Україна та МКС у 2014-2015 роках: Заяви про визнання юрисдикції МКС

Україна двічі заявила, що визнає юрисдикцію МКС.[716] Україна «обмежила» або спробувала «обмежити» дію обох заяв стосовно часу, місця та осіб чи груп осіб, на яких може поширюватись юрисдикція МКС

a) Перша Заява

У першій заяві, яку Україна зробила у квітні 2014 року, було зазначено, що Україна визнає юрисдикцію МКС, «щоб встановити, притягнути до відповідальності і засудити організаторів і співучасників діянь, вчинених на території України протягом періоду з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року» .[717]

Ця заява стосувалася подій Євромайдану в період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року та діянь колишнього Президента України Віктора Федоровича Януковича і посадових осіб з його оточення.[718] У цій заяві описано події, що стались протягом зазначеного періоду. Зокрема, в ній вказано, що «правоохоронні органи за наказом вищих посадових осіб держави неправомірно застосовували заходи фізичного впливу, спеціальні засоби та зброю до учасників мирних акцій у м. Києві та інших містах України». У цій заяві стверджується, що «системними стали перевищення посадовими особами влади та посадових повноважень, а також вчинення інших тяжких та особливо тяжких злочинів».

В Заяві також йдеться про злочини, які, можливо, були скоєні, у тому числі:

- Вбивство понад 100 громадян України та інших держав;
- Поранення та каліцтво більше 2 000 осіб, понад 500 з яких перебувають у тяжкому стані;
- Застосування катування мирних громадян;
- Викрадення та насильницьке зникнення людей;
- Насильницьке та незаконне позбавлення волі;

---

[715] Резолюція щодо агресії; Мауро Політі (Mauro Politi), «МКС і злочин агресії: сон, який справдився та реальність попереду» ('The ICC and the Crime of Aggression: A Dream that Came Through and the Reality Ahead') (2012) 10(1) Журнал міжнародного кримінального правосуддя (Journal of International Criminal Justice) 267-288.
[716] Перша заява, Друга заява.
[717] Перша заява.
[718] *Там само.*

- Насильницький вивіз осіб у безлюдні місця з метою катування та вбивства;
- Безпідставне тюремне ув'язнення великої кількості людей у різних містах України;
- Жорстоке побиття осіб; та
- Протиправне знищення майна учасників мирних акцій.

У цій Заяві стверджується, що ці дії прирівнюються до переслідування, яке велося з політичних мотивів для протидії мирним протестам і діяльності Євромайдану шляхом вчинення окремих актів.

Щодо осіб, які вчинили вищеописані діяння, у заяві зазначено використання організованих злочинних угрупувань для вчинення таких діянь. Встановлено, що особами, відповідальними за злочини проти людяності, є:

- Янукович Віктор Федорович, екс-президент України;
- Пшонка Віктор Павлович, екс-Генеральний прокурор України;
- Захарченко Віталій Юрійович, екс-Міністр внутрішніх справ України; та
- Інші посадові особи, які «видавали та виконували явно злочинні накази».

b) *Друга Заява*

Другою заявою, поданою Україною у вересні 2015 року, було розширено часові межі юрисдикції МКС на період після 22 лютого 2014 року.[719] У ній заявляється, що Україна визнає юрисдикцію МКС щодо «злочинів проти людяності та воєнних злочинів […], які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства […]».[720] В цьому документі стверджується, що Україна визнає юрисдикцію «щодо злочинів проти людяності та воєнних злочинів, передбачених ст.7 та 8 Римського статуту […], скоєними на території України починаючи з 20 лютого 2014 року і по теперішній час». Ця Заява безпосередньо стосується вищих посадових осіб Російської Федерації та керівників «терористичних організацій» – «ДНР» та «ЛНР». Ця Заява має невизначений термін дії та стосується подій, які відбулися по теперішній час.

У цій заяві йдеться про триваючу збройну агресію Російської Федерації та підтримуваних нею «бойовиків-терористів», під час якої було анексовано частину території держави Україна – Автономну Республіку Крим та місто Севастополь –та окуповано частину Донецької та Луганської областей України. Заява також містить опис нещодавніх «кричущих» актів насильства з боку військових підрозділів Російської Федерації та підтримуваних нею «бойовиків-терористів», у тому числі обстріл мирного населення в місті Маріуполь 24 січня 2015 року, внаслідок якого загинуло

[719] Друга заява.
[720] *Там само.*

понад 30 мирних жителів і понад 100 осіб було поранено. У Заяві також стверджується, що під час цієї «неоголошеної війни» в полоні на території Російської Федерації протиправно опинилася низка громадян України.

E. Поточна ситуація та ратифікація

Унаслідок прийняття першої заяви, поданої Україною 17 квітня 2014 року,[721] того самого місяця Прокурор МКС розпочала попереднє вивчення ситуації в Україні, щоб встановити, чи відповідає така ситуація трьом критеріям, які є обов'язковими для відкриття розслідування (юрисдикція, прийнятність та інтереси правосуддя).[722] 11 грудня 2020 року Прокурор МКС оголосила про завершення попереднього вивчення, знайшовши «обґрунтовану підставу вважати, що широкий спектр діянь, що становлять воєнні злочини та злочини проти людяності, що перебувають під юрисдикцією Суду, було вчинено в контексті ситуації в Україні.[723] Аналіз цього наводиться в Частині III.

Україну наполегливо закликали докласти додаткових зусиль для ратифікації Римського статуту. Угода про асоціацію між ЄС та Україною, підписана 27 червня 2014 року, закликає Україну вживати відповідних заходів, спрямованих на ратифікацію та імплементацію Римського статуту.[724] Ця угода передбачає, що її сторони мають співпрацювати з метою зміцнення миру та міжнародного правосуддя шляхом ратифікації та імплементації Римського статуту і пов'язаних з ним документів.[725]

Відповідно до офіційної заяви Міністерства закордонних справ України від 11 грудня 2014 року, Міністерство подало Президентові України Пакет законодавчих ініціатив, який охоплював потрібні поправки до Конституції України, проект закону про ратифікацію Римського статуту разом із ратифікацією двох змін від 2010 року, запропонованих у м. Кампала.[726] Як стверджує Міністерство, цей проект закону передбачає визнання юрисдикції МКС щодо будь-якого злочину,

---

[721] *Там само.*
[722] 'Україна' *(МКС)*.
[723] 'Заява прокурорки Фату Бенсуди щодо завершення етапу попереднього вивчення ситуації в Україні' (*МКС*, 11 грудня 2020).
[724] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, O.J.L 161/3 (29 травня 2014 року) ст. 8 і 24(3). 8 та 24(3).
[725] *Там само.*
[726] Вступне слово постійного представника України при ООН Юрія Сергєєва на круглому столі на тему: «Україна, відповідальність і Міжнародний кримінальний суд» (11 грудня 2014 року).

який підпадає під дію юрисдикції Суду (злочину геноциду, воєнних злочинів і злочинів проти людяності), який був скоєний до набуття Римським статутом чинності в Україні.[727]

16 січня 2015 року 155 народних депутатів[728] подали до Парламенту України законопроект під назвою «Про внесення змін до статті 124 Конституції України», який передбачає визнання положень Римського статуту.[729] Відповідно до пояснювальної записки цей законопроект було розроблено з метою створення конституційних передумов для визнання Україною юрисдикції МКС на умовах, передбачених Римським статутом. Законопроект пропонував внести поправки до ст.124 Конституції України разом з частиною шостою у наступній редакції: «Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених Римським статутом Міжнародного кримінального суду».[730]

29 січня 2015 році Рада Європейського союзу оприлюднила низку зауважень в документі під назвою «Висновки Ради ЄС».[731] Рада закликала українські органи влади розпочати застосовувати правові заходи, щоб МКС міг вивчити ситуацію щодо ймовірних злочинів проти людяності, скоєних на території України у 2014-2015 роках.[732] Рада знову підкреслила важливість просування шляхом ратифікації Римського статуту відповідно до її зобов'язань, взятих на себе у зв'язку з підписанням Угоди про асоціацію з Європейським союзом.[733]

3 вересня 2015 року Конституційна комісія України розглянула законопроект про внесення поправок до Конституції України.[734] Після розгляду поправки до ст.124 Конституції України вона була схвалена.[735] Ця стаття прокладала шлях до ратифікації; хоча фактично це не була ратифікація, але це був перший важливий крок. Це положення надавало Верховній Раді повноваження для визнання юрисдикції Суду.

У жовтні 2015 року поправки до Конституції, запропоновані Комісією, були підтримані Європейською комісією за демократію через право, яка також відома як «Венеціанська

---

[727] *Там само.*
[728] Перелік ініціаторів Проекту Закону «Про внесення змін до статті 124 Конституції України (щодо визнання положень Римського статуту)» № 1788 (16 січня 2015 року).
[729] Про внесення змін до статті 124 Конституції України (щодо визнання положень Римського статуту): Проект Закону № 1788 [Електронний ресурс]. 16 січня 2015 року.
[730] *Там само,* ст. 124.
[731] Рада ЄС, Рада із закордонних справ, Висновки Ради по Україні, 31/15, 29 січня 2015 року.
[732] *Там само,* п. 5.
[733] *Там само.*
[734] Проект змін до Конституції України в частині правосуддя, схвалений Конституційною Комісією та направлений до Венеціанської Комісії, 3 вересня 2015 року.
[735] *Там само.*

комісія».[736] Ця Комісія є консультативним органом Ради Європи з конституційних питань. У рамках своїх повноважень вона може давати юридичні консультації Раді Європи та державам, які бажають привести свою правову базу у відповідність до європейських стандартів.[737]

30 жовтня 2015 року ця пропозиція була передана на розгляд Президента України.[738] Зі свого боку, 25 листопада 2015 року Президент подав на розгляд Парламенту України Проект Закону про внесення змін до Конституції України № 3524.[739]

Законопроект, розміщений на офіційному веб-сайті Верховної Ради України, відразу спровокував палкі суперечки.[740] Відповідно до одного положення розділу «Прикінцеві та перехідні положення» Конституції України частина статті 124 Конституції України щодо права на ратифікацію Римського статуту набуває чинності лише через три роки з дати публікації закону.[741] Сказано, що Президент передбачив відстрочку на три роки, хоча не було надано жодних офіційних коментарів. Ця відстрочка стала предметом тривалих дискусій під час проведення в Україні семінару з питань МКС, організованого ПГД.[742] На семінарі депутат парламенту, заступник спікера Верховної Ради Оксана Сироїд намагалася відстояти необхідність у перехідному трирічному періоді, аргументуючи свою позицію тим, що це дозволить внести до Кримінального кодексу та Кримінально-процесуального кодексу необхідні поправки. Міжнародна група GRC, деякі політики, представники академічних кіл і організації ПГД стверджували, що відстрочення не є обґрунтованим.[743]

12 січня 2016 року Конституційний суд України розпочав слухання стосовно цього законопроекту.[744] Відповідно до Конституції України, законопроект, який вносить поправки до Конституції, розглядається Верховною Радою, коли є висновок Конституційного суду України. Складаючи свій висновок, суд розглядатиме, чи відповідає законопроект статтям 157 та 158

---

[736] Венеціанська комісія, Висновок Венеціанської комісії щодо змін до Конституції в частині правосуддя, запропонованих Конституційною комісією (26 жовтня 2015 року).
[737] За демократію через право - Венеціанська комісія Ради Європи (*Рада Європи*).
[738] «Конституційна комісія направила Президенту затверджений проект змін до Конституції щодо правосуддя» 30 жовтня 2015 року.
[739] Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Законопроект № 3524 [Електронний ресурс]. 25 листопада 2015 року.
[740] *Там само.*
[741] *Там само.* Прикінцеві та перехідні положення, п. 1.)
[742] «Парламентський експертний семінар з обміну досвідом з питань Міжнародного кримінального суду, який відбувався під високим патронатом Голови Верховної Ради України, одержав багатосторонню підтримку ратифікації РС (Римського статуту)» (*Parliamentarians for Global Action*, 15 грудня 2015 року).
[743] *Там само.*
[744] «Конституційний Суд України розпочав слухання щодо Законопроекту про внесення змін до Конституції України» (КСУ, 12 січня 2016 року).

Конституції.[745] По-перше, згідно зі статтею 157 Конституційний суд повинен перевірити, чи законопроект: (i) скасовує або обмежує права та свободи громадян України; (ii) спрямовано на посягання на незалежність чи порушення територіальної цілісності України; та (iii) призведе до введення в Україні воєнного або надзвичайного стану.

По-друге, згідно зі статтею 158, Конституційний суд повинен перевірити часові рамки дії законопроекту. Відповідно до ст.158, забороняється подавати ті самі поправки до Конституції протягом одного року з дня подання таких самих поправок до Конституції, якщо ці поправки були розглянуті, але не були прийняті (по суті, ті самі поправки не можна розглядати двічі протягом одного року). Потім суд надає висновок.

На слуханнях 21 січня 2016 року представник Президента в Конституційному Суді України Олексій Філатов окрім інших аспектів підняв питання ратифікації Римського статуту. На думку пана Філатова, Україна зацікавлена у визнанні юрисдикції Суду.[746] Однак він вважав, що з огляду на досвід Грузії та інших держав Україні слід обережніше ставитися до рішення щодо ратифікації Римського статуту, оскільки вона є стороною збройного конфлікту, що наразі триває.[747] Було висловлено думку, що трирічний перехідний період надасть можливість Україні прийняти потрібні національні законодавчі акти, а також уникнути певних ризиків, пов'язаних із поточним конфліктом на Сході України.[748] Ці ризики не було визначено, але пан Філатов зазначив, що це ризики з точки зору українських військовослужбовців, які не мають іншого вибору, ніж брати участь у конфлікті.[749]

Позицію представника Президента важко зрозуміти без подальших пояснень. Більш того, вона розходиться з іншими діями Уряду стосовно визнання юрисдикції МКС. Зокрема, Україна подала заяви до МКС, які передбачають визнання його юрисдикції з 21 листопада 2013 року і по теперішній час без обмеження. Таким чином, МКС матиме юрисдикцію щодо злочинів, скоєних під час конфлікту, й Україна зобов'язана співпрацювати з МКС із небагатьма застереженнями.

Питання щодо основних відмінностей між ратифікацією та поданням заяв, які передбачають визнання юрисдикції МКС, буде розглянуто в Частині 2. Проте якщо аргументи, які обґрунтовують трирічну відстрочку ратифікації, спрямовані на забезпечення захисту українських військовослужбовців від кримінального переслідування за рішення та дії, які мали місце під час

---

[745] Конституція України 1996, ст. 159; Конституція України 1996, ст. 158.
[746] «Україна відклала визнання юрисдикції Гаазького суду через війну» (Liga, 12 січня 2016 року).
[747] *Там само.*
[748] *Там само.*
[749] *Там само.*

конфлікту, що триває, то ці аргументи є недійсними, оскільки уникнути кримінального переслідування не можна через подання Україною двох Заяв.

30 січня 2016 року Конституційний суд України надав свій висновок.[750] Конституційний Суд України дійшов висновку, що законопроект відповідає вимогам статей 157 і 158 Конституції України[751] і не висловлював жодних застережень щодо законопроекту.

2 лютого 2016 року до Комітету Верховної Ради України з питань правової політики та правосуддя було подано Висновок Конституційного Суду України.[752] Того самого дня Комітет надав свій висновок, рекомендуючи Верховній Раді України попередньо схвалити законопроект. Верховна Рада України зробила це під час пленарного засідання 2 лютого 2016 року. Відповідно до статті 155 Конституції України, тепер законопроект міг бути прийнятий на наступній сесії Верховної Ради України, якщо за нього проголосує не менш як дві третини від конституційного складу Верховної Ради України. 2 червня 2016 року Верховна Рада України прийняла відповідний законопроект.[753] Поправка до Конституції України набрала чинності 30 червня 2019 року.[754]

---

[750] Висновок № 2-в/2016 Конституційного Суду України у справі за зверненням Верховної Ради України про надання висновку щодо відповідності доопрацьованого законопроекту про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя) вимогам статей 157 та 158 Конституції України [Електронний ресурс]. 30 січня 2016 року.
[751] *Там само,* п. 1.
[752] Хронологія розгляду законопроекту № 3524 (*Верховна Рада України*).
[753] Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 1401-VIII [Онлайн-ресурс] 2 червня 2016.
[754] Конституція України [Онлайн ресурс], ст. 124.

Частина II: Юрисдикція Міжнародного кримінального суду

У цій частині вивчається питання юрисдикції МКС, і як це стосується України. По-перше, в цьому розділі розглядаються наслідки прийняття Україною двох Заяв про визнання юрисдикції МКС (географічні та часові рамки, особи, які підпадають під юрисдикцію МКС). У другому розділі піднімаються питання юрисдикції Суду, зокрема, види злочинів, які він може розглядати. Нарешті, у цьому розділі вирішуються питання щодо зміни ситуації стосовно юрисдикції у випадку ратифікації Україною Римського статуту.

Частина II(A): Заяви

I. Заяви: Де і Коли МКС здійснює свою юрисдикцію

Як було зазначено в Частині I, на даний час Україна не ратифікувала Римський статут, вона «заявила», що визнає юрисдикцію МКС. Вона зробила дві Заяви, дію яких обмежили або спробували обмежити стосовно часу, місця та осіб чи груп осіб, на яких може поширюватись юрисдикція МКС. Уряд України зробив Першу заяву в квітні 2014 року.[755] Вона стосувалася злочинів, які, можливо, були скоєні під час Революції Гідності та подій Євромайдану в період між 21 листопада 2013 року та 22 лютого 2014 року. У вересні 2015 року Уряд подав другу Заяву.[756] У ній заявлялося про те, що Україна визнає юрисдикцію МКС з 20 лютого 2014 року та по теперішній час. Іншими словами, на невизначений термін. Вона стосувалася конфлікту у Східній Україні та можливої агресії Російської Федерації.

A. Заяви та юрисдикція

Як зазначалося в Частині I, Суд має юрисдикцію лише в певних ситуаціях. В якості передумови для здійснення юрисдикції повинна скластися одна з наступних ситуацій:

- Відповідна держава «ратифікувала» - іншими словами дала згоду – Римський статут, основний правовий документ МКС;[757]

[755] Перша заява.
[756] Друга заява.
[757] Римський статут, ст. 13(a) та 14.

- Ця держава «заявила» про те, що вона визнає юрисдикцію МКС без ратифікації Статуту;[758] або
- РБ ООН передала ситуація на розгляд Суду.[759]

За наявності однієї з перерахованих ситуацій МКС може *здійснювати* свою юрисдикцію, якщо: (i) ситуація в державі, яка підпадає під юрисдикцію Суду, передана на розгляд Прокурору державою-учасницею Римського статуту; (ii) РБ ООН передає ситуацію в державі на розгляд Прокурору для ініціювання розслідування; або (iii) Прокурор починає проводити розслідування *proprio motu* (за власною ініціативою) після отримання інформації з таких надійних джерел, як Заява держави, яка не є учасницею, або неурядові організації або установи ООН.[760]

Як зазначено в Частині I, визнання юрисдикції Суду шляхом ратифікації Римського статуту або прийняття Заяви, якою визнається юрисдикція Суду, є передумовою для здійснення юрисдикції МКС. Оскільки Україна не є державою-учасницею Римського статуту, то необхідно, щоб вона «запросила» Суд вивчати ситуацію на її території або стосовно її громадян; вона повинна зробити Заяву, щоб визнати юрисдикцію Суду щодо злочинів геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів.

Відповідне положення, яке дозволяє приймати «Заяви», міститься в ст. 12(3) Римського статуту і є передумовою здійснення юрисдикції, сформульовано наступним чином:

> якщо відповідно до пункту 2 необхідним є визнання юрисдикції державою, яка не є учасницею даного Статуту, то ця держава може шляхом заяви, наданої Секретарю, визнати здійснення Судом юрисдикції щодо даного злочину. Держава, яка визнає юрисдикцію, співпрацює з Судом без будь-яких затримок або виключень відповідно до Частини 9.[761]

Ця стаття визначає умови, які необхідно виконати перед тим, як Суд почне вивчати ситуацію. Це положення є положенням, яке стосується надання «згоди», яка дозволяє МКС здійснювати свою юрисдикцію у випадку, коли Держава, що не є учасницею Римського статуту, надсилає таке запрошення. Заява не означає автоматичне вивчення ситуації Судом або «початок здійснення» юрисдикції. Отже, важливо не прирівнювати Заяви до визнання юрисдикції відповідно до ст.13, яка ініціює здійснення юрисдикції. Крім того, у випадку прийняття Заяв про визнання юрисдикції Суду необхідно дотримуватися ще однієї додаткової окремої умови, яка дозволяє здійснення

---

[758] Римський статут, ст. 12(3).
[759] *Там само,* ст. 13(b).
[760] Римський статут, ст. 13.
[761] Римський статут, ст. 12(3).

юрисдикції, або Прокурор повинен розпочати розслідування *proprio motu*, або держава-учасниця, або Рада Безпеки ООН.[762]

Хоча Прокурор МКС не зобов'язаний вживати заходів в результаті прийняття цієї Заяви, але чинний Прокурор проводить політику автоматичного ініціювання «попереднього вивчення» ситуації.[763] Попереднє вивчення не є розслідуванням. Це процедура, за допомогою якої Прокурор вивчає всю наявну інформацію, щоб отримати повну інформацію про наявність розумних підстав для проведення повноцінного розслідування.[764]

Заяви України наділяють Суд юрисдикцією стосовно злочинних дій, передбачених Римським статутом, які було вчинено на території України або громадянами України. Римський статут передбачає:

> 2. У випадках, передбачених пунктами (a) або (c) статті 13, Суд може здійснювати свою юрисдикцію, якщо одна або декілька зазначених нижче держав є учасницями цього Статуту або визнають юрисдикцію Суду відповідно до пункту 3:
>
> (a) держава, на території якої мало місце відповідне діяння, або, якщо злочин було вчинено на борту морського або повітряного судна, держави реєстрації цього морського або повітряного судна;
>
> (b) держава, громадянином якої є особа, яку обвинувачують у вчиненні злочину.[765]

Іншими словами, це означає, що МКС може здійснювати юрисдикцію щодо злочинів, скоєних на території України або громадянами України. Це піднімає декілька питань, у тому числі: (i) чи може Україна обмежити юрисдикцію Суду шляхом прийняття Заяв; (ii) чи іноземні бійці, наприклад, російські громадяни, які воюють на території України та, можливо, вчиняють злочини в Україні, можуть притягатися МКС до відповідальності; та (iii) юридичні наслідки будь-якої амністії під юрисдикцією МКС.

---

[762] *Там само.*

[763] Після отримання звернення або чинної заяви, поданої відповідно до ст. 12(3) Римського статуту, Прокурор МКС може відкрити процедуру попереднього вивчення ситуації: МКС, Положення Прокурора, положення 25(1)(c). Хоч~~а~~ Прокурор МКС не має зобов'язання розпочинати попереднє вивчення після отримання заяви, нещодавня практика свідчить про те, що Прокурор МКС автоматично відкриє процедуру попереднього вивчення. *Див.*, Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення С. 18, п. 76.

[764] Римський статут, ст. 15(2) та (3).

[765] *Там само,* ст. 12(2).

Цей розділ починається з проведення аналізу юридичних наслідків прийняття Заяв, у тому числі питання, чи юрисдикція МКС обмежується «відповідними» Заявами, поданими Україною. Потім мова переходить до аналізу юрисдикції МКС стосовно певних проблемних аспектів.

B. Процедура прийняття Заяви

Після прийняття заяви, яка визнає юрисдикцію Суду, Суд повинен підтвердити чинність Заяви для відповідної держави. Вона «повинна бути явною, недвозначною та конкретною стосовно злочину(-ів) або ситуації, до якої вона застосовується».[766] У Правилах процедури та доказування МКС зазначається, що коли держава робить Заяву відповідно до ст.12(3), Секретар повинен інформувати відповідну державу, що в Заяві має наступний зміст:

- визнання юрисдикції Суду щодо злочинів, передбачених відповідною ст.5; та
- положення Частини 9 Римського статуту (міжнародне співробітництво держави з МКС), та будь-які правила Частини, які стосуються держав-учасниць, повинні застосовуватися.[767]

Іншими словами, Секретар разом з урядовою посадовою особою підтверджує, що Україна визнає юридичні наслідки подання Заяви. Мета цього процесу - це зупинити проведення Міжнародним кримінальним судом вивчення ситуації, перш ніж відповідна держава безумовно підтвердить визнання юрисдикції МКС.[768]

II. Юрисдикція в контексті ситуації в Україні

Якщо так станеться, що виникнуть передумови для здійснення юрисдикції Суду, то наступним кроком буде надання відповіді на питання, чи така юрисдикція виникла. Суд може здійснювати юрисдикцію, якщо позитивна відповідь дана на наступні питання: (i) чи ймовірно скоєні злочини передбачаються Римським статутом?; (ii) чи злочини було скоєно після того, як положення Римського статуту набрали чинності стосовно даної Держави?;[769] та (iii) чи їх було скоєно на визначеній території або особою, яка має певне громадянство? Ці три питання сформульовані наступним чином

---

[766] Стефан Бургон (Stéphane Bourgon), Юрисдикція Ratione Loci ('Jurisdiction Ratione Loci'), цитується в Antonio Cassese, Paola Gaeta and John RWD Jones (ред.), Коментарі до Римського статуту Міжнародного кримінального суду (The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary) (OUP, 2002) С. 563.
[767] Правило процедури та доказування, правило 44.
[768] Джон Т. Холмс (John T. Holmes), Юрисдикція та прийнятність (Jurisdiction and Admissibility), in Roy S. Lee et al (eds), *Міжнародний кримінальний суд: Елементи злочинів та Правила процедури і доказування* (Transnational Publishers, 2001) С. 325.
[769] Римський статут, ст. 11(2).

- Злочини, зазначені в ст.5 Римського статуту (юрисдикція *ratione materiae*). Це перекладається як "матеріальна юрисдикція", але більш відома як "предметна юрисдикція"
- Ці злочини відповідають вимогам *ratione temporis* ст.11 Римського статуту («юрисдикція в часі»); та
- До цих злочинів застосовуються додаткові параметри юрисдикції, передбачені в ст.12(2) (юрисдикція *ratione loci* («територіальна юрисдикція») або *ratione personae* («персональна юрисдикція»).[770]

У цьому розділі аналізується, чи обмежується юрисдикція МКС «адресними» Заявами, поданими Україною. Далі в ньому продовжиться аналіз юрисдикції МКС щодо окремих питань, зокрема, Криму та Східної України, іноземних громадян, які беруть участь у воєнних діях на території України, а також щодо того, як може вплинути можлива амністія, прийнята у зв'язку з конфліктом в Україні, на здатність МКС переслідувати фізичних осіб.

A. Спроби обмежити або скасувати здійснення юрисдикції МКС за допомогою Заяв

У цьому розділі йдеться про те, чи можна будь-яким чином обмежити або скасувати дію Заяв, які визнають юрисдикцію МКС, зокрема стосовно тих, хто притягається до відповідальності, або будь-яких злочинів. Як зазначалося вище, Заяви України було складено таким чином, щоб можна було обмежити юрисдикцію МКС стосовно скоєних злочинів, виконавців або території чи часу. Іншими словами, Прокурор МКС не визнає цих обмежень та поза будь-яким сумнівом буде розслідувати дії всіх сторін конфлікту та всі злочини, в якій частині України їх не було б скоєно протягом відповідного проміжку часу. Проте Суд може визнати проміжок часу як встановлено Заявами, відповідно до яких юрисдикція здійснюватиметься з початку листопада 2013 року і по теперішній час.

Метою Заяв є визнання юрисдикції стосовно злочинів проти людяності та воєнних злочинів в Україні.[771] Перша Заява стосується переважно подій Революції Гідності (зокрема подій в Києві) та можливих дій колишнього Президента Януковича разом із високопосадовцями з його оточення. У ній визнається юрисдикція щодо злочинів, скоєних у період з 21 листопада 2013 року до 22 лютого 2014 року. Друга Заява спрямована проти Російської Федерації та лідерів «терористичних організацій», зокрема, так званих Донецької Народної Республіки та Луганської Народної

---

[770] *Ситуація в Республіці Кенія* (Рішення про надання дозволу) ICC-01/09-19 (31 березня 2010 року) (далі – «Рішення про надання санкції щодо Кенії») п. 39; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар* (Рішення про надання дозволу) ICC-02/11 (3 жовтня 2011) («Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кот-д'Івуар») п. 22.
[771] Друга заява, п. 1.

Республіки. Період дії цієї Заяви частково співпадає з періодом дії першої Заяви та визнає юрисдикцію МКС з 20 лютого 2014 року і по теперішній час. Це невизначений період. Відповідно, очевидно, що Урядом України зроблено спробу обмежити кількість злочинів до тих, які були скоєні попереднім режимом та (або) які могли бути скоєні сепаратистами.

Стаття 12(3) Римського статуту передбачає, що заява повинна включати у себе «відповідний злочин». Проте, ще з заснування МКС експерти висловлювали «занепокоєння тим, що формулювання статті 12(3) Статуту і, зокрема, посилання на визнання юрисдикції «щодо відповідного злочину», дозволили б використовувати Суд в якості політичного інструменту» для того, щоб дозволити державам, що не є учасницями, вибірково здійснювати юрисдикцію щодо певних злочинів або певних сторін.[772] Як буде обговорюватися, хоча законодавство змінюється, у сучасній практиці МКС визнається наявність цих проблем та в цілому здійснюється протидія спробам Держав встановлювати або обмежувати юрисдикцію. Проте загальна заборона обмежувати юрисдикцію МКС за допомогою Заяв може не застосовуватися аналогічним чином до Заяв, які обмежують юрисдикцію Суду в часі

Існують два випадки загальної заборони Заяв, які обмежують юрисдикцію Суду: загальна заборона «встановлення» юрисдикції Суду за допомогою Заяви, а також застереження щодо визначення періоду часу, протягом якого МКС має юрисдикцію. По-перше, відповідно до Правил процедури і доказування МКС після того, як зроблено відповідну Заяву, Секретар повинен проінформувати відповідну Державу про той факт, що шляхом прийняття заяви Держава визнає юрисдикцію Суду «стосовно злочинів, зазначених в ст.5, які стосуються ситуації».[773] Це правило використовується у подвійному значенні: по- перше, воно однозначно вимагає, щоб країна визнавала юрисдикцію стосовно всіх відповідних злочинів, не лише тих, що зазначені в заяві; і, по-друге, МКС розтлумачив, що обмежуються можливості Держави впливати на ситуацію на свій розсуд і обмежувати юрисдикцію МКС.[774]

МКС однозначно визначив це в справі *Лорана Гбагбо*. Суд зазначив, що хоча держави можуть прагнути визначити межі визнаної ними юрисдикції, вони не можуть встановлювати довільні параметри у тій чи іншій ситуації. Суд буде на свій розсуд визначати параметри юрисдикції. Палата попереднього провадження зазначила:

---

[772] Шарон А. Уільямс, «*Стаття 12, Передумови для здійснення юрисдикції*», цитується в Отто Тріффтерер (ред.), *Коментарі до Римського статуту: примітки спостерігача, стаття за статтею* (Hart, 2008) стр. 559-560.
[773] Правила процедури та доказування, правило 44.
[774] *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо (Laurent Koudou Gbagbo)* (Рішення) ICC-02/11-01/11-212 (15 серпня 2012) п. 59.

> хоча держави можуть дійсно прагнути визначити межі юрисдикції, таке визначення не може встановлювати довільні параметри для тієї чи іншої ситуації, оскільки юрисдикція повинна поширюватися на всі злочини, що стосуються ситуації. На відміну від аргументів сторони захисту, Палата вважає, що в кінцевому рахунку Суд має визначати, чи межі застосування юрисдикції, зазначені в заяві, відповідають об'єктивним параметрам конкретної ситуації.[775]

Як зазначив один експерт, держава не може «мати пиріг і з'їсти його», зробивши заяву, але може намагатися висловити свою позицію стосовно обвинуваченого.[776] Іншими словами, МКС не дозволить державам переслідувати своїх ворогів у власних інтересах.[777]

По-друге, можливе виключення з цих суворих правил стосується можливості держави встановлювати конкретні періоди часу для діяльності МКС. Це стосується України, тому що в Заявах зазначається, що юрисдикція Суду визнається з листопада 2013 року і на невизначений термін. Розгляд справи *Гбагбо* в МКС також підняв таке питання. У Заяві, зробленій Кот-д'Івуаром 18 квітня 2003 року на підставі ст. 12(3), зазначається, що держава визнає юрисдикцію Суду на невизначений термін ("*pour une durée indéterminée*").[778] Апеляційна палата ще ширше тлумачила параметри заяви.[779] Було встановлено:

> [...], що поняття «відповідний злочин» у статті 12(3) Статуту не обмежує сферу дії заяви ні щодо злочинів, що були вчинені в минулому, ні щодо злочинів, вчинених у конкретній «ситуації». Держава може визнати юрисдикцію Суду в цілому. Це не означає, що коли держава визнає юрисдикцію Суду, то вона не може в подальшому обмежити визнану юрисдикцію в рамках правової бази Суду. Однак, якщо не було зроблено такого застереження, визнання юрисдикції стосується не лише злочинів, які було скоєно до подання заяви, або у конкретних «ситуаціях».[780]

Суд, очевидно, припускає, що держава може визначити період дії заяви і, таким чином, обмежити юрисдикцію Суду. Проте точне значення змісту рішення Апеляційної палати залишається неясним, оскільки воно не пояснює, які конкретні обмеження щодо заяв відповідно до Статуту

---

[775] *Там само,* п. 60.
[776] Хармен ван дер Вільт (Harmen van der Wilt), «Самозвернення як ознака неспроможності держав справлятися з учасниками, які не є державами» цитується в Carsten Stahn, *Право та практика Міжнародного кримінального суду* (The Law and Practice of the International Criminal Court) (OUP 2015) стр. 214–215.
[777] Рут Ведгвуд (Ruth Wedgwood), «Третя промова: вдосконалення Міжнародного кримінального суду» (Speech Three: Improve the International Criminal Court) in Alton Frye (ed) Toward an International Criminal Court?: Three Options Presented as Presidential Speeches (New York: Council for Foreign Relations, 1999) С. 69.
[778] «Заява Республіки Кот-д'Івуар». (МКС) 18 квітня 2003, ICC-02/II-01/II-129-AnxI6.
[779] *Прокурор проти Лорана Куду Гбагбо* (Рішення) ICC-02/11-01/11OA2 (12 грудня 2012).
[780] *Там само,* п. 84.

можуть бути прийнятними, ні як саме це взаємодіє з правовою базою Суду. Схоже на те, що обмеження у часі буде єдиним прийнятним видом обмеження юрисдикції Суду.

Авторитетні експерти з права погоджуються з такою позицією. Професор Зіммерман стверджує, що заява Держави (такої як Україна) може обмежити термін дії юрисдикції Суду.[781] Інший експерт вважає (до визначення думки МКС у справі *Гбагбо*), що немає причин, через які Держава не могла б визначити певний період часу.[782] Нарешті, Віденська конвенція про право міжнародних договорів (міжнародна угода, яка встановлює правила стосовно тлумачення міжнародних договорів) зазначає, що держави можуть встановити відповідні межі своєї згоди.[783] Оскільки Римський статут є міжнародним договором, то цей принцип буде застосовуватися безпосередньо.

З іншого боку, можна стверджувати, що застереження щодо часових обмежень важко зрозуміти в світлі явної заборони на обмеження щодо злочинів або злочинців. Основна мета Правила 44 полягає в запобіганні встановленню державами обмежень. Як зазначає Зіммерман:

> [...] основна мета Правила 44 в Правилах процедури і доказування, як було прийнято, полягає в тому, щоб виключити індивідуальні заяви, зроблені відповідно до статті 12(3) Статуту МКС, які покривають виключно злочини, вчинені однією зі сторін даного конфлікту.[784]

Це можна розуміти у дусі попередження МКС у справі *Лорана Гбагбо*:

> Правило 44 у Правилах було прийнято для того, щоб держави, які вирішили не приєднуватися до угоди, не могли використовувати Суд «опортуністично», тобто щоб Суд не використовувався в якості політичного інструменту, який дозволяє державі визнавати юрисдикцію Суду вибірково щодо певних злочинів або певних сторін у конфлікті.[785]

---

[781] Андреас Зіммерманн (Andreas Zimmermann) «Палестина та Міжнародний кримінальний суд: Куди йдеш?: межі та обмеження Заяв відповідно до ст.12(3)» 'Palestine and the International Criminal Court Quo Vadis Reach and Limits of Declarations under art. 12(3)' (2013) 11(2) Journal of International Criminal Justice 303, («Зіммерманн») с. 312-313.

[782] Стивен Фриленд (Steven Freeland), «Як повинні відкриватися двері - Заяв держав, які не є учасницями відповідно ст.12(3) Римського статуту Міжнародного кримінального суду» ('How open Should the Door Be - Declarations by Non-States Parties underart. 12(3) of the Rome Statute of the International Criminal Court (2011) Nordic J Int'l L 211), С. 234.

[783] Віденська конвенція про право міжнародних договорів, 1155 U.N.T.S. 331, 8 I.L.M. 679, ст. 34-35; Там само, С. 232.

[784] Карстен Штан, Мохамед М.ель-Зейді та Гектор Оласало (Carsten Stahn, Mohamed M El Zeidy and Hector Olásalo), До питання про юрисдикцію Міжнародного кримінального суду ('The International Criminal Court's Jurisdiction Revisited), (2005) 99 AJIL 421, С. 427; Зіммерманн, С. 315-316.

[785] *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо (Laurent Koudou Gbagbo)* (Рішення) ICC-02/11-01/11 OA 2 (12 грудня 2012) п. 58; *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо (Laurent Koudou Gbagbo)* (Рішення) ICC-02/11-01/11-212 (15 серпня 2012) п. 59; Зіммерманн, С. 316.

Якщо зробити логічні висновки, результат може бути зовсім спотвореним: держава, що робить заяву, може визначити межі дії своєї заяви, як такі, що охоплюють тільки (або, принаймні, головним чином) злочини, вчинені іншою стороною в конфлікті.[786] Наприклад така ситуація може мати місце, коли політичний режим вчиняє міжнародні злочини проти своїх громадян з 2006 по 2008 рік, згодом це призводить до повстання, під час якого вчиняються міжнародні злочини з 2008 по 2010 рік, які вдається припинити завдяки міжнародним силам. Колишній режим, якщо він залишається до цих пір при владі, може просити Суд розглянути міжнародні злочини з 2008 по 2010 рік. Або навпаки, якщо повстанці здобули владу, вони могли б визнати юрисдикцію Суду з 2006 по 2008 рік, щоб покінчити з інакомисленням. Незалежно від цього, позиція Суду залишається очевидною. Виходить, що обмеження у часі, встановлені в заяві України (про злочини, вчинені починаючи з листопаду 2013 року) можуть допускатися на підставі висновку Суду у справі *Гбагбо*.

Отже, спроби обмежити або скасувати юрисдикцію МКС на підставі зроблених Заяв не матимуть майже ніякого впливу на Суд, за виключенням часових обмежень. Проте якщо спроби обмежити період дії юрисдикції суперечать загальній забороні встановлювати обмеження розгляду злочинів у спосіб, в основі якого можуть лежати політичні причини, то скоріше за все, він буде визнаний неприпустимим. У результаті, Україна не може визначати злочини або злочинців, на яких МКС повинен зосередити свою увагу під час проведення слідства та, можливо, кримінального переслідування. Іншими словами, попереднє вивчення, яке проводить Прокурор МКС, безсумнівно, буде розглядати кримінальну відповідальність всіх сторін конфлікту, швидше за все, протягом періоду, визначеного двома заявами України.

B. Юрисдикція МКС на спірних територіях: Крим та Східна Україна

У цьому розділі розглянуто питання поширення юрисдикції МКС на спірні території Криму та Східної України. З огляду на проголошення Східною Україною територіальної незалежності, а також висновок МКС (наданий у звіті, опублікованому в листопаді 2016 року), що тепер Крим є частиною території Російської Федерації, цей розділ присвячено питанню, чи все-таки матиме МКС юрисдикцію щодо злочинів, пов'язаних із цими регіонами.

a) Юрисдикція МКС в Криму

Були підняті питання, чи МКС має юрисдикцію щодо подій в Криму, не дивлячись на те, що зараз він є частиною Російської Федерації, та з огляду на Заяву України від 8 вересня 2015 року. З

[786] *Там само.*

урахуванням того, що Крим «приєднався» до Російської Федерації, необхідно з'ясувати, чи Заява стосовно «території України» стосується і території Криму. Як вже зазначалося, вивчаючи питання, чи має Суд юрисдикцію щодо певних подій, необхідно переконатися, що Суд має: (i) юрисдикцію в часі; (ii) предметну юрисдикцію; та (iii) або територіальну юрисдикцію, або юрисдикцію за громадянством. Про ці вимоги йтиметься нижче

i. Юрисдикція в часі

Хронологічний порядок ключових подій, які сталися в Криму:[787]

- 23 лютого 2014 року проросійські протестувальники в Криму виступили проти нового уряду в Києві;
- 25 лютого 2014 року було назначеного нового проросійського мера Севастополя, Олексія Чалого;
- 26 лютого 2014 року, відповідно до повідомлень, у регіоні відбулися зіткнення кримських татар, які підтримали новий уряд в Києві, з проросійськими протестувальниками;
- Приблизно з 27 лютого 2014 року проросійськи налаштовані озброєні люди почали захоплювати основні адміністративні будівлі в Кримській столиці, місті Сімферополі. Це стосується будівлі Кримського парламенту, над яким було піднято російський прапор. Невстановлені озброєні люди у військовій формі з'явилися в обох аеропортах Криму;
- 1 березня 2014 року російський парламент схвалив використання збройних сил у Криму з метою захисту російських інтересів;
- 5 березня 2014 року президент Володимир Путін відхилив заклики вивести війська з Криму, посилаючись на те, що "самооборона" Криму не знаходилася під російським командуванням;
- 6 березня 2014 року проросійське керівництво в Криму проголосувало за приєднання до Росії та проведення референдуму;
- 16 березня 2014 року кримський референдум про вихід зі складу України та приєднання до Росії, за наявними даними, підтримали 97% виборців; та
- 18 березня 2014 року президент Володимир Путін підписав закон про приєднання Криму до Російської Федерації.

---

[787] 'Криза в Україні: Хронологія' (*BBC,* 13 листопада 2014); 'Хронологія: Політична криза в Україні та Окупація Криму Росією' (*Reuters,* 8 березня 2014); 'Хронологія: Ключові події в поточній кризі в Україні' (*Washington Post*, 12 травня 2014); 'Криза в Україні: хронологія основних подій' (*The Telegraph*, 5 березня 2015); 'Хронологія: політична криза в Україні' (*Al Jazeera*, 20 вересня 2014).

Як зазначалося, пізніше Уряд України направив дві Заяви до МКС. Перша стосувалася подій в Україні, які сталися у період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року.[788] Друга стосувалася періоду з 20 лютого 2014 року по теперішній час і подій, які відбуваються в Криму та Східній Україні.[789] У ній було зазначено, що Україна визнає юрисдикцію МКС щодо «злочинів проти людяності та воєнних злочинів…які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства …».[790] До неї додається документ, в якому визнається юрисдикція Суду щодо злочинів проти людяності та воєнних злочинів, скоєних «на території України починаючи з 20 лютого 2014 року та по теперішній час».[791]

Заяви стосуються певного періоду часу. Крим, ймовірно, було окуповано у період між лютим та березнем 2014 року і анексовано в кінці лютого (приблизно 27 числа). Цей період вказано у другій Заяві, поданій в МКС, яка стосується «дій, вчинених на території України з 20 лютого 2014 року». Отже, ситуація в Криму відповідає часовим рамкам, вказаним в цій Заяві, та повністю підпадає під юрисдикцію Суду в часі.

ii. Предметна юрисдикція

На початку 2019 року, Канцелярія Прокурора МКС завершила попередній аналіз предметної юрисдикції та оцінив, що є обґрунтована підстава вважати, що низка злочинів проти людяності та воєнних злочинів були скоєні в контексті ситуацій у Криму та на Сході України. Перелік злочинів, що розглядаються Канцелярією Прокурора, наведено в частині 1.

iii. Територіальна юрисдикція або юрисдикція за громадянством

На додачу до вищезазначених юрисдикційних міркувань, Суду потрібно розглянути питання, чи має він територіальну юрисдикцію або юрисдикцію за громадянством щодо даних злочинів. Як зазначалося вище, Римський статут передбачає, що Суд може здійснювати свою юрисдикцію стосовно злочинів, скоєних на території Держави, яка робить Заяву («територіальна юрисдикція»), або скоєних особою, яка є громадянином Держави, яка робить Заяву («персональна юрисдикція»).

1) Територіальна юрисдикція

По-перше, МКС може здійснювати територіальну юрисдикцію, якщо можливий злочин було вчинено на території держави, яка є державою-учасницею або заявила про визнання юрисдикції

---

[788] Перша заява.
[789] Друга заява.
[790] Посольство України, Висловлення поваги Секретарю Міжнародного кримінального суду, (9 квітня 2014).
[791] Друга заява.

Суду.[792] Відповідно до своєї недавньої судової практики, МКС може здійснювати територіальну юрисдикцію, коли «принаймні один юридичний елемент злочину, що знаходиться в межах юрисдикції Суду, або частина такого злочину вчинена на території держави-учасниці».[793] Таким чином, щоб визначити, чи має МКС територіальну юрисдикцію стосовно злочинів, нібито вчинених в Криму, Прокурор МКС встановив, чи продовжує поширюватися територіальна юрисдикція України на будь-які можливі злочини, які підпадають під юрисдикцію МКС, після захоплення території Криму Росією (приблизно 27 лютого 2014 року). Як зазначатиметься нижче, здається, що стосовно цього питання МКС дав ствердну відповідь і встановив, що Суд має територіальну юрисдикцію щодо злочинів, які могли бути вчинені в Криму.

Прокурор МКС підтвердила, що вона розглядатиме «будь-які відповідні злочини, які стали результатом подій в Криму».[794] Іншими словами, схоже, що вона вважає, що територіальна юрисдикція України поширюється і на Крим. МКС може наділятися юрисдикцією завдяки Заяві. МКС підтвердив таке тлумачення та визнав, що він має юрисдикцію щодо можливих злочинів, які підпадають під юрисдикцію Суду, зокрема, злочину геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини і які було скоєно на території Криму будь-яким громадянином, у тому числі України та Росії.[795]

Росія стверджує, що Крим є частиною Російської Федерації, і, таким чином, Україна не може визнати (заявити про) юрисдикцію МКС.[796] Проте міжнародне право однозначно стверджує, що не можна насильно анексувати територію.[797] Оскільки «незалежність» Криму стала результатом

---

[792] Римський статут, ст. 12(2)(a).

[793] МКС, Рішення щодо «Клопотання обвинувачення про ухвалення рішення про юрисдикцію відповідно до статті 19 (3) Статуту» ('Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"), ICC-RoC46(3)-01/18, 6 вересня 2018, п. 64.

[794] Канцелярія Прокурора МКС, Звіт про попереднє вивчення у 2015 році, («Звіт про попереднє вивчення у 2015 році») пп. 106 та 110.

[795] Марк Керстен, МКС може проводити в Україні розслідування подій, які мали місце, починаючи з 2014 року. Що далі? Justice in Conflict, 10 вересня 2015 року. «Прокурор, наприклад, у справі Кот-д'Івуару, завжди чітко давала зрозуміти, що вона має намір розглянути події щодо всіх сторін конфлікту». - Джеймс Стюарт, заступник прокурора МКС, цитується в Марк Керстен, «В інтересах МКС» : Між «прагматизмом» та «ідеалізмом»?» (Justice in Conflict, 16 липня 2013 року).

[796] Щодо питання самовизначення загальне формулювання: Стефан Оетер (Stefan Oeter), «Самовизначення» (Self-Determination) за ред. Бруно Сімми (Bruno Simma) та ін., Статут Організації Об'єднаних Націй: Коментар (The Charter of the United Nations A Commentary) (3rd edn,OUP, 2012); Джеймс Кроуфорд (James Crawford), Створення держав у міжнародному праві (The Creation of States in International Law) (2nd edn, OUP, 2007); Роман Якемчук (Romain Yakemtchouk), 'Les conflits de territoires et de frontieres dans les Etats de l'ex-URSS' (1993) 39 Annuaire francais de droit international,cc. 398-408; Малколм Н. Шоу (Malcolm N Shaw), «Спадок держав: принципи Uti Possidetis Juris» ('The Heritage of States: The Principles of Uti Possidetis Juris Today' (1996) 67 British Yearbook of International Law 75-154.

[797] Статут ООН, ст. 2; Аурель Сарі «Інстрасімпозіум України: Коли порушення про Угоду про статус сил розцінюється як акт агресії? Справа України та Чорноморський флот» (*Opinio Juris*, 6 березня 2014).

можливого незаконного застосування Росією сили, то МКС, скоріше за все, встановить, що цей факт робить незаконними будь-які претензії на незалежність. Як було зазначено у *Висновку щодо Косово*: «незаконність декларації про незалежність виникає не через односторонній характер таких декларацій, а в силу того, що вони були пов'язані або могли бути пов'язані з незаконним застосуванням сили або іншими явними порушеннями норм міжнародного права, зокрема, імперативних (*jus cogens*)».[798]

Це підхід обґрунтовано застосовувався до Грузії під час попереднього вивчення Прокурором МКС подій в цій країні. Прокурор МКС заявила, що в цілях проведення розслідування вона вважає територію Південної Осетії частиною Грузії.

> Стверджується, що вищевказані злочини було скоєно на території Грузії. Не дивлячись на проголошення Південною Осетією незалежності у травні 1992 року та визнанням цього факту чотирма державами-членами ООН у 2008 році, в цілому Південну Осетію не визнали державою і вона не стала державою-членом ООН. З 2009 року Генеральна Асамблея ООН (ГА ООН) прийняла велику кількість резолюцій, в яких Південна Осетія розглядалася як частина Грузії. З метою застосування цієї Заяви Прокурор вважає, що на момент вчинення ймовірних злочинів Південна Осетія була частиною Грузії, яку окупувала Росія щонайменше до 10 жовтня 2008 року. Таким чином, Суд може здійснювати юрисдикцію щодо злочинів, які нібито було скоєно на території Грузії під час збройного конфлікту, незалежно від громадянства обвинуваченого.[799]

Скоріше за все, Прокурор МКС використовуватиме ту ж саму аргументацію стосовно Криму і здійснюватиме територіальну юрисдикцію Суду відносно України.

Крім того, здається, що не існує вимог, щоб територіальна юрисдикція Суду обмежувалася територією, на якій держава фактично здійснює ефективний контроль.[800] Прикладом принципу такого "контролю" є Кіпр, який ратифікував Римський статут в березні 2002.[801] Ця ратифікація наділяє Суд юрисдикцією над територією північного Кіпру, навіть якщо Туреччина окупує його з 1974 року.[802] Здається, що така ситуація застосовується лише до території, на яку в певний період

---

[798] МС ООН, Відповідність міжнародному праву односторонньої декларації незалежності по відношенню до Косова, Консультативна думка, Звіти МС ООН (2010), с. 403, п. 81.
[799] *Ситуація в Грузії* (Виправлена версія «Запит на отримання дозволу для проведення розслідування відповідно до ст.15», 16 жовтня 2015) ICC-01/15-4-Corr2 (17 листопада 2015 року) п. 54.
[800] Уільям А. Шабас, *Міжнародний кримінальний суд: Коментар Римського статуту* (OUP, 2010) С. 285.
[801] 'Кіпр' (*МКС*).
[802] Кіпрос Крістостомідес, Республіка Кіпр — Вивчення міжнародного права (Martinus Nijhoff, 2000), с. 148- 153; Кіпр проти Туреччини (Рішення спору по суті) Acc. No. 25781/94 (10 травня 2001 року) пп. 13-14; Джон Дугард, Визнання та ООН (Cambridge: Grotius, 1987).

часу однозначно поширювався суверенітет відповідної Держави.[803] Схоже, що така точка зору домінує в середовищі міжнародних експертів.[804] Навряд чи існують причини, чому ці аргументи не будуть застосовуватися аналогічним чином стосовно держав, які не є учасницями, а лише зробили заяви (як Україна), як застосовуються до держав-учасниць (як Кіпр). Зокрема, положення Римського статуту стосовно територіальної юрисдикції однаково застосовуються як до держав-учасниць, так і до держав, що зробили заяви. Таким чином, при визначенні питання територіальної юрисдикції не існує різниці між державами- учасницями і державами, що зробили заяви.

І, нарешті, оскільки МКС було створено, щоб покінчити з безкарністю,[805] Прокурор МКС турбуватиметься про те, щоб уникнути прогалин в питаннях притягнення винних до відповідальності. Якщо буде вважатися, що Крим знаходиться поза межами територіальної юрисдикції України, то існуватиме незначна кількість (або взагалі не буде) підстав для переслідування осіб за злочини в межах юрисдикції суду над цією територією. Це буде свідчити про існування ситуацій, коли держава може уникнути відповідальності, просто окупуючи регіон іншої держави.[806] Нарешті, міжнародне право та попередня практика МКС передбачає, що,

---

[803] Євген Конторовіч, «Ізраїль/Палестина – Невідома територія для МКС» (2013) 11(5) Журнал міжнародного кримінального правосуддя 979-999, С. 990-991.

[804] Майкал Bariac (Michael Vagias), *Територіальна юрисдикція Міжнародного кримінального суду* (The Territorial Jurisdiction of the International Criminal Court) (Cambridge University Press, 2014) С. 222 тощо, посилання на Кіпроса Крісостомідіса, *Республіка Кіпр – Вивчення міжнародного права* (Martinus Nijhoff, 2000) pp 148–153, 155–157; Джон Дугарт (John Dugard), «*Визнання та Організація Об'єднаних Націй*» (Recognition and the United Nations) (Cambridge: Grotius, 1987) С.110; *Кіпр проти Туреччини* (Рішення спору по суті) App No. 25781/94 (10 травня 2001 року) пп. 13-14; *Демопулос та інші проти Туреччини* (Рішення про прийнятність) Acc. No. 46113-99 (1 березня 2010 року) п. 96.

[805] *Див.* Римський статут, Преамбула, п. 5: 'Сповнені рішучості покласти край безкарності осіб, які скоюють такі злочини, і таким чином сприяти попередженню подібних злочинів'.

[806] Україна: очевидні порушення міжнародного права в Криму» ('Ukraine: clear breaches of international law in Crimea') (International Bar Association, 20 February 2015); Даниель Вайзхарт (Daniel Wisehart), «Криза в Україні та заборона застосування сили: правові підстави для втручання Росії?» ('The Crisis in Ukraine and the Prohibition of the Use of Force: A Legal Basis for Russia's Intervention?') (EJIL: Talk!, 4 березня 2014). Здається, що інтервенція Росії та приєднання Криму було незаконним. На підтримку цієї думки: 'Угода 1997 року щодо Чорноморського флоту між Росією та Україною' (Eric Posner Blog, 5 березня 2014); посилання на John L. Black (ed), Russia & Eurasia Documents Annual 1997: Російська Федерація (The Russian Federation) (том 1, Academic International Press, 1998) стр. 129; «Щодо порушень чинного законодавства України та українсько-російських угод військовими формуваннями ЧФ РФ на території України» (МЗС, 3 березня 2014). Схожі заклики до незалежності від Абхазії та Південної Осетії не знайшли міжнародної підтримки: Малколм Н. Шоу (Malcolm N Shaw), «Спадок держав: принципи Uti Possidetis Juris» ('The Heritage of States: The Principles of Uti Possidetis Juris Today') (1996) 67 British Yearbook of International Law, fn 218; Romain Yakemtchouk, 'Les conflits de territoires et de frontieres dans les Etats de l'ex-URSS' (1993) 39 Annuaire francais de droit international, p 409; А.В. Лоу та Колін Ворбрік (A V Lowe and Colin Warbrick) (eds), «Сучасний розвиток: міжнародного публічного права - визнання держав» ('Current Developments: Public International Law - Recognition of States') (1991) 41 International and Comparative Law Quarterly, С. 473, 478; UNSC Res 822 (30 квітня 1993) UN Doc S/RES/822; UNSC Res 853 (29 липня 1993) UN Doc S/RES/853; UNSC Res 876 (19 жовтня 1993) UN Doc S/RES/876; UNSC Res 884 (12 листопада 1993) UN Doc S/RES/884; UNSC Res 896 (31 січня 1994) UN Doc S/RES/896.

скоріше за все, МКС встановить, що він має територіальну юрисдикцію щодо відповідних злочинів в Криму.

2) Юрисдикція за громадянством

По-друге, оскільки МКС має територіальну юрисдикцію в Криму, аналіз юрисдикції за громадянством не є важливим, тому що це альтернативні підстави для виникнення юрисдикції. Незалежно від того, чи має МКС територіальну юрисдикцію, він може здійснювати юрисдикцію за громадянством, а це означає, що МКС має юрисдикцію стосовно українських громадян, які скоїли злочини в Криму або в інших місцях.

Римський статут передбачає, що Суд може здійснювати свою юрисдикцію, коли держава визнає юрисдикцію та особа, обвинувачена у вчиненні злочину, «є громадянином» цієї держави, незалежно від того, де цей громадянин вчинив даний злочин.[807] Час, який вживається в цьому положенні, може мати значення. Дослівне розуміння «є громадянином» передбачає, що особа є громадянином на момент прийняття рішення про наявність чи відсутність у МКС юрисдикції. Проте тлумачення, яке може наділяти це положення багатьма значеннями, передбачає, що «є громадянином» необхідно розглядати в контексті інших положень Римського статуту (наприклад, «на території якого мало місце дане діяння» з посиланням на час вчинення діяння, або «особа, яка звинувачується у скоєнні злочину» з посиланням на злочин, не на дату висування Прокурором МКС обвинувачення), вирішальним фактором може бути відповідь на питання, чи були вони громадянами на момент скоєння відповідного злочину, а не на момент визначення юрисдикції.

Нещодавнім прикладом є злочини, скоєні ІДІЛ на Близькому Сході. Більшість злочинів ІДІЛ скоюються терористами Сирії та Іраку. Багато цих терористів вважають себе частиною ІДІЛ. Сирія та Ірак не є державами-учасницями Римського статуту та не визнають юрисдикцію МКС. Проте, як зазначалося Прокурором МКС, Суд може здійснювати юрисдикцію за громадянством щодо цих злочинців. Це дозволить МКС здійснювати юрисдикцію над особами, які прибули до Сирії з інших держав, таких як Туніс, Йорданія, Франція, Великобританія, Німеччина, Бельгія, Нідерланди та Австралія. Проте стосовно ІДІЛ Прокурор вважає, що юрисдикційні підстави для ініціювання попереднього вивчення є занадто вузькими на цей час.[808] По-перше, через те, що ІДІЛ, можливо, є організацією, яку очолюють переважно громадяни Іраку та Сирії (стосовно яких МКС не має юрисдикції щодо злочинів, скоєних в цих країнах). Відповідно, перспективи проведення Прокурором МКС розслідування та притягнення до відповідальності головних злочинців, які

[807] Римський статут, ст. 12(2)(b).
[808] 'Заява прокурора Міжнародного кримінального суду Фату Бенсуди щодо заявлених злочинів, скоєних ІДІЛ' (ICC, 8 квітня 2015).

знаходяться в центрі уваги Прокурора МКС, видаються туманними. Іншими словами, юрисдикція за громадянством та зосередження уваги Прокурора на головних виконавцях означає, що вона буде переслідувати лише тих осіб, які є громадянами держав-учасниць та лідерів ІДІЛ; схоже, що на даний момент лише декілька осіб підпадають під цю категорію.

Проте може статися, що українські неурядові організації та державні органи мають інформацію щодо громадян України (таких як військові високопосадовці або офіцери СБУ), які сприяли можливому скоєнню росіянами злочинів в Криму або в зоні конфлікту в Східній Україні. У результаті прийняття Заяв МКС також має юрисдикцію щодо таких осіб через юрисдикцію за громадянством, навіть якщо Прокурор МКС визнає Крим територією, яка не входить до складу України, що навряд чи станеться. Таким чином, такі особи можуть вважатися громадянами України, щодо яких Україна має юрисдикцію і щодо яких, відповідно до принципу громадянства, МКС має юрисдикцію.

Останнє питання виникає у зв'язку з принципом громадянства. Можна посперечатися, що жителі Криму не є громадянами України. Але цей аргумент не діє, коли мова йде про кримінальне розслідування МКС. З точки зору юрисдикції жителі Криму також будуть вважатися частиною населення України. Таким чином, цілком ймовірно, що у випадку проведення розслідування Суд буде вважати «колишніх» громадян України громадянами України.

iv. Висновок

Отже, Прокурор МКС вважає, що Суд має юрисдикцію щодо Криму.[809] Палата попереднього провадження, на прохання дозволити повне розслідування, швидше за все також визнає, що Суд має тимчасову, а також територіальну юрисдикцію щодо злочинів, які нібито вчинені в Криму особою будь-якої національності. В якості альтернативи, громадян України можуть переслідувати за злочини, вчинені в Криму, на підставі юрисдикції МКС стосовно громадян України.

b) Юрисдикція МКС в Східній Україні

Ті самі відповіді на питання стосовно юрисдикції МКС в Криму спірно стосуються східного регіону Україну. Хоча не було спроб приєднати цей регіон до іншої визнаної держави, але, натомість, була спроба створити власні республіки. Як буде зазначатися нижче, це не є важливим для визнання територіальної юрисдикції та юрисдикції за громадянством МКС.

---

[809] ‘Заява прокурорки Фату Бенсуди щодо завершення етапу попереднього вивчення ситуації в Україні’ (*МКС*, 11 грудня 2020).

З самого початку, як і з Кримом, Прокурор МКС розглянула всю інформацію з надійних джерел для оцінки ситуації в Україні, у тому числі на Донбасі.[810] Прокурор прийшла до висновку, що Суд у цьому регіоні має юрисдикцію в часі, територіальну юрисдикцію або юрисдикцію за громадянством. Аргументи на користь такої точки зору розглядаються по черзі нижче.

По-перше, очевидно, що МКС має темпоральну юрисдикцію стосовно конфлікту на сході.[811] Конфлікт на сході України почався 7 квітня 2014 року, коли протестувальники почали захоплювати урядові будинки в Харкові, Донецьку та Луганську.[812] Заяви наділяють МКС юрисдикцією з 21 листопада 2013 року до сьогоднішнього дня. Зокрема, друга Заява, подана в МКС, застосовується до «дій, вчинених на території України з 20 лютого 2014 року». Відповідно, ситуація на сході України відповідає часовим рамкам, вказаним в цій Заяві, та повністю підпадає під дію юрисдикції Суду в часі

По-друге, стосовно юрисдикції в часі Східна Україна, як видається, вважалася частиною України для цілей попереднього вивчення Прокурором МКС. 11 травня 2014 року проросійські сепаратисти організували референдум з питання суверенітету Донецької та Луганської областей, результати якого, ймовірно, були сфальсифіковані і не відповідали основним демократичним стандартам та порушували Конституцію України.[813] Цей референдум є спірним. Ст. 73 Конституції України передбачає, що «виключно всеукраїнським референдумом вирішуються питання про зміну території України». Цей референдум не був всеукраїнським, а, отже, відповідно до Конституції України він не є легітимним. Крім того, жодна визнана країна, навіть Росія, не визнає отримання Східною Україною власної державності. Таким чином, хоча Східна Україна може проголошувати свою незалежність, не можна сказати, що ці регіони отримали державність.

По-третє, стосовно юрисдикції за громадянством можна посперечатися, що жителі на сході України не є громадянами України. Але цей аргумент не діє, коли мова йде про кримінальне розслідування МКС. Перш за все, жителі в зоні конфлікту не змінювали своє громадянство легально. Парламент Луганської Народної Республіки прийняв «декларацію» від 27 травня 2015 року, яка наділяла громадянством Луганської Народної Республіки всіх осіб, які проживають на

---

[810] 2015 Доповідь про попереднє вивчення, п. 110.
[811] Римський статут, ст. 11.
[812] 'Криза в Україні: хронологія основних подій' (*The Telegraph*, 5 березня 2015); 'Хронологія: Ключові події в поточній кризі в Україні' (*Washington Post*, 12 травня 2014); 'Криза в Україні: Хронологія' (*BBC,* 13 листопада 2014).
[813] 'Фарс референдуму в Донбасі' (The Farce of the 'Referendum' in Donbas) (*Centre for Eastern Studies* (Центр вивчення Сходу), 14 травня 2014).

цій території або народилися тут.[814] Ця декларація не є нормативно-правовим актом, але вона створює базу для введення в дію майбутнього акту парламенту. Незважаючи на все вищевикладене та культурну спорідненість з Росією, з точки зору міжнародного права вони залишаються громадянами України, оскільки держава не отримала свою державність офіційно.[815] Таким чином, цілком ймовірно, що Суд буде вважати осіб, «колишніх» громадян України, громадянами України у випадку проведення розслідування.

Взагалі, є висока ймовірність, що Палата попереднього провадження дійде висновку, що МКС має юрисдикцію в часі та територіальну юрисдикцію або юрисдикцію за громадянством, або і те і інше, стосовно конфлікту на Сході України.

c) Юрисдикція МКС стосовно іноземних бойовиків на території України

У цьому розділі розглядається питання, чи матиме МКС юрисдикцію для притягнення до відповідальності іноземних бойовиків, які могли скоїти злочини на території України. Це стосується базових питань юрисдикції в часі та територіальної юрисдикції щодо іноземних бойовиків будь-якого громадянства іншого, ніж громадянство України.

Щодо юрисдикції в часі, то в силу прийняття Заяв МКС має юрисдикцію щодо злочинів, скоєних починаючи з 21 листопада 2013 року. Щодо територіальної юрисдикції нещодавнє попереднє вивчення конфлікту в Грузії демонструє наявність чітких ознак територіальної юрисдикції МКС стосовно іноземних бойовиків. Намагання Прокурора МКС отримати дозвіл Суду для ініціювання офіційного розслідування (див. Частину III) ситуації в Грузії, вказує на те, що вона вірить, що злочини, скоєні російськими військовослужбовцями, зокрема можливі непропорційні та невибіркові напади, було вчинено на території Грузії.[816] Хоча це попередній розгляд і подальше розслідування необхідне, Прокурор однозначно діяла виходячи з того, що вона вважає, що Суд має територіальну юрисдикцію стосовно злочинів, навіть якщо вони вчинені не громадянами Грузії.[817]

---

[814] 'Верховна Рада «Луганської Народної Республіки» прийняла декларації про громадянство' (*Forbes,* 27 травня 2014).

[815] Конституція України вимагає проведення всеукраїнського референдуму з питань виходу зі складу країни. Конституція України: Закон України № 254к/96-ВР [Онлайн-ресурс]. 28 червня 1996 року, ст. 73.

[816] *Ситуація в Грузії* (Запит на отримання дозволу для проведення розслідування) ICC-01/15-4-Corr (17 листопада 2015), п. 198-201.

[817] *Там само,* п. 138: «Можлива участь Збройних сил Росії у вчиненні злочинів у Південній Осетії»; там само, пункт 198: «Можливі непропорційні та невибіркові напади, здійсненні Збройними силами Росії»; *Там само*, п. 65 «[…] наявна інформація вказує на те, що, принаймні, деякі представники Збройних сил Росії брали участь у здійсненні таких злочинів тоді, коли інші представники збройних сил Росії брали пасивну участь у скоєнні таких злочинів, а інші військовослужбовці вчиняли дії, щоб попередити скоєння таких злочинів та покарати за них».

Отже, хоча вивчення ще не завершено, з точки зору Прокурора МКС видається, що якщо російські громадяни скоювали злочини на території України, то МКС матиме територіальну юрисдикцію щодо них виходячи з самого поняття територіальної юрисдикції.

d) Заперечення юрисдикції: Амністії

В Україні ведуться різні дискусії стосовно положень амністії бойовиків зі сходу з метою вирішення конфлікту, реінтеграції та примирення українського суспільства. У цьому розділі розглядаються питання юрисдикції щодо переслідування міжнародних злочинів не дивлячись на те, що деякі особи можуть бути амністованими, що захищає їх від переслідування за діяння, скоєні під час конфлікту.

e) Факти

Вже укладено угоди з ужиття заходів щодо проведення амністії, як зазначено в Мінських угодах від вересня 2014 року та лютого 2015; остання угода зобов'язує сторони провести амністію та помилування шляхом «прийняття закону», який забороняє переслідування осіб у зв'язку з подіями в Донецькій та Луганській областях.[818] Проте в Мінських домовленостях не міститься прямих положень щодо прийняття амністії, а лише вимога вжити необхідних заходів для її впровадження.

Після укладання угоди у вересні українська влада прийняла, а пізніше скасувала два законопроекти стосовно впровадження амністії, прийнятих відповідно до Мінського протоколу від 5 вересня.[819]

З 2015 року переговори «Нормандської четвірки» включали питання амністії. На останніх зустрічах «Нормандської четвірки», зокрема 9 грудня 2019 року та 30 квітня 2020 року, Росія підтвердила, що зобов'язання України проголосити амністію є однією з головних цілей, і закликала Україну запропонувати амністію членам сепаратистських рухів на Сході України для прискорення національного примирення.[820] Позиції української сторони неоднозначні. Наприклад, заступник

---

[818] 5. «Забезпечити помилування та амністію шляхом введення в силу закону, який забороняє переслідування та покарання осіб у зв'язку з подіями, які мали місце в окремих районах Донецької та Луганської областей України». «Повний текст Мінських угод» (*Financial Times,* 12 лютого 2015); «Забезпечити помилування та амністію шляхом введення в силу закону, який забороняє переслідування та покарання осіб у зв'язку з подіями, які мали місце в окремих районах Донецької та Луганської областей України». 'Minsk agreement on Ukraine Crisis: text in full' («Мінська угода щодо кризи в Україні: повний текст») (*The Telegraph*, 12 лютого 2015); 'Minsk Agreement: Full text in English' («Мінська угода: повний текст англійською мовою») (*УНІАН*, 12 лютого 2015).

[819] УВКПЛ, «Звіт з вивчення ситуації з прав людини в Україні» 15 грудня 2014, п. 24.

[820] 'Ніякого прориву на саміті Нормандської четвірки в Парижі' (*Центр східних досліджень*, 10 грудня 2019 року); Москва закликає Київ запропонувати амністію сепаратистам (Агентство Анадолу, 30 квітня 2020 року).

глави української делегації при Тристоронній контактній групі в Мінську Вітольд Фокін заявив, що для припинення конфлікту необхідно проголосити повну амністію.[821] Міністр внутрішніх справ України негайно відповів, що заява Фокіна є провокаційною та не відповідає національним інтересам України.[822] Спікер українського парламенту також відкинув ідею повної амністії.[823]

f) Правові норми

Амністія, яка забороняє кримінальне переслідування виконавців певних злочинів в певних обставинах, є основною причиною розбіжностей. Дехто стверджує, що амністія допомагає уникати покарання тим, хто виступив проти держави зі зброєю в руках, та порушує принципи відповідальності та правосуддя. Місцеві громади можуть сприйняти відсутність відповідальності як зраду тих, хто постраждав від рук злочинців. З іншого боку, вибіркова амністія може допомогти покласти край конфлікту, сприяти встановленню миру та примиренню між ворогуючими сторонами.[824] Наприклад, багато хто може остерігатись притягнення до відповідальності чи переслідування за збройну боротьбу проти держави й відмовлятись припинити боротьбу, поки загроза кримінального провадження залишається реальною. Амністія може стати вирішенням цієї проблеми.

Принцип «амністія в обмін на мир» не є новим. По суті, МКЧХ навіть висловлює думку, що МГП зобов'язує держави намагатися забезпечити "якомога широку" амністію у випадку неміжнародного збройного конфлікту.[825] Іншими словами, забезпечити, щоб за участь у конфлікті

---

[821] 'Фокін підтримує особливий статус для всього Донбасу, а не лише ОРДЛО' (*Новинарня*, 30 серпня 2020 року).
[822] 'Заявив члена ТКГ Фокіна не відповідають інтересам України, – Аваков' (*Новинарня*, 31 серпня 2020 року).
[823] 'Україна навряд чи "піде окремим шляхом" у питанні амністії учасників НЗФ, вважає спікер ВР' (Інтерфакс Україна, 31 серпня 2020 року).
[824] Періодично ООН підтримувало проведення амністій. Наприклад, в Південній Африці у 1960 роки (UN SC Res 190, UN Doc S/5761, 9 червня 1964; UN SC Res 191, UN Doc S/5773, 18 червня 1964, UN SC Res 473, UN Doc S/RES/473, 13 червня 1980; UN SC Res 581, UN Doc S/RES/581, 13 лютого 1986); Ангола в 1994 (UN SC Resolutions 1055, UN Doc S/Res/1055, 8 травня 1996; UN SC Res 1064, UN Doc. S/RES/1064, 11 липень 1996); Хорватія в 1997 (UN SC Res 1120); Сьерра-Леоне у 2000 (UN SC Res 1315, UN Doc S/RES/1315 (2002), 14 серпня 2000); Афганістан у 1991 та 1994 (UNGAR 46/136, 46 UN GAOR Succ. (No. 49), UN Doc. A/46/49 (1991), 17 грудня 1991; UNGAR 47/141, 47 UN GAOR Succ. (No. 49), UN Doc. A/47/49 (1991), 18 грудня 1991; UNGAR 48/152, 48 UN GAOR Succ. (No. 49), UN Doc. A/48/49 (1993), 20 грудня 1991; UNGAR 49/207, 49 UN GAOR Succ. (No. 49), UN Doc. A/49/49 (1994), 23 грудня 1994); і Косово в 1999 (UNGAR 53/164, 53 UN GAOR Succ. (No 49), UN Doc. A/RES/53/164 (1999), 25 лютого 1999).
[825] В цілях цього звіту вважається, що цей конфлікт є неміжнародним збройним конфліктом. Якби цей конфлікт класифікували як міжнародний збройний конфлікт, то застосовувалася б ст.43(2) першого Додаткового протоколу. Це передбачає, що військовослужбовці Сторони конфлікту є комбатантами, що означає, що вони мають право брати пряму участь у воєнних діях, і як наслідок, її не можна притягати до кримінальної відповідальності.. 1977, Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів міжнародного характеру

та за скоєні внаслідок цієї участі злочини не можна було переслідувати. Проте МГП не дозволяє амністувати будь-кого, і амністії повинні бути добре продуманими та цільовими. Обсяг амністії за МГП буде розглянуто нижче.

Хоч амністія може бути загальноприйнятною складовою конфлікту, якщо б Україні довелося ввести в дію закон, який передбачає бланкетну чи повну амністію, що перешкоджала б притягненню до відповідальності за всі без винятку злочинні діяння, вчиненні під час конфлікту, то це було б порушенням її зобов'язань у сфері МГП. Як було зазначено, МГП встановлює, що під час припинення бойових дій органи, які перебувають при владі, мають прагнути надати якомога ширшу амністію особам, які брали участь у неміжнародному збройному конфлікті, передбачаючи лише один виняток – особи, підозрювані чи обвинувачені у воєнних злочинах або інших міжнародних злочинах, не мають уникнути розслідування й притягнення до відповідальності.[826] Для цілей цієї глави передбачається, що конфлікт в Україні є неміжнародним збройним конфліктом. Проте якщо такий конфлікт буде кваліфіковано як міжнародний збройний конфлікт, то застосовуватиметься подібне правове положення.[827] Це передбачає, що військовослужбовці сторони міжнародного конфлікту є комбатантами, що означає, що вони мають *право* брати пряму участь у воєнних діях, і, як наслідок, їх не можна переслідувати за участь у воєнних діях з дотриманням норм МГП.[828] Проте конкретне та безпосереднє зобов'язання надати амністію застосовується лише до неміжнародних збройних конфліктів. Щодо неміжнародних і міжнародних збройних конфліктів, то є підстави вважати, що будь-яка амністія не охоплює серйозних порушень МГП.

Цей єдиний виняток з порядку застосування амністії має цікавий генезис. Як зазначає МКЧХ, саме СРСР із самого початку стверджував, що амністію не слід тлумачити як поняття, яке означає, що

(Перший протокол) (прийнятий 8 червня 1977 року) 1125 UNTS 3 ("перший Додатковий протокол") ст. 43(2).

[826] Додатковий протокол від 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (другий Протокол) (прийнятий 8 червня 1977 року) 1125 UNTS 609 ("другий Додатковий протокол") ст. 6(5): "5. Після припинення воєнних дій органи влади повинні прагнути надати якомога ширшу амністію особам, які брали участь у міжнародному збройному конфлікті, або особам, позбавленим волі через причини, пов'язані зі збройним конфліктом, незалежно від того, чи вони інтерновані чи ув'язнені. Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (том I, Cambridge University Press, 2009), С. 612.

[827] Перший Додатковий протокол, ст. 43(2).

[828] *Там само;* Хін-Янь Лю (Hin-Yan Liu), *Безкарність закону: Відповідальність і сучасна приватна військова компанія* (Law's Impunity: Responsibility and the Modern Private Military Company) (Bloomsbury, 2015) С. 53.

підозрювані у воєнних злочинах або злочинах проти людяності можуть уникнути покарання.[829] Мало хто не погоджується з цією думкою.[830] МКЧХ погоджується з цією позицією,[831] як і Генеральний секретар ООН[832] та Комісія ООН з прав людини.[833] Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії (далі - «МКТЮ») однозначно заявив, що воєнні злочини не можуть бути об'єктом амністії.[834]

Причина вилучення положень щодо серйозних порушень МГП з угод про амністію очевидна – припинення безкарності суб'єктів найтяжчих злочинів, що викликають занепокоєння міжнародного співтовариства. Це також суперечило б можливому обов'язку держав таких як Україна забезпечувати розслідування й притягнення до відповідальності осіб, підозрюваних у скоєнні міжнародних злочинів. Хоча законодавство постійно змінюється,[835] в залежності від природи злочину, держави можуть мати обов'язок (за міжнародними угодами чи 'звичаєвою' практикою міжнародного права)[836] переслідувати за міжнародні злочини, такі як воєнні злочини

---

[829] Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (том II, Cambridge University Press, 2005), С. 4032-4033, п. 716, цитується в СССР, Заява в CDDH, Official Records, Том IX, CDDH / I / SR.64, 7 червня 1976 р., С. 319, п. 85.
[830] Як зазначив МКЧХ. *Там само*, С. 4017-4044.
[831] Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (том I, Cambridge University Press, 2009), С. 612 *і далі.*
[832] Резолюції Ради Безпеки ООН по Хорватії та Сьєрра-Леоне підтвердили, що амністії не можуть стосуватися воєнних злочинів: Рада Безпеки ООН, Рез.1120, 14 липня 1997, UN Doc S/RES/1120 п. 7; Рада Безпеки ООН, Рез.1315, (14 серпня 2000), UN Doc S/RES/1315 преамбула.
[833] Комісія ООН з прав людини, Рез 2002/79 (25 квітня 2002) E/2002/23, п. 2.
[834] Трибунал зазначив, що національні амністії не можуть зупинити вступ в силу основних зобов'язань за міжнародним правом, *Прокурор проти Фурундзія* (Рішення) IT-95-17/1-T (10 грудня 1998) пп. 153-157.
[835] Ясмін Накві, «Амністія для воєнних злочинів: визначення меж міжнародного визнання» (2003) 85 Міжнародний огляд Червоного Хреста 851.
[836] Геноцид (Конвенція про запобігання злочину геноциду та покарання за нього від 1948 року, ст. I & IV); злочини проти людяності (Комітет з прав людини, загальний коментар № 31 (2004) в контексті загальних юридичних обов'язків, покладених на держав-учасниць Договору, п.18; Міжамериканський суд з прав людини, *Алмонасід-Ареллано та інші проти Чілі* (Рішення) 26 вересня 2006, пункт 114).
Воєнні злочини під час міжнародного збройного конфлікту (звичаєве міжнародне право (Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (vol I, Cambridge University Press, 2009), С. 607-611); зобов'язання згідно з чотирма Женевськими конвенціями щодо розшуку осіб, які можуть бути відповідальними за серйозні порушення Конвенцій).
Воєнні злочини під час міжнародного збройного конфлікту (звичаєве міжнародне право (Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (vol I, Cambridge University Press, 2009), С. 607-611); ст. 3, спільна для чотирьох Женевських конвенцій від 1949 року та Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року (перша Женевська конвенція від 1949 року про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, 75 UNTS 31, прийнята 12 серпня 1949; друга Женевська конвенція від 1949 року про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії зі складу збройних сил на морі, 75 UNTS 85, прийнята 12 серпня 1949 року; третя Женевська конвенція від 1949 року про поводження з військовополоненими, 75 UNTS 135, прийнята 12 серпня 1949; четверта Женевська конвенція від 1949 року про захист цивільного населення під час війни, 75 UNTS 287, прийнято 12 серпня 1949 року; перший Додатковий протокол від 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних

або злочини проти людяності.[837] Причиною постійних змін слугує мінлива природа міжнародного права. Встановити наявність обов'язку переслідувати за злочини проти людяності особливо важко. Припускають, що держави мають зобов'язання перед міжнародним співтовариством (зобов'язання *erga omnes*, які покладають універсальний обов'язок) забезпечувати притягнення до відповідальності за злочин геноциду, воєнні злочини та злочини проти людяності.[838] Таким чином, є підстави вважати, що обов'язок існує.

У цьому контексті актуальними є два приклади: Уганда та Сьєрра-Леоне – дві держави постконфліктного періоду, які ввели амністію. Спочатку Уганда ввела в дію Акт про амністію 2000

збройних конфліктів 1125 UNTS 3, прийнятий 8 червня 1977; другий Додатковий протокол від 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру, 1125 UNTS 609, прийнятий 8 червня 1977; Додатковий протокол від 2005 до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується прийняття додаткової відмітної емблеми, 2006 ATNIF 6, прийнятий 8 грудня 2005)).
Катування (Конвенція проти катувань та інших жорстоких, нелюдських або принижуючих гідність видів поводження та покарання (прийнята 10 грудня 1984, вступила в дію 26 червня 1987) 1465 UNTS 85 (CAT), ст. 4.1, 4.2 та 7.1; *Прокурор проти Анто Фурундзія* (Рішення) справа № IT-95-17/1-T (10 грудня 1998) п. 155); насильницьке зникнення (ГА ООН, 2006 Міжнародна конвенція про захист всіх осіб від насильницьких зникнень, Res A/RES/61/177, прийнята 20 грудня 2006, ст. 6.1, 7.1, 11.1, 24.4);
Право жертви отримати репарації та негайну, справедливу і адекватну компенсацію; *Квінтерос проти Уругваю*, Повідомлення № 107/1981, у *Вибрані рішення Комітету з прав людини за Факультативним протоколом*, том II (United Nations publication, Sales No. E.89.XIV.1); Європейський суд з прав людини, *Курт проти Туреччини* (Рішення) № 24276/94 (25 травня 1998); Міжамериканський суд з прав людини, справа *Веласкеса-Родрігеса* (Рішення) Series C, № 4 (29 липня 1988) п. 172.

[837] Жан-Марі Генкертс та Луїз Досвальд-Бек (вид.), *Звичаєве міжнародне гуманітарне право* (vol I, Cambridge University Press, 2009), С. 607-611: Держави повинні розслідувати воєнні злочини, що, як стверджується, вчинені їхніми громадянами або збройними силами, або на їхній території, та за наявності підстав притягати до відповідальності осіб, підозрюваних у вчиненні таких злочинів. Вони також повинні розслідувати інші воєнні злочини, щодо яких вони мають юрисдикцію, та за наявності підстав притягати до відповідальності осіб, підозрюваних у вчиненні таких злочинів.

[838] Міша Згонец-Рожей та Джоан Фоукс, «Міжнародні злочинці: екстрадуй чи переслідуй» (Chatham House, липень 2013 р.), С. 3, посилаючись на Комісію міжнародного права, «Обов'язок видачі або притягнення до відповідальності (aut dedere aut judicare)», дослідження Секретаріату, 18 червня 2010 р., Документ ООН. A / CN.4 / 630, пп. 126, 150; М. Шериф Бассіуні та Едвард М. Вайз, «Aut dedere aut judicare: Обов'язок видавати чи переслідувати у міжнародному праві» (Martinus Nijhoff, 1995), с. 52; Гай С. Гудвін-Гілл, «Злочин у міжнародному праві: обов'язки *erga omnes* і обов'язок притягнути до відповідальності», у Гай С. Гудвін-Гілл і Стефан Талмон (ред.), *Реальність міжнародного права, Нариси на честь Яна Браунлі* 199 (Оксфорд: Clarendon Press, 1999), с. 213, 220; *Прокурор проти Фурунджія* (Furundžija) (Рішення) IT-95-17/1-T (10 грудня 1998 року) п. 156; Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 2840 (XXVI) (UN General Assembly Resolution 2840 (XXVI)), 18 грудня 1971 року; Резолюція Генеральної Асамблеї ООН 3074 (XXVIII) (UN General Assembly Resolution 3074 (XXVIII)), 3 грудня 1973 року; Резолюції Ради безпеки ООН 1318 (2000) (UN Security Council Resolutions 1318 (2000)), 1325 (2000), 1379 (2001), 1612, (2005) 1674 (2006) 1820 (2008); Резолюція 1989/65 ЕКОСОР (ECOSOC Resolution 1989/65), 24 травня 1989 року; Резолюція Міжпарламентського союзу (МПС) (Inter-Parliamentary Union (IPU) Resolution), 112th IPU Assembly, 8 квітня 2005 року, Doc. No. 13; Генеральна асамблея Організації американських держав (Organisation of American States General Assembly), Res 2225 (XXXVI-0/06) 6 червня 2006 року, С. 252; Рафаель ван Стінберг, 'Зобов'язання видавати чи притягати до відповідальності, роз'яснення його природи' (2001) 9 Journal of International Criminal Justice 1089, С. 1100.

року (Amnesty Act 2000). Таким чином було передбачено бланкетну амністію для всіх без винятку членів Армії опору Господа (АОГ або LRA, Lord's Resistance Army), що добровільно здалися. У липні 2005 року МКС видав ордери на арешт представників вищої ланки АОГ за воєнні злочини та злочини проти людяності. Спільний консенсус полягав у тому, що межі застосування амністії незалежно від того, чи її підставою було законодавство, чи угода, досягнута внаслідок переговорів не могли бути розширені з метою охоплення серйозних порушень МГП та міжнародного права.[839]

Прикладом реалізації такої практики є Сьєрра-Леоне. Після громадянської війни в Сьєрра-Леоне було укладено Ломейську мирну угоду.[840] Ця мирна угода передбачала амністію. Пізніше в Статуті Суду по Сьєрра-Леоне однозначно зазначалося, що амністія, яка надається будь-яким особам, на яких поширюється юрисдикція за скоєння злочинів, передбачених в статуті, або інших серйозних порушень МГП, не буде перешкодою для їх переслідування.[841]

g) Аналіз

Як було зазначено вище, Україні дозволено оголосити амністію тим, хто бере участь у конфлікті на сході.[842] Багато мирних угод забезпечували амністію за скоєні злочини за виключенням певних серйозних порушень МГП, за які мають притягати до відповідальності. До цих прикладів належать:

- Громадянська війна в Гватемалі (1960-1996) між урядом та воєнізованими формуваннями. Закон про національне примирення від 1996 року амністував всіх, крім тих, хто скоїв найтяжчі воєнні злочини під час громадянської війни;[843]
- Колумбійський громадянський конфлікт (триває з 1964 року) між повстанцями/партизанами (зокрема, Революційні збройні сили Колумбії) та Урядом

---

[839] *Див.* Обговорення та посилання у: Емілі Кроуфорд, *Поводження з учасниками бойових дій та повстанцями за правом збройних конфліктів* (OUP, 2010), с. 110.

[840] Мирна угода між Урядом Сьєрра-Леоне та Революційним єдиним фронтом Сьєрра-Леоне, Ломе, Того, 7 липня 1999 року, ст. IX, додано до Листа від 12 липня 1999 від Тимчасово повіреного у справах Постійної місії Того при Організації Об'єднаних Націй до Голови Ради Безпеки ООН, S/1999/77, 12 липня 1999.

[841] Статут Спеціального суду по Сьєрра-Леоне, 2178 UNTS 138, 145, UN Doc S/2002/246, Додаток II, прийнятий 16 січня 2002, ст. 10: «Амністія, надана будь-якій особі, яка підпадає під юрисдикцію Спеціального суду у зв'язку зі злочинами, вказаними в ст.2 та 4 цього Статуту, не є перешкодою для кримінального переслідування».

[842] Другий Додатковий протокол, ст. 6(5).
5. Після припинення воєнних дій органи влади повинні прагнути надати якомога ширшу амністію особам, які брали участь у міжнародному збройному конфлікті, або особам, позбавленим волі через причини, пов'язані зі збройним конфліктом, незалежно від того, чи вони інтерновані чи ув'язнені.

[843] «Практика щодо Норми 159. Амністія» (Practice Relating to Rule 159. Amnesty) (МКЧХ), посилаючись на Гватемалу, Закон про національне примирення, 1996 р., ст. 8.

Колумбії. Уряд ввів у дію Закон про правосуддя та мир від 2005 року. Цей закон амністував членів збройних сил, які вирішили демобілізуватися, але не тих осіб, які скоїли найбільш серйозні порушення прав людини, такі як тероризм, викрадення людей або геноцид;[844]

- Алжирська громадянська війна (1991-1998) між світським Алжирським урядом та різними ісламістськими повстанськими угрупуваннями. Хартію про мир та національне примирення від 2005 року було введено в дію після загального референдуму. Вона гарантувала амністію всім комбатантам, які здали зброю, за винятком підозрюваних у масових бомбуваннях, масових вбивствах чи зґвалтуванні;[845] та
- Хорватська війна (1991–1996) між хорватськими урядовими силами та прихильниками Соціалістичної Федеративної Республіки Югославії. Акт про загальну амністію 1996 року (General Amnesty Act 1996) був уведений в дію для надання амністії тим, хто брав участь у боротьбі в межах конфлікту, за винятком осіб, причетних до «найсерйозніших порушень гуманітарного права» .[846]

Ці принципи можуть застосовуватися до ситуації в Україні. Україна має право надати амністію тим, хто воював під час конфлікту на Сході, щоб запобігти притягненню їх до відповідальності за причетність до війни проти України.

Проте, якщо Україна прийме закон про амністію, то цей закон має включати весь перелік міжнародних злочинів, за які передбачається кримінальне переслідування, незалежно від прийняття амністії. Як зазначалося вище, з метою належного дотримання своїх міжнародних зобов'язань до переліку злочинів, які не підпадають під амністію, також необхідно додати воєнні злочини (відповідно до ст. 438 Кримінального кодексу України) та всі інші можливі міжнародні злочини такі, як катування (ст. 127 Кримінального кодексу України).[847]

III. Вплив Заяв на співробітництво

Цей розділ присвячено розгляду зобов’язань, покладених на Україну за заявами про визнання юрисдикції МКС. У ньому також буде розглянуто наслідки відсутності співпраці з боку держави.

A. Зобов'язання співпрацювати з МКС

Україна повинна всебічно співпрацювати з МКС під час проведення розслідування Судом та здійснення ним кримінального переслідування. Ст.12(3) (положення, яке дозволяє подачу Заяв)

---

[844] *Там само.*
[845] *Там само.*
[846] *Там само.*
[847] Міжнародне партнерство з прав людини, «Впровадження амністії: перспективи надання амністії сторонам конфлікту в східній Україні» (січень 2016) С. 6-7.

однозначно передбачає, що Держава, яка подала Заяву, повинна співпрацювати з Судом без затримок або виключень відповідно до Частини 9 Римського статуту (ст.86-102). Ця Частина однаково застосовується до держав-учасниць і держав, які не є учасницями,[848] і встановлює загальні та спеціальні зобов'язання щодо співробітництва. Частина 9 зобов'язує співпрацювати з Судом для проведення розслідування. Вона передбачає, що держави повинні з-поміж іншого надавати документи, які встановлюють особу, збирати докази, опитувати осіб, проводити розшук та затримання,[849] доставку осіб до суду[850] та запобіжний арешт.[851] Ці питання будуть розглядатися в Частині 2(C).

З реальної світової практики важко навести приклади того, як Україна повинна співпрацювати з МКС, оскільки більшість вимог зі співробітництва стосуються питань, які не можуть доводитися до публічного відома, наприклад, розслідування воєнних злочинів, або конфіденційний ордер на арешт, який МКС може передати державі для арешту особи без інформування суспільства. Проте наступні приклади Кот-д'Івуару та Уганди надають уявлення про досвід МКС стосовно вимог до держави співпрацювати.

a) Кот-д'Івуар

У жовтні 2003 року Кот-д'Івуар подав заяву щодо злочинів, вчинених на його території після подій 19 вересня 2002 року. Держава стверджувала, що заява залишалася чинною станом на 18 грудня 2010 року.[852]

23 червня 2011 року Прокурор запросив у Палати попереднього провадження дозвіл для відкриття кримінального провадження щодо можливих злочинів, скоєних в Кот-д'Івуарі після 28 листопада 2010 року та закликати потерпілих направити своїх представників до Суду 17 червня 2011 року. Палата задовольнила це прохання 3 жовтня 2011 року.[853]

У звіті Прокурора про хід попереднього вивчення у тому році не було жодних прямих зауважень стосовно співробітництва.[854] Проте попередня співпраця з МКС була, очевидно, вражаючою. Наприклад, Кот-д'Івуар швидко передав Суду для судового розгляду і Лорана Куду Гбагбо (колишнього президента), і Шарля Бле Гуде (колишнього міністра з питань молоді та

---

[848] Римський статут, ст. 86.
[849] *Там само,* ст. 93(1).
[850] *Там само,* ст. 89.
[851] *Там само,* ст. 98.
[852] Рішення про надання дозволу у справі Кот-д'Івуару, п. 10.
[853] Канцелярія Прокурора, Звіт про дії стосовно попереднього вивчення (13 грудня 2011 року), п. 122.
[854] Канцелярія Прокурора, Звіт про дії стосовно попереднього вивчення (13 грудня 2011 року).

працевлаштування та лідера групи повстанців, які підтримали Гбагбо).[855] Проте після цього співпраця держави з МКС видається менш вражаючою. Наприклад, незважаючи на те, що президент Уаттара заявив Суду, що судова система Кот-д'Івуару не може розглядати найбільш серйозні злочини та переслідувати в судовому порядку найбільш відповідальних осіб, держава почала судове провадження проти дружини колишнього президента Сімони Гбагбо в Кот-д'Івуарі та відмовилася передати її МКС незважаючи на рішення МКС від грудня 2014 року, яке вказує на протилежне.[856]

b) Уганда

У грудні 2013 року Уганда ратифікувала Римський статут та передала до МКС ситуацію, що відбувалася на її території та стосувалася тривалої громадянської війни з АОГ. Після подання заяви юрисдикцію МКС було встановлено з 1 липня 2002 року.[857]

Дехто припускає, що Уганда не виконала зобов'язань зі співпраці, що стосувалися осіб, яких державі не вдалося заарештувати. У 2005 році було видано п'ять ордерів на арешт, всі на вищої ланки командирів АОГ, включаючи Джозефа Коні. Ордери на арешт були спочатку видані та таємно надіслані до Уганди, Демократичної Республіки Конго («ДРК») та Судану у вересні 2005 році.[858] Стверджувалось, що місцезнаходження більшості обвинувачених було загальновідомим. Тим не менш, окрім Домініка Онгуена (який здався збройним силам США у Центрально-Африканській Республіці[859]) не вдалося здійснити інші відповідні арешти, що, за деякими твердженнями, «підриває авторитет Суду» та не відповідає вимогам співпраці МКС.[860]

Уряд Уганди співпрацював з Судом щодо арешту та передачі Онгуена. Зважаючи на рішучу протидію МКС з боку президента Мусевені протягом останніх років багато людей очікували, що після того, як Онгуен здався в Центрально-Африканській Республіці, він буде переданий Уганді для притягнення до кримінальної відповідальності. Однак Мусевені наполягав, щоб МКС розглядав

---

[855] '«Врахування справедливості: уроки роботи МКС у Кот-д'Івуарі» *(HRW)*.
[856] *Прокурор проти Сімоне Гбагбо (*Апеляційне рішення щодо прийнятності) ICC-02/11-01/12-75-Red (27 травня 2015); Кот-д'Івуар, Передача Сімоне Гбагбо до МКС (Human Rights Watch, 11 грудня 2014 року).
[857] *Ситуація в Уганді* (Рішення про призначення) ICC-02/04-1 (5 липня 2004 року) Лист Прокурора від 17 липня 2004 року.
[858] *Ситуація в Уганді* (Рішення) ICC-02/04-01/05-27 (27 вересня 2005 року).
[859] Повстанець АОГ Домінік Онгуен здається Збройним Силам США в ЦАР (LRA rebel Dominic Ongwen surrenders to US forces in CAR) (*BBC News,* 7 січня 2015 року; Старший командир Армії опору Господа здається військам США (Senior Lord's Resistance Army commander surrenders to US troops) (*The Guardian*, 7 січня 2015 року).
[860] Хакан Фріман (Hakan Friman), 'Співпраця з Міжнародним кримінальним судом: деякі думки щодо вдосконалення в умовах сучасного режиму', в Mauro Politi і Federica Gioia, *Міжнародний кримінальний суд та національні юрисдикції* (Ashgate, 2008) с. 96 – 97.

справу Онгуена. Хоча це була очевидна демонстрація бажання співпрацювати, стверджувалося, що такий хід «створив потенційну політичну проблему» дозволяючи Уганді справити враження, що держава співпрацює з міжнародним правосуддям, забезпечуючи при цьому, що МКС фокусується лише на злочинах, вчинених повстанцями, а не урядом Мусевені.

B. Відмова від співробітництва

Відмова від співробітництва з МКС відповідно до положень ст. 9 може мати негативні наслідки для України. Якщо держава, яка не є учасницею (така як Україна), але робить заяву, не співпрацює з Судом, то Суд може повідомити про це АДУ, або, якщо ситуацію передано на розгляд Суду Радою Безпеки ООН, то про це також повідомляється Радбезу ООН. Таким чином, питання України може бути передано до АДУ, якщо вона не буде співпрацювати з МКС.[861] Ст.87(5)(b) передбачає:

> У тих випадках, коли держава, яка не є учасницею даного Статуту, яка досягла спеціальної домовленості або уклала угоду з Судом, відмовляється співпрацювати стосовно виконання прохань відповідно до будь-якої такої домовленості або угоди, Суд може проінформувати про це Асамблею держав-учасниць або, в тих випадках, коли це питання передається Суду Радою Безпеки, - Раду Безпеки

Справа Президента Судану Омара аль-Башира є прикладом, коли в АДУ було відкрито справу проти держави через її відмову співробітничати з Судом. У 2014 році аль-Башир відвідав декілька держав і, незважаючи на ордер на його арешт, ці держави не змогли його заарештувати. Як наслідок, Палата попереднього провадження II встановила факт відмови від співпраці під час візиту Президента аль-Башира до ДРК, зокрема, факт умисної відмови з боку ДРК заарештувати його.[862] Згодом про це рішення було повідомлено як Раді Безпеки ООН, так і АДУ.[863]

МКС підняв питання про відмову від співробітництва Уряду Лівії та передав цю справу на розгляд РБ ООН.[864] Приводом для цього стала неспроможність Лівії виконати два запита стосовно співпраці. Іншими словами, дані запити вимагали, щоб Лівія передала Саїфа аль-Іслама Каддафі, якому нещодавно МКС висунуло обвинувачення та який на той момент знаходився у Лівії, та повернула документи, які вона вилучила у його юридичної команди у 2012 році в регіоні Зінтану в

---

[861] Римський статут, ст. 87(5)(b).
[862] *Прокурор проти Омара Хасана Ахмада аль-Башира*, ICC-02/05-01/09, Рішення про співпрацю Демократичної Республіки Конго щодо арешту та здачі Омара Аль-Башира суду, С. 17.
[863] *Там само*. *Див*. Олімпія Беку та Дейлі Біркетт, Співпраця та Міжнародний кримінальний суд, С. 27.
[864] *Прокурор проти Саїфа Аль-Іслама Каддафі*, ICC-01/11-01/11, Рішення про невиконання Лівією запитів про співпрацю Суду та передача справи Раді Безпеки ООН, С. 16.

Лівії.[865] Проте РБ ООН лише рішуче підтвердила важливість всебічного співробітництва Уряду Лівії з МКС та Прокурором.[866]

У Римському статуті немає окремих положень стосовно видів заходів, яких може вжити АДУ при отриманні відмови.[376] АДУ не має повноважень застосовувати санкції до держави, і, таким чином, реакція Асамблеї на невідповідність обмежується дипломатичними або іншими політичними діями.[377] Зазвичай, офіційна реакція з'являється після направлення відмови до АДУ, та АДУ може прийняти «жорстку» резолюцію стосовно держави, яка не дотримується відповідних зобов'язань. Не має сумнівів в тому, що також будуть задіяні закриті дипломатичні канали з метою заохотити (або спонукати) до співпраці.[378]

[865] Звіт Бюро про відсутність співпраці, Асамблея держав-учасниць, ICC-ASP/14/38, п. 17; Рішення про невиконання Лівією запитів про співпрацю Суду та передача цього питання Раді Безпеки ООН, ICC-01/11-01/11-577, 10 грудня 2014 року, С.16.
[866] Звіт Бюро про відсутність співпраці, Асамблея держав-учасниць, ICC-ASP/14/38, п. 38.

Частина II(B): Які злочини підпадають під юрисдикцію МКС?

У цьому розділі визначаються злочини, які МКС може розслідувати, за які він може притягувати до відповідальності і засуджувати, а саме: геноцид, злочини проти людяності і воєнні злочини. Спочатку основна увага буде зосереджена на загальному описі цих трьох злочинів. У розділі, присвяченому злочинам проти людяності, буде обговорюватися звіти Прокурора МКС про попереднє вивчення. По-друге, у цьому розділі буде розглянуто злочин агресії. Нарешті, у ньому буде визначено, яким чином особа може нести відповідальність за один із таких злочинів у межах юрисдикції Суду.

I. Злочини відповідно до Римського статуту

МКС може розглядати чотири злочини: геноцид, воєнні злочини, злочини проти людяності та злочин агресії. Для встановлення наявності злочину має бути наведено два основні компоненти: (i) контекстуальні (або «супровідні») ознаки складу злочину та (ii) окремі (окреме) діяння, вчинені в такому контексті. Контекстуальні ознаки складу злочину є вирішальними та відрізняють злочини загальнокримінальної спрямованості від міжнародних злочинів (наприклад, вбивство в порівнянні із вбивством як злочином проти людяності). Для успішного притягнення до відповідальності ці контекстуальні ознаки складу злочину мають бути доведені на додаток до конкретних діянь, які становлять реалізацію злочину. Залежно від конкретних злочинів і форм (або типів) співучасті, ці компоненти містять різні правові ознаки, які також мають бути доведені поза будь-яким обґрунтованим сумнівом. Про ці вимоги йтиметься нижче.

A. Геноцид

Хоч~~а~~ навряд чи це стосується ситуації в Україні, але для встановлення факту злочину геноциду необхідна наявність наступних контекстуальних елементів:

- повинно бути вчинено діяння, зазначене в ст.6 Римського статуту; та
- таке діяння має бути вчинено з наміром знищити, повністю або частково, будь-яку національну, етнічну, расову або релігійну групу як таку.[867]

До дій, зазначених в ст.6, і які можуть розцінюватися як геноцид, належать: (i) вбивство членів групи; (ii) заподіяння тяжких тілесних ушкоджень або тяжкої психічної шкоди членам групи; (iii) умисне створення для будь-якої групи умов життя, розрахованих на її повне або часткове фізичне

[867] Римський статут, ст. 6.

знищення; (iv) вжиття заходів, спрямованих на запобігання дітонародженню в групі; (v) насильницька передача дітей однієї групи до іншої групи.

B. Злочини проти людяності

a) Контекстуальні елементи

Злочинам проти людяності властиві наступні контекстуальні елементи:

- здійснення «нападу»;
- напад був широкомасштабний або систематичний;
- напад було спрямовано проти цивільних осіб;
- напад було здійснено відповідно до або на виконання державної політики зі здійснення такого нападу;
- існує "причинно-наслідковий" зв'язок між можливим злочином та нападом;
- обвинувачений знав про напад та спосіб, у який його дії становили частину того нападу.[868]

«Елементи злочинів» МКС частково визначають, що:

> […] положення [стаття 7] відповідно до статті 22, повинні суворо тлумачитися з урахуванням того, що злочини проти людяності […] є одними з найбільш тяжких злочинів, що викликають стурбованість міжнародного співтовариства в цілому, обумовлюють і тягнуть за собою індивідуальну кримінальну відповідальність і передбачають вчинення діяння, яке є неприпустимим відповідно до загальноприйнятих норм міжнародного права, визнаними основними правовими системами світу.[869]
> […]
> Останні два елементи кожного злочину проти людяності описують контекст, в якому поведінка повинна мати місце. Ці елементи уточнюють, що мають бути наявні участь у широкомасштабному або систематичному нападі на цивільне населення та обізнаність про напад. Однак останній елемент не слід тлумачити як такий, що потребує доведення того, що виконавець був обізнаний про всі характеристики нападу або точні деталі плану чи політики держави чи організації. У випадку широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення формулювання умислу в останньому елементі вказує,

[868] Римський статут, ст. 7. *Див. також* МКС, Елементи Злочинів, Офіційні записи Асамблеї держав-учасниць Римського статуту Міжнародного кримінального суду, перша сесія, Нью-Йорк, 3-10 вересня 2002 року (Публікація ООН, номер продажу E.03.V.2 та виправлення), частина II.B («МКС Елементи злочинів»), с. 5.
[869] МКС Елементи злочинів, с. 5, п. 1.

вимоги до суб'єктивної сторони виконані, якщо виконавець мав намір сприяти такому нападу.[870]

Вимоги стосовно наявності «широкомасштабності або систематичності» та «цілеспрямованої політики» є неподільними. По-перше, елемент «широкомасштабності або систематичності» зазвичай називають «альтернативним» – напад має бути *або* широкомасштабним, *або* систематичним.[871] Терміни «широкомасштабний» чи «систематичний» не застосовуються до окремих діянь (таких як вбивство або переслідування), а лише до нападу в цілому.[872] «Широкомасштабність» стосується потерпілих і масштабу нападу, тобто коли встановлено, що це широкомасштабний напад, з'ясовано кількість потерпілих від цього нападу;[873] зокрема, напад «має бути масовим, багатократним, здійсненим у сукупності зі значною серйозністю і спрямованим проти великої кількості потерпілих» .[874] Це також може бути напад, здійснений на невеликій або великій території, але спрямований проти великої кількості цивільних осіб.[875] В

---

[870] *Там само,* с. 5, п. 2.

[871] *Ситуація в Республіці Кенія* (Рішення про надання дозволу) ICC-01/09-19-Corr (31 березня 2010 року) (далі – «Рішення про надання санкції щодо Кенії) п. 94.

[872] *Там само.*

[873] *Прокурор проти Ахмада Мухаммада Харуна (Ahmad Muhammad Harun) та Алі Мухаммада Алі Абд-аль- Рахмана (Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman)* (Рішення) ICC-02/05-01/07-1-Corr (27 квітня 2007 року) п. 62; *Там само*, (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/07-717 (26 вересня 2008 року), п. 394;
Там само, (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/05-01/09-3 (4 березня 2009 року) п. 81; *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-PierreBemba Gombo) (Рішення) ICC-01/05-01/08-424 (15 червня 2009 року) п. 83; *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Callixte Mbarushimana) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-01/04-01/10-1 (28 вересня 2010 року) п. 24; *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо* (Laurent Koudou Gbagbo) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/11-01/11-9-Red (30 листопада 2011 року) п. 49; *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04- 01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1123.

[874] *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-PierreBemba Gombo) (Рішення) ICC-01/05-01/08-424 (15 червня 2009 року) п. 83; *Там само,* (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-01/09-19-Corr (31 березня 2010), п. 95 *із посиланням* на МКТР (ICTR), *Прокурор проти Акайесу* (Akayesu) (Судове рішення) ICTR-96-4-T 2 (вересень 1998) п. 580; *Прокурор проти Мусеми* (Musema) (Судове рішення) ICTR-96-13-A (27 січня 2000 року), п. 204; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар* (Situation in the Republic of Côted'Ivoire) (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-02/11-14-Corr (3 жовтня 2011 року) п. 53; *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо* (Laurent Koudou Gbagbo) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/11-01/11-9-Red (30 листопада 2011 року) п. 49.

[875] *Прокурор проти Жермена Катанґи (Germain Katanga) та Матьє Нгуджоло Чуї (Mathieu Ngudjolo Chui)* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/07 (30 вересня 2008 року) пп. 394-395; *Прокурор проти Блашкіча* (Blaskić) (Судове рішення (Judgment)) IT-95-14-T (3 березня 2000 року) п. 206; *Прокурор проти Кордіча (Kordić) та Черкеза (Čerkez)* (Судове рішення) IT-95- 14/2-A (17 грудня 2004 року) п. 94. *Див. також*, Герхард Верле (Gerhard Werle), *Принципи міжнародного кримінального права* (Principles of International Criminal Law) (TMCAsser Press, 2005) С. 225, п. 656.

контексті широкомасштабного нападу вимога про наявність державної політики означає, що напад має бути організованим та здійснюватися за відповідним зразком.[876]

Як альтернатива, поняття «систематичний» стосується організаційної природи актів насильства та відсутності ймовірності їх випадкової реалізації.[877] Систематичний характер нападу може «часто виражатися через типовість злочинів, що означає регулярне невипадкове повторення подібної злочинної поведінки» .[878] Іншими факторами, які можуть бути актуальними для оцінки, чи був напад систематичним, є залучення значних державних або приватних ресурсів[879] і співучасть представників органів політичної та (або) військової влади високого рівня.[880]

Крім того, політика стосується, по суті, того факту, що держава чи організація має намір здійснити напад на цивільне населення – незалежно від того, чи вдавшись до дії, чи навмисної бездіяльності. МКС не вимагає наявності формального плану наміру. Явна сильна мотивація не є дуже важливою.[881] Наявність спланованого, спрямованого чи організованого нападу, на відміну від спонтанних або спорадичних актів насильства, буде достатньою для забезпечення відповідності цьому критерію.[882] У більшості випадків наявність політики у держави чи організації, з-поміж-

---

[876] *Прокурор проти Жермена Катанґи (Germain Katanga) та Матьє Нгуджоло Чуї (Mathieu Ngudjolo Chui)* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/07 (30 вересня 2008 року) п. 396.

[877] *Прокурор проти Ахмада Мухаммада Харуна (Ahmad Muhammad Harun) та Алі Мухаммада Алі Абд-аль- Рахмана (Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman)* (Рішення) ICC-02/05-01/07-1-Corr (27 квітня 2007 року) п. 62; *Там само,* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/07-717 (26 вересня 2008), п. 394; *Там само*, (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/05-01/09-3 (4 березня 2009 року) п. 81; *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-Pierre Bemba Gombo) (Рішення) ICC-01/05-01/08-424(15 червня 2009 року) п. 83; *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Callixte Mbarushimana) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-01/04-01/10-1 (28 вересня 2010 року) п. 24; *Прокурор проти Лорана Куду Ґбаґбо* (Laurent Koudou Gbagbo) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/11-01/11-9-Red (30 листопада 2011 року) п. 49; *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04-01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1123.

[878] *Ситуація в республіці Кенія* (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-01/09-19-Corr (31 березня 2010), п. 96; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар* (Situation in the Republic of Côted'Ivoire) (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC- 02/11-14-Corr (3 жовтня 2011 року) п. 54; *Там само,* (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/11-01/11-9-Red (30 листопада 2011), п. 49. *Див. також Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04-01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1123.

[879] *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/10 (16 грудня 2011 року), Особлива думка судді Монагенг, пункти 23-25; Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пункт 96, посилання на МКТР, Судова палата, *Прокурор проти Жан-Поля Акайесу* (Рішення) ICTR-96-4-T (2 вересня 1998) п. 580.

[880] *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/10 (16 грудня 2011 року), п. 23-25 з посиланням на МКТЮ, *Прокурор проти Тихомира Блашкіча* (Tihomir Blaskić) (Судове рішення) IT-95-14-T (3 березня 2000 року) п. 203.

[881] *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04-01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1107.

[882] *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-Pierre Bemba Gombo) (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/05-01/08-424 (15 червня 2009 року) п. 81.

іншого, випливатиме з наявності повторюваних дій в одній і тій самій послідовності чи підготовчих або мобілізаційних заходів, організованих або скоординованих державою чи організацією.[883] Така політика має передбачати багаторазове вчинення відповідних діянь. Вона також має бути спрямована проти будь-якого цивільного населення.[884] Цивільне населення має бути першочерговою ціллю нападу, а не випадковою.[885]

Не завжди легко помітити різницю між критеріями «систематичність» та «державна політика». Якщо напад, спрямований проти цивільних осіб, відбувається за певним зразком, то це може свідчити про наявність державної політики нападу відповідно до зразка. Це, у свою чергу, доводить систематичність нападу.[886] Проте наявність «державної політики» не є такою суворою вимогою, як «систематичність» .[887] Для того, щоб встановити наявність «державної політики» необхідно лише довести, що держава чи організація мала намір здійснити напад на цивільне населення.[888] Проте поняття систематичності дозволяє визначити природу нападу та закономірність послідовного здійснення або повторення, чи безперервного вчинення взаємопов'язаних, невипадкових актів насильства, які встановлюють наявність злочину проти людяності.[889]

i. Приклади «широкомасштабності або систематичності»

Два ілюстративні приклади елементів «широкомасштабності або систематичності» походять із справи *Гбагбо* і справи *Руто, Косґі і Санґа*, розглянутих МКС.

1) *Прокурор проти Гбагбо*

У справі *Гбагбо* Суд видав чітке керівництво стосовно злочинів проти людяності.[890] Вважалося, що Гбагбо несе відповідальність за скоєння таких злочинів проти людяності, як вбивство, зґвалтування та інші нелюдські діяння або за вчинення замахів на вбивство та переслідування.

---

[883] *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення за ст. 74 Римського статуту) ICC-01/04- 01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1109.
[884] *Там само,* п. 1102.
[885] *Там само,* п. 1104.
[886] *Там само,* п. 1111.
[887] *Прокурор проти Лорана Куду Гбагбо* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-02/11-01/11 (12 червня 2014) п. 216. *Див. також*, Дерріл Робінсон (Darryl Robinson), Злочини проти людяності: краща політика щодо «політики» (Crimes against Humanity: A Better Policy on 'Policy', in Carsten Stahn, *Право та практика Міжнародного кримінального суду* (OUP, 2015) С. 730.
[888] Римський статут, ст. 7; *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04- 01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1113.
[889] Римський статут, ст. 7; *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04- 01/07-3436 (7 березня 2014 року) п. 1113.
[890] *Прокурор проти Лорана Куду Гбагбо* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-02/11-01/11 (12 червня 2014).

Прокурор взяв за основу справи злочини, наведені нижче, скоєні під час чотирьох окремих інцидентів у м. Абіджан (Abidjan):

- напади 16–19 грудня 2010 року, пов'язані з протестами біля будівлі івуарійського радіо й телебачення (Ivorian Radio and Television), внаслідок яких було вбито 45 осіб, зґвалтувано 16 жінок і дівчат, а також завдано поранень щонайменше 54 особам;
- напад 3 березня 2011 року на учасниць жіночого протесту в районі Абобо (Abobo), внаслідок якого 7 осіб було вбито і 3 поранено;
- обстріл ринку в районі Абобо та його околиць 17 березня 2011 року, внаслідок якого було вбито щонайменше 40 осіб і 60 поранено;
- напад у районі Йопугон (Yopougon) орієнтовно 12 квітня 2011 року, внаслідок якого було вбито 75 осіб, зґвалтовано 22 жінки та завдано поранень 2 особам.[891]

Крім того, було висунуто обвинувачення в інших діяннях, включно з випадками зґвалтування 16 грудня 2010 року під час протесту й протягом наступних днів, а також 25 лютого 2011 року, коли було ймовірно зґвалтовано 9 жінок.[892] Також спостерігалось придушення протесту, включно із вбивством до 12 осіб під час протестів у період з 27–29 листопада 2010 року та вбивством учасників протесту на додаток до поранення інших осіб 4 грудня 2010 року.[893] Перелік інших діянь охоплював захоплення будівель, що призвели до смерті,[894] і 22 інших інциденти, які охоплювали відкриття вогню проти цивільного населення, вбивство цивільних осіб, викрадення та утримання осіб у військових таборах, а також такі діяння як спалення людей живцем, грабежі та вбивство осіб під час мінометного обстрілу.[895]

Палата розглянула питання, чи випливало з цього, що напад на цивільних осіб був широкомасштабним або систематичним. Вона встановила, що напад був масовим за своєю природою та, відповідно, *широкомасштабним*, оскільки він:[896]

- охоплював велику кількість діянь;
- був спрямованим проти значної кількості осіб;
- тривав протягом періоду понад чотири місяці; та
- вразив усе місто Абіджан – мегаполіс, який налічує понад три мільйони жителів.

---

[891] *Там само,* п. 17.
[892] *Там само,* п. 74.
[893] *Там само,* п. 75.
[894] *Там само,* п. 76.
[895] *Там само,* п. 77.
[896] *Там само,* пп. 224-225.

З огляду на кумулятивний ефект цієї послідовності насильницьких дій Палата висловила думку, що були суттєві підстави вважати, що напад був «широкомасштабним» відповідно до визначення у статті 7(1) Статуту.

Крім того, було встановлено, що цей напад був систематичним, оскільки докази свідчили про наявність суттєвих підстав вважати, що:

- підготовчих заходів щодо здійснення нападу було вжито заздалегідь.[897] Підготовчих заходів було вжито в політичній площині вдаючись до хабарництва й консолідувавши контроль над важелями влади, а також у військовій площині для отримання зброї та бойової техніки;[898]
- цей напад було сплановано і скоординовано.[899] Планування було здійснено за допомогою проведення регулярних зустрічей. Також було забезпечено регулярні інструктажі через генеральний штаб збройних сил та безперешкодний потік інформації, завдяки чому Ґбаґбо (Gbagbo) залишався посвяченим у подробиці ситуації.[900] Також є підстави вважати наявним зв'язок з мобілізацією молоді з метою насильницьких дій[901] та відсутністю санкцій чи запобігання насильству.[902]
- крім того, акти насильства, проаналізовані Палатою, свідчили про наявність чіткого алгоритму прояву насильства, спрямованого на учасників демонстрацій на підтримку Уаттари (Ouattara) чи активістів,[903] а також (у більш загальній перспективі) райони, жителів яких вважали прихильниками Алассана Уаттари (Alassane Ouattara), таких як мусульман.[904]

2) *Прокурор проти Уільяма Самуеля Руто (William Samoei Ruto), Генрі Кіпроно Косґеї (Henry Kiprono Kosgey) та Джошуа Арапа Санґи (Joshua Arap Sang)*

Прокурор стверджував, що кожен з нижченаведених злочинів був скоєний щонайменше одним з обвинувачених, кваліфікуючи їх як злочини проти людяності в контексті широкомасштабного чи систематичного нападу на представників цивільного населення:[905] вбивство; депортація чи насильницьке переміщення; переслідування за політичною належністю, підозра у скоєнні

---

[897] *Там само,* пп. 123-149.
[898] *Там само,* пп. 123-149.
[899] *Там само,* пп. 150-192.
[900] *Там само,* пп. 170-179.
[901] *Там само,* пп. 165-168.
[902] *Там само,* пп. 182-190.
[903] *Там само,* пп. 24-51, 75-76.
[904] *Там само,* пп. 52-72, 77.
[905] *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (23 січня 2012) п. 22.

вбивства, катуванні та депортації чи насильницькому переміщенні населення. Як стверджують, це відбувалось у місцевостях, серед яких м. Турбо (Turbo), район м. Елдорет (Eldoret) із прилеглими районами (Хурума (Huruma), Кіамбаа (Kiambaa), Кімуму (Kimumu), Лангас (Langas) та Ямумбі (Yamumbi)), м. Капсабет (Kapsabet) і Нанді Хіллз (Nandi Hills) у районі Уасин Гішу (Uasin Gishu) та районах Нанді (Nandi) Республіки Кенія.[906]

Справа стосувалася насильства на виборах у зв'язку з подіями, що розгорнулись відразу після оголошення результатів президентських виборів (зокрема 30 грудня 2007 року – 16 січня 2008 року). [907] Такі насильницькі дії охоплювали вбивство, заподіяння тілесних ушкоджень, переміщення та пошкодження майна. У справі стверджувалось, що напад був вчинений з дотриманням єдиної узгодженої злочинної стратегії різними групами народу календжін (Kalenjin) у різних містах.[908] Стверджують, що напад був спрямований проти цивільних осіб, зокрема – етнічних груп, яких вважали прихильниками Партії національної єдності (ПНЄ чи PNU, Party of National Unity) (здебільшого представники етнічних груп Кікуйю (Kikuyu), Камба (Kamba) та Кісіі (Kisii).[909]

Палата висловила думку, що існував план покарати прихильників ПНЄ (PNU), якщо вибори 2007 року були сфальсифіковані, зосередившись на вигнанні таких осіб з певних місцевостей.[910] Є підстави вважати, що для виконання плану було творено мережу виконавців злочинів. Ця мережа, як вбачається, мала структуру командування та встановлену ієрархію.[911] Крім того, вбачається, що вона володіла засобами для здійснення широкомасштабного чи систематичного нападу на цивільне населення, оскільки її члени мали доступ до значного обсягу капіталу, стрілецької зброї, примітивної зброї та людських ресурсів і використовували їх.[912]

Палата підійшла до тесту на «широкомасштабність» або «систематичність» окремо. Вона встановила, що були суттєві підстави вважати, що напад був широкомасштабним.[913] Докази, розглянуті в цілому, свідчили про те, що напад був масовим, характеризувався високою частотою,

---

[906] *Там само.*
[907] *Там само,* п. 167.
[908] Включно з м. Турбо, район м. Елдорет (Eldoret) із прилеглими районами (Хурума (Huruma), Кіамбаа (Kiambaa), Кімуму (Kimumu), Лангас (Langas) та Ямумбі (Yamumbi)), м. Капсабет (Kapsabet) і Нанді Хіллз (Nandi Hills) у районі Уасин Гішу (Uasin Gishu) та районах Нанді (Nandi) Республіки Кенія. *Там само,* п. 168.
[909] *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (23 січня 2012) пп. 164-167.
[910] *Там само,* п. 200.
[911] *Там само,* п. 197.
[912] *Там само,* п. 220.
[913] *Там само,* п. 176.

був здійснений колективно зі значним ступенем серйозності, а також був спрямований на значну кількість потерпілих серед цивільного населення. Суд висловив думку, що «про це свідчать географічні межі нападу, який охопив чотири різних місцевості у двох районах (Уасин Гішу та Нанді) провінції Ріфт- Валлі (Rift Valley Province)».[914] У зазначених в обвинуваченнях місцевостях показник масштабності згарищ та зруйнованої власності, тілесних ушкоджень і вбивств був одним із найвищих по всій території Кенії. Як наслідок, у районах Уасин Гішу та Нанді було зареєстровано кількість потерпілих, що була однією з найбільших серед показників рівня насильства в післявиборчий період у Кенії.[915] Насильство в районі Уасин Гішу (який охоплює м. Турбо, район м. Елдорет із прилеглими районами) призвело до смерті понад 230 осіб, заподіяння тілесних ушкоджень 505 особам і переміщення понад 5000 осіб.[916] У районі Нанді (який охоплює м. Капсабет і Нанді Хіллз) щонайменше 7 осіб було вбито й кілька будинків та об'єктів господарської діяльності було розграбовано і спалено.[917] Тисячі людей в м. Капсабет і Нанді Хіллз були змушені шукати притулку у відповідних поліцейських відділках або таборах для внутрішньо переміщених осіб у прилеглих районах.[918] Як наслідок, було встановлено, що напад відповідав критеріям тесту на «широкомасштабність».

Крім того, Палата встановила, що були суттєві підстави вважати, що напад був «систематичним». Спочатку Палата нагадала, що напад є систематичним, коли він передбачає «організований характер актів насильства і неможливість їх випадкового виникнення».[919] По-перше, Палата встановила, що під час підготовчого етапу нападу, а також під час його вчинення координатори відповідали за визначення будинків, які належали прихильникам ПНЄ для нападу в різних цільових місцевостях. Деякі з цих координаторів були згодом дислоковані на місцях, щоб надати підтримку виконавцям злочинів і забезпечити напад на обране майно та його спалення, а також переслідування прихильників ПНЄ. По-друге, докази вказували на те, що злочинці підійшли до цільових місцевостей одночасно у великих кількостях і з різних напрямків, на транспортних засобах, пішки чи обома способами. По-третє, виконавці злочинів встановили блокпости навколо таких місцевостей з метою перехоплення прихильників ПНЄ в разі їх спроби втекти, щоб зрештою вбити їх. На завершення, під час фактичного вчинення нападу виконавці злочинів застосовували

[914] *Там само,* п. 176.
[915] *Там само,* пп. 167-172, 176.
[916] *Там само.*
[917] *Там само.*
[918] *Там само.*
[919] *Там само,* п. 179 *посилання* на Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, п. 96.

бензин та інший легкозаймистий матеріал для систематичного спалення майна, що належало прихильникам ПНЄ.[920]

Таким чином, Палата встановила, що були суттєві підстави вважати, що напади, вчинені злочинцями у період 30 грудня 2007 року – 16 січня 2008 року на представників спільнот, яких вважали прихильниками ПНЄ, були широкомасштабними й систематичними.[921] Обвинувачення проти Рути й Санґа були підтверджені.[922]

b) *Види злочинів проти людяності*

Окремі діяння, що становлять злочини проти людяності, є менш обширними, ніж воєнні злочини. До них належать:

- Вбивство, кваліфіковане як злочин проти людяності.[923] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
  - Злочинець вбив одну або більше осіб;
  - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
  - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[924]
- Винищення, кваліфіковане як злочин проти людяності.[925] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
  - Злочинець вбив одну або більше осіб, у тому числі шляхом створення умов життя, розрахованих на винищення частини населення;
  - Діяння становило масове вбивство представників цивільного населення чи було вчинене в межах такого масового вбивства;
  - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та

---

[920] *Там само,* п. 179.
[921] *Там само,* п. 180.
[922] Однак обвинувачення, висунуті Косґі, не були підтверджені через недостатність доказів, які свідчили б про наявність істотних підстав для встановлення його кримінальної відповідальності. *Там само,* п. 293.
[923] Римський статут, ст. 7(1)(a).
[924] МКС Елементи злочинів, с. 5.
[925] Римський статут, ст. 7(1)(b).

- Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[926]

- Поневолення, кваліфіковане як злочин проти людяності.[927] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
  - Суб'єкт злочину здійснював будь-які чи всі правомочності, властиві праву власності щодо однієї чи більше осіб, зокрема через придбання, продаж, позику чи обмін такої особи чи осіб, або через застосування до них подібного ступеня позбавлення волі;
  - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
  - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[928]

- Депортація чи насильницьке переміщення населення, кваліфіковане як злочин проти людяності.[929] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
  - Суб'єкт злочину – без підстав, що допускаються міжнародним правом – здійснив депортацію чи насильницьке переміщення однієї або кількох осіб в іншу державу чи місцевість, вдавшись до виселення або інших примусових дій.
  - Присутність таких осіб у районі, з якого вони були депортовані чи переміщені, була законною.
  - Суб'єкт злочину знав про фактичні обставини, які обумовлювали законність такої присутності.
  - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
  - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[930]

---

[926] МКС Елементи злочинів, с. 6.
[927] Римський статут, ст. 7(1)(c).
[928] МКС Елементи злочинів, с. 6.
[929] Римський статут, ст. 7(1)(d).
[930] МКС Елементи злочинів, с. 6-7.

- Тюремне ув'язнення чи інше жорстоке позбавлення фізичної волі, кваліфіковане як злочин проти людяності.[931] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
    - Злочинець ув'язнив одну або декількох осіб або іншим способом жорстоко позбавив їх фізичної волі;
    - Тяжкість вчинених діянь була такою, що являла собою порушення основних норм міжнародного права.
    - Суб'єкт злочину знав про фактичні обставини, які обумовлювали тяжкість поведінки.
    - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
    - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[932]
- Катування, кваліфіковане як злочин проти людяності.[933] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
    - Злочинець навмисно заподіяв біль або страждання фізичні або психічні одній чи більше особам;
    - Така особа або особи перебували під вартою або під контролем злочинця;
    - Такий біль чи страждання не виникли лише внаслідок законного покарання (та не були властивими чи пов'язаними з ними;
    - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
    - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[934]
- Зґвалтування, кваліфіковане як злочин проти людяності.[935] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:

---

[931] Римський статут, ст. 7(1)(e).
[932] МКС Елементи злочинів, с. 6-7.
[933] Римський статут, ст. 7(1)(f).
[934] МКС Елементи злочинів, с. 7.
[935] Римський статут, ст. 7(1)(g)(1).

- Суб'єкт злочину посягнув на тіло особи, вчинивши діяння, наслідком якого було проникнення (навіть зовсім незначне) в будь-яку частину тіла потерпілого чи суб'єкта злочину статевим органом, або ж проникнення в анальний чи генітальний отвір потерпілого будь-яким предметом чи будь- якою частиною тіла;
- Таке посягання було скоєне з застосуванням сили чи з загрозою застосування сили або примусу (наприклад, викликаною страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою щодо потерпілого чи іншої особи, або використанням атмосфери, яка характеризується примусом), або ж таке посягання було скоєно щодо особи, нездатної дати справжню згоду;
- Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
- Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[936]

- Сексуальне рабство, кваліфіковане як злочин проти людяності.[937] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
  - Суб'єкт злочину здійснював будь-які чи всі правомочності, властиві праву власності щодо однієї чи більше осіб, зокрема через придбання, продаж позику чи обмін такої особи чи осіб, або застосування до них подібного ступеня позбавлення волі;
  - Суб'єкт злочину спричинив участь такої особи (чи осіб) в одному чи більше актах сексуального характеру;
  - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
  - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[938]

[936] МКС Елементи злочинів, с. 8.
[937] Римський статут, ст. 7(1)(g)(2).
[938] МКС Елементи злочинів, с. 8.

- Примушування до проституції, кваліфікований як злочин проти людяності.[939] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів
    - Суб'єкт злочину спричинив участь однієї чи більше осіб в одному чи більше актах сексуального характеру, застосувавши силу або вдавшись до загрози застосування сили чи примусу (наприклад, викликаної страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою щодо такої особи (чи осіб) або ж іншої особи) чи скориставшись атмосферою, що характеризується примусом, або нездатністю такої особи чи осіб дати справжню згоду;
    - Суб'єкт злочину (чи інша особа) одержав або очікував одержати матеріальну чи іншу вигоду в обмін на акти сексуального характеру, або ж у зв'язку з ними;
    - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
    - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[940]
- Примусова вагітність, кваліфікована як злочин проти людяності.[941] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
    - Суб'єкт злочину позбавив волі одну чи більше жінок, які завагітніли насильно, з метою зміни етнічного складу будь-якого населення чи скоєння інших серйозних порушень міжнародного права;
    - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
    - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[942]

[939] Римський статут, ст. 7(1)(g)(3).
[940] МКС Елементи злочинів, с. 9.
[941] Римський статут, ст. 7(1)(g)(4).
[942] МКС Елементи злочинів, с. 9.

- Примусова стерилізація, кваліфікована як злочин проти людяності.[943] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
    - Суб'єкт злочину позбавив одну чи більше осіб природної здатності до відтворення;
    - Діяння не було ні виправдане медичним чи стаціонарним лікуванням потерпілої особи чи осіб, ані здійснене за їх справжньою згодою;
    - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
    - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[944]
- Сексуальне насильство, кваліфіковане як злочин проти людяності.[945] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
    - Суб'єкт злочину вчинив акт сексуального характеру щодо однієї чи більше осіб чи спричинив участь однієї чи більше осіб в акті сексуального характеру, застосувавши силу, або вдавшись до загрози застосування сили чи примусу (наприклад, викликаної страхом перед насильством, грубим примусом, затриманням, психологічним тиском або зловживанням владою щодо такої особи (чи осіб) або ж іншої особи) чи скориставшись атмосферою, що характеризується примусом, або нездатністю такої особи чи осіб дати справжню згоду;
    - Тяжкість такого діяння можна порівнювати з тяжкістю будь-якого іншого діяння, визначеного у п. 1(є) ст. 7 Статуту.
    - Суб'єкт злочину знав про фактичні обставини, які обумовлювали тяжкість такого діяння.
    - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
    - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[946]

---

[943] Римський статут, ст. 7(1)(g)(5).
[944] МКС Елементи злочинів, с. 9.
[945] Римський статут, ст. 7(1)(g)(6).
[946] МКС Елементи злочинів, с. 10.

- Переслідування, кваліфіковане як злочин проти людяності.[947] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
    - Суб'єкт злочину всупереч міжнародному праву жорстоко позбавив одну або декількох осіб основних прав;
    - Суб'єкт злочину вчинив такі дії проти особи або осіб за ознакою приналежності до певної групи або спільноти або проти групи або спільноти як такої;
    - Таке переслідування було здійснено за політичними, расовими, національними, етнічними, культурними, релігійними, гендерними ознаками, як це визначено в пункті 3 ст. 7 Статуту, або з інших причин, які в усіх країнах визнаються неприпустимими відповідно до міжнародного права.
    - Діяння було вчинене у зв'язку з будь-яким актом, передбаченим у пункті 1 статті 7 Статуту, чи з будь-яким злочином, що підпадає під юрисдикцію Суду;
    - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
    - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[948]
- Насильницьке зникнення людей, кваліфіковане як злочин проти людяності.[949] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
    - Злочинець: (i) Заарештував, затримав або викрав одну чи більше осіб чи
    - (ii) відмовився визнати факт арешту, затримання або викрадення такої особи чи осіб, чи надати інформацію про долю або місцезнаходження зазначеної особи чи осіб;
    - Або: (i) такий арешт, затримання чи викрадення супроводжувались або відбулись під час відмови визнати факт позбавлення волі, чи надати інформацію про долю або місцезнаходження такої особи чи осіб, або (ii) така відмова відбулась до чи під час зазначеного позбавлення волі;
    - Суб'єкту злочину було відомо, що: (i) такий арешт, затримання чи викрадення супроводжуватиметься (за звичайного перебігу подій) відмовою визнати факт

[947] Римський статут, ст. 7(1)(h).
[948] МКС Елементи злочинів, с. 10.
[949] Римський статут, ст. 7(1)(i).

позбавлення волі чи надати інформацію про долю або місцезнаходження такої особи чи осіб, або (ii) така відмова супроводжувалась або відбулась під час позбавлення волі;

- Такий арешт, затримання або викрадення було здійснено за допомогою чи за погодженням, за підтримки чи за згодою держави або політичної організації;
- Така відмова визнати зазначене позбавлення волі чи надати інформацію про долю або місцезнаходження такої особи чи осіб відбулась за допомогою чи за погодженням або за підтримки такої держави чи політичної організації;
- Суб'єкт злочину мав намір позбавити таку особу чи осіб захисту закону на тривалий період;
- Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
- Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[950]

- Апартеїд, кваліфікований як злочин проти людяності.[951] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
  - Суб'єкт злочину вчинив нелюдське діяння щодо однієї чи більше осіб;
  - Таке діяння було діянням, вказаним у пункті 1 статті 7 Статуту, або діянням, подібним за своїм характером до будь-якого з вказаних діянь;
  - Суб'єкт злочину знав про фактичні обставини, які обумовлювали характер діяння.
  - Діяння було вчинено в контексті встановленого режиму систематичного гноблення та панування однієї расової групи над будь-якою іншою расовою групою чи групами;
  - Суб'єкт злочину мав намір збереження такого режиму за допомогою зазначеного діяння;
  - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
  - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[952]

---

[950] МКС Елементи злочинів, с. 11.
[951] Римський статут, ст. 7(1)(j).
[952] МКС Елементи злочинів, с. 12.

- Злочин проти людяності, кваліфікований як інші нелюдські діяння.[953] Для доведення вчинення такого діяння Прокурор МКС повинен довести наявність наступних елементів:
    - Злочинець заподіяв сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень або серйозних ушкоджень психічному чи фізичному здоров'ю шляхом вчинення нелюдських діянь;
    - Тяжкість такого діяння можна порівнювати з тяжкістю будь-якого іншого діяння, визначеного у п.1 ст. 7 Статуту.
    - Суб'єкт злочину знав про фактичні обставини, які обумовлювали тяжкість діяння.
    - Вчинене діяння є частиною широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення; та
    - Суб'єкт злочину знав, що таке діяння було чи мало бути вчинене в межах широкомасштабного або систематичного нападу, спрямованого проти цивільного населення.[954]

C. Воєнні злочини

a) Контекстуальні елементи

Воєнним злочинам властиві наступні "контекстуальні елементи":

- Обов'язковою є наявність збройного конфлікту міжнародного чи неміжнародного характеру. Воєнні злочини не стосуються внутрішніх заворушень та таких сутичок, як бунти, окремі та випадкові акти насильства або інші схожі акти;[955]
- Злочин повинен бути скоєний під час збройного конфлікту;[956] та
- Злочинець має знати про фактичні обставини, що вказують на наявність збройного конфлікту, який мається на увазі стосовно термінів «мав місце за цих обставин та був пов'язаний з».[957]

Крім цих контекстуальних елементів необхідно, щоб було доведено, що окремі кримінальні діяння є «воєнні злочини». Воєнний злочин визначається як поведінка, що становить серйозне порушення законів і звичаїв, застосовуваних під час війни, – незалежно від того, чи така війна є

---

[953] Римський статут, ст. 7(1)(k).
[954] МКС Елементи злочинів, с. 12.
[955] Римський статут, ст. 8(2)(d) та (f).
[956] Герхард Верле, Принципи міжнародного кримінального права (TMC Asser Press, 2005) С. 773-823, 833-847, 854-856.
[957] МКС Елементи злочинів, с. 13; Кнут Дорманн, *Воєнні злочини відповідно до Римського статуту МКС* (Cambridge University Press, 2003) С. 359.

міжнародним конфліктом чи неміжнародним збройним конфліктом. Ідеться про цілу низку видів поведінки – від катування та взяття заручників до розграбування та навмисних нападів на цивільних осіб. У статті 8 Римського статуту надано вичерпний перелік відповідних актів. Нижче буде окреслено ситуації, коли конфлікт є наявним, різницю між міжнародним і неміжнародним збройним конфліктом, а також вимогу обов'язкової наявності зв'язку між злочинним діянням і збройним конфліктом.

i. Наявність збройного конфлікту

Перший «компонент», який потрібно встановити перед розглядом воєнного злочину, це наявність збройного конфлікту. Хоча ні Римський статут, ні Елементи злочинів МКС (які допомагають МКС у тлумаченні злочинів, наведених у Римському статуті) не містять визначення того, що саме становить «збройний конфлікт» у межах статті 8, у справі *Лубанґи (Lubanga)* (спираючись на первісне формулювання у справі *Тадіча (Tadić)* в МКТЮ) Судова палата[958] встановила, що:

> […] збройний конфлікт є наявним, коли держави вдаються до використання збройної сили або коли існує тривале збройне насильство між урядовими силами та організованими збройними групами або між такими групами в державі. Міжнародне гуманітарне право застосовується з самого початку таких збройних конфліктів і продовжує застосовуватись після припинення бойових дій, поки не буде досягнуто укладення загального миру або досягнуто мирного врегулювання в разі внутрішнього конфлікту. До того моменту міжнародне гуманітарне право продовжує застосовуватися по *всій території* протиборчих держав або в разі внутрішніх конфліктів по всій території під контролем сторони конфлікту (незалежно від того, чи там ведуться фактичні бойові дії).[959]

Таким чином, є вказівка на збройне насильство між двома державами чи між державною владою та організованими збройними угрупованнями. Кожен із цих варіантів розглянуто нижче.

ii. Міжнародний збройний конфлікт

У контексті воєнних злочинів за Римським статутом (і в більш широкому сенсі – МГП в цілому) передбачено проведення грані між злочинами, скоєними під час міжнародного збройного

---

[958] *Прокурор проти Тадіча* (Tadić) (Рішення за клопотанням сторни захисту про проміжну апеляцію щодо юрисдикції) (Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction) Справа № ICTY-94-1-AR72
(2 жовтня 1995 року) (далі – «Рішення за клопотанням про проміжну апеляцію Тадіча» (Tadić Interlocutory Appeal Decision)) п. 79.

[959] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення) ICC-01/04-01/06 (14 березня 2012) («Рішення у справі Лубанги»), п. 533; *Прокурор проти Акайесу* (Судове рішення) ICTR-96-4-T (2 вересня 1998) пп. 619-21 та 625.

конфлікту та неміжнародного збройного конфлікту. Щодо міжнародних збройних конфліктів, то відповідно до статті 2(1), спільної для всіх чотирьох Женевських конвенцій 1949 року:

> […] дана Конвенція застосовується в усіх випадках 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 у всіх випадках часткової чи повної окупації території однієї з Високих Договірних Сторін, навіть якщо цій окупації не чиниться жодний збройний опір.[960]

Це визначає оголошення війни між державами та окупацією однієї держави іншою. За даними МКЧХ:

> Будь-який спір, що виникає між двома державами та призводить до вторгнення військовослужбовців, є збройним конфліктом за статтею 2, навіть якщо одна зі сторін не визнає стану війни. Немає значення, як довго триває такий конфлікт або наскільки серйозним є кровопролиття. Повага, яку слід виявляти до людської особистості як такої, не вимірюється кількістю потерпілих.[961]

У справі *Лубанґи (Lubanga)* Палата висловила думку, що збройний конфлікт є конфліктом міжнародного характеру, якщо:

> він відбувається між двома чи більше державами; це застосовується до часткової чи цілковитої окупації території іншої держави незалежно від того, чи така окупація зустрічає збройний спротив. Крім того, внутрішній збройний конфлікт, що виникає на території будь-якої держави, може стати міжнародним (або залежно від обставин мати міжнародний характер та існувати одночасно з внутрішнім збройним конфліктом), якщо (i) інша держава втрутиться в цей конфлікт своїми військами (безпосереднє втручання), або ж якщо (ii) деякі з учасників внутрішнього збройного конфлікту діють від імені іншої держави (опосередковане втручання).[962]

У випадках можливого опосередкованого втручання потрібно буде встановити, що іноземна держава мала «загальний контроль» над відповідним учасником, який не є державою, тобто що держава відігравала певну роль в «організації, координації чи плануванні військових дій

---

[960] Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях (прийнята, набрала чинності 21 жовтня 1950) 75 UNTS 31 («перша Женевська конвенція»), ст. 2; Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії зі складу збройних сил на морі (прийнята, набрала чинності 21 жовтня 1950) 75 UNTS 85 («друга Женевська конвенція»), ст. 2; Конвенція про поводження з військовополоненими (яка була прийнята та набула чинності 21 жовтня 1950 року) 75 UNTS 135 («третя Женевська конвенція»), ст. 4. 2; Конвенція про захист цивільного населення під час війни (яка була прийнята та набула чинності 21 жовтня 1950 року) 75 UNTS 287 («четверта Женевська конвенція»), ст. 2.

[961] МКЧХ, Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, Женева, 12 серпня 1949; Коментарі від 1952.

[962] *Судове рішення у справі Лубанґи* (Lubanga Trial Judgment), п. 295. *Див. також*, *Прокурор проти Делаліча та інших* (Судове рішення) IT-99-36-T (16 листопада 1998) п. 183.

воєнізованої групи, на додаток до фінансування, навчання та оснащення такої групи, або надання оперативної підтримки зазначеній групі».[963]

iii. Неміжнародний збройний конфлікт

Тест на наявність неміжнародних збройних конфліктів окреслено в статті 8(2)(f) Римського статуту, зокрема:

> Пункт 2(e) застосовується до збройних конфліктів неміжнародного характеру, а отже, не застосовується до випадків порушення внутрішнього порядку та виникнення атмосфери внутрішньої напруженості, таких як заколоти, окремі й спорадичні акти насильства та інші акти подібного характеру. Цей пункт застосовується до збройних конфліктів, що відбуваються на території держави, коли має місце тривалий збройний конфлікт між державною владою та організованими збройними групами чи між такими групами.[964]

З огляду на викладене вище, щоб довести наявність неміжнародного збройного конфлікту, сторона обвинувачення має продемонструвати (i) ступінь організації протиборчих сторін, а також (ii) що насильство досягло певного рівня інтенсивності.[965]

Від прокурорів не вимагається встановити, що група здійснювала контроль над частиною території держави, або ж що вона діяла під відповідальним командуванням. Ідеться про те, чи є вона достатньо організованою, щоб бути спроможною скоїти тривале збройне насильство. У справі *Лубанґи (Lubanga)* Судова палата визначила фактори, наведені нижче, як актуальні для аналізу:

> внутрішня ієрархія підрозділу чи групи; структура та регламент командування; ступінь наявності військової техніки, включно з вогнепальною зброєю; здатність підрозділу чи групи планувати військові операції та виконувати їх; масштаб, серйозність та

---

[963] *Прокурор проти Тадіча* (Tadić) (Апеляційне рішення) IT-94-1-A (15 липня 1999 року) п. 137.

[964] У коментарі МКЧХ до статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій, надано інформативні критерії встановлення наявності неміжнародного збройного конфлікту: 1. Сторона, яка постала проти влади *de jure*, володіє організованим військовим підрозділом; має керівний орган, відповідальний за її дії; діє в межах визначеної території; має засоби для дотримання та забезпечення дотримання Конвенції. 2. Чинна влада зобов'язана застосувати регулярні військові підрозділи проти повстанців, організованих як військовослужбовці, що володіють частиною національної території. 3. (a) Влада *de jure* визнала повстанців стороною, що воює, або (b) заявила про свої права як сторони, що воює, або (c) визнала повстанців стороною, що воює, лише в межах цієї Конвенції, або (d) до порядку денного Ради безпеки чи Генеральної Асамблеї ООН було внесено питання щодо цього спору як такого, що становить загрозу для міжнародного миру, порушення миру чи акт агресії». МКЧХ, Женевська конвенція (IV) про захист цивільного населення під час війни, Женева, 12 серпня 1949 року, Коментар від 1958 року.

[965] *Прокурор проти Джорджевіча (Dordević)* (Судове рішення) IT-05-87/1-T (23 лютого 2011 року) (далі – «Судове рішення у справі Джорджевіча» (Dordević Trial Judgment)) п. 1522.

> інтенсивність будь-якої воєнної участі.[966] Жоден з цих факторів не є вирішальним сам по собі. Цей тест (разом із наведеними критеріями) потребує гнучкого застосовування під час визначення Палатою, чи відповідна організація була організованою збройною групою – з огляду на вимогу статті 8(2)(f) Статуту, щоб збройна група була «організованою».[967]

Щодо другої вимоги, то щоб досягти рівня збройного конфлікту потрібно, щоб насильство було більше ніж спорадичним чи ізольованим, і суди підкреслювали, що акти бандитизму, неорганізовану й короткочасні повстання і терористичну діяльність вилучено з регулювання МГП.[968] У справі *Мркшіча (Mrkšić)* МКТЮ ще раз звернув увагу на основні ознаки, окреслені у справі *Тадіча (Tadić)*, зокрема

> серйозність нападів і потенційне зростання кількості збройних зіткнень, їх територіальне й часове поширення, кількісне зростання державних сил, мобілізація та розподіл зброї серед представників обох сторін конфлікту, а також питання, чи конфлікт привернув увагу Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй, і якщо – так, то чи були прийняті будь-які резолюції з цього питання.[969]

На завершення підкреслюється, що залежно від природи сторін бойових дій неміжнародний і міжнародний збройний конфлікти можуть відбуватись одночасно на одній території.[970]

iv. Збройний конфлікт та наявність зв'язку з можливими порушеннями

Після того, як наявність збройного конфлікту встановлено, МГП застосовується не лише на місці проведення бойових операцій, але й на всій території відповідної держави.[971] Це не означає, що всі злочини, скоєні під час збройного конфлікту можуть бути охарактеризовані як воєнні злочини. Щоб діяння підпадало під дію статті 8, сторона обвинувачення має довести, що діяння

---

[966] *Прокурор проти Лімая (Limaj) та ін.* (Судове рішення) IT-03-66-T (30 листопада 2005 року) (далі – «Судове рішення у справі Лімая» (Limaj Trial Judgment)) п. 90; *Прокурор проти Харадіная (Haradinaj) та ін.* (Судове рішення) IT-04-84-T (3 квітня 2008 року) п. 60; *Прокурор проти Бошкоскі* (Судове рішення) IT-04-82-T (10 липня 2008 року) пп. 199-203.

[967] Судове рішення у справі Лубанги ((Lubanga Trial Judgment), п. 537.

[968] Судове рішення у справі Джорджевіча, п. 1522.

[969] *Прокурор проти Мркшіча (Mrkšić) та ін.* (Судове рішення) IT-95-13/1-T (27 вересня 2007 року) па. 407. *Див. також*, Судове рішення у справі Лімая, п. 90; *Прокурор проти Тадіча (Tadić)* (Судове рішення) IT-94-1-T (7 травня 1997 року) (далі – «Судове рішення у справі Тадіча» (Tadić Trial Judgment), п. 565-567; *Прокурор проти Блашкіча (Blaškić)* (Судове рішення) IT-95-14-T (3 березня 2000 року) (далі – «Судове рішення у справі Блашкіча» (Blaškić Trial Judgment)), п. 64: «Не обов'язково встановлювати наявність збройного конфлікту в межах кожного відповідного муніципалітету. Достатньо встановити наявність конфлікту в межах цілого регіону, частиною якого є такі муніципалітети».

[970] Рішення за клопотанням про проміжну апеляцію Тадіча, п. 72-77; Судове рішення у справі Лубанґи (Lubanga Trial Judgment), п. 540; *Прокурор проти Жермена Катанги* (Рішення) ICC-01/04-01/07 (7 березня 2014) п. 1174.

[971] *Прокурор проти Багілішеми (Bagilishema)* (Судове рішення) ICTR-95-1A-T (7 червня 2001 року) п. 101.

підозрюваного відбулось «у контексті» та було «пов'язане зі» збройним конфліктом.[972] Вимога обов'язкової наявності зв'язку між можливим злочином і збройним конфліктом допомагає розрізнити діяння, за яке слід забезпечити притягнення до відповідальності як за воєнний злочин, і діяння, що має бути караним лише за національним кримінальним правом.

У справі *Кунараца (Kunarac)*, Апеляційна палата МКТЮ розглянула питання характеру вимоги обов'язкової наявності зв'язку, зазначивши, що:

> […] воєнний злочин формується на підставі чи залежить від певних умов, за яких його скоєно – збройного конфлікту. Не вимагається, щоб він був спланований чи скоєний, опираючись на певну форму політики. Не вимагається, щоб між збройним конфліктом і скоєнням злочину був причинно-наслідковий зв'язок, але наявність збройного конфлікту має щонайменше відігравати значну роль для забезпечення здатності суб'єкта злочину скоїти його, його рішення скоїти цей злочин, способу чи мети його скоєння. Отже, якщо може бути встановлено (як у цій справі), що суб'єкт злочину діяв з метою сприяння чи під приводом збройного конфлікту, цього буде достатньо для висновку, що його дії були тісно пов'язані з таким збройним конфліктом.[973]

У зазначеній справі Суд відхилив аргумент сторони захисту, що вимога обов'язкової наявності зв'язку є схожою на «нічого крім» тест (що передбачає безпосередній причинно-наслідковий зв'язок). Палата висловила думку, що «часто трапляються випадки, коли закони війни можуть охоплювати дії, по суті, пов'язані з конфліктом, хоча вони й не були скоєні на місці конфлікту».[974] Крім того, «закони війни не обов'язково мають витісняти закони, що регулюють ситуацію в мирний час; перші можуть слугувати джерелом елементів, потрібних для захисту, який слід надати потерпілим у воєнний час».[975]

З огляду на наведене вище потрібно буде, щоб Суд переконався в наявності достатнього зв'язку між оскаржуваним діянням і бойовими діями з погляду географічного й часового охоплення, і це буде питанням факту.[976] Нижче наведено фактори, що вважаються особливо актуальними, але не вирішальними під час визначення, чи злочин підпадає під кваліфікацію воєнного злочину:

- Суб'єкт злочину є комбатантом;
- Потерпілий не є комбатантом;

---

[972] МКС Елементи злочинів, с. 13.
[973] *Прокурор проти Драголюба Кунараца (Dragoljub Kunarac) та ін.* (Апеляційне рішення) IT-96-23 та IT-96-23/1-A (12 червня 2002 року) (далі – «Апеляційне рішення у справі Кунараца» (Kunarac Appeal Judgment)) п. 58.
[974] Апеляційне рішення у справі Кунараца (Kunarac Appeal Judgment), п. 60.
[975] *Там само,* п. 60.
[976] *Прокурор проти Стакіча (Stakić)* (Апеляційне рішення) IT-97-24-A (22 березня 2006 року) (далі – «Судове рішення у справі Стакіча» (Stakić Appeals Judgment)), п. 343–347.

- Потерпілий належить до протилежної сторони конфлікту;
- Можна сказати, що діяння було спрямоване на досягнення кінцевої мети військової кампанії; та
- Злочин скоєно в межах або в контексті службових обов'язків суб'єкта злочину.[977]

У справі *Рутаґанди (Rutaganda)* Міжнародний кримінальний суд для Руанди (далі – «МКТР») докладно зосередився на тесті, сформульованому у справі *Кунараца (Kunarac) та ін.*:

> По-перше, вислів «під приводом збройного конфлікту» не означає просто «у той самий час, що і збройний конфлікт» і (чи) «за будь-яких обставин, частково створених збройним конфліктом». Наприклад, якщо особа, яка не є комбатантом, скористалася перевагою зниженої ефективності поліції в умовах безладу, спричиненого збройним конфліктом, для вбивства сусіда, якого вона ненавиділа протягом років, це не становитиме воєнного злочину без наявності інших елементів ... Однак обвинувачені у справі *Кунараца (Kunarac)*, наприклад, були комбатантами, які скористалися своїми владними військовими повноваженнями для зґвалтування осіб, переміщення яких було безпосередньою метою військової кампанії, в якій вони (обвинувачені) брали участь. По-друге, як зазначено в пункті 59 Апеляційного рішення у справі *Кунараца* (Kunarac Appeal Judgement), визначення тісного зв'язку між конкретними правопорушеннями та збройним конфліктом зазвичай потребує розгляду низки факторів, а не лише одного. Особливої уваги потребують випадки, коли обвинувачений не є комбатантом.[978]

Зі свого боку МКС схвалив підхід *спеціальних* трибуналів (*ad hoc* tribunals), зокрема МКТЮ. У справі *Катанґи (Katanga)* Судова палата МКС висловила думку, що:

> діяння суб'єкта злочину мало бути тісно пов'язаним з бойовими діями, що відбувались у будь-якій частині територій, контрольованих сторонами конфлікту. Лише збройний конфлікт не слід розглядати як причину діяння суб'єкта злочину, і не обов'язково, щоб таке діяння було вчинено в розпал бою.[979]

b) Окремі діяння

Нижче наведено окремі діяння, що становлять воєнні злочини, які можуть бути скоєні під час міжнародного збройного конфлікту:

---

[977] Апеляційне рішення у справі Кунараца (Kunarac Appeal Judgment), п. 59. *Див. також, Прокурор проти Камуханди (Kamuhanda)* (Судове рішення) ICTR-95-54A-T, (22 січня 2004 року) (далі – «Судове рішення у справі Камуханди» (Kamuhanda Trial Judgment)) п. 734-35: «ці критерії не охоплюють усіх чинників, що вакзують на наявність тісного зв'язку між певним правопорушенням і збройним конфліктом».
[978] *Рутаґанда (Rutaganda) проти Прокурора* (Апеляційне рішення) ICTR-96-3-A (26 травня 2003 року) п. 570.
[979] Судове рішення у справі Катанґи (Katanga Trial Judgment), п. 1176.

- Серйозні порушення Женевських конвенцій:
    - Умисне вбивство;
    - Катування чи нелюдське поводження, включно з біологічними експериментами;
    - Умисне заподіяння сильних страждань або серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю;
    - Незаконне, безглузде та широкомасштабне знищення і привласнення майна, не викликане воєнною необхідністю;
    - Примушення військовополоненого чи іншої особи, що перебуває під захистом, до служби у збройних силах ворожої держави;
    - Умисне позбавлення військовополоненого чи іншої особи, що перебуває під захистом, права на справедливе й належне судочинство;
    - Незаконна депортація чи переміщення або незаконне позбавлення волі; та
    - Взяття заручників.[980]
- Інші серйозні порушення законів і звичаїв війни:
    - Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке чи окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях;
    - Умисне спрямування нападів на цивільні об'єкти, тобто об'єкти, що не є воєнними цілями;
    - Умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи чи транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги або місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй, за умови, що вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи чи цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів;
    - Умисне вчинення нападу з усвідомленням того, що такий напад призведе до випадкової загибелі або поранень цивільних осіб чи завдасть шкоди цивільним об'єктам або значної, тривалої та серйозної шкоди навколишньому природному середовищу, яка буде очевидно надмірною з огляду на конкретну та безпосередньо очікувану загальну військову перевагу;
    - Напад на незахищені і такі, що не є воєнними цілями, міста, села, помешкання чи будівлі, або їх обстріл із застосуванням будь-яких засобів;

[980] Римський статут, ст. 8(2)(a)(i)-(viii).

- Вбивство або поранення комбатанта, який, склавши зброю чи не маючи більше засобів захисту, беззастережно здався;
- Неналежне використання прапора парламентера, прапора або військових знаків розрізнення та форми ворога чи Організації Об'єднаних Націй, а також розпізнавальних емблем, встановлених Женевськими конвенціями, наслідком чого є загибель людей чи заподіяння їм серйозних фізичних ушкоджень;
- Переміщення, безпосередньо чи опосередковано, окупаційною державою частини її цивільного населення на окуповану нею територію чи депортація або переміщення всього населення окупованої території чи окремих його частин у межах або за межі цієї території
- Умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, лікарні та місця зосередження хворих і поранених, за умови, що вони не є воєнними цілями;
- Заподіяння особам, які перебувають під владою ворожої сторони, фізичного каліцтва чи здійснення над ними медичних або наукових експериментів будь-якого характеру, що не є обґрунтованими потребою в медичному, стоматологічному лікуванні чи лікарняному догляді відповідної особи і здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб;
- Підступне вбивство або поранення осіб, що належать до ворожої нації чи армії;
- Заява про те, що пощади не буде;
- Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли такого знищення або захоплення нагально вимагає воєнна необхідність;
- Оголошення скасованими, припиненими чи неприйнятними в суді прав і позовів громадян ворожої сторони;
- Примушення громадян ворожої сторони до участі у воєнних діях проти їхньої власної країни, навіть якщо вони перебували на службі сторони, що перебуває у стані війни, до її початку;
- Розграбування міста чи населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом;
- Застосування отрути чи отруєної зброї;
- Застосування задушливих, отруйних чи інших газів і будь-яких аналогічних рідин, матеріалів або засобів;
- Застосування куль, що легко розриваються чи сплющуються в тілі людини, таких як оболонкові кулі, тверда оболонка яких не вкриває всього сердечника чи має надрізи;

- Застосування зброї, боєприпасів і матеріалів, а також методів ведення війни такого характеру, що спричиняють надмірні ушкодження або непотрібні страждання, чи які є невибірковими за своєю сутністю, порушуючи норми міжнародного права збройних конфліктів, за умови, що така зброя, такі боєприпаси, матеріали і методи ведення війни є предметом всебічної заборони, та внесеними до додатку до цього Статуту за допомогою поправки згідно з відповідними положеннями, викладеними у статтях 121 і 123;
- Посягання на людську гідність, зокрема образливе та принизливе поводження;
- Зґвалтування, сексуальне поневолення, примушування до проституції, примусова вагітність – згідно з визначенням, наданим у підпункті f пункту 2 статті 7, примусова стерилізація та будь-які інші види сексуального насильства, які також становлять серйозні порушення Женевських конвенцій.
- Використання присутності цивільної особи чи іншої особи, що перебуває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від воєнних дій;
- Умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби та персонал, який згідно з міжнародним правом використовує розпізнавальні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями;
- Умисне використання голоду серед цивільного населення як засобу ведення війни, позбавляючи таке населення об'єктів, необхідних для його виживання, включно з умисним створенням перешкод для надання допомоги, як це передбачено Женевськими конвенціями;
- Набір або вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил чи їх використання для активної участі у воєнних діях.[981]
- Застосування зброї, що містить мікробні або інші біологічні речовини, або токсини, незалежно від їх походження або способу виробництва;[982]
- Застосування зброї, основним наслідком якої є травмування осколками, які в організмі людини неможливо виявити рентгенівськими променями;[983]
- Застосування спеціально розробленої лазерної зброї, що в якості своєї єдиної бойової функції або як однієї з бойових функцій викликає постійну втрату зору

[981] Римський статут, ст. 8(2)(b)(i)-(xxvi).
[982] МКС Асамблея держав-учасниць, Резолюція ICC-ASP/16/Res.4, 12-те пленарне засідання, 14 грудня 2017 року (прийнято консенсусом).
[983] *Там само.*

людини, що не використовує оптичні прилади, тобто для неозброєного ока, або ока, що використовує пристрої для корекції зору.[984]

Перелік воєнних злочинів в умовах неміжнародного збройного конфлікту охоплює:

- Порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій:
    - Посягання на життя та фізичну недоторканність, зокрема вбивство в будь-якій формі, заподіяння каліцтва, жорстоке поводження і катування;
    - Посягання на людську гідність, зокрема образливе та принизливе поводження;
    - Взяття заручників;
    - Засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином та який надає судові гарантії, загальновизнані як необхідні.[985]
- Інші серйозні порушення законів і звичаїв війни:
    - Умисне спрямування нападів на цивільне населення як таке чи окремих цивільних осіб, що не беруть безпосередньої участі у воєнних діях;
    - Умисне спрямування нападів на будівлі, матеріали, медичні установи й транспортні засоби та персонал, який згідно з міжнародним правом використовує розпізнавальні емблеми, встановлені Женевськими конвенціями;
    - Умисне спрямування нападів на персонал, об'єкти, матеріали, підрозділи чи транспортні засоби, задіяні в наданні гуманітарної допомоги або місії з підтримання миру відповідно до Статуту Організації Об'єднаних Націй за умови, що вони мають право на захист, яким користуються цивільні особи чи цивільні об'єкти згідно з міжнародним правом збройних конфліктів;
    - Умисне спрямування нападів на будівлі, призначені для релігійних, освітніх, мистецьких, наукових чи благодійних цілей, історичні пам'ятники, лікарні та місця зосередження хворих і поранених за умови, що вони не є воєнними цілями
    - Розграбування міста чи населеного пункту, навіть якщо його захоплено штурмом;
    - Зґвалтування, сексуальне поневолення, примушування до проституції, примусова вагітність згідно з визначенням, наданим у підпункті (f) пункту 2 статті 7, примусова стерилізація та будь-який інший вид сексуального насильства, який також

[984] *Там само.*
[985] Римський статут, ст. 8(2)(c)(i)-(iv).

становить серйозне порушення статті 3, спільної для чотирьох Женевських конвенцій;

- Набір чи вербування дітей віком до п'ятнадцяти років до складу національних збройних сил або угрупувань, чи їх використання для активної участі у воєнних діях;
- Віддання розпоряджень про переміщення цивільного населення з причин, пов'язаних з конфліктом, якщо потребу в цьому не викликано вимогами гарантування безпеки зазначених цивільних осіб чи нагальною воєнною необхідністю;
- Підступне вбивство чи поранення комбатанта ворога;
- Заява про те, що пощади не буде;
- Заподіяння особам, які перебувають під владою іншої сторони конфлікту, фізичного каліцтва чи здійснення над ними медичних або наукових експериментів будь-якого характеру, що не є обґрунтовано потребою в медичному, стоматологічному лікуванні чи лікарняному догляді відповідної особи і здійснюються не в її інтересах та які призводять до смерті або серйозно загрожують здоров'ю такої особи чи осіб;
- Знищення або захоплення майна ворога, крім випадків, коли такого знищення або захоплення нагально вимагає конфлікт;
- Застосування отрути чи отруєної зброї;
- Застосування задушливих, отруйних чи інших газів і будь-яких аналогічних рідин, матеріалів або засобів;
- Застосування куль, що легко розриваються чи сплющуються в тілі людини, таких як оболонкові кулі, тверда оболонка яких не вкриває всього сердечника чи має надрізи;[986]
- Застосування зброї, що містить мікробні або інші біологічні речовини, або токсини, незалежно від їх походження або способу виробництва;[987]
- Застосування зброї, основним наслідком якої є травмування осколками, які в організмі людини неможливо виявити рентгенівськими променями;[988]
- Застосування спеціально розробленої лазерної зброї, що в якості своєї єдиної бойової функції або як однієї з бойових функцій викликає постійну втрату зору

[986] Римський статут, ст. 8(2)(e)(i)-(xv).
[987] МКС Асамблея держав-учасниць, Резолюція ICC-ASP/16/Res.4, 12-те пленарне засідання, 14 грудня 2017 року (прийнято консенсусом).
[988] *Там само.*

людини, що не використовує оптичні прилади, тобто для неозброєного ока, або ока, що використовує пристрої для корекції зору.[989]

- Умисне використання голоду серед цивільного населення як засобу ведення війни, позбавляючи таке населення об'єктів, необхідних для його виживання, включно з умисним створенням перешкод для надання допомоги, як це передбачено Женевськими конвенціями.[990]

II. Злочин агресії

У Римському статуті злочин агресії визначено як один із чотирьох злочинів, за які МКС може притягнути до відповідальності відповідно до Римського статуту.[991] Як згадувалося у Главі 1, Частині 1, положення Римського статуту щодо злочину агресії набули чинності 17 липня 2018 року.

Як зазвичай відбувається на міжнародних переговорах стосовно укладення міжнародного договору, статус злочину агресії став результатом компромісу, який вдалося досягти протягом переговорів щодо Статуту Суду в Римі.[992] Якщо коротко, то в обмін на обіцянку включити злочин агресії до Римського статуту не було надано його визначення і не передбачено умови здійснення юрисдикції щодо цього злочину. Статут фактично відтерміновує прийняття злочину на пізніше:

Суд може здійснювати юрисдикцію щодо злочинів агресії лише після того, як будуть прийняті положення у відповідності зі статтями 121 та 123,[993] які визначатимуть поняття злочину та умови, за яких Суд може здійснювати юрисдикцію щодо вказаного злочину. Таке положення має відповідати відповідним положенням Статуту ООН.[994]

A. Зміни щодо злочину агресії у 2010 році

З 31 травня по 11 червня 2010 року в Кампалі, Уганда, проводилася Конференція з огляду Римського статуту для внесення поправок до нього з метою включення визначення злочину агресії і визначення умов для здійснення Судом юрисдикції щодо цього злочину.[995] Ці поправки стали результатом багаторічної підготовчої роботи, проведеної Спеціальною робочою групою з

---

[989] *Там само.*
[990] МКС Асамблея держав-учасниць, Резолюція ICC-ASP/18/ Res.5, 9-те пленарне засідання, 6 грудня 2019 року (прийнято консенсусом).
[991] Римський статут., ст. 5.
[992] *Там само,* ст. 5(2); Асамблея держав-учасниць Міжнародного кримінального суду, резолюція Res RC/Res.6, 13-те пленарне засідання, 11 червня 2010 року (прийнято консенсусом) (далі – «Резолюція щодо агресії»).
[993] Ст. 121 Римського статуту стосується «Поправок» та ст. 123 стосується «Огляду Статуту».
[994] *Там само,* ст. 5(2).
[995] МКС, Конференція з огляду Римського статуту Міжнародного кримінального суду, (Кампала, 31 травня – 11 червня 2010 року) (Офіційні записи, RC/9/11).

питань злочину агресії, яка працювала над цим питанням з 2003 по 2009 рік, і, нарешті, погодила визначення, яке було прийнято на конференції в Кампалі.[996] Таким чином, в центрі уваги конференції, в першу чергу, були переговори стосовного того, як МКС може розглядати злочин агресії.

B. Елементи злочину агресії

a) Визначення

Статтю *8bis*, яка визначає злочин агресії, було внесено до Римського статуту після прийняття на Кампальській конференції.[997] Вона викладена наступним чином:[998]

> 1. Для цілей цього Статуту «злочин агресії» означає планування, підготовку, ініціювання або здійснення особою, яка спроможна фактично здійснювати керівництво або контроль над політичними або воєнними діями держави, акта агресії, який в силу свого характеру, серйозності та масштабу є грубим порушенням Статуту Організації Об'єднаних Націй.
> 2. В цілях пункту 1 «акт агресії» означає застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності чи політичної незалежності іншої держави, або в будь-який інший спосіб, що суперечить Статуту Організації Об'єднаних Націй; Будь- яке з наступних діянь, незалежно від оголошення війни, буде кваліфікуватися відповідно до Резолюції 3314 (XXIX) Генеральної Асамблеї Організації Об'єднаних Націй від 14 грудня 1974 року як акт агресії:
>
> (а) вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, що є результатом такого вторгнення або нападу, який би тимчасовий характер вона не мала, або будь-яка анексія із застосуванням сили на території іншої держави або її частини;
> (б) бомбардування збройними силами держави території іншої держави або застосування будь-якої зброї державою проти території іншої держави;
> (в) блокада портів або берегів держави збройними силами іншої держави;
> г) напад збройними силами держави на суходільні, морські або повітряні сили або морські та повітряні флоти іншої держави;
> д) застосування збройних сил однієї держави, які знаходяться на території іншої держави відповідно до угоди з приймаючою державою в порушення умов, передбачених в угоді, або будь-яке продовження їх перебування на такій території після припинення дії угоди;

---

[996] *Там само,* Додаток III, с. 45 *тощо*.
[997] Резолюція щодо агресії.
[998] Відповідно до процедури, зазначеної в ст. 121 Римського статуту.

> ж) дії держави, яка дозволяє, щоб її територія, яку вона надала в розпорядження іншої держави, використовувалась цією другою державою для здійснення акту агресії проти третьої держави;
> з) посилання державою або від імені держави збройних банд, груп, нерегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави, які мають такий серйозний характер, що це рівносильно перерахованим вище актам або її значній участі в них.[999]

Відповідно, положення, в якому визначено цей злочин, міститься у статті 8 *bis* Римського статуту. Відповідно до цієї статті, загалом, злочин агресії визначено як планування, підготовка, ініціювання або вчинення акту агресії особою керівної ланки, що має змогу «фактично» «здійснювати контроль» або «спрямовувати політичні або військові дії держави». Таким чином, хоча «злочин агресії» – це злочин, скоєний особою (на відміну від «акту агресії», вчиненого державою), довести вину особи у цьому злочині можна, лише якщо доведено наявність «акту агресії», вчиненого державою

«Акт» агресії визначено як застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності чи політичної незалежності іншої держави, або в будь-який інший спосіб, що суперечить Статуту Організації Об'єднаних Націй.[1000] Слід зазначити, що злочин має бути скоєним і наявності загроз недостатньо відповідно до статті 8 *bis* Римського статуту

b) *Хто може здійснювати акт агресії?*

Суб'єктом злочину агресії є особа, яка фактично може здійснювати контроль за політичними або військовими діями держави.[1001]

Додаток II до резолюції, прийнятій в Кампалі, уточнює умови індивідуальної відповідальності, якщо:

> 2. Не існує вимоги доводити, що злочинець зробив правову оцінку стосовно того, чи не суперечить використання збройних сил Статуту ООН.
> [...]
> 4. Не існує вимоги доводити, що злочинець зробив правову оцінку стосовно «ознак» порушення Статуту ООН.[1002]

---

[999] Римський статут, ст. 8 *bis*.
[1000] *Там само,* ст. 8 *bis*(2). *Там само,* ст. 8 *bis*(2). *Зокрема*, застосування заходів законної самооборони не може розглядатись як акт агресії відповідно до ст. 51 Статуту ООН.
[1001] *Там само,* ст. 8 *bis*.
[1002] Резолюція щодо агресії, Додаток II, 'Вступ'.

З технічного погляду елементами, які мають бути продемонстровані для встановлення відповідальності особи за злочин агресії, є:

- Суб'єкт злочину спланував, підготував, ініціював або вчинив акт агресії;
- Суб'єктом злочину була особа, яка могла фактично здійснювати контроль за політичними або військовими діями держави, яка вчинила акт агресії, чи спрямовувати їх;
- Акт агресії – застосування збройної сили державою проти суверенітету, територіальної недоторканності чи політичної незалежності іншої держави, або в будь-який інший спосіб, що суперечить Статуту ООН, був вчинений;
- Суб'єктові злочину було відомо про фактичні обставини, які свідчили про те, що таке застосування збройної сили суперечило Статуту ООН;
- Акт агресії – за своїм характером, серйозністю і масштабами – становив грубе порушення Статуту ООН; та
- Суб'єктові злочину було відомо про фактичні обставини, які свідчили про таке грубе порушення Статуту ООН.[1003]

Іншими словами, крім зайняття керівної посади суб'єкт злочину повинен брати активну участь в здійсненні акту агресії шляхом здійснення підготовки, ініціювання або виконання такого акту. Зокрема, суб'єкт злочину буде нести відповідальність, якщо неможливо встановити, що він умисно продовжував порушувати Статут ООН або використовувати збройні сили всупереч Статуту ООН. Він повинен лише знати про фактичні обставини, які об'єктивно характеризують використання збройних сил або інший акт агресії, що становить порушення Статуту ООН.

c) *Критерії акту агресії*

В ст. 8*bis* встановлюються критерії для акту, щоб встановити здійснення злочину агресії: акт агресії повинен порушувати Статут ООН в силу свого характеру, серйозності та масштабу. У Додатку III до Кампальської резолюції уточнюється, що критерії характеру, серйозності та масштабу повинні розглядатися у сукупності, щоб встановити, чи є акт агресії порушенням Статуту ООН. Жоден критерій сам по собі не може свідчити про наявність такого порушення.[1004]

d) *Юрисдикція стосовно злочину агресії*

Відповідно до рішення АДУ від грудня 2017 року про активізацію злочину агресії, Суд може здійснювати свою юрисдикцію лише щодо злочинів агресії, вчинених після 17 липня 2018 року.

[1003] Резолюція щодо агресії, Додаток II 'Елементи'.
[1004] *Там само,* Додаток III(7).

Відповідно до загальної заборони, передбаченої Статутом, щодо здійснення ретроактивної юрисдикції, Суд не може здійснювати юрисдикцію щодо актів агресії, вчинених до цієї дати. Статут передбачає чіткі юрисдикційні вимоги щодо розслідування та переслідування злочину агресії залежно від того, передано злочин до МКС державою, чи Радою Безпеки ООН, чи розслідування розпочато прокурором з його/її власної ініціативи.

i. Компетенція МКС у випадку звернення держави або ініціативи прокурора

Стаття 15*bis* Статуту визначає режим юрисдикції, який застосовується до ситуацій, коли Прокурор МКС розслідує та переслідує акти агресії: (i) коли держава-учасниця звертається до Прокурора МКС; або (ii) Прокурор МКС розпочинає розслідування з власної ініціативи.[1005] У цих ситуаціях МКС може здійснювати свою юрисдикцію щодо злочину агресії, якщо його скоїли громадяни держави-учасниці Статуту або на території держави-учасниці Статуту, яка ратифікувала Кампальську резолюцію, якщо відповідний акт відбудеться після року після дати ратифікації.

Суд не може здійснювати юрисдикцію щодо злочину агресії, якщо злочин було вчинено громадянами держави, яка не ратифікувала Статут, або на території держави, яка не ратифікувала Статут.[1006] Однак, що стосується держав-учасниць, то такі держави повинні були б відмовитись від юрисдикції щодо злочину агресії, подавши декларацію до Секретаря МКС, в якій зазначили б, що не визнають юрисдикцію щодо злочину агресії.[1007]

ii. Компетенція МКС після звернення Ради Безпеки ООН

Стаття 15*ter* Статуту дозволяє МКС здійснювати свою юрисдикцію щодо злочину агресії, вчиненого на території та громадянами будь-якої держави, коли Рада Безпеки ООН, яка діє відповідно до глави VII Статуту ООН, передає його Прокурору МКС. Немає вимоги до залучених держав давати згоду на розслідування або переслідування, тобто МКС може здійснювати свою юрисдикцію незалежно від того, чи є відповідна держава учасницею Статуту та чи ратифікувала вона Кампальську резолюцію.[1008]

C. Злочин агресії та Україна і Росія

Цей розділ присвячено питанню, чи матиме МКС юрисдикцію щодо можливого злочину агресії, скоєного посадовцями Росії проти України. Питання про те, чи МКС повинен мати предметну юрисдикцію, іншими словами, чи злочин дійсно мав місце, в цьому звіті не розглядається.

[1005] Відповідно до Римського статуту, ст. 13(a)-(c).
[1006] Римський статут, ст. 15*bis*(5).
[1007] *Там само,* ст. 15*bis*(4).
[1008] Резолюція щодо агресії, Додаток III(2).

Більше того, як буде зазначатися, питання юрисдикції навряд чи буде створювати будь-які перешкоди для майбутнього кримінального переслідування за ймовірні акти агресії, вчинені Росією. У цьому розділі розглядається питання, чи притягнення до відповідальності держави на кшталт Росії за підозрою в агресії до наділення МКС повноваженнями щодо такого злочину (тобто, з акцентом на вчинення Росією ймовірних агресивних дій по теперішній час) суперечитиме принципу, відомому як «відсутність зворотної сили». Потім ми розглянемо питання, чи може Суд мати юрисдикцію в часі щодо актів агресії, які почали скоювати до набрання чинності відповідних положень Римського статуту і «продовжили скоювати» після активації злочину агресії.

a) Відсутність зворотної сили

Цей розділ присвячено першому питанню, а саме: чи можливе притягнення до відповідальності за злочин агресії на підставі можливого вищевказаного діяння, зокрема, агресивного діяння, що відбулось до того, як злочин агресії фактично став злочином за Римським статутом? Як зазначалося вище, Суд не може притягнути винних до відповідальності за акт агресії, що відбувся до того, як злочин активувалася юрисдикція МКС щодо цього злочину. Такий підхід може вважатися застосуванням юрисдикції «зі зворотною силою», забороненим в МКС.[1009] Відповідно до статті 11 Римського статуту Суд має юрисдикцію лише щодо злочинів, скоєних «після того як набуде чинності» заява чи Римський статут. Відповідно до статті 24 жодна особа не підлягає кримінальній відповідальності за Римським статутом за діяння, вчинені до набуття Статутом чинності (і злочини, ним передбачені). Як припускає один з експертів, питання зворотної сили не є актуальним, коли йдеться про агресію, адже Римський статут дуже чітко забороняє використання такого підходу.[1010]

Окрім того, Спеціальна робоча група із злочину агресії (яка є групою, організованою АДУ) визначила наступне :

[1009] Римський статут, ст. 24:
Стаття 24. Відсутність зворотної сили *ratione personae*
1. Особа не підлягає кримінальній відповідальності відповідно до цього Статуту за діяння, вчинені до набуття чинності цим Статутом.
2. У разі внесення змін до закону, що застосовується до певної конкретної справи до ухвалення остаточного рішення, застосовується закон, що є сприятливішим для особи, яка перебуває під слідством, стосовно якої здійснюється судовий розгляд чи яку визнано винною.

[1010] Дженніфер Траган (Jennifer Trahan), «Змістовне визначення злочину агресії: Відповідь Майклові Гленнону» ('A Meaningful Definition of the Crime of Aggression: A Response to Michael Glennon') [2012] 33(4) U. Pa. J. Int'l L. ("Trahan"), С. 924–925; Спеціальна робоча група з питань злочину агресії (SWGA), «Звіт спеціальної робочої групи з питань злочину агресії» ('Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression'), ICC-ASP/7/20/Add.1, С. 27–28, п. 40–41; SWGA, «Неофіційний документ щодо інших істотних питань, пов'язаних з агресією, що підлягають розгляду на Оглядовій конференції», ICC-ASP/7/20/Add.1, С. 36, п. 13-14.

a. Положення про злочин агресії не повинні мати зворотної сили. Ніхто не висував жодних заперечень щодо включення їх до Римського статуту.
b. Спеціальна робоча група висунула пропозицію провести більш детальне обговорення з наступним внесенням поправок до статті 11 Римського статуту:
i. Мається на увазі, що Суд має юрисдикцію тільки щодо злочинів агресії, які були скоєні після того, як поправки [були затверджені Оглядовою конференцією/набрали чинності].
ii. Мається на увазі, що (коли справа передана державою або коли Прокурор ініціює розслідування) Суд може здійснювати юрисдикцію тільки щодо злочинів агресії, скоєних після набрання поправками чинності для даної держави, якщо дана держава не зробила заяву відповідно до статті 12, параграфу 3.[1011]

Ці коментарі Робочої групи не мають обов'язкової сили для АДУ. Однак вони є переконливими з погляду роз'яснення елементів злочину. Таким чином, відповідно до рішення АДУ від грудня 2017 року про активізацію злочину агресії, Суд може здійснювати свою юрисдикцію лише щодо злочинів агресії, вчинених після 17 липня 2018 року.

b) Відсутність виключень для злочинів, що «тривають»

В цьому розділі розглядаються питання, чи є виключення з правила про відсутність зворотної сили. Можна посперечатися, що злочин агресії - це тривалий акт, зокрема, окупація. Це стосується окупації Криму Російською Федерацією.

Є підстави вважати, що фактично довготривалі дії щодо окупації можуть розпочатися до набуття чинності злочину агресії та тривати, коли злочин набуде чинності.

Іншими словами, злочинні дії продовжують вчинятися, коли за них встановлено кримінальну відповідальність. Однак є підстави вважати, що немає такого винятку з принципу відсутності зворотної сили в разі притягнення до відповідальності за правопорушення, оскільки саме первісний акт агресії формує злочин, тобто фокус знаходиться на первісній діяльності (а не безперервній). Це питання буде розглянуто нижче. По-перше, є підстави вважати, що з буквального прочитання злочину випливає, що злочин агресії – це одиничний акт. Унаслідок цього вчинення вторгнення чи іншого акту не розглядається як дата скоєння злочину. Зі змісту положень Римського статуту випливає розгляд окремого акту на відміну від безперервного:

[1011] SWGA, «Звіт спеціальної робочої групи з питань злочину агресії» ('Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression'), ICC-ASP/7/20/Add.1, стр. 27–28, п. 40–41; SWGA, «Неофіційний документ щодо інших істотних питань, пов'язаних з агресією, що підлягають розгляду на Оглядовій конференції», ICC-ASP/7/20/Add.1, С. 36, п. 13-14.

«суб'єкт злочину спланував, підготував, ініціював або вчинив акт агресії».[1012] Ці формулювання, зокрема, «вчинив акт», передбачає, що визначення не охоплює триваючого характеру акту агресії. Є підстави вважати, що обсяг злочину мав бути обмеженим до первісного вчинення агресивного акту.

Однак тривають дискусії щодо того, чи є злочин «окупація», що вважається актом агресії, безперервним актом, і чи є кожен день окупації злочином. Одна експертка визнає, що, з одного боку, є підстави вважати, що це положення передбачає, що злочин є завершеним після первісного прояву агресії та насильства щодо держави, проте з іншого боку, вказівка на окупацію передбачає, що акт агресії може бути безперервним злочином.[1013] Вона зупиняється на погляді, що акт агресії - це безперервний злочин, тобто кожен день є днем злочину. Зокрема вона зазначає, що такий злочин відображає інший принцип міжнародного права – *jus ad bellum* (*право війни*), за яким акт може тривати доти, доки застосування сили продовжує кваліфікуватись як серйозне порушення Статуту ООН.[1014]

Якщо коротко, то Римський статут може вказати на те, що концепція окупації стосується більше первинного вторгнення або нападу, який є актом агресії. Ст.8*bis*(2)(a) передбачає, що «вторгнення або напад збройних сил держави на територію іншої держави або будь-яка військова окупація, який би тимчасовий характер вона не мала, *що є результатом такого вторгнення або нападу*, або будь-яка анексія із застосуванням сили на території іншої держави або її частини», кваліфікується як акт агресії.[1015] Таким чином, окупація є результатом вторгнення або нападу і передбачає одиночний акт агресії.

Термін «окупація» не визначено в Римському статуті, але Гаазькі положення від 1907 року, які передували Женевським конвенціям про право війни, дають визначення в загальних термінах: це фактичне знаходження території «під контролем ворожої армії» та «поширюється лише на територію, над якою такий контроль встановлено та здійснюється».[1016] Здається, що воно стосується початкового встановлення ворожою армією контролю над територією як акту агресії.

[1012] Римський статут, ст. 8*bis*(1); МКС Елементи злочинів, с. 43; МКС, Конференція з огляду Римського статуту Міжнародного кримінального суду, (Кампала, 31 травня – 11 червня 2010 року) (Офіційні записи, RC/9/11) Частина I.

[1013] Керрі МакДугалл (Carrie McDougall), *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду* (The Crime of Aggression Under the Rome Statute of the International Criminal Court) (Cambridge University Press, 2013) С. 394.

[1014] *Там само.*

[1015] Римський статут, ст. 8*bis*(2)(a).

[1016] Гаазька конвенція (IV) про закони і звичаї суходільної війни та додатки до неї: Положення про закони та звичаї ведення суходільної війни, Гаага, 18 жовтня 1907, вступила в силу 26 січня 1910, 187 CTS 227, 1 Bevans 631, ст. 42.

Незважаючи на вищесказане, існує ймовірність, що будь-які аргументи щодо переслідування російських посадовців за акти агресії, вчинені в Україні, будуть проблематичними. Ці аргументи не можуть не враховувати той факт, що Римський статут стверджує, що будь-які акти агресії, такі як окупація, навіть якщо вона продовжує тривати в буквальному значенні цього терміну, здійснюються шляхом скоєння початкових актів планування, підготовки, ініціювання або здійснення окупації. Відповідно, будь-який можливий злочин агресії, який вже розпочався до того часу, як МКС отримав повноваження розглядати його, навряд чи можна буде використати для кримінального переслідування громадян Росії.

c) Інші критерії юрисдикції

У тому малоймовірному випадку, якщо МКС вирішить, що він має юрисдикцію в часі щодо злочинів агресії в Україні, йому необхідно буде розглянути питання про те, чи задоволена решта юрисдикційних вимог. Злочин агресії є особливим і не підпадає під загальні правила територіальної юрисдикції та юрисдикції за громадянством, що застосовуються до геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів. Навпаки, у більшості випадків Суду потрібна згода держав. Наприклад, держава, що не є учасницею (як Росія, яка не ратифікувала Римський статут) та яка можливо вчинила акт агресії, очевидно, має надати свою згоду для наділення Суду повноваженнями приймати рішення щодо можливих злочинів агресії, скоєних громадянами даної держави.

Стосовно злочину агресії Римський статут передбачає, що: (i) Суд може здійснювати юрисдикцію над державою-учасницею тільки якщо дана держава не заявила, що вона не визнає таку юрисдикцію;[1017] або (ii) щодо держави, що не є учасницею (такої, як Росія), Суд «не може здійснювати юрисдикцію щодо злочинів агресії, які були скоєні громадянами даної держави або на її території».[1018] Окрім того, хоча передача питання Радою Безпекою ООН наділила б Суд юрисдикцією незалежно від того, чи дана держава є учасницею, чи ні, Рада Безпеки ООН не передавала ситуацію України, а Росія має право вето.

Є певні труднощі щодо тлумачення вищезазначеного положення стосовно територіальної юрисдикції та юрисдикції щодо громадянства: де був вчинений злочин агресії? Це важливо. У Суду немає юрисдикції щодо злочинів агресії, які були вчинені громадянами країни-агресора або на «її» території. А що, якщо агресія здійснюється державою, яка не є учасницею, проти держави-учасниці (або такої, що заявила, що вона визнає юрисдикцію Суду)?

[1017] Римський статут, ст. 15*bis*(4) (взято з Резолюції щодо агресії).
[1018] *Там само,* ст. 15*bis*(5); (взято з Резолюції щодо агресії).

Спеціальна робоча група з питань злочину агресії стверджує, що у випадках, коли держава-агресор не є учасницею Статуту МКС, а потерпіла держава є, МКС матиме юрисдикцію. Вона стверджує, що Суд повинен мати юрисдикцію, коли держава, на території якої було вчинено акт агресії, визнає юрисдикцію.[1019] Спеціаліст Керрі МакДугал зазначає, що:

> […] однаковою мірою можна стверджувати, що злочин був вчинений на території потерпілої держави, якщо наслідки такого діяння є відчутними. Таким чином, посилання у статті 12(2)(a) на «державу, на території якої було здійснено таку дію» застосовується як до території держави-агресора, так і до території потерпілої держави.[1020]

МакДугал зазначає, що було розглянуто концепцію, яка підтверджує дане тлумачення,[1021] проте вона була визнана недоцільною.[1022]

З іншого боку, більшість експертів сперечаються стосовно даного тлумачення, вказуючи на те, що в Статуті чітко зазначено, що якщо держава, яка не є учасницею, здійснить напад на державу-учасницю (або на державу, що зробила заяву) юрисдикція не буде здійснюватися. Роджер Кларк уточнює, що погляд Робочої групи на питання територіального обґрунтування є вірним тільки стосовно злочинів геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів, в той час як агресія потребує свідомо різного режиму юрисдикції.[1023] Він стверджує, що стосовно громадянина держави, що не є учасницею, який вчиняє один з *трьох* злочинів на території держави-учасниці або держави, що зробила заяву, здійснюватиметься юрисдикція МКС. Положення статті 15 *bis*(5) «спрямоване на спростування такого висновку, особливо стосовно агресії, та запобігання здійсненню юрисдикції щодо злочину агресії у таких випадках».[1024] Таким чином, він тлумачить

[1019] Патрісія Гржебік, *Кримінальна відповідальність за злочин агресії* (Routledge, 2013) С. 221.
[1020] SWGA, «Звіт спеціальної робочої групи з питань злочину агресії» ('Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression'), ICC-ASP/7/20/Add.1, Додаток III, пп. 28-29; SWGA, «Звіт спеціальної робочої групи з питань злочину агресії» ('Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression'), ICC-ASP/7/SWGCA/2 (20 лютого 2009) пп. 38-39; SWGA «Неофіційний документ щодо інших істотних питань, пов'язаних з агресією, що підлягають розгляду на Оглядовій конференції», ICC-ASP/7/20/Add.1, п. 12.
[1021] SWGA, «Звіт спеціальної робочої групи з питань злочину агресії» ('Report of the Special Working Group on the Crime of Aggression'), ICC-ASP/7/SWGCA/2 (20 лютого 2009) п. 28.
[1022] Керрі МакДугалл (Carrie McDougall), *Злочин агресії за Римським статутом Міжнародного кримінального суду* (Cambridge University Press, 2013) С. 250; Клаус Кресс (Claus Kress) та ін., «Обговорення тлумачень злочину агресії», у Стефа Барріга та Клаус Кресс (ред.), *The Travaux Préparatoires Of The Crime Of Aggression* (Cambridge University Press, 2012) С. 82; Роджер С. Кларк (Roger S. Clark), «Зміни до Римського статуту Міжнародного кримінального суду, розглянуті на першій Конференції з огляду Римського статуту Міжнародного кримінального суду в м. Кампала, 31 травня – 11 червня 2010 року» (2010) 2 Goettingen Journal of International Law С. 689-711.
[1023] Роджер С. Кларк (Roger S. Clark), «Зміни до Римського статуту Міжнародного кримінального суду, розглянуті на першій Конференції з огляду Римського статуту Міжнародного кримінального суду в м. Кампала, 31 травня – 11 червня 2010 року» (2010) 2 Goettingen Journal of International Law С. 689-711, С. 705.
[1024] *Там само.*

застосування Робочою групою правил юрисдикції щодо геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів як таке, що не можна застосовувати до злочину агресії.

Кевін Джон Геллер погоджується з тим, що якщо держава, яка не є учасницею, здійснить напад на державу-учасницю, тоді юрисдикція не здійснюється. Аналогічно, якщо держава, яка не є учасницею, здійснить напад на державу, яка не є учасницею, то юрисдикція не здійснюється.[1025] Як і Кларк, Геллер визнає, що Суд не матиме юрисдикції, якщо, наприклад, держава-учасниця діяла агресивно проти держави, яка не є учасницею, навіть якщо юрисдикція здійснювалася би в такій самій ситуації при скоєнні воєнних злочинів, злочинів проти людяності та геноциду.[1026]

Складається враження, що це обмеження юрисдикції МКС зменшує можливості кримінального переслідування громадян держав, які не є учасницями, про які чимало країн по всьому світу стверджують, що вони скоюють злочини агресії, наприклад, як США, Китай або Росія. Один експерт стверджує, що буде необхідно отримати згоду держави- агресора та що така необхідність у згоді агресора рівноцінна ствердженню, що у відсутності втручання РБ ООН можливості кримінального переслідування виникають лише у випадку:

> […] появи малоймовірних обставин (такі, як прийняття юрисдикції Суду ad hoc відповідно до статті 12(3) Римського статуту тим самим урядом, який, можливо, є відповідальним за акт агресії) або докорінної зміна влади у даній державі, що не є учасницею, що могло б призвести до того, що нова виконавча влада буде прагнути висунення обвинувачення Судом попередній владі.[1027]

Таким чином, складається враження, що досить важко стверджувати, що МКС матиме юрисдикцію у ситуації Росії і України, тобто у ситуації держави, що не є учасницею, і вчиняє акт агресії проти держави, яка визнала юрисдикцію Суду з вищезазначених причин.

III. Практика: події в Україні та огляд попереднього вивчення Прокурора

Як зазначалося вище, Канцелярія Прокурора опублікувала свій річний звіт у грудні 2020 року, де виклала свої попередні висновки щодо вивчення ситуації в Україні, зосередившись на оцінці

[1025] Кевін Джон Геллер (Kevin Jon Heller), «Печально нейтралізований злочин агресії» (The Sadly Neutered Crime of Aggression) (*Opinio Juris*, 13 червня 2010 року).
[1026] *Там само.*
[1027] Мауро Політі (Mauro Politi), «МКС і злочин агресії: сон, який справдився та майбутня реальність» ('The ICC and the Crime of Aggression: A Dream that Came Through and the Reality Ahead') (2012) 10(1) Журнал міжнародного кримінального правосуддя (Journal of International Criminal Justice) 267-288, С. 277.

можливих злочинів, скоєних у Криму та на Сході України.[1028] У цьому розділі окреслено висновки Прокурора МКС.

A. Євромайдан та попереднє вивчення Прокурора

a) Щорічний звіт Прокурора МКС

11 грудня 2020 року прокурор МКС оголосила про завершення попереднього вивчення ситуації в Україні.[1029] 14 грудня 2020 року Канцелярія Прокурора МКС оприлюднила свій щорічний звіт, у якому резюмувала свою діяльність та висновки щодо поточних та нещодавно завершених попередніх вивчень, включно з ситуацією в Україні. У звіті за 2020 рік було розглянуто заходи, що відбулися у період з 1 грудня 2019 року по 30 листопада 2020 року, і визначено прогрес кожної ситуації. Звіт поділяє «ситуації» на фази; наприклад, ситуація в Болівії та одне зі звернень Венесуели перебувають у «Фазі 2» їх попереднього вивчення, тоді як інше звернення Венесуели, та ситуації в Колумбії, Гвінеї та Філіппінах знаходяться в «Фазі 3», і вивчення ситуацій в Палестині, Іраку / Великобританії, Україні та Нігерії завершені (див. Частини I та III).

Хоч у річному звіті згадується поточний стан оцінки Прокурором подій Євромайдану, звіт головним чином зосереджується на можливих злочинах, які сталися в період з 22 лютого й надалі в Криму та на Сході України. У своєму річному звіті за 2015 рік Канцелярія Прокурора надала свою правову оцінку можливим злочинам, що мали місце у контексті подій Євромайдану, про що йдеться нижче.[1030] Станом на грудень 2020 року, коли останній річний звіт був оприлюднений, Канцелярія Прокурора оцінювала, чи нещодавно отримана інформація обґрунтовує перегляд позиції 2015 року.[1031]

Що стосується можливих злочинів, скоєних під час подій Євромайдану, Канцелярія Прокурора у порядку статті 15 отримала щонайменше сім повідомлень щодо цих питань і продовжує вивчати додаткову інформацію, щоб визначити, чи відповідають і залишаються незмінними попередні висновки 2015 року щодо того, що порушення прав людини, скоєні під час протестів, не досягнули порогу злочинів проти людяності.[1032] Щодо періоду другої Заяви, Канцелярія Прокурора МКС отримала понад 48 повідомлень стосовно можливих злочинів. У рамках оцінки прийнятності

[1028] Канцелярія Прокурора МКС 'Звіт про попереднє вивчення у 2020 році' (14 грудня 2020).
[1029] 'Заява прокурорки Фату Бенсуди щодо завершення етапу попереднього вивчення ситуації в Україні' (*МКС*, 11 грудня 2020).
[1030] Канцелярія Прокурора МКС, 'Звіт про попереднє вивчення у 2015 році' (12 листопада 2015), пп. 77-110.
[1031] Канцелярія Прокурора МКС 'Звіт про попереднє вивчення у 2020 році' (14 грудня 2020), п. 287.
[1032] *Там само*.

Канцелярія Прокурора здійснила попереднє «картографування» повідомлених порушень і дійшла висновку, що цілий ряд воєнних злочинів та злочинів проти людяності, як видається, були скоєні у Криму та різні воєнні злочини могли бути скоєні на Донбасі (*див.* Частину I). Канцелярія Прокурора також зустрічалася з українською владою та представниками організацій громадянського суспільства, розглядала свої попередні висновки щодо можливих злочинів у Східній Україні та Криму та обговорювала оцінку прийнятності.

1) Індивідуальні акти

На основі первинної інформації, Прокурор вважає, що під час Євромайдану були скоєні вбивства, катування, переслідування та інші нелюдські дії. Відповідно до Звіту, видається, що учасників акцій протесту та інших осіб було вбито, дехто зазнав тортур, а багато хто зазнав жорстокого поводження та інших видів поведінки, як-от надмірне застосування сили, що спричинило серйозні тілесні ушкодження, що могло б становити «інші негуманні дії» відповідно до Римського статуту.[1033] Звіт також передбачає, що під час здійснення вищезазначених актів ця поведінка може становити переслідування, оскільки представники правоохоронних органів націлювалися на осіб на основі їх фактичної чи передбачуваної політичної приналежності - їхньої опозиції уряду.[1034] Наступний звіт, опублікований у листопаді 2016 року, та наступні звіти звертають увагу на ситуацію в Криму та на Сході України.[1035]

2) Державна політика

На думку Прокурора МКС, існує достатньо доказів, щоб зробити висновок про те, що злочини проти цивільного населення під час подій на Майдані могли становити напад на цивільне населення, і що можна припустити, що згадані вище напади були здійснені відповідно до або на сприяння державної політики, спрямованої на придушення руху протесту.[1036] Висновок Прокурора базується на загальному уявленні про політичну ситуацію та повторенні насильницької поведінки, особливо зважаючи на наступне: координація та співпраця з волонтерами антимайдану, які жорстоко націлювалися на учасників протесту (іноді їх називають тітушками);[1037] послідовне нездійснення державними органами будь-яких значущих або ефективних дій для запобігання чи

1033 Канцелярія Прокурора МКС, 'Звіт про попереднє вивчення у 2015 році' (12 листопада 2015 року), п. 90.
1034 *Там само.*
1035 Канцелярія Прокурора МКС, 'Звіт про переднє вивчення у 2016 році' (14 листопада 2016), пп. 146-191.
1036 Канцелярія Прокурора МКС, 'Звіт про попереднє вивчення у 2015 році' (12 листопада 2015 року), п. 93.
1037 *Там само.*

стримування повторення випадків насильства (у тому числі для справжнього розслідування чи притягнення до відповідальності правоохоронних підрозділів, які, як стверджується, відповідають за серйозне жорстоке поводження з учасниками протестів);[1038] і очевидні зусилля приховати можливі злочини.[1039]

1) *Широкомасштабність або систематичність вчинення злочинів не було встановлено*

i) *Широкомасштабність*

Щодо елементу «широкомасштабності», то наразі Прокурор МКС вважає, що можливий напад був обмеженим як за ступенем «інтенсивності, так і географічного масштабу».[1040] Зокрема, Прокурор МКС встановила, що хоча протести тривали протягом трьох місяців і в них брала участь значна кількість демонстрантів, інциденти, під час яких відбулися можливі злочини, були спорадичними та відбулися під час обмеженої кількості зіткнень і протистоянь між службами охорони правопорядку та демонстрантами (майже всі інциденти відбулись 30 листопада 2013 року, 1 грудня 2013 року, 10–11 грудня 2013 року, 19–24 січня 2014 року та 18–20 лютого 2014 року).[1041] Крім того, у звіті зазначено, що більшість можливих злочинів відбулася на обмеженій території в Києві, тобто лише у місцях, де відбувалися акції протесту, зокрема на Майдані та поблизу нього.[1042]

Прокурор МКС також встановила, що хоча з 30 листопада 2013 року по 20 лютого 2014 року щонайменше 700 цивільних осіб, які брали участь в акціях протесту на Майдані (чи іншим чином були пов'язані з ними), зазнали травм внаслідок дій державних служб охорони правопорядку і тітушок, є підстави вважати, що лише деякі із цих випадків нанесення тілесних ушкоджень можуть бути кваліфіковані як діяння, передбачене статтею 7 Римського статуту.[1043] Інакше кажучи, незважаючи на значну статистику, ступінь тяжкості багатьох із цих актів насильства був нижчим (навіть у сукупності) ніж діяння, передбачені статтею 7(1) Римського статуту.[1044]

ii) *Систематичність*

Прокурор МКС дійшла висновку, що *на цей час* наявної інформації недостатньо для припущення, що напад був систематичним. Якщо коротко, Прокурор МКС вважає, що є підстави припускати, що можливі діяння відбувалися нечасто й були здебільшого «реакцією», зумовленою різними

[1038] *Там само.*
[1039] *Там само.*
[1040] *Там само,* п. 96.
[1041] *Там само.*
[1042] *Там само,* п. 97.
[1043] *Там само.*
[1044] *Там само.*

обставинами, пов'язаними з подіями, які розгорнулись під час протестів.[1045] Зокрема, такі діяння відбулись у контексті надмірно інтенсивної й жорстокої реакції силових структур на можливу загрозу для громадського порядку та їх власну безпеку.[1046]

Крім того, за попередніми даними, наявна інформація не свідчить про послідовний алгоритм дій українських органів правопорядку під час розшуку й нападу чи застосування сили проти учасників протестів на Майдані поза контекстом таких протестів. Прокурор МКС також вважає, що інциденти, під час яких відбулися можливі злочини, мали випадковий характер. Підбиваючи підсумки, Прокурор МКС зазначила, що «…більш імовірно, що можливі діяння були реакцією на певні події; однак така реакція була невиправданою та непропорційною і мала на меті обмеження протестів, а не була частиною обміркованого, скоординованого плану застосування сили, який послідовно застосовувався щодо протестного руху».[1047]

b) Аналіз висновків Прокурора

Попередні висновки Прокурора МКС свідчать про те, що представникам органів влади та громадянського суспільства України потрібно скоординувати свої спільні зусилля, щоб довести широкомасштабну або систематичну природу нападу на цивільних осіб під час Євромайдану. Попередній звіт не виключає можливості притягнення до відповідальності в МКС винних у злочинах проти людяності із причин, наведених нижче.

По-перше, варто зазначити, що Прокурор МКС встановила наявність достатніх доказів для висновку, що існувала державна політика, яка передбачала напад на цивільних осіб під час подій на Майдані. Це важливий крок на шляху до відкриття повноцінного розслідування МКС. Природа політики нападу на цивільних осіб, яку вбачає Прокурор МКС, за попередніми даними, передбачає надмірне насилля з боку провладних сил на нижчому рівні та бездіяльність тогочасної влади щодо приборкання насильства; на противагу політиці із «низхідним» алгоритмом, який передбачає надходження наказів щодо нападу на цивільних осіб від представників найвищої ланки.

Однак (незважаючи на висновок щодо наявності політики нападу) зрозуміло, що Прокурор МКС не має рішучого наміру затребувати офіційного розслідування можливих злочинів, якщо не з'являться нові, більш переконливі, докази широкомасштабної чи систематичної природи нападу. Прокурор МКС може переглянути свою попередню оцінку подій на Майдані, якщо до її відома буде

[1045] *Там само,* п. 99.
[1046] *Там само.*
[1047] *Там само.*

доведено нові факти чи інформацію, що можуть стосуватися оцінки широкомасштабної чи систематичної природи можливого нападу.

Дуже важливо відзначити, що оцінку Прокурора МКС ще можна змінити. Замість того, щоб вважати цей попередній висновок остаточним, українські зацікавлені сторони мають скористатися цією можливістю, щоб зібрати відповідну інформацію, яку прагне отримати Прокурор МКС. Варто зазначити, що кількість повідомлень (*див.* вище) щодо ситуації в Україні, які наразі отримала Прокурор МКС, є меншою, ніж кількість повідомлень щодо інших ситуацій, які розглядає Суд. У період з 25 квітня 2014 року по 12 листопада 2015 року, Канцелярія Прокурора МКС отримала 20 повідомлень щодо періоду Євромайдану (стосовно злочинів, скоєних із 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року) і 35 – щодо подій в Криму і на Сході України (стосовно злочинів, скоєних після 20 лютого 2014 року). Така статистика значно вирізняється на тлі 66 повідомлень, які Прокурор МКС отримала щодо ситуації в Палестині (з 2014 року), 3 854 – щодо ситуації у Грузії (з 2008 року), 112 – щодо ситуації в Афганістані (з 2007 року) і 173 повідомлень щодо ситуації в Колумбії (з 2004 року).

В останньому річному звіті 2020 року зазначається, що з моменту попередньої оцінки подій Євромайдану Канцелярія Прокурора отримала нову інформацію з цього питання і наразі розглядає додаткову інформацію, щоб визначити, чи залишаються незмінними попередні, зазначені вище, висновки 2015 року.[1048]

Відповідно, тепер громадянському суспільству і державним органам України слід разом зосередити свої слідчі ресурси на наступних трьох основних проблемних питаннях, визначених у звіті Прокурора МКС за 2015 рік:

- Акти насильства були спрямовані проти більшої групи потерпілих і (чи) охоплювали більшу територію (наприклад, в інших місцях України за межами Майдану Незалежності в Києві), ніж наразі встановлено, ґрунтуючись на інформації чи фактах, наданих на цей час;
- Такі випадки (включно з тими, що відбулись у Києві) насильства були досить серйозними (кожен окремо чи в сукупності); та
- Такі акти насильства були результатом спланованої та ґрунтовно розробленої методики або системи, а не просто – панічного, надмірно інтенсивного та хаотичного реагування на рух протесту чи інші події зі стрімкою динамікою

Окрім проведення таких розслідувань, органам влади України належить відіграти критично важливу роль, щоб продемонструвати увесь масштаб участі посадових осіб вищої ланки

[1048] Канцелярія Прокурора МКС 'Звіт про попереднє вивчення у 2020 році' (14 грудня 2020), п. 287.

управління в зазначених подіях, увесь масштаб такого плану, його географічне охоплення, обсяг приватних або державних ресурсів, застосованих такими посадовими особами для організації та здійснення нападу, а також перебіг подій у зв'язку з цим нападом протягом вказаних місяців.

B. Крим, Східна Україна та попереднє вивчення Прокурора

Як згадувалося вище, Звіт за 2020 рік стосується діяльності у період з 1 грудня 2019 року по 30 листопада 2020 року, визначаючи прогрес кожної ситуації. Як зазначалося раніше, станом на 2020 рік Канцелярія Прокурора завершила попереднє вивчення предметної юрисдикції та оцінку прийнятності в контексті ситуацій у Криму та на Сході України.[1049]

У своїй предметній оцінці ситуації на Сході України Канцелярія Прокурора не зверталася до вчинення злочинів проти людяності, оскільки Прокурор визначила наявність збройних конфліктів, що є ключовим елементом воєнних злочинів. Оцінка Канцелярії Прокурора щодо воєнних злочинів у Східній Україні та Криму буде розглянута нижче.

a) Щорічний звіт Прокурора МКС

Щодо зазначених елементів, потрібних для встановлення скоєння збройного конфлікту, у попередніх висновках Прокурора від 2016 року спочатку зазначалося, що між Україною та Російською Федерацією на території Криму існує міжнародний збройний конфлікт. Незважаючи на те, що жодна зі сторін у великій мірі не відкривала вогонь, Прокурор вважає, що збройний конфлікт триває з 26 лютого 2014 року, коли російські військові були застосовані для встановлення контролю над територією без згоди українського уряду. Закони, що регулюють ведення міжнародного збройного конфлікту, застосовуватимуться з 18 березня 2014 року, адже ситуація в Криму та м. Севастополі фактично є триваючою окупацією.[1050] У звіті за 2020 рік підтверджено, що Канцелярія Прокурора вважає, що ситуація в Криму та Севастополі фактично становить постійний окупаційний стан з 26 лютого 2014 року.[1051]

Щодо подій на Сході України, то Прокурор дійшла попереднього висновку, що станом на 30 квітня 2014 року інтенсивність бойових дій досягла рівня, необхідного для застосування права збройного конфлікту. З доступної інформації Прокурор зробила висновок, що на той час ступінь організованості збройних груп у Східній Україні, включно з «ЛНР» і «ДНР» є достатнім для того, щоб вважати такі групи сторонами неміжнародного збройного конфлікту. У той же час,

---

[1049] Канцелярія Прокурора МКС 'Звіт про попереднє вивчення у 2020 році' (14 грудня 2020), п. 287.
[1050] Канцелярія Прокурора МКС, 'Звіт про переднє вивчення у 2016 році' (14 листопада 2016), пп. 157-158.
[1051] Канцелярія Прокурора МКС 'Звіт про попереднє вивчення у 2020 році' (14 грудня 2020), п. 278.

повідомлення про обстріли та випадки ув'язнення українських військових російською стороною та навпаки вказують на участь російської сторони у конфлікті.

Таким чином, Канцелярія Прокурора у своєму звіті за 2016 рік зазначає про існування міжнародного збройного конфлікту на додаток до неміжнародного конфлікту на Сході України щонайпізніше з 14 липня 2014.[1052] У звіті за 2020 рік пропонується, щоб Канцелярія Прокурора продовжувала розглядати характер триваючих збройних конфліктів та можливі альтернативні класифікації, тобто чи міг би бути неміжнародний збройний конфлікт, в якому беруть участь українські збройні сили та антиурядові збройні групи, насправді міжнародним.[1053] У зв'язку з цим до 2019 року Канцелярія Прокурора отримала інформацію, що передбачає здійснення Російською Федерацією загального контролю над збройними формуваннями на Сході України.[1054]

Щодо предметної оцінки ситуації в Криму, Канцелярія Прокурора знайшла обґрунтовану підставу вважати, що починаючи з 26 лютого 2014 року було скоєно такі акти воєнних злочинів: умисне вбивство; катування; приниження людської гідності; незаконне ув'язнення; примушення захищених осіб служити у силах ворожої держави; умисне позбавлення прав захищених осіб на справедливе й належне судочинство; переміщення частин населення окупованої території за межі цієї території (щодо передачі затриманих у кримінальному провадженні та ув'язнених); захоплення майна ворога, яке не вимагається військовою необхідністю щодо приватних та культурних цінностей.[1055]

Що стосується предметної юрисдикції щодо Східної України, Звіт передбачає, що починаючи з 30 квітня 2014 року, як стверджувалося, були скоєні принаймні такі воєнні злочини: навмисне спрямування нападів на цивільне населення та цивільні об'єкти; навмисне спрямування нападів на захищені будівлі; умисне вбивство / вбивство; катування та нелюдське / жорстоке поводження; приниження людської гідності; зґвалтування та інші форми сексуального насильства.[1056] Якщо буде доведено, що конфлікт є міжнародним, навмисне спрямування нападів, що спричинили шкоду цивільним особам та цивільним об‘єктам, які явно перевищували передбачену військову перевагу (непропорційні напади) та незаконне ув'язнення могли бути скоєні.[1057]

[1052] Канцелярія Прокурора МКС, ‘Звіт про переднє вивчення у 2016 році’ (14 листопада 2016), п. 189.
[1053] Канцелярія Прокурора МКС ‘Звіт про попереднє вивчення у 2020 році’ (14 грудня 2020), п. 281.
[1054] *Там само.*
[1055] *Там само,* п 278.
[1056] *Там само,* п. 280.
[1057] *Там само,* п. 280.

b) Аналіз висновків Прокурора

Що стосується ситуації в Криму та на сході України, то для оцінки предметної юрисдикції Канцелярія Прокурора вивчила великий обсяг інформації щодо можливих злочинів.

Важливо, що Канцелярія Прокурора розглянула можливі альтернативні класифікації збройного (-их) конфлікту (-ів) на Сході України та розглянув, чи міжнародний збройний конфлікт, який існує між Україною та Російською Федерацією найпізніше з 14 липня 2014 року, а також неміжнародний збройний конфлікт, що існує між українськими збройними силами та неурядовими збройними формуваннями найпізніше з 30 квітня 2014 року, насправді можуть бути єдиним міжнародним збройним конфліктом між Росією та Україною. У світлі цього українська влада та громадянське суспільство повинні продовжувати збирати докази причетності Росії до збройного конфлікту на Сході України та подавати відповідну інформацію Канцелярії Прокурора МКС.

Щодо етапу прийнятності під час попередньої оцінки в контексті ситуації в Криму та на Сході України, Канцелярія Прокурора проаналізувала національні розслідування та переслідування, що мають значення для юрисдикції МКС, і дійшла висновку, що всі відповідні органи не спроможні або не бажають розслідувати та переслідувати можливі злочини через відсутність доступу до свідків, доказів та території.[1058] Крім того, Канцелярія визнала злочини, які нібито вчинені в Криму та на Сході України, достатньо тяжкими, щоб вимагати розслідування.[1059]

IV. Види співучасті

Для встановлення кримінальної відповідальності за злочини геноциду, злочини проти людяності або воєнні злочини можливий злочинець повинен був особливим чином брати участь у злочині. Це називається «вид» або «тип» співучасті. Ст.25(3)(a) Римського статуту передбачає види співучасті, які розглядаються в МКС.

Ці «види» можна поділити на види прямої та опосередкованої співучасті. Прокурор МКС повинен встановити, *як* особа вчинила відповідний злочин. Способи відповідальності особи за скоєння злочину повинні мати довготривалий характер. Римський статут поділяє види співучасті на п'ять категорій: (i) особи, які скоюють злочини особисто, колективно або за допомогою інших осіб; (ii) відання наказів, підбурювання до вчинення злочину; (iii) сприяння або пособництво у скоєнні злочину іншим чином; (iv) участь у скоєнні злочину або замаху на нього у складі групи осіб, які діють з однією метою; та (v) відповідальність в якості керівника або ватажка.

[1058] 'Заява прокурорки Фату Бенсуди щодо завершення етапу попереднього вивчення ситуації в Україні' (*МКС*, 11 грудня 2020).
[1059] Канцелярія Прокурора МКС 'Звіт про попереднє вивчення у 2020 році' (14 грудня 2020), п. 282.

A. Вчинення – стаття 25(3)(a)

У Римському статуті окреслено різні форми вчинення (або «скоєння») злочину. Відповідно до статті 25(3)(a) злочин може бути скоєно самостійно, спільно з іншою особою, або через іншу особу.[1060] Згідно з тлумаченням МКС стаття 25(3)(a) також охоплює окрему форму скоєння злочину, яку називають опосередкованою співучастю. Крім того, стаття 25(3)(d) містить перелік форм відповідальності (участі), що небезпідставно надає прокурору ще потужнішу зброю та застосовується щодо суб'єкта злочину, який «будь-яким іншим чином сприяє вчиненню чи спробі вчинення» злочину «групою осіб, що діють зі спільною метою». Ці форми описано нижче.

a) Індивідуальне вчинення злочину

Це звичайний спосіб, у який особа вчиняє злочин. Він передбачає пряму фізичну участь в злочинному діянні. До нього входять випадки, коли особа сама скоює злочин, зазначений у Римському статуті, з певними намірами.[1061]

Самостійне скоєння злочину має місце, коли підозрюваний реалізував елементи об'єктивної сторони злочину та діяв: (i) з відповідним умислом і усвідомленням згідно з визначенням статті 30 Статуту за винятком випадків, коли інший елемент суб'єктивної сторони злочину передбачено у Статуті чи Елементах злочинів; (ii) (за доцільності) реалізуючи специфічний елемент суб'єктивної сторони злочину *dolus specialis* (*конкретний намір*), коли цього потребує конкретний злочин, зокрема, злочин геноциду.[1062]

b) Спільне вчинення злочину

Ст.25(3)(a) передбачає злочини, скоєні не лише окремою особою, яка діє самостійно або через іншу особу, але також особою, яка діє спільно з іншими особами.[1063] Колективне вчинення злочину, відоме як співучасть, означає план, за яким дві або більше осіб беруть участь у скоєнні злочину.

Поняття співучасті стосується спільного плану скоїти злочин. Елементи цієї форми відповідальності (участі) охоплюють наявність спільного плану у групи осіб та істотну участь обвинуваченого. Щодо їхнього задуму, то також потрібно, щоб вони мали намір і знали про злочин,

---

[1060] Римський статут, ст. 25(3).
[1061] *Прокурор проти Томаса Лубанги Діло* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01-04-01- 06-803 (29 січня 2007 року) п. 332; *Прокурор проти Жермена Катанги та Метью Нгуджоло Чуї* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01-04-01-07717 (20 вересня 2008) п. 488.
[1062] *Прокурор проти Боско Нтаганда* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-02/06 (9 червня 2014) п. 136.
[1063] Судове рішення у справі Лубанґи (Lubanga Trial Judgment), п. 980.

взаємне усвідомлення та визнання ймовірності того, що виконання спільного плану може призвести до скоєння злочину; а також усвідомлення фактичних обставин настільки, наскільки це потрібно, щоб відповідна особа могла здійснювати спільний контроль над злочином.

Колективне вчинення злочину, відоме як співучасть, означає план, за яким дві або більше осіб беруть участь у скоєнні злочину. Як зазначено у справі *Лубанґи (Lubanga)*, елементами співучасті є: (i) «наявність угоди або спільного плану між двома чи більше особами»;[1064] (ii) "скоординована істотна участь кожного співучасника, наслідком якої стала реалізація елементів об'єктивної сторони злочину»;[1065] (iii) відповідні елементи суб'єктивної сторони злочину – знання та намір, передбачені статтею 30;[1066] (iv) «підозрюваний та інші співучасники: (a) без винятку мають бути взаємно обізнані з ризиком, що виконання їхнього спільного плану спричинить реалізацію елементів об'єктивної сторони злочину; (b) без винятку мають взаємно визнавати такий результат змирившись із ним чи погодившись на нього»;[1067] (v) «підозрюваному має бути відомо про фактичні обставини, внаслідок яких він мав змогу здійснювати спільний контроль над злочином».[1068]

У судовому рішенні у справі *Лубанґи* (*Lubanga* Trial Judgement) Суд визначив, що в період з вересня 2002 року обвинувачений як президент повстанської групи Конголезький патріотичний союз / Народне об'єднання (Congolese Patriotic Union/Popular Rally) (далі – «UPC/PR») приєднався до спільного плану побудови ефективної армії та брав участь в його реалізації. Крім того, цей план призвів до призову, вербування та використання дітей віком до 15 років для активної участі в бойових діях, що було наслідком, досягнутим під час звичайного перебігу подій.[1069] Щодо істотної участі Лубанґи, то Судова палата встановила, що обвинувачений та його можливі співучасники працювали разом, і кожен із них брав істотну участь у спільному плані.[1070] Суд звернув особливу

[1064] *Прокурор проти Томаса Лубанґи Д'їло* (Thomas Lubanga Dyilo) (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/06-803-tEN (29 січня 2007 року) (далі – «Рішення про підтвердження обвинувачень Лубанґи») п. 343.
[1065] Рішення про підтвердження обвинувачень Лубанґи, п. 346.
[1066] *Там само,* п. 349.
[1067] Судове рішення у справі Лубанґи, п. 1018.
[1068] Рішення про підтвердження обвинувачень Лубанґи, п. 366; *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо* (Jean-Pierre Bemba Gombo) (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/05-01/08 (15 червня 2009 року), пп. 350-351; *Прокурор проти Жермена Катанґи (Germain Katanga) та Матьє Нгуджоло Чуї* (Mathieu Ngudjolo Chui) (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/07-717 (30 вересня 2008 року) (далі – «Рішення про підтвердження обвинувачень Катанґи та Нгуджоло») пп. 500-514, 527-539.
[1069] Судове рішення у справі Лубанґи, п. 1136.
[1070] *Там само,* п. 1271.

увагу на те, що завдяки посаді президента й головнокомандувача Лубанґа міг формувати політику і спрямовувати діяльність своїх можливих співучасників.[1071]

c) Вчинення злочину за допомогою інших осіб

Ст.25(3)(a) також визнає вчинення злочину «за допомогою інших осіб». Для притягнення до індивідуальної відповідальності за цей вид співучасті, відомий як опосередкована співучасть, необхідно встановити, що: (i) обвинувачений керував злочинними діями, вчиненими однією або декількома особами; (ii) він мав умисел та усвідомлення вчиненого згідно зі ст.30 Статуту, а також спеціальний суб'єктивний елемент, коли вимагається для конкретного злочину; та (iii) він знав про фактичні обставини, які давали йому можливість контролювати вчинення злочину.[1072]

Щодо першого елемента, то Палата зазначила, що спосіб здійснення такого контролю може бути різним включно із застосуванням примусу щодо особи, для якої не передбачено кримінальної відповідальності (зокрема осіб, що діють під тиском або страждають психічною неповноцінністю чи психічним розладом) або наявністю «організованого апарату влади».[1073] У разі скоєння злочину членами організованого апарату влади з ієрархічною структурою «вищий орган влади не просто віддає наказ скоїти злочин, а й завдяки своїй функції контролю над організацією, по суті, вирішує, чи буде скоєно злочин та яким саме чином».[1074] Отже, є два критерії встановлення опосередкованої участі (скоєння злочину) за допомогою певної організації: (i) наявність «організованого апарату влади з ієрархічною структурою», що характеризується майже автоматичним підкоренням наказам; (ii) такий контроль обвинуваченого над апаратом влади, що обвинувачений скористався цим контролем, «щоб умисно спрямувати його (апарат влади) на скоєння злочину, не давши підлеглому свободи вибору щодо рішення скоїти злочин».[1075]

d) Опосередкована співучасть

Крім того, непряма співучасть, як сформульовано МКС у справі *Катанги*, поєднує непряму участь («за допомогою іншої особи») та співучасть («спільно з іншою особою»). МКС зазначив, що:

> особа, яка не має контролю над особою, яка буде скоювати злочини, не може вважатися такою, що скоїла злочин за допомогою іншої особи. Однак якщо обвинувачений діє спільно з іншою особою, яка має

[1071] *Там само,* п. 1270.
[1072] Судове рішення у справі Катанґи (Katanga Trial Judgment), п. 1399.
[1073] *Там само,* пп. 1402-1403.
[1074] *Там само,* п. 1405, посилаючись на Рішення про підтвердження обвинувачень Катанґи та Нгуджоло (Katanga and Ngudjolo Decision on Confirmation of Charges), п. 515 та 518.
[1075] *Там само,* п. 1411.

> контроль над особою, що використовується в якості інструменту, він буде причетним до таких злочинів як співучасник.[1076]

До об'єктивної сторони опосередкованої співучасті належать загальний план, основна роль обвинуваченого, контроль над ієрархічним апаратом структури та скоєння злочинів шляхом майже повного виконання наказів.[1077]

Застосовуючи це до справи *Нтаганди*, Палата попереднього провадження стверджувала, що Нтаганда брав участь у спільному плані разом із членами Союзу конголезьких патріотів/Патріотичних сил звільнення Конго («СКП/ПСЗК») для того, щоб отримати військовий та політичний контроль над регіоном Ітурі, зокрема, захопити райони, де народ Гема складає меншість (етнос), та що даний план містив елементи злочинного діяння.[1078] Більше того, Палата стверджувала, що він суттєво сприяв скоєнню злочинів та, якби він не брав у них участі, то злочини не було б скоєно. Зокрема, Палата відмітила, що він зіграв найважливішу роль в організації, координації та вчиненні злочинів,[1079] включаючи організацію перевезення зброї, поїздки з метою постачання військ та підтримки контактів з підлеглими.[1080]

Щодо суб'єктивної сторони, то підозрювані мають бути взаємно обізнані та мають взаємно погодитися, що здійснення їх спільного плану стане реалізацією об'єктивної сторони злочинів.[1081] Більше того, підозрювані мають усвідомлювати фактичні наслідки, які надають їм змогу спільно контролювати злочини.[1082]

[1076] Рішення про підтвердження обвинувачень Катанґи та Нгуджоло (Katanga and Ngudjolo Decision on Confirmation of Charges), п. 493.
[1077] Рішення про підтвердження обвинувачень Нтаґанди (Ntaganda Confirmation of Charges Decision), п. 104–135. *Див. також*: Рішення про підтвердження обвинувачень Бемби (Bemba Decision of the Confirmation of Charges), п. 350–351; Рішення про підтвердження обвинувачень Катанґи та Нгуджоло (Katanga and Ngudjolo Decision on Confirmation of Charges), пп. 500–514, 527–539.
[1078] Рішення про підтвердження обвинувачень Нтаґанди (Ntaganda Confirmation of Charges Decision), п. 105.
[1079] *Там само,* п. 108.
[1080] *Там само,* п. 110.
[1081] Рішення про підтвердження обвинувачень Катанґи та Нгуджоло (Katanga and Ngudjolo Decision on Confirmation of Charges), п. 533; *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (29 січня 2012) п. 333.
[1082] Рішення про підтвердження обвинувачень Катанґи та Нгуджоло, п. 538; *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (29 січня 2012) п. 333; *Прокурор проти Франсіс Кірімі Мутхаура, Убуру Муїгаї Кенйатта та Мухаммед Хуссейт Алі* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-02/11-382-Red (23 січня 2012) («Мутхаура, Кенйатта та Алі Рішення про підтвердження обвинувачень») п. 297; *Прокурор проти Боско Нтаганди* (Рішення щодо заяви Прокурора відповідно до ст. 58) ICC-01/04-02/06-36-Red (13 липня 2012) п. 67.

У справі *Нтаганди* Палата попереднього провадження визнала важливим той факт, що Нтаганда прийняв спільний план разом з іншими членами СКП/ПСЗК, регулярно зустрічався з даними особами упродовж реалізації плану та умисно вчиняв дії, спрямовані на скоєня злочинів, що дозволяє зробити висновок, що він знав і погодився з тим, що реалізація спільного плану призведе до вчинення злочинів. Крім того, факт того, що він займав високу посаду, підтверджує, що він усвідомлював фактичні обставини, які дозволяли йому здійснювати спільний контроль за виконанням злочинів, які скоювали інші особи.[1083]

B. Віддання наказів та підбурювання або спонукання до скоєння злочинів

a) Підбурювання або спонукання до скоєння злочинів

Цей вид співучасті передбачено в ст.25(3)(b) Римського статуту. МКС зробив висновок про те, що необхідна наявність наступних елементів суб'єктивної і об'єктивної сторони: (i) особа здійснювала вплив на іншу особу або для вчинення злочину, який було скоєно або було вчинено замах на нього, або для вчинення дії або утримання від будь-яких дій, що призвело до скоєння злочину; (ii) спонукання чинить прямий вплив на скоєння злочину або замах на нього; та (iii) особа, принаймні, знає, що злочини будуть скоєні за звичайного ходу подій внаслідок вчинення діяння або утримання від будь-яких дій.[1084]

b) Віддання наказів

Відання наказів означає надання особі інструкції здійснити злочин.[1085] Ст.25(3)(b) Римського статуту визнає поняття «відання наказу» вчинити злочин. У справі *Харуна (Harun)* МКС підтвердив, що віддання наказу за статтею 25(3)(b) є формою відповідальності співучасника в Суді.[1086] Інакше кажучи, це є виконанням ролі співучасника з метою сприяння злочину.

Віддання наказу потребує наявності таких елементів об'єктивної та суб'єктивної сторони злочину: (i) особа мала владні повноваження; (ii) особа будь-яким чином дала вказівку іншій щодо однієї з

[1083] Рішення про підтвердження обвинувачень Нтаґанди (Ntaganda Confirmation of Charges Decision), п. 135.
[1084] *Там само,* п. 153.
[1085] *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Callixte Mbarushimana) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-01/04-01/12-1 (13 липня 2012 року) п. 63; Рішення про підтвердження обвинувачень Нтаґанди (Ntaganda Confirmation of Charges Decision), п. 145.
[1086] *Там само,* посилаючись на Рішення про підтвердження обвинувачень Лубанґи (Lubanga Confirmation of Charges Decision), пп. 320-321 та Рішення про підтвердження обвинувачень Катанґи та Нгуджоло, п. 517; *Прокурор проти Ахмада Харуна (Ahmad Harun) та аль-Кушаіба (Ali Kushayb)* (Рішення щодо звернення сторони обвинувачення за ст. 58(7) Римського статуту), ICC-02/05-01/07 (27 квітня 2007 року), примітка внизу сторінки 100.

таких дій: (a) вчинити злочин, який врешті-решт було скоєно або було вчинено замах на нього, або (b) вчинити дію або утримуватися від будь-яких дій, що призводить до скоєння злочину; (iii) вказівка здійснює прямий вплив на скоєння злочину або замах на нього; та (iv) особа, принаймні, усвідомлювала, що злочини будуть скоєні за звичайного ходу подій внаслідок вчинення діяння або утримання від будь-яких дій.[1087]

C. Сприяння або пособництво у скоєнні злочину іншим чином

Сприяння та пособництво передбачають надання допомоги у скоєнні злочину.[1088] Статтею 25(3)(c) передбачено, що особа є кримінально відповідальною за злочин, якщо вона:

> з метою полегшення скоєння такого злочину здійснює пособництво, підбурювання, або ж іншим чином сприяє його скоєнню чи спробі скоєння, включно з наданням засобів для його скоєння.

В даний час МКС не розглядає такі види співучасті. Відповідно, не маючи відповідної юрисдикції, важко уявити, як МКС може тлумачити ці елементи. Якщо юриспруденція Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії використовується як надійна інструкція для Палати МКС, то стосовно сприяння та пособництво необхідно дотримуватися наступної інструкції з трьох етапів: (i) злочинець вчинив злочин, за скоєння якого статутом передбачено покарання; (ii) обвинувачений допомагає та сприяє злочинцю у вчиненні злочину; та (iii) обвинувачений діє усвідомлюючи, що його дії сприяють злочинцю у скоєнні злочину.[1089] Допомога може складатися з дій або бездіяльності, мати місце до, під час або після вчинення дій головного злочинця.[1090] Участь у вчиненні злочину повинна прямо або суттєво впливати на його скоєння.[1091]

Що стосується суб'єктивних елементів, пособник повинен знати, що його дії допоможуть головному виконавцю вчинити злочин, а також повинен знати про «основні елементи» злочину. В МКТЮ вважалося, що пособники та підбурювачі не повинні знати, що обвинувачений поділяв

[1087] *Прокурор проти Сільвестра Мудакумура (Sylvestre Mudacumura)* (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-01/04-01/12-1-Red (13 липня 2012 року) п. 63; Рішення про підтвердження обвинувачень Нтаґанди (Ntaganda Confirmation of Charges Decision), п. 145.
[1088] Римський статут, ст. 25(3)(c).
[1089] *Прокурор проти Насер Оріч* (Рішення) IT-03-68-T (30 червня 2006) п. 269.
[1090] *Прокурор проти Відої Благоевич та Драгана Джокича* (Апеляційне рішення) IT-02-60-T (9 травня 2007) п. 127; *Прокурор проти Тіхоміра Блашкіча* (Апеляційне рішення) IT-95-14-A (29 липня 2004) п. 48; *Прокурор проти Младен Налетилич та Вінко Матріновіча* (Судове рішення) IT-98-34-T (31 березня 2003) п. 63; *Прокурор проти Моїніна Фофана та Алльйо Кондева* (Апеляційне рішення) SCSL-04-14-A (28 травня 2008) п. 7.
[1091] *Прокурор проти Жан-Поля Акайесу* (Судове рішення) ICTR-96-4-T 2 (вересня 1998) пп. 691, 692. 691, 692. *Див. також*, *Прокурор проти Делаліча та інших* (Рішення) IT-96-21-T (16 листопада 1998 року) п. 326; *Прокурор проти Фурунджія* (Судове рішення) IT-95-14/1-T (10 грудня 1998 року) пп. 223, 234; *Прокурор проти Алексовскі* (Судове рішення) IT-95-14/1-T (25 червня 1999) п. 6.

наміри головного виконавця такого злочину.[1092] Проте ст.25(3)(c) Статуту МКС особливо вимагає, що допомога надається «з метою полегшити скоєння» такого злочину. Це означає не лише наявність інформації про те, що спільники допомагали головному виконавцю, але що вони також повинні «бажати, щоб їхня допомога полегшила скоєння злочину».[1093]

D. Участь у скоєнні злочину [Стаття 25(3)(d)]

Римським статутом передбачено кримінальну відповідальність особи, якщо вона «будь-яким іншим чином сприяє скоєнню чи спробі скоєння злочину групою осіб, що діють зі спільною метою».[1094]

Щодо елементів об'єктивної сторони цієї форми кримінальної відповідальності, то потрібно встановити, що: (i) було скоєно злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС, або здійснено замах на нього; (ii) цей злочин або замах на нього вчинено групою осіб, об'єднаних спільною метою; та (iii) особа сприяла скоєнню злочину будь-яким іншим чином, ніж визначено ст. 25(3)(a) - (c) Статуту.[1095] Також потрібно встановити наявність елементів суб'єктивної сторони, наведених нижче: (i) наявність умислу; та (ii) надання будь-якої допомоги: (a) з метою продовження злочинної діяльності або досягнення злочинної мети такої групи; або (b) усвідомлюючи намір групи здійснити злочин.[1096]

Стверджувалось, що визначення злочинної мети групи охоплює «передбачену заздалегідь деталізацію встановленої злочинної мети; її межі (за допомогою чіткого зазначення її часового та

[1092] *Прокурор проти Мілан Лукіч та Средое Лукіч* (Апеляційне рішення) IT-98-32/1-A (4 грудня 2012) п. 428; *Прокурор проти Відої Благоевич та Драгана Джокича* (Судове рішення) IT-02-60-T (17 січня 2005) п. 727; *Прокурор проти Фатмір Лімай, Гарадін Бала та Ісак Мусліу* (Судове рішення) IT-03-66-T (30 листопада 2005) п. 518; *Прокурор проти Мілорада Крножелач* (Судове рішення) IT-95-25 (17 вересня 2003) п. 51.

[1093] Альбін Есер (Albin Eser), «Індивідуальна кримінальна відповідальність» ('Individual Criminal Responsibility') в Антоніо Кассезе (ред.), *Римський статут Міжнародного кримінального суду: коментар* (The Rome Statute of the International Criminal Court: a Commentary) (OUP, 2002) C.801.

[1094] Римський статут, ст. 25(3)(d).

[1095] *Прокурор проти Каллікста Мбарушімани (Callixte Mbarushimana)* (Рішення про видачу ордену на арешт) ICC-01/04-01/1 (28 вересня 2010 року) (Рішення про видачу ордену на арешт Мбарушімана) п. 39. *Див. також*: *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (23 січня 2012) п. 351; Мутхаура, Кенйатта та Алі, Рішення про підтвердження обвинувачень, п. 421; *Прокурор проти Жермена Катанґи* (Germain Katanga) (Судове рішення) ICC-01/04- -01/07-337-1tENG (15 травня 2013 року) п. 16.

[1096] Рішення про видачу ордену на арешт Мбарушімана, п. 39, примітка 66 і п. 44. *Див. також*: *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/09-01/11 (23 січня 2012 року) п. 351; Френсіс Кірімі Мутаура (Francis Kirimi Muthaura), Ухуру Myiґai Кеніатта (Uhuru Muigai Kenyatta) і Мохамед Хуссейн Алі (Mohammed Hussein Ali) Рішення про підтвердження обвинувачень (Decision on the Confirmation of Charges), п. 421.

географічного охоплення); тип, походження та характеристики переслідуваних потерпілих; встановлення осіб членів групи».[1097]

Щодо питання, що кваліфікується як участь, то Судова палата висловила думку, що «надзвичайно важливо, щоб участь обвинуваченого була пов'язана зі скоєнням злочину, а не лише діяльністю групи загалом» – звідси випливає потреба доведення наявності «істотної участі» .[1098] У справі *Катанґи (Katanga)* Судова палата висловила думку, що таку участь було встановлено з трьох причин: (i) обвинувачений надав підтримку, поїхавши до м. Бені (Beni) та налагодивши там союзні відносини з органами військової влади; (ii) оцінка ролі посередника для становлення безперешкодного обміну інформацією між місцевими командирами, органами влади в м. Бені та особовим складом APC (народної конголезької армії); (iii) отримання зброї та боєприпасів з м. Бені.[1099]

E. Відповідальність військового командира або начальника

Відповідальність військового командира або начальника виникає у разі неспроможності вищої посадової особи діяти так, як вона повинна діяти.[1100] Для притягнення командира або начальника до відповідальності за злочини, вчинені його підлеглими, необхідно переконливо довести, що: (i) існували відношення командир-підлеглий між командиром та злочинцем; (ii) командир знав або мав підстави знати, що злочинне діяння повинно бути скоєно або було скоєно; та (iii) командир не вжив необхідних та розумних заходів для попередження злочинних діянь або покарання злочинця.[1101]

Відповідальність командира передбачено в ст.28(a) Римського статуту. Вона передбачає, що військові командири або особи, що виконують обов'язки військового командира, несуть кримінальну відповідальність за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені силами, що перебувають під їх командуванням і контролем або підпорядковуються та контролюються ними в певних обставинах, в результаті нездійснення ними контролю над такими силами належним чином, якщо:

- Такий військовий командир чи така особа знала або за обставин, що склалися на той момент, повинна була знати, що ці сили вчиняли або мали намір вчинити такі злочини; та

[1097] Судове рішення у справі *Катанґи* (Katanga Trial Judgment), п. 1626.
[1098] *Там само,* п. 1632.
[1099] *Там само,* п. 1671.
[1100] Римський статут, ст. 28.
[1101] *Там само.*

- Такий військовий командир чи така особа не вжила всіх необхідних і розумних заходів у межах її повноважень для запобігання або припинення вчинення злочинів чи для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування.

Відповідно до рішення у справі *Бемба*, з метою притягнення до кримінальної відповідальності у значенні статті 28(а) має бути доказано, що підозрюваний: (i) був військовим командиром або особою, яка ефективно діяла в якості військового командира; (ii) здійснював ефективне командування і контроль або ефективну владу і контроль над силами (підлеглими), які вчинили один або більше злочинів, передбачених статтями 6 та 8 Статуту; (iii) не здійснив належний контроль над підлеглими, що призвело до вчинення злочинів; (iv) знав або за обставин, що склалися на той момент, повинен був знати, що підлеглі вчиняли або мали намір вчинити будь-який зі злочинів, передбачених статтями 6 та 8 Статуту; та (v) не вжив всіх необхідних і розумних заходів у межах своїх повноважень для запобігання або припинення вчинення такого злочину (-ів) або не передав це питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування.[1102]

Стаття 28(б) Римського статуту передбачає відповідальність командирів і начальників та стосується відносин між начальником та підлеглим поза суворим контекстом рангів, де позиція військового начальника є легко помітною. Що стосується відносин між начальником та підлеглим, які не передбачені статтею 28(а), то начальник несе кримінальну відповідальність за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені підлеглими, які перебувають під його ефективною владою та контролем, у результаті нездійснення ним належним чином контролю над такими підлеглими, якщо:

- Начальник або знав, або свідомо проігнорував інформацію, яка явно вказувала на те, що підлеглі вчиняли або мали намір вчинити такі злочини;
- Злочини стосувалися діяльності, що підпадає під ефективну відповідальність та ефективний контроль начальника; та
- Такий начальник не вжив всіх необхідних і розумних заходів у межах своїх повноважень для запобігання або припинення їх учинення чи для передачі цього питання до компетентних органів для розслідування та кримінального переслідування.

[1102] Рішення про підтвердження обвинувачень Бемби (Bemba Decision of the Confirmation of Charges), п. 407.

Римський статут відображає юриспруденцію трибуналів *ad hoc* (таких як МКТЮ), які встановили, що існують три вимоги для притягнення до відповідальності начальника організації, а саме:[1103] (i) наявність відносин начальника та підлеглого; (ii) нездатність начальника вжити усіх необхідних і розумних заходів для запобігання злочинним діям його підлеглих або покарання їх за ці дії; та (iii) начальник знав або мав підстави знати, що буде вчинено або було вчинено злочинне діяння.[1104]

Наразі *Бемба* залишається єдиною справою, вирок у якій винесеною на підставі відповідальності військового командира. Хоча Судова палата одноголосно засудила Жана-П'єра Бембу Гомбо відповідно до статті 28(a) Статуту, Апеляційна палата більшістю голосів виправдала його. Одним із найбільш оскаржуваних питань у цій справі було значення «невжиття всіх необхідних та розумних заходів». Спираючись на юриспруденцію МКТЮ та МКТР, Апеляційна палата зазначила, що «для оцінки того, чи командир вжив усіх 'необхідних та обґрунтованих заходів', потрібно буде врахувати, які заходи були в його або її розпорядженні за певних обставин у певний час».[1105] У тому ж ключі палата додала, що стаття 28 вимагає від командирів лише того, що необхідно і розумно за певних обставин, і, отже, «це не так, що командир повинен вжити всіх можливих заходів у своєму розпорядженні».[1106] Далі палата заявила, що «Судова палата повинна чітко визначити, що *конкретно* повинен був зробити командир. Абстрактні висновки про те, що теоретично міг зробити командир, є даремними і проблематичними, не в останню чергу тому, що їх дуже важко спростувати. […] Це не є обов'язком обвинуваченого довести, що заходи, яких він чи вона вжив або вжила, були достатніми».[1107]

[1103] *Прокурор проти Багілішеми* (Bagilishema) (Судове рішення) ICTR-95-1A-T (7 червня 2001 року) п. 38; *Прокурор проти Делаліча (Delalić) та ін.* (Судове рішення) IT-96-21 (16 листопада 1998 року) п. 346; *Прокурор проти Кайішеми (Kayishema) та Рузіндани (Ruzindana)* (Судове рішення) ICTR-95-1; ICTR-96-10 (21 травня 1999 року) пп. 208–231.

[1104] Кай Амбос (Kai Ambos), «Спільна злочинна діяльність і відповідальність командування» (Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility) (2007) 5 Journal of International Criminal Justice 159, C. 179.

[1105] Рішення у справі *Бемба* щодо апеляційної скарги пана Жана-П'єра Бемби Гомбо на «Рішення відповідно до статті 74 Статуту» Судової палати III, ICC-01/05-01/08 A, 8 червня 2018 р., п. 168.

[1106] *Там само,* п. 169.

[1107] *Там само,* п. 170.

Частина II(C): Ратифікація

У цьому розділі розглядаються питання ратифікації Римського статуту.[1108] Спочатку пояснюється, яке значення має ратифікація для держав. Потім порівнюється ратифікація та подання Заяви. Таке порівняння визначає різницю між ратифікацією та Заявою у політичному, процедурному, юрисдикційному аспектах та стосовно прав та обов'язків, якими наділяються держави кожним способом встановлення юрисдикції. Таким чином, в першу чергу, в цьому розділі визначаються заходи, яких повинні вжити держави для ратифікації Римського статуту, а також розглядаються кроки, які повинна зробити саме Україна. Аналіз зроблено на підставі досвіду інших національних судових систем

I. Визначення поняття «ратифікація»

Як було зазначено в Частині 1, коли держави погоджуються взяти на себе всі зобов'язання, визначені в положеннях Римського статуту, вони повинні «ратифікувати» його. Ратифікація – це офіційний акт держави, яка дає згоду на обов'язковість для неї міжнародного договору.[1109] З метою ратифікації Римського статуту, держава направляє документ, який містить таку згоду, Генеральному секретарю ООН на зберігання.[1110] Коли держава ратифікувала Римський статут, вона визнає юрисдикцію Суду щодо злочинів, передбачених статтею 5 Римського статуту, а саме геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів.[1111]

Україна не ратифікувала Римський статут. Україна підписала Римський статут 20 січня 2000 року, а 29 січня 2007 року приєдналася до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду.[1112] Проте станом на квітень 2021 року Україна не приєдналася до 123 держав-членів,[1113] ратифікувавши Римський статут відповідно до вимог ст.125(2) стосовно держав, які прагнуть стати державами-учасницями. Відповідно, Україна не дала згоду на обов'язковість для себе

[1108] Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998, набрав чинності 1 липня 2002, підписаний Україною 20 січня 2000) 2187 UNTS 90 ("Римський статут").

[1109] Віденська конвенція про право міжнародних договорів (прийнята 23 травня 1969 року, набула чинності 27 січня 1980 року).1155 UNTS 331, 8 I.L.M. 679 (далі – «Віденська конвенція») ст. 2(1)(b), 14(1) і 16.

[1110] Римський статут, ст. 125(2).

[1111] *Там само,* ст. 12(1).

[1112] Україна - це перша держава, яка не є учасницею Римського статуту, але приєдналася до вищезгаданої угоди. МКС, Угода про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду, ICC-ASP/1/3 (прийнято на першій сесії 3–10 вересня 2002 року) (далі – «Угода про привілеї та імунітети МКС»).

[1113] Збірник договорів ООН, депозитарій, Римський статут Міжнародного кримінального суду.

документу, який наділяє МКС юрисдикцією стосовно злочинів, визначених в ст.5[1114] Статуту, якщо вони вчиняються на її території або її громадянами.[1115] Проте ратифікація – це лише один спосіб визнання юрисдикції Суду. Оскільки Україна подала дві Заяви, вона визнала юрисдикцію МКС, але не всі положення Римського статуту.[1116] У наступному розділі обговорюватиметься різниця між ратифікацією та поданням Заяви.

II. Ратифікація проти Заяви та їх вплив на юрисдикцію МКС

В цьому розділі порівнюється ратифікація Римського статуту, що призводить до того, що країна стає державою-членом МКС, і Заяви, за допомогою яких держава визнає юрисдикцію МКС, але не стає державою-учасницею. На перший погляд, різниця між заявою та ратифікацією не є очевидною. Проте різниця є. Нижче будуть розглядатися різниця та схожість стосовно політики, процедури, юрисдикції та зобов'язань держави.

A. Політичні відмінності та відмінності в управлінні

Ратифікація Римського статуту означає, що коли держава стає державою-учасницею Римського статуту, вона приєднується до АДУ.[1117] Як було зазначено в Частині 1, АДУ – це орган МКС, що відповідає за управлінський нагляд та ухвалення нормоустановчих рішень. Як держава, що не є державою-учасницею, Україна не має виборчих прав чи права офіційного голосу в АДУ. Держави, що включно з Україною не є державами- учасницями, не мають права долучатись до розгляду питань щодо підтримки діяльності та розвитку Суду.[1118] Наприклад, лише держава-учасниця може офіційно запропонувати поправки до Римського статуту, Елементів злочинів (документа, який містить тлумачення й визначення злочинів, передбачених Римським статутом) чи Правил процедури і доказування (документа, який регулює процедуру здійснення провадження Суду).[1119]

[1114] Зокрема, злочин геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини та , у випадку дотримання умов ст.5(2), злочин агресії.
[1115] Римський статут, ст. 12(1).
[1116] Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності вищими посадовими особами держави, які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян під час мирних акцій протестів у період з 21 листопада 2013 року по 22 лютого 2014 року: Заява Верховної Ради України № 790-VII [Онлайн-ресурс]. – 25 лютого 2014 року – (далі – «Перша заява»); Заява Верховної Ради України, «Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та керівниками терористичних організацій «ДНР» та «ЛНР», які призвели до особливо тяжких наслідків та масового вбивства українських громадян»: Постанова Верховної Ради України № 145-VIII [Онлайн-ресурс]. – 8 вересня 2015 року. – (далі – «Друга заява»).
[1117] Римський статут, ст. 125(2).
[1118] *Там само,* ст. 112(7).
[1119] *Там само,* ст. 9(2), 51(2), 112(7) та 121.

Крім того, держава, що не є державою-учасницею, не може офіційно впливати на управління діяльністю Суду, включно з рішеннями щодо того, хто буде номінований чи обраний на посаду Прокурора МКС, або хто буде номінований чи обраний на посаду судді МКС.[1120]

Якби Україна була державою-учасницею Римського статуту, вона могла б безпосередньо висувати пропозиції та брати участь в голосуванні з питань, вказаних вище, включно зі змінами щодо елементів злочинів, правил процедури і доказування, а також інших інші важливих питань, зокрема, виборів нових суддів або прокурорів.[1121] Найважливіше за поточних обставин, щоб Україна могла впливати на роботу щодо формування злочину агресії в МКС – це питання має принципове значення для України з огляду на нещодавні події у зв'язку з можливою діяльністю Росії в Криму та Східній Україні – див. Частину 2 (В).

B. Процедурні відмінності

Щодо держав, які здійснюють ратифікацію, і держав, які подають заяву, то процедурна відмінність стосується питання, коли Прокурор МКС відкриває офіційне розслідування «ситуації» чи підозри про скоєння злочинів. Коли держава-учасниця звертає увагу суду на ситуацію, то це називається «передача на розгляд». Офіційне розслідування може бути відкрите лише після розгляду ситуації в державі-учасниці, розгляду в Раді Безпеки або дозволу Палати попереднього провадження для відкриття розслідування.[1122] Отже, Прокурор МКС не може відкрити офіційне розслідування внаслідок заяви. Вона (Прокурор МКС) має отримати погодженням Палати попереднього провадження. Таким чином, хоч і звернення, і заява означатимуть, що Прокурор почне процедуру попереднього вивчення для розгляду питання, чи відкривати офіційне розслідування з принципових міркувань,[1123] Прокурору не потрібно отримання погодження МКС для переходу на наступній етап (офіційного розслідування) у разі звернення держави- учасниці чи Ради безпеки ООН.[1124]

[1120] *Там само,* ст. 36(4) та 42(4).
[1121] *Там само,* ст. 121.
[1122] *Там само,* ст. 13, 15 та 18.
[1123] Канцелярія Прокурора, «Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення» ('Policy Paper on Preliminary Examinations'), листопад 2013, (далі – «Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення») С. 2, п. 4; Положення 25(1)(c) Канцеляріяу Прокурора, після отримання звернення або чинної заяви, поданої відповідно до ст. 12(3) Римського статуту, Прокурор МКС може відкрити процедуру попереднього вивчення ситуації: МКС, Положення Прокурора (Regulations of the Prosecutor), ICC-BD/05-01-09 (від 23 квітня 2009 року) (далі – «Положення Прокурора») положення 25(1)(c).
[1124] Римський статут, ст. 13(c), 15 та 18.

C. Відмінності юрисдикції в часі

Ратифікація Римського статуту наділяє МКС юрисдикцією стосовно лише дій, які були вчинені після ратифікації. Держави часто долучаються до МКС у зв'язку зі збройним конфліктом, який стосується їхньої території чи громадян і, як наслідок – потребою притягнення до відповідальності після нього. Однак ратифікація державою Римського статуту не забезпечить юрисдикції МКС щодо нещодавніх злочинів, які вже були скоєні.

Це вирішується за допомогою подання заяви, яка дозволяє застосування юрисдикції МКС зі зворотною силою (поки забезпечується дотримання інших правових принципів, зокрема принципу законності, згідно з яким злочин має бути передбачено законом на момент вчинення обвинуваченим можливого злочинного діяння).[1125] Наприклад, якби Україна не подала двох заяв, ратифікація зараз не забезпечила б надання МКС юрисдикції щодо можливих злочинів, скоєних під час Євромайдану й конфлікту у Східній Україні. Таким чином, щоб охопити злочини, скоєні на сьогодні, їй (Україні) все рівно потрібно було б доповнити ратифікацію заявою.[1126]

Крім того, навіть якби Україна ратифікувала Римський статут зараз, щоб охопити потенційні злочини, скоєні в майбутньому, є підстави вважати, що її дві заяви все рівно забезпечують надання Суду юрисдикції щодо майбутніх злочинів – незалежно від ратифікації Україною Римського статуту. Друга Заява, яка була подана Україною 8 вересня 2015 року, є безстроковою та наділяє Суд юрисдикцією стосовно злочинів, вчинених з 20 лютого 2014 року.[1127] Є підстави вважати, що вона охоплює нові злочини, які відбуваються зараз і відбудуться протягом наступних років.

У МКС досі не розглядалось питання, чи заява все ще буде законною підставою для застосування юрисдикції Суду, навіть якщо її подано значно раніше, ніж скоєно злочин, який підпадає під його юрисдикцію. Однак є підстави вважати, що це питання може не виявитися спірним на практиці. У ситуації Республіки Кот-д'Івуар це питання майже було вирішено. Республіка Кот-д'Івуар подала заяву 18 квітня 2003 року, визнавши юрисдикцію Суду з 19 лютого 2002 року та в подальшому.[1128] Прокурор здійснила процедуру попереднього вивчення. Унаслідок скоєння насильства в післявиборчий період у листопаді 2010 року Прокурор подала запит на те, щоб Суд санкціонував

[1125] *Там само,* ст. 11(2).
[1126] Раніше, у грудні 2003 року, Уганда зверталась до Прокурора у зв'язку із ситуацією щодо Армії опору Господа. Окрім такого звернення, Уганда подала заяву за п. 3 ст. 12 Римського статуту, визнавши юрисдикцію Суду з моменту набуття чинності Римським статутом – таким чином, часова юрисдикція Суду охопила період з 1 липня 2002 року.
[1127] Друга заява.
[1128] Республіка Кот-д'Івуар, «Декларація про визнання юрисдикції Міжнародного кримінального суду» (18 квітня 2003 року).

проведення розслідування цієї ситуації. Суд санкціонував проведення розслідування та використав заяву як підставу для застосування юрисдикції.[1129] Палата не вивчала конкретно питання, чи окремо заява 2003 року могла охоплювати можливі злочини, скоєні у 2010 чи 2011 році.[1130] Однак той факт, що МКС відкрив розслідування, є інформативним. Є підстави вважати, що безстрокова заява (незалежно від її давності) вважалась такою, що може охоплювати всі майбутні злочини. Проте з огляду на те, що заяви однозначно мають бути чинними, цілком можливо, що доцільно було б подати додаткову заяву, щоб забезпечити «актуалізацію» юрисдикції – інакше Реєстратору МКС потрібно буде шукати додаткове підтвердження чинності попередньої заяви – див. вище Частину (А), «Порядок подання заяви».

D. Відмінності у зобов'язаннях держави

У Римському статуті є деякі положення, що безпосередньо стосуються держав-учасниць – і, на перший погляд, з їх змісту випливає, що вони не поширюються на держави, які обмежили своє визнання юрисдикції Суду, подавши заяви. Отже, є певні відмінності між обов'язками та зобов'язаннями держав-учасниць і держав, які не ратифікували Римський статут, зокрема України. Про ці вимоги йтиметься нижче.

a) Відмінності

Спочатку необхідно зазначити, що Частина 9 Римського статуту визначає основні зобов'язання, які покладаються на держави. До держав-учасниць та держав, які не є учасницями, застосовується однакові зобов'язання відповідно до Частини 9. Згідно зі ст.12(3) держава, яка зробила Заяву, що визнає юрисдикцію Суду, повинна співпрацювати з Судом без будь-яких затримок або виключень відповідно до Частини 9 Статуту. Інші положення не називаються. Відповідно, така держава повинна співпрацювати, як будь-яка інша держава-учасниця, поміж іншого з питань надання документів та записів, встановлення осіб, збору доказів, допиту людей, розшуку або арешту, а також захисту потерпілих та свідків.[1131] Проте існують відмінності попри положення цієї Частини Статуту.

По-перше, держави, які не є учасницями, можуть бути лише «запрошеними» на відміну від «зобов'язаних» Судом для надання допомоги на підставі окремої спеціальної домовленості, угоди

[1129] *Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар* (Situation in the Republic of Côted'Ivoire) (Поправка до рішення про надання дозволу у справі) ICC-02/11-14-Corr (3 жовтня 2011 року) п. 15.
[1130] *Там само.*
[1131] Римський статут, Частина 9.

з такою Державою або будь-якої іншої відповідної підстави.[1132] Йдеться про різницю у природі такої вимоги.[1133]

По-друге, ст.70(4) заохочує держави-учасниць поширити дію кримінального законодавства на злочини, пов'язані з адмініструванням судочинства в Суді. Це не застосовується до держав, які не є учасницями, навіть якщо вони подали Заяву відповідно до ст.12(3).

По-третє, відповідно до ст.73, якщо держава-учасниця повинна розкрити інформацію, якою вона володіє і яка була розкрита іншою особою на умовах конфіденційності, то для такого розкриття вона повинна отримати дозвіл першоджерела інформації. Якщо першоджерелом є держава-учасниця, то вона повинна або погодитися на розкриття інформації чи документа, або взяти на себе зобов'язання щодо вирішення питання стосовно розкриття інформації Суду згідно з положеннями ст.72. Проте, якщо першоджерело не є державою-учасницею і відмовляється дати згоду на розкриття, запитувана держава має повідомити Суд про те, що не може надати документ або інформацію через попереднє зобов'язання перед першоджерелом щодо конфіденційності.[1134]

По-четверте, лише держава-учасниця та деякі працівники мають привілеї та імунітети, якими наділяє Суд на підставі Римського статуту.[1135] Згідно з Римським статутом Суд користується територією кожної держави-члена, а також привілеями та імунітетами, необхідними для досягнення цілей.[1136] Це дозволяється, зокрема (але не лише) суддям, прокурору, заступнику прокурора та секретарю під час роботи Суду. Вони наділяються такими самими привілеями та імунітетами, як і голови дипломатичних місій, та зберігають їх за собою після закінчення терміну своїх повноважень.[1137] Проте ця відмінність не стосується України, тому що 29 січня 2007 року Україна приєдналася[1138] до Угоди про привілеї та імунітети Міжнародного кримінального суду від 2002 року.[1139] Як видно з назви, ця Угода спрямована на те, щоб забезпечити Суд певними привілеями та імунітетами на території кожної держави-учасниці, необхідними для досягнення

[1132] *Там само,* ст. 87(5)(a).
[1133] Проте таким же чином як і для держав-учасниць, відповідно до ст.87(5)(b) (в Частині 9), в деяких випадках, коли держава, яка не є учасницею цього Статуту, відмовляється співпрацювати стосовно виконання прохань відповідно до будь-якої такої домовленості або угоди, то Суд може повідомити про це Асамблею держав-учасниць або, в тих випадках, коли це питання передається Суду Радою Безпеки, - Раду Безпеки.
[1134] Римський статут, ст. 73.
[1135] *Там само,* ст. 48.
[1136] *Там само,* ст. 48.
[1137] *Там само,* ст. 48.
[1138] Різниця між приєднанням та ратифікацією є обмеженою; ратифікація є безумовною згодою держави на обов'язковість для неї договору. Приєднання - це акт прийняття пропозиції стосовно згоди на обов'язковість договору, який вже затверджено та підписано іншими державами. Він має *однакову* юридичну силу з ратифікацією: Віденська конвенція, ст. Віденська Конвенція, ст. 2(1)(b), 14 (1), 15 та 16.
[1139] Угода МКС про привілеї та імунітети.

його цілей.[1140] Таким чином, не буде різниці між зобов'язаннями України зараз, після прийняття Заяв, чи у випадку ратифікації Статуту.

По-п'яте, МКС може уповноважити Прокурора МКС здійснити певні слідчі дії без отримання згоди держави на співробітництво, лише якщо держава є учасницею Статуту.[1141] Ст.57(3)(d) передбачає, що Палата попереднього провадження МКС може «уповноважити Прокурора здійснити певні слідчі дії» на території держави-учасниці без отримання згоди держави на співробітництво. Палата попереднього провадження дозволяє вимагати цього, якщо вона вирішить, що держава-учасниця «є очевидно неспроможною виконати вимоги щодо співробітництва». [1142] Використання словосполучення «держава-учасниця» в цьому положенні забороняє Прокурору втручатися у справи суверенної держави, яка не ратифікувала Статут, а просто зробила заяву про визнання юрисдикції МКС. Таким чином, здається, що Прокурор не зможе використовувати це положення, щоб примусово забезпечити співробітництво України після того, як вимоги Частини 9 та передбачені в ній заходи, вичерпані. Це деяким чином «захищає» держави, які не є учасницями, від виконання вимог Прокурора МКС без ратифікації Римського статуту такою державою.

Однак, хоча стаття 57(3)(d) не може застосовуватись до України, є схоже положення примусового характеру в контексті Частини 9, обов'язковість якого поширюється на Україну. Це положення закріплено у статті 99(4), і воно дозволяє Прокурору МКС за певних умов виконувати «запити на надання допомоги» безпосередньо на території держави. Інакше кажучи, ідеться про ситуацію, коли Прокурор може виконати «запит» безпосередньо на території держави навіть за відсутності представників органів державної влади. Є два приклади проведення «необов'язкових заходів», а саме: добровільне опитування чи отримання свідчень особи та огляд загальнодоступного об'єкта. Опитування свідка може бути проведено за відсутності представників органів державної влади, якщо це важливо (наприклад, якщо представники органів державної влади прагнуть вплинути на покази свідка). Якщо огляд загальнодоступного об'єкта проводять слідчі, їм не можна порушувати цілісність або змінювати місце події. Дію цього положення обмежено наявністю однієї з двох обставин. По-перше, потрібно, щоб можливий злочин було скоєно на території держави-учасниці чи держави, яка подала заяву; справу вже має бути визнано прийнятною (див Частину 1); коли можливо, консультації з відповідною державою вже має бути проведено. Альтернативний варіант передбачає, що запит може бути виконаний після проведення консультацій з відповідною державою та відповідно до умов чи поглядів такої держави (тобто на відміну від вимоги «коли

[1140] *Там само,* ст. 3.
[1141] Римський статут, ст. 57(3)(d).
[1142] *Там само,* ст. 57(3)(d).

можливо», передбаченої щодо першої умови, друга умова вимагає проведення консультацій). Крім того, держава може оскаржити рішення Прокурора МКС, звернувшись до Суду з відповідним клопотанням.[1143]

Положення статті 99(4) не є положеннями примусового характеру, які слугують заміною статті 57(3)(d), що застосовується лише до держав-учасниць. Ступінь її деталізації значно нижчий, ніж статті 57(3)(d). Як зазначено вище, стаття 57(3)(d) не може бути застосована до України для отримання інформації, примусове отримання якої в інший спосіб може бути неможливим, оскільки Україна не є державою-учасницею Римського статуту.[1144] Єдине аналогічне положення щодо проведення слідчих дій на території держав, які подали заяви, зокрема, України, – це положення статті 99; і це положення можна застосувати за умов, наведених вище (зокрема, проведення консультацій з відповідною державою). Це деяким чином "захищає" держав, які не учасницями, від виконання вимог Прокурора МКС без ратифікації Римського статуту такою державою.

b) Подібності

Існує багато спільного між зобов'язаннями, які покладаються на держави-учасниці та держави, які не є учасницями, але зробили заяву. Римський статут містить низку положень, які (у зв'язку з положеннями Частини 9) вимагають від держав, що подали заяви та не є державами-учасницям, надавати Суду допомогу з тих чи інших питань, так само як і держави-учасниці. До цього належать наступні положення:

- Допомога під час арешту;[1145]
- Видача осіб Суду;[1146]
- Встановлення місцезнаходження;[1147]
- Збір доказів, у тому числі свідчень;[1148] та
- Розшук та арешт.[1149]

Крім випадків, пов'язаних із застосуванням положень Частини 9 і до держав-учасниць, і до держав, які не є державами учасницями, Римський статут містить певні положення, обов'язковість яких також поширюється на Україну. Це пов'язано із взаємозалежністю між положеннями Частини 9

[1143] Римський статут, ст. 99(4); МКС, Положення Суду (Regulations of the Court), ICC-BD/01-01-04, (від 26 травня 2004 року) (далі – «Положення Суду»).
[1144] Римський статут, ст. 57(3)(d).
[1145] *Там само,* ст. 92.
[1146] *Там само,* ст. 89.
[1147] *Там само,* ст. 93(1).
[1148] *Там само,* ст. 93(1).
[1149] *Там само,* ст. 93(1).

та іншими положеннями Статуту, які, на перший погляд, стосуються лише держав-учасниць. Таким чином, інші положення (з якими пов'язані положення Частини 9) набувають актуальності.

По-перше, статтею 59 передбачено, що держави-учасниці, які отримують запит на попередній арешт чи арешт та передачу особи до Суду, мають негайно вжити відповідних заходів для арешту такої особи відповідно до положень Частини 9. Це положення передбачає, що Суд може передавати запити на арешт і передачу особи, виконання та дотримання яких є обов'язковим.[1150] Оскільки обов'язковість положень Частини 9 уже поширюється на державу, яка подала заяву та не є державою-учасницею, зокрема на Україну, її зобов'язання за цими положеннями не зміняться, якщо вона стане державою-учасницею.

По-друге, МКС може попросити Україну - державу, яка не є учасницею, але зробила відповідну заяву - виплатити відповідну компенсацію потерпілим. Ст.75 Статуту розглядає питання репарацій та компенсацій потерпілим, які розглядаються в МКС. Коли Суд наказує відшкодувати шкоду, то в Римському статуті передбачено, що «держава-учасниця» виконує таке рішення.[1151] Під час здійснення своїх повноважень за статтею 75 Суд може застосовувати певні заходи, передбачені положеннями Частини 9.[1152] До цих заходів також можуть належати заходи щодо виявлення, відслідковування, заморожування або арешту виручених засобів, майна, активів та знаряддя злочину з метою майбутнього стягнення,[1153] та "надання будь-якої допомоги, не забороненої законодавством запитуваної держави з метою сприяння здійсненню розслідування та кримінального переслідування за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду".[1154] Заходи, що застосовуються для виконання наказу згідно з цим положенням, будуть зобов'язувати сторону, яка не є учасницею Римського статуту, таку як Україна.

По-третє, держава-учасниця має забезпечити виконання рішень про штрафи чи заходи з конфіскації, ухвалені Судом.[1155] Якщо держава-учасниця не може забезпечити рішення про конфіскацію, то вона має вжити відповідних заходів для звернення стягнення на доходи, майно чи активи, які підлягають конфіскації за рішенням Суду.[1156] Майно чи доходи від продажу активів мають бути передані Суду.[1157] На перший погляд, зі змісту цього положення випливає, що воно поширюється лише на держав-учасниць. Однак положення Частини 9 Статуту мають

[1150] *Наприклад.*, Римський статут, ст. 89.
[1151] *Там само,* ст. 75(5).
[1152] *Там само,* ст. 75(4).
[1153] *Там само,* ст. 93(1)(k).
[1154] *Там само,* ст. 93(1)(l).
[1155] *Там само,* ст. 109.
[1156] *Там само,* ст. 109(2).
[1157] *Там само,* ст. 109(3).

узагальнений характер і зобов'язують держави, які подали заяви та не є державами-учасницями, надавати Суду «допомогу» під час виявлення, відстеження та заморожування чи конфіскації доходів, майна та активів і знарядь злочинів з метою подальшої конфіскації (без шкоди для прав bona fide третіх осіб), а також будь-яку іншу допомогу, потрібну для притягнення винних до відповідальності й розслідування злочинів у МКС.[1158] Таким чином, у вузькому сенсі, Україна не матиме безпосереднього зобов'язання щодо виконання рішень про штрафи чи заходи з конфіскації. Проте до неї можуть звернутись із запитом на надання «допомоги» щодо виконання такого рішення відповідно до положень Частини 9.

На завершення, хоч Україна в силу своїх Заяв зобов'язана згідно з Частиною 9 співпрацювати з Судом, є певні відмінності між зобов'язаннями держав-учасниць і держав, які не є учасницями, але зробили заяви, які необхідно брати до уваги. Однак, в цілому такі відмінності можуть не бути істотними з практичного погляду.

E. Кроки, які необхідно здійснити для прийняття Римського статуту

В цьому розділі визначаються кроки, які Україні потрібно буде здійснити, щоб ратифікувати Римський статут та повністю «прийняти» його положення. Щоб повністю прийняти Римський статут в Україні, по-перше, необхідно внести до Конституції поправки, які дозволять визнати Римський статут, а потім продовжити «імплементувати» положення Римського статуту в національну правову систему України.

Для держав, які бажають ратифікувати Римський статут долаючи конституційні перешкоди, є кілька можливих рішень. Венеціанська комісія (орган, що входить до складу Ради Європи) опублікувала Звіт про конституційні питання, підняті під час ратифікації Римського статуту МКС (Report on Constitutional Issues Raised by the Ratification of the Rome Statute of the ICC), в якому окреслено чотири варіанти «рішень», доступних для держав:[1159]

- Внесення нового положення до конституції, що дає змогу подолати конституційні проблеми та уникнути потреби внесення винятків до всіх відповідних статей;
- Систематичний перегляд усіх конституційних статей, що потребують змін, для приведення у відповідність до Римського статуту;

[1158] *Там само,* ст. 93(1)(k) та (l).

[1159] Європейська комісія за демократію через закон (Венеціанська комісія), «Звіт про конституційні питання, підняті під час ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду» ('Report On Constitutional Issues Raised By The Ratification Of The Rome Statute Of The International Criminal Court'), CDL (2000) 104 rev., 15 грудня 2000 року, С. 10 («Звіт Венеціанської комісії про конституційні питання»).

- Упровадження та (чи) застосування спеціальної процедури затвердження парламентом, унаслідок чого Римський статут може бути ратифіковано, незважаючи на той факт, що деякі з його статей суперечать конституції; або
- Надання такого тлумачення певних положень конституції, яке забезпечує уникнення конституційних проблем щодо сумісності з Римським статутом.[1160]

F. Ситуація України

Перед розглядом досвіду держав, які успішно ратифікували Римський статут, варто надати стисле роз'яснення ситуації України щодо процесу ратифікації. Як зазначено в Частині I, Конституційний Суд України встановив, що МКС може виконувати свої повноваження та функції на території *будь-якої* держави-учасниці і що він уповноважений на встановлення прийнятності *будь-якої* справи, якщо держава не бажає або не здатна проводити розслідування чи порушити кримінальне переслідування належним чином.[1161] Конституційний Суд України дійшов висновку, що Міжнародний кримінальний суд доповнює систему національної юрисдикції України таким чином, що застосування такої додаткової юрисдикції заборонено Конституцією.[1162] Отже, відповідно до Розділу IX Конституції України перед тим, як можна буде ратифікувати Римський статут, до самої Конституції України мають бути внесені зміни.[1163]

З огляду на рішення, вказане вище, у 2008 році Венеціанська комісія порекомендувала прийняти закон, який би дозволив Верховній Раді України ратифікувати Римський статут. Венеціанська комісія розробила проект запропонованої «статті 128(3)» Конституції України, який передбачає, що Україна може визнати юрисдикцію МКС на умовах, встановлених Римським статутом.[1164]

[1160] *Там само,* С. 3.

[1161] Висновок Конституційного суду України щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут), Справа N 1-35/2001, N 3-в/2001 від 11 липня 2001 року (далі – «Висновок Конституційного суду України»), частина 2.1, п. 3.

[1162] Стаття 124 Конституції України визначає, що правосуддя в Україні здійснюють виключно суди, і делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються. Конституційний Суд зазначив, що МКС за Римським статутом доповнює систему національної юрисдикції. Він дійшов висновку, що абзац десятий преамбули та стаття 1 Статуту не узгоджуються з частинами першою, третьою статті 124 Конституції України, а тому приєднання України до цього Статуту відповідно до статті 9 Конституції України можливе лише після внесення до неї відповідних змін.

[1163] Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія), Другий Звіт про конституційні питання, підняті під час ратифікації Римського статуту Міжнародного кримінального суду, CDL-AD (2008) 031, 4 листопада 2008 року ("Другий Звіт Венеціанської комісії"), пп. 14-15.

[1164] Висновок щодо проекту Конституції України (підготовлений робочою групою на чолі з паном В. М. Шаповалом) (CDLAD (2008) 015, посилання на який надано в Другому Звіті Венеціанської комісії (Venice Commission Second Report), примітка 10.

У 2015 році Президент України запропонував прийняти закон, спрямований на вирішення питання ратифікації Римського статуту МКС. Указом Президента України від 3 березня 2015 року № 119/2015 Президент Порошенко постановив утворити Конституційну Комісію доручивши їй підготувати пропозиції щодо змін до чинної редакції Конституції України.[1165] Президент призначив члена Венеціанської комісії Ганну Сухоцьку (Hanna Suchocka) міжнародним спостерігачем Конституційної Комісії.[1166]

21 липня 2015 року Венеціанська комісія отримала листа від Володимира Гройсмана, який на той час був Головою Верховної Ради України та Головою Конституційної Комісії України. Цим листом Венеціанській комісії було передано проект змін до Конституції України, запропонований робочою групою Конституційної Комісії, та подано запит на підготування термінового висновку щодо таких змін.[1167]

Пізніше в листопаді 2015 року Президент України подав до Верховної Ради законопроект щодо поправок до Конституції.[1168] Одне положення цього законопроекту стосується МКС. Ст.124 даного законопроекту передбачає, що:

> Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених Римським статутом.

Згодом Венеціанська комісія висловила рішучу підтримку запропонованої зміни.[1169] 2 червня 2016 року Верховна Рада України прийняла законопроект про внесення змін до статті 124 Конституції України.[1170] Оскільки поправка набрала чинності 30 червня 2019 року,[1171] немає жодних перешкод для ратифікації Римського статуту Україною.

G. Ратифікація

Україна намагається врегулювати питання конституційності Римського статуту в межах своєї національної правової системи не одна. Як відомо, МКЧХ здійснив комплексний аналіз національних юрисдикцій та їхнього підходу до Римського статуту. У межах цього дослідження

[1165] Європейська комісія за демократію через право (Венеціанська комісія) Проміжний висновок щодо запропонованих змін до Конституції України в частині правосуддя (Preliminary Opinion On the Proposed Constitutional Amendments Regarding the Judiciary of Ukraine), CDL-PI (2015)016, Висновок № 803/2015, 24 липня 2015 року (далі – «Проміжний висновок Венеціанської комісії») п. 1, 3.
[1166] Проміжний висновок Венеціанської комісії, п. 1.
[1167] *Там само,* п. 4.
[1168] Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Законопроект №3524 – 25 листопада 2015 року.
[1169] Проміжний висновок Венеціанської комісії, п. 17.
[1170] Закон України «Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя)» № 1401-VIII [Онлайн-ресурс] 2 червня 2016.
[1171] Конституція України [Онлайн ресурс], ст. 124.

надано інформативний аналіз різних конституційних перешкод, які зазвичай виникають у зв'язку з ратифікацією Римського статуту, що дає Україні змогу краще зорієнтуватись у її нинішній ситуації. [1172]

«Універсальне» положення про внесення змін знайоме іншим державам. Це не змінило суперечливі положення, визначені Конституційним судом України (див. Частину I), а скоріше наділило Україну повноваженнями визнати Римський статут. Це рішення, до якого вдались інші держави, долаючи схожі конституційні проблеми, зокрема Бельгія, [1173] Чилі, [1174] Кот-д'Івуар і Франція.

По-перше, Державна рада Бельгії (Council of State) (консультаційний орган Бельгії з питань юрисдикції) встановила, що у зв'язку зі змістом положень Конституції бельгійський трибунал не міг відмовитись від своїх повноважень на користь МКС. Це пояснювалось тим, що Конституція Бельгії передбачала вимогу, що жодна особа не може проти її волі бути передана від судді Бельгії, призначеного такій особі за законом Бельгії. [1175] Відповідно, Державна рада порекомендувала внести зміну до Конституції. Бельгія ратифікувала Статут перед внесенням змін до Конституції, обґрунтовуючи це тим, що в неї був час внести потрібні конституційні та законодавчі зміни до досягнення ратифікації 60 державами, і Римський статут було введено в дію. Після ратифікації Статуту внесення змін до Конституції не відбулось. Представники державної влади та МКЧХ стверджували, що Римський статут безпосередньо впливатиме на національне законодавство й,

---

[1172] МКЧХ (ICRC), «Питання, порушені у зв'язку з Римським статутом Міжнародного кримінального судунаціональними конституційними судами, верховними судами та радами держав» (Issues Raised with Regard to the Rome Statute of the International Criminal Court by National Constitutional Courts, Supreme Courts and Councils of State), 01/2003.

[1173] Висновок Державної ради від 21 квітня 1999 року стосовно законодавчих ініціатив щодо схвалення Римського статуту Міжнародного кримінального суду, (Avis du Conseil d'état du 21 Avril 1999 sur un projet de loi "portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 Julliet 1998", Parliamentary Document 2-239 (1999/2000)), С. 94, цитується в Міжнародний комітет Червоного Хреста, «Питання, порушені стосовно Римського статуту МКС національними Конституційними Судами, Верховним Судом і Радами держав» ('Issues raised regarding the Rome Statute of the ICC by national Constitutional Courts, Supreme Court and Councils of State'), 01/2010 (далі – «МКЧХ: Питання щодо Римського статуту»).

[1174] Римський статут Міжнародного кримінального суду (МКС) від 7 квітня 2002 року, (Decisión del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 7 квітня 2002 року), МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 18.

[1175] Висновок Державної ради від 21 квітня 1999 року стосовно законодавчих ініціатив щодо схвалення Римського статуту Міжнародного кримінального суду, (Avis du Conseil d'état du 21 Avril 1999 sur un projet de loi "portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 Julliet 1998", Parliamentary Document 2-239 (1999/2000)), С. 94, цитується в МКЧХ: Питання щодо Римського статуту (ICRC Rome Statute Issues), С. 3.

таким чином, його положення матимуть перевагу над будь-якими протилежними правовими положеннями, включно з положеннями Конституції.[1176]

Таке саме питання постало перед Чилі. Конституційний суд Чилі встановив, що Римський статут передбачав створення нової юрисдикції, не дозволеної Конституцією. Оскільки МКС, на думку Конституційного суду, був наднаціональним судом, виникала потреба в конституційних змінах, щоб визнати повноваження МКС в межах національного законодавства й надати йому юрисдикцію в Чилі.[1177] Держава внесла зміни до Конституції, доповнивши її положенням, яке передбачало, що «Держава Чилі може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду відповідно до міжнародного договору, затвердженого в місті Рим 17 липня 1998 року Дипломатичною конференцією повноважних представників під егідою Організації Об'єднаних Націй, про заснування зазначеного Суду».[1178] Республіка Чилі також надала підтвердження принципу комплементарності і внесла положення, згідно з яким вона співпрацюватиме із Судом відповідно до законодавства Чилі.[1179] Після здійснення потрібних конституційних змін Республіка Чилі передала свій документ про ратифікацію на зберігання ООН 29 червня 2009 року, таким чином ратифікувавши Римський статут.[1180]

Ситуація Республіки Кот-д'Івуар був була схожою на ситуацію України. У 1998 році ця держава підписала Римський статут, але в той же час не ратифікувала його. У 2003 році Конституційний суд Кот-д'Івуара визначив питання стосовно комплементарності юрисдикції МКС відносно власної Конституції. Він підтвердив, що можливість МКС визнавати справи прийнятними та розглядати їх раніше за національні суди є порушенням державного суверенітету.[1181] Проте 18 квітня 2003 року Кот-д'Івуар подав дві Заяви (як і Україна).[1182] Відповідно, у 2012 році Національна асамблея ухвалила два закони, які вносили зміни до Конституції, що дозволяли ратифікацію Римського

[1176] Rapport fait au nom de la Commission des relations extérieures et de la défense, Exposé introductif du Vice-premier Ministre et Ministre des Affaires étrangères, Doc. Parl. 2-329/2, 1999/2000, cc. 1-5, цитується в МКЧХ: Питання щодо Римського статуту (ICRC Rome Statute Issues), С. 3.

[1177] Римський статут Міжнародного кримінального суду (МКС) від 7 квітня 2002 року, (Decisión del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 7 квітня 2002 року), цитується в МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 18.

[1178] «Конституція Чилі 1980 року, зі змінами та доповненнями до 2012 року» (Chile's Constitution of 1980 with Amendments through 2012) (Constitute Project, 2012) С. 67, ст. 24.

[1179] *Там само.*

[1180] «Чилі стає 109-ю державою-учасницею Міжнародного кримінального суду» (Chile becomes 109th State Party to the International Criminal Court) (*Parliamentarians for Global Action*, 2009).

[1181] Рішення Конституційної Ради № 002/CC/SG від 17 грудня 2003 року стосовно відповідності Римського статуту Міжнародного кримінального суду Конституції Республіки Кот-д'Івуар (Décision Conseil Constitutionnel N°002/CC/SG du 17 décembre 2003 relative à la conformité à la Constitution du Statut de Rome de la Cour pénale internationale) цитується в МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 23.

[1182] «Кот-д'Івуар ратифікує Римський статут» (Côte d'Ivoire ratifies the Rome Statute), ICC-ASP-20130218-PR873 (МКС, 18 лютого 2013 року).

статуту та наділяли голову держави повноваженнями ратифікувати Римський статут. Вона внесла поправку до Конституції за умови, що «Республіка може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду відповідно до міжнародного договору, підписаного 17 липня 1998».[1183] В подальшому держава передала документ про ратифікацію від 15 лютого 2012 року на збереження в ООН.[1184]

Крім того, досвід Франції проливає світло на інші перешкоди на шляху до ратифікації. У 1999 році Франція звернулася до Конституційної ради Франції із запитом на встановлення, чи ратифікація Римського статуту стане причиною виникнення будь-яких конституційних питань. На відміну від ситуацій, описаних вище, у цьому разі Конституційна рада встановила, що принцип комплементарності юрисдикції МКС відповідав Конституції завдяки положенню, що справи вважаються прийнятними в МКС, лише коли держава не бажає чи не здатна забезпечити належне розслідування чи притягнення до відповідальності винних у такій справі, а отже, це жодним чином не впливає на суверенітет Франції.[1185] Франція вважала це положення зрозумілим і чітким. На думку Суду, це положення випливало зі змісту принципу міжнародного права, що положення міжнародних договорів (зокрема Римського статуту) підлягають виконанню в дусі доброї волі. Таким чином, принцип комплементарності може бути застосований, лише якщо Франція не виконає свого обов'язку щодо притягнення до відповідальності.[1186]

Проте, на думку Конституційної ради Франції, інші аспекти ратифікації були неконституційними. Наприклад, Конституційна рада висловила заперечення з приводу статті 99(4) Римського статуту щодо повноваження Прокурора МКС на виконання запиту на надання допомоги на кшталт опитування осіб чи вручення документів безпосередньо на території держави-учасниці.[1187] Конституційна рада висловила думку, що хоча «Прокурор (навіть за обставин, коли національна судова влада не є відсутньою) може вживати певних слідчих заходів без присутності представників влади держави, якій надіслано запит, на її території», «повноваження, надані Прокурору, на вжиття таких заходів без присутності представників компетентних органів судової влади Франції можуть становити порушення істотних умов здійснення національного

[1183] ГА ООН, «Доповідь незалежного експерта з питання про становище в галузі прав людини в Кот-д'Івуарі, Дуду Дьєн» (7 січня 2013 року), 22-га сесія, A/HRC/22/66

[1184] Коаліція в підтримку МКС, «Статус Римського статуту у світі у 2013 році» ('2013 Status of the Rome Statute Around the World') (2013) С. 16; Кот-д'Івуар,'Côte d'Ivoire' (Парламентері за глобальні дії) (*Parliamentarians for Global Action*).

[1185] Рішення 98-408 DC від 22 січня 1999 (Treaty on the Statute of the International Criminal Court) Décision 98- 408 DC du 22 janvier 1999 (Traité portant statut de la Cour pénale internationale), Journal officiel, 24 січня 1999 року, С. 1317, цитується в МКЧХ: Питання щодо Римського статуту (ICRC Rome Statute Issues), С. 1.

[1186] *Там само.*

[1187] Римський статут, ст. 99(4).

суверенітету».[1188] Таким чином, вона встановила, що це положення порушує Конституцію, а ратифікація вимагає внесення поправок до неї.[1189]

Крім того, Конституційна Рада висунула заперечення щодо повноваження МКС на застосування юрисдикції «…просто внаслідок застосування Акта про амністію чи строку давності, передбаченого національним законодавством; за таких обставин, Франція (за наявності бажання і здатності) може бути зобов'язана арештувати особу та передати її Суду за правопорушення, які за законодавством Франції підпадають під амністію чи дію строку давності; це може кваліфікуватись як порушення істотних умов здійснення національного суверенітету» .[1190] Як наслідок, Франція прийняла конституційне положення, яке врегулювало всі проблеми конституційного характеру, описані вище.[1191] Рішення, яке обрала Франція, полягало в доповненні Конституції положенням такого змісту: «Республіка може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду відповідно до міжнародного договору, підписаного 18 липня 1998 року».[1192] Держава вважала, що ця стаття врегулювала питання конституційності.[1193]

Як можна побачити, французьке рішення - внести до Конституції всеохоплююче положення - здається схожим на підхід, запропонований в українському законопроекті від листопада 2015 року.[1194] Як зазначалося вище, ст. 124 цього законопроекту передбачає, що «Україна може визнати юрисдикцію Міжнародного кримінального суду на умовах, визначених Римським статутом». Перевагою такого підходу є безпосереднє внесення конституційних положень, що розглядаються, без ініціювання широкого обговорення окремих поправок та положень.[1195] Інакше кажучи, будь-які сумніви з приводу несумісності законодавства України з положеннями Римського статуту мають бути усунені за допомогою такого єдиного положення (на противагу

[1188] Рішення 98-408 DC від 22 січня 1999 (Treaty on the Statute of the International Criminal Court) Décision 98-408 DC du 22 janvier 1999 (Traité portant statut de la Cour pénale internationale), Journal officiel, 24 січня 1999 року, С. 10, цитується в Звіт Венеціанської комісії про конституційні питання, С. 10.
[1189] *Там само.*
[1190] *Там само.*
[1191] *Там само.*
[1192] Конституційний закон № 99-568, 8 липня 1999 року, внесення поправок до Розділу VI Конституції, ст.53- 2 стосовно Міжнародного кримінального суду, J.O. № 157, 9 липня 1999 року, 10 175, МКЧХ, Питання Римського статуту, С. 3.
[1193] 'Cour pénale internationale, adoption du projet de loi constitutionnelle' (*Міністерство юстиції Франції*, 1999).
[1194] Про внесення змін до Конституції України (щодо правосуддя): Законопроект №3524. - 25 листопада 2015 року.
[1195] Права та Демократія та Міжнародний центр реформи кримінального права та кримінальної юстиції (Rights & Democracy and The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy,) Міжнародний кримінальний суд ('International Criminal Court): Посібник з ратифікації та імплементації Римського статуту (Manual for Ratification and Implementation of the Rome Statute) (травня 2000 року) Додаток I.

внесенню змін до кожного положення Конституції, що потенційно може бути порушене внаслідок ратифікації) із застереженням, що таке положення застосовується навіть в разі чинності Римського статуту. Таким чином, єдине положення може бути простим рішенням, що нівелює будь-які сумніви щодо сумісності положень Римського статуту з Конституцією.

H. Імплементація положень Римського статуту на національному рівні

Чи то ратифікувавши Римський статут, чи подавши заяви, Україні слід зосередитись на способі імплементації положень Римського статуту, зокрема, положень матеріальних і процесуальних норм. У цьому розділі окреслено конкретні потенційні проблеми імплементації та способи їх урегулювання.

Імплементація положень Римського статуту стосується того, як Україна виконує свої зобов'язання за статутом. Імплементація Римського статуту важлива, тому що після подання Заяв чи ратифікації Римського статуту Україна повинна повністю співпрацювати з МКС та розслідувати ці злочини і притягати до кримінальної відповідальності за їх скоєння.[1196] Як свідчить докладний аналіз, поданий нижче, забезпечення цілковитої відповідності національного законодавства держави положенням Римського статуту є критично важливим

a) Коли має відбуватися імплементація положень Римського статуту, і які положення мають бути імплементовані?

Цей розділ присвячено питанню, коли Україна має імплементувати положення Римського статуту, а також певним проблемам, які Україні слід наразі вирішити. Спочатку ми розглянемо це питання, зосередившись на часовому аспекті імплементації та зобов'язаннях, що випливають із двох заяв, поданих Україною. Потім ми перейдемо до розгляду зазначеного питання в контексті п'яти узагальнених аспектів: (i) злочини, норми відповідальності (участі) та інші положення Римського статуту щодо матеріальних норм; (ii) імунітет керівництва держави; (iii) можливий строк давності притягнення до відповідальності за міжнародні злочини; (iv) співробітництво із Судом; (v) інші положення, імплементацію яких слід розглянути зараз – до ратифікації Римського статуту

i. Часові межі імплементації

Перше питання, яке слід розглянути, полягає в тому, чи практика політичної системи України передбачає можливість імплементації положень Римського статуту до, під час або після

[1196] Міжнародний центр реформи кримінального права та кримінальної юстиції, Міжнародний кримінальний суд: Посібник з ратифікації та імплементації Римського статуту (The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 'International Criminal Court: Manual for Ratification and Implementation of the Rome Statute) (3тє вид., березня 2008 року) С. 16.

ратифікації чи приєднання до міжнародного договору. Звичайна практика України дає підстави вважати, що імплементація положень Римського статуту після чи під час ратифікації може бути коректною.[1197] Процедура імплементації регулюється національним законодавством України. Закон про міжнародні договори України регулює процедуру укладання, виконання та припинення міжнародних договорів.[1198] Як більшість держав світу,[1199] Україна не має юридичних обов'язків змінити національне законодавство до ратифікації Римського статуту. Проте практика держави показує, що повна імплементація Римського статуту вимагає наявності принаймні деяких імплементуючих законодавчих положень через унікальність та складність його положень.[1200] Проте Закон «Про міжнародні договори України» передбачає, що імплементація має відбуватись одночасно з ратифікацією.[1201] Є підстави вважати, що немає причини не розпочинати імплементацію найважливіших положень Римського статуту зараз, зокрема з огляду на заяви, подані Україною до МКС – див. Частину 2 (А).

Імплементації положень Римського статуту в перспективі – після його ратифікації – означатиме ігнорування факту наявності заяв, які Україна вже подала. Ці заяви дозволяють МКС вжити відповідних заходів щодо України вже зараз (включно з повноваженнями визнати справу прийнятною в МКС і затребувати від України передачі обвинуваченого, який, на думку Суду, має постати перед ним, або проведення повноцінного розслідування, яке вимагає співпраці України відповідно до Частини 9 Римського статуту – див. Частину 2 (А)). Крім того, принцип комплементарності (обов'язковість якого зараз поширюється на Україну відповідно до її заяв) вимагає від держав забезпечити здатність їхніх судів у кримінальних справах здійснювати юрисдикцію щодо злочинних діянь, які підпадають під кваліфікацію злочинів за Римським статутом. Якщо вони не можуть виконати цю вимогу, обвинуваченого та справу буде вилучено з юрисдикції України та передано до провадження в МКС. Як мінімум, це означає, що національна система повинна сприяти ефективному розслідуванню та кримінальному переслідуванню за аналогічні злочинні діяння. Перш за все, це означає наявність законодавства, яке імплементує або вносить поправки, щоб можна було притягати до кримінальної відповідальності за злочини та види співучасті, передбачені в Римському статуті, відповідно до українського законодавства.

[1197] Відповідно до попередньої редакції закону: Мирослава Антонович, «Імплементація міжнародних норм з прав людини в законодавство України» (1996) 3(1) Annual Survey of Int'l & Comc. Law.
[1198] Про міжнародні договори: Закон України № 1906-IV [Інтернет-джерело]. 29 червня 2004. ст. 9(2)(7).
[1199] Міжнародний центр реформи кримінального права та кримінальної юстиції, Міжнародний кримінальний суд: Посібник з ратифікації та імплементації Римського статуту (The International Centre for Criminal Law Reform and Criminal Justice Policy, 'International Criminal Court: Manual for Ratification and Implementation of the Rome Statute) (3тє вид., березня 2008 року) С. 13-14.
[1200] *Там само.*
[1201] Про міжнародні договори: Закон України № 1906-IV [Інтернет-джерело]. 29 червня 2004. ст. 9(2)(7).

Необхідно також впровадити загальні принципи та поняття міжнародного кримінального права, такі як позиція сторони захисту, а також потрібно розглянути питання кримінального переслідування, такі як позовна давність, імунітети та обмеження юрисдикції.

Таким чином, зволікання вказує на те, що поточна правова ситуація (що склалась після подання двох заяв) залишається поза увагою. Це також може бути потенційною причиною проблем України, що призведуть до затримки розслідувань Прокурора МКС або проваджень у Суді. Фактично, є підстави вважати, що відсутність ефективної системи роботи над справами, пов'язаними з міжнародними злочинами, (за допомогою імплементації – див. нижче) може призвести до визнання України нездатною (відповідно до положень щодо принципу комплементарності) забезпечити сумлінне розслідування справ чи притягнення винних до відповідальності через відсутність належної правової бази.

ii. Злочини та інші матеріальні положення

Унаслідок ситуації, окресленої вище, особливо щодо небажаного відтермінування ратифікації Римського статуту, імплементація положень Римського статуту як перший крок може бути найбільш раціональним рішенням. Якщо коротко, то в цьому разі Верховній Раді України потрібно буде внести зміни до Кримінального кодексу та інших законів для забезпечення відображення зобов'язань і заходів, передбачених положеннями Римського статуту. Такий підхід забезпечить здатність національних судів безпосередньо здійснювати притягнення до відповідальності винних у скоєнні основних злочинів за Римським статутом, застосовуючи належні форми відповідальності (участі), до ратифікації Римського статуту. У цьому розділі ми спочатку зосередимось на зобов'язаннях України щодо імплементації положень Римського статуту, а потім розглянемо проблемні аспекти Кримінального кодексу України, які потрібно врегулювати.

По-перше, на виконання зобов'язань, передбачених заявами України, вона має скористатись цією можливістю, щоб узгодити своє загальне кримінальне законодавство з міжнародними стандартами. Варто зазначити, що «процесуальні та інституційні реформи, спрямовані на дотримання міжнародних стандартів належних процесів, часто потребують масштабних і тривалих зусиль з реформування законодавства, і заходи з імплементації Римського статуту не мають бути пов'язані з такими зусиллями надто тісно, якщо це може призвести до ризику безстрокової затримки».[1202] Як зазначено в Частині 3, критично важливим питанням для МКС буде, чи є в України бажання і здатність забезпечити притягнення до відповідальності осіб, яких

[1202] Міжнародний центр реформи кримінального права та кримінальної юстиції, Міжнародний кримінальний суд: Посібник з ратифікації та імплементації Римського статуту (3тє вид., березня 2008 року).

МКС вважатиме підозрюваними, за діяння, аналогічні по суті до тих, які розглядає Суд. Таким чином, якщо потенційне притягнення до відповідальності вищого керівництва має відбутись в Україні, і вона бажає зберегти своє право на здійснення судового розгляду, потрібно, щоб положення Римського статуту щодо норм матеріального права (включно зі злочинами) були належними чином відображені в національному законодавстві України.

Також варто зазначити, що такі імплементаційні заходи можуть стати основою аргументів проти заборони застосування зворотної сили закону щодо злочинного діяння.[1203] Відповідно до цього принципу обвинувачення у вчиненні діяння не може бути висунуто за відсутності безпосереднього положення у правовому кодексі, яке передбачає кримінальну відповідальність за таке діяння чи лінію поведінки. Інакше кажучи, особа не може бути визнана винною у вчиненні діяння, якщо не було передбачено кримінальної відповідальності на дату його вчинення. Однак про порушення цього принципу не йтиметься, якщо діяння за сформульованим обвинуваченням вже закріплено як злочин за міжнародним правом (на кшталт злочинів проти людяності).[1204] Наприклад, Уганда була здатна ввести в дію законодавство (яке передбачало б злочини проти людяності в національному праві) для притягнення до відповідальності за діяння, вчинене до визнання відповідного злочину в національному праві Уганди.[1205] Ще одним прикладом є випадок, коли Європейський суд з прав людини (далі – «ЄСПЛ») ухвалив рішення, згідно з яким притягнення до відповідальності двох осіб за злочин проти людяності, скоєний у 1949 році, не становило застосування зворотної сили, оскільки відповідне правопорушення було визнано злочином за міжнародним правом – навіть якщо воно не було безпосередньо передбачено в національному праві.[1206]

[1203] Міжнародний пакт про громадянські і політичні права, ст. 15 2200A (XXI), 21 UN GAOR Succ. (No. 16) с. 52, UN Doc. A/6316 (1966); 999 UNTS 171; 6 ILM 368 (1967) ("ICCPR") ст. 15; Загальна декларація прав людини, G.A. Res 217A (III) U.N. Doc A/810 с. 71 (1948) ("UDHR") ст. 11(2).

[1204] Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ICCPR), ст. 15(1). Інший приклад – див. ситуацію Сенегалу та суд над Хіссеном Хабре (Hissène Habré) (Валентина Шпига (Valentina Spiga), «Відсутність зворотної дії кримінального закону: Нова глава саги Хіссена Хабре» (Non-retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga)) (2011) Journal of International Criminal Justice 1-19.

[1205] Human Rights Watch, «Здійснення правосуддя щодо серйозних злочинів національними судами – Відділ міжнародних злочинів Уганди» (Justice for Serious Crimes before National Courts- Uganda's International Crimes Division) (січня 2012 року) С. 14.

[1206] *Колк (Kolk) і Кіслий (Kislyiy) проти Естонії* (Рішення про прийнятність справи (Decision on Admissibility)) Звернення № 23052/04 і 24018/04 (17 січня 2006 року). *Див. також*, Антоніо Кассезе (Antonio Cassese), «Збалансування притягнення до відповідальності за злочини проти людяності й відсутності зворотної дії кримінального закону: *Справа Колк і Кіслий проти Естонії* в ЄСПЛ (Balancing the Prosecution of Crimes against Humanity and Non-Retroactivity of Criminal Law: The Kolk and Kislyiy v. Estonia Case before the ECHR) (2006) 4(2) Journal of International Criminal Justice 410-418.

Якщо держави не імплементували положень, які передбачають злочини, аналогічні до встановлених Римським статутом, то притягнення до відповідальності відбуватиметься за «злочини загальнокримінальної спрямованості» за наявним національним законодавством (наприклад, за злочин катування замість воєнного злочину катування).[1207] Варто зазначити, що норми МКС не забороняють державам вирішити здійснювати притягнення до відповідальності за міжнародні злочини як злочини загальнокримінальної спрямованості.[1208] Проте цей підхід зумовлює виникнення безлічі запитань, особливо тісно пов'язаних із тим, чи Україна все ще бажає притягнути до відповідальності своє керівництво в національних судах, а не віддати перевагу запитам МКС на розгляд таких справ у Гаазі.

Як буде зазначено в Частині III, якщо Прокурор дійде висновку, що держава не бажає або неспроможна неупереджено переслідувати відповідних осіб або розслідувати справи, які вона заплановано вивчає, вона (майже напевно) зробить висновок про те, що справа є "прийнятною" та звернеться до Суду для розгляду цієї справи в МКС. Під час такого аналізу основним питанням буде відповідність зусиль держави, спрямованих на притягнення винних до відповідальності національними судами, включно з повноцінністю обвинувачень у злочинах загальнокримінальної спрямованості (замість міжнародних злочинів).

Заначений принцип комплементарності передбачено положеннями статті 17(1)(a) – (c), а також підкріплено абзацом 10 Преамбули і статтею 1 Римського статуту, згідно з якою Суд «доповнює національні органи кримінальної юрисдикції». Вона передбачає, що МКС "доповнює національні системи кримінального правосуддя".[1209] Комплементарність може бути описана як тест, що визначає, чи на національному рівні проводиться достатньо неупереджене розслідування та кримінальне переслідування осіб, щоб дійти висновку про те, що МКС не має права розглядати відповідні справи. Це передбачає здійснення Прокурором МКС аналізу вжитих національними

[1207] Я. Клефнер (J Kleffner), «Вплив комплементарності на національну імплементацію матеріальних норм міжнародного кримінального права» (2003) 1 Journal of International Criminal Justice С. 86, 95-99; Астрід Райзінгер- Корачіні(Astrid Reisnger Coracini), «Оцінка національного законодавства щодо звичаєвого злочину агресії за Римським статутом» в Карстен Стахн та Горан Слуйтер (ред.), *The Emerging Practice of the International Criminal Court* (Brill, 2009) С. 733.

[1208] *Прокурор проти Саіфа аль-Іслам Каддафі та Абдулли аль-Сенуссі* (Рішення про прийнятність) ICC-01/11-01/11 (31 травня 2013) («Рішення про прийнятність справи Каддафі») пп. 85-86 та виноски 138-139; *Прокурор проти Франсіса Кірімі Мутхаура, Ухуру Муїгаї Кеніятта та Мухаммеда Хуссейна Алі* (Рішення) ICC-01/09-02/85-274 (30 серпня 2011) пп. 85 і 88; *Прокурор проти Хадзіхасановіча* (Рішення) IT-01-47-T (15 березня 2006) п. 260.

[1209] Уільям А. Шабас (William A Schabas), *Міжнародний кримінальний суд: Коментар до Римського статуту* (The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute) (OUP, 2010) С. 336.

судами кроків з розслідування ймовірних злочинів, вчинених окремими особами, які є предметом попереднього вивчення.[1210]

Загалом, для того, щоб Прокурор МКС (а потім і Палата попереднього провадження) переконалась, що національне розслідування стосується тієї самої «справи», яку розглядає Суд, потрібно продемонструвати, що:(i) особа, стосовно якої здійснюється національне провадження, є особою, стосовно якої здійснюється провадження в Суді; (ii) діяння, щодо якого здійснюється національне розслідування, є по суті діянням, що знаходиться у провадженні Суду.[1211] Очевидно, що внаслідок притягнення до відповідальності за злочини загальнокримінальної спрямованості, стає складніше продемонструвати, що йдеться про те саме діяння. Крім того, як визнали багато коментаторів, кваліфікація певного діяння як міжнародного злочину, а не злочину загальнокримінальної спрямованості, передбаченого національним законодавством, може мати

[1210] Римський статут, ст. 18(1) та 19(2)(b).

[1211] Прокурор проти Саїфа аль-Іслам Каддафі та Абдулли аль-Сенуссі (Рішення про прийнятність) ICC-01/11-01/11 (31 травня 2013) («Рішення про прийнятність справи Каддафі») пп. 61, 74 і 76–77. Палата нагадує, що тест «та сама особа, те саме діяння» було спочатку деталізовано у справі: *Прокурор проти Томаса Лубанги Діло* (Рішення) ICC-01/04-01/06 (14 березня 2012) п. 31. Пізніше ця експертиза згадувалася в справах: *Прокурор проти Ахмада Мухаммада Харуна (Ahmad Muhammad Harun) та Алі Мухаммада Алі Абд-аль-Рахмана (Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman)* (Рішення) ICC-02/05-01/07-1-Corr (27 квітня 2007 року) п. 62; 24; *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Callixte Mbarushimana) (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-01/04-01/07-4 (28 вересня 2010 року) п. 24; 20 (загальнодоступна деперсоналізована версія ICC-01/04-01/07-55); *Прокурор проти Матьє Нгуджоло Шуі (Mathieu Ngudjolo Chui)* (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-01/04-01/07-262 (6 липня 2007 року) п. 21. Такий самий підхід було застосовано у справі: *Прокурор проти Коні та інших* (Рішення) ICC-02/04-01/05-377 (10 березня 2009) пп. 17-18; *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення) ICC-01/09-01/11 (30 травня 2011), п.54; *Прокурор проти Франсіса Кірімі Мутхаура, Ухуру Муїгаї Кеніятта та Мухаммеда Хуссейна Алі* (Рішення) ICC-01/09-02/54-96 (30 травня 2011) пп. 48. Така судова практика Палат попереднього провадження пізніше була підтверджена Апеляційною палатою, яка проте посилалась на тест «та сама особа й по суті те саме діяння»: *Прокурор проти Франсіса Кірімі Мутхаура, Ухуру Муїгаї Кеніятта та Мухаммеда Хуссейна Алі* (Рішення) ICC- 01/09-02/11-274 (30 серпня 2011) пункт 39.

надзвичайно позитивні наслідки, особливо для творення історії,[1212] боротьби з безкарністю[1213] і відновлення міжнародного миру та безпеки.[1214] Докладніший розгляд цих питань надано у звіті міжнародної групи GRC «Забезпечення реалізації норм міжнародного гуманітарного права в Україні» (The Enforcement of International Humanitarian Law in Ukraine).

По-друге, злочини та форми відповідальності (співучасті), передбачені Римським статутом, мають бути передбачені з огляду на інтереси національної системи України. Після подання заяв Україна має встановити кримінальну відповідальність за злочини та форми відповідальності (співучасті), передбачені Римським статутом. Цього можна досягти, вдавшись до одного з таких способів: (i) тлумачення наявних положень кримінального кодексу таким чином, щоб охопити ті самі злочини, що передбачені Римським статутом, або(ii) прийняття безпосереднього та конкретного законодавчого акта (є підстави вважати цей підхід більш імовірним). Цієї мети можна досягнути шляхом внесення відповідних положень Римського статуту до Кримінального кодексу України або в додатковий кримінальний кодекс, створений спеціально для міжнародних злочинів, або запровадження кримінальної відповідальності за діяння шляхом відсилання. Іншими словами, положення Римського статуту можна інкорпорувати шляхом вказування на те, що положення Римського статуту інкорпоруються в українське законодавство. В законі також потрібно визначити види співучасті, за допомогою яких скоюються злочини (див. вище) .[1215]

[1212] *Див*. E Fry (Е.Фрай), *The Contours of International Prosecutions: As Defined by Facts Charges, and Jurisdiction* ("Нариси міжнародного переслідування: визначені за допомогою фактів, обвинувачень та юрисдикції") (Eleven International Publishing 2015) 14-15, посилання: R Cryer (Р.Крейер) et al., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure* ("Вступ до міжнародного кримінального права та процесу") (2nd edn, Cambridge University Press 2010) 30-5; J Jackson (Дж.Джексон), 'Faces of Transnational Justice: Two Attempts to Build Common Standards Beyond National Boundaries' ("Обличчя міжнародного правосуддя: дві спроби розробити спільні стандарти поза національними бар'єрами"), in J Jackson et al. (eds), *Crime, Procedure and Evidence in a Comparative and International Context: Essays in Honour of Professor Mirjan Damaška* (Hart Publishing, 2008) С. 226. *Див. також*, Доповідь Генерального секретаря ООН (Report of the UN Secretary-General), *Панування права та правосуддя перехідного періоду в конфліктних та постконфліктних суспільствах* (The Rule of Law and Transitional Justice in Conflict and Post-conflict Societies), UN Doc S/2004/616 (23 серпня 2004 року) п. 38.

[1213] J D Ohlin (Дж.Д.Оглін), 'Goals of International Criminal Justice and International Criminal Procedure' ("Цілі міжнародного кримінального правосуддя та міжнародного кримінального провадження"), in G. Sluiter et al. (eds), *International Criminal Procedure: Principles and Rules* (Oxford University Press 2013) 59.

[1214] E Fry (E. Фрай), *The Contours of International Prosecutions: As Defined by Facts Charges, and Jurisdiction* ("Нариси міжнародного переслідування: визначені за допомогою фактів, обвинувачень та юрисдикції") (Eleven International Publishing 2015) 14.

[1215] Мортен Бергсмо (Morten Bergsmo), Мадс Харлем та Нобу Хайаші (Mads Harlem and Nobuo Hayashi) (eds), *Внесення ключових міжнародних злочинів до національного законодавства* (Importing Core International Crimes into National Law) (2ге вид., Torkel Opsahl, Осло, 2010) С. 7. ("Bergsmo Importing Core Crimes").

Щодо тлумачення законодавства, то наявна нормативна база у сфері притягнення до відповідальності за міжнародні злочини в Україні викликає занепокоєння. Замість проведення законодавчої реформи можна обрати (менш певний) спосіб забезпечення можливості системи судочинства надати (нове) тлумачення наявних положень військового чи загального кримінального права. Наприклад, у контексті конфлікту на Сході Україна може застосувати статтю 438 Кримінального кодексу, якою встановлено кримінальну відповідальність за певні воєнні злочини.[1216] Однак ступінь конкретності й деталізації цієї статті є недостатнім. Цією статтею передбачено, що:

> 1. Жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій -
> караються позбавленням волі на строк від восьми до дванадцяти років.
> 2. Ті самі діяння, якщо вони поєднані з умисним вбивством, - карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років або довічним ув'язненням.[1217]

Теоретично, суд може тлумачити це положення як таке, що охоплює широкий спектр воєнних злочинів, визнаних Женевськими конвенціями (які окреслюють значний обсяг законів війни, які підлягають дотриманню) – підхід, який може забезпечити дотримання Римського статуту. Проте, як зазначено у звіті міжнародної групи GRC «Імплементація норм міжнародного гуманітарного права на національному рівні в Україні», це положення може бути надто узагальненим. У цьому положенні відображено міжнародні злочини за допомогою «вказівки» на них, і, таким чином, воно закріплює їх у національному праві. Це може охоплювати встановлення кримінальної відповідальності за всі порушення законів війни, передбачені Женевськими конвенціями й Додатковими протоколами до них, а також інші порушення, передбачені іншими міжнародними договорами, ратифікованими Україною.

Однак є підстави вважати цей підхід позбавленим конкретності. Зокрема, немає ознак, що свідчили б про наявність способу притягнення до відповідальності за злочини проти людяності за законодавством України. Такий злочин не передбачено в національному кримінальному кодексі

[1216] Кримінальний кодекс України: Закон України № 2341-III від 5 березня 2001 року [Інтернет-джерело]. ст. 438.

[1217] Кримінальний кодекс України, зі змінами та доповненнями (Відомості Верховної Ради України (ВВР), 2001, № 25-26, ст. 131) 1 вересня 2001 року, неофіційний переклад.

України, і немає підстав вважати, що він може бути відображений у статті 438. Така ймовірність і сумніви щодо конкретності цієї статті викликають підозру стосовно того, чи забезпечують її положення дотримання принципів законності й винуватості. Таким чином, обидва принципи спираються на забезпечення того, що будь- яка поведінка, яка тягне за собою кримінальне покарання, конкретизована у спосіб, який є достатньо зрозумілим, чітким та безсумнівним, щоб факт вини та відповідне покарання, яке застосовується, були достатньо передбачуваними та зрозумілими для тих осіб, до яких вони застосовуються.

Принцип законності ("немає злочину, немає покарання без закону") є ключовою юридичною нормою та основним правом людини, яка стверджує, що ані злочин, ані покарання не можуть існувати без юридичних підстав.[1218] Цей принцип означає, що:

> Ніхто не може бути визнаний винним у вчиненні будь-якого кримінального злочину внаслідок якоїсь дії чи упущення, що, згідно з діючим на момент його вчинення внутрішньодержавним законодавством або міжнародним правом, не були кримінальним злочином. Так само не може призначатися більш тяжке покарання, ніж те, яке підлягало застосуванню на момент вчинення кримінального злочину. Якщо після вчинення злочину законом встановлюється більш легке покарання, дія цього закону поширюється на даного злочинця.[1219]

Європейський суд з прав людини тлумачить принцип законності як принцип, який підтверджує, що лише закон може визначати злочинність діяння та призначити покарання.[1220] У цьому відношенні закон не треба тлумачити «надзвичайно широко не на користь обвинуваченого», він також не може містити нечіткі визначення, які означають, що «особа може знати формулювання відповідних положень та у разі необхідності внаслідок надання перекладу судовою інстанцією бути обізнаною про те, які дії або бездіяльність тягнуть за собою відповідальність».[1221] Іншими словами, кримінальна відповідальність за певні діяння повинна бути достатньо визначеною та зрозумілою на час скоєння злочинів.[1222]

[1218] Загальна декларація прав людини (UDHR), ст. 11; Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ICCPR), ст. 15; Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод (European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) (дата підписання: 4 листопада 1950 року) 213 UNTS 221, ст. 7.

[1219] Міжнародний пакт про громадянські і політичні права (ICCPR), ст. 15.

[1220] Європейський суд з прав людини (European Court of Human Rights), *Коккінакіс (Kokkinakis) проти Греції* (Рішення) App No 14307/88 (25 травня 2003 року).

[1221] *Там само.*

[1222] Б. Сварт (B. Swart), «Форми міжнародної кримінальної відповідальності» (Modes of International Criminal Liability) in A. Cassese (eds.), *The Oxford companion to International Criminal Justice*, (Oxford University Press 2009), 92.

Крім того, принцип винуватості ("немає покарання без вини") є базовою попередньою вимогою для настання кримінальної відповідальності в більшості країн.[1223] У кримінальному праві винуватість є синонімом караності, і, таким чином, потрібно, щоб закон чітко встановлював підстави притягнення до кримінальної відповідальності. Принцип винуватості складається з двох елементів: (i) вимога встановлення кримінальної відповідальності по суті, тобто, особу можна покарати, лише якщо вона винна у скоєнні злочину; та (ii) вимога пропорційності між особистою виною та покаранням.[1224]

Більше того, мінімальна деталізація в цілому посилює систему кримінального покарання. Судді національних судів, прокурори та інші спеціалісти в області права повинні пояснювати та тлумачити національні закони в дусі принципів міжнародного права, яких вони можуть не знати. Це складне завдання, навіть коли положення внутрішнього законодавства, яке криміналізує окремі діяння, ретельно та однозначно сформульовані.

Відповідно, у випадках, які підпадають під дію загальних положень таких, як ст. 438 ККУ, існує висока ступінь невизначеності щодо винуватості, наприклад, які діяння можуть визнаватися злочинними та яке покарання необхідно застосовувати до цього окремого діяння та як встановлюється ступінь винуватості.

Ті самі критичні зауваження можна зробити стосовно притягнення до відповідальності за загальнокримінальні злочини на підставі положень Кримінального кодексу як методу застосування міжнародних злочинів. Хоча по суті вони не можуть призводити до порушення принципів законності та винуватості, вони можуть створити зайві проблеми стосовно визначеності, специфічності та практичної ефективності. Більше того, хоча ці положення забезпечують спеціалістів в області права таких, як судді та прокурори, більш однорідними нормами та менш суворими вимогами, у багатьох випадках вони не можуть достатньою мірою охопити всі види діянь або визначити серйозність порушення або злочину.

[1223] С. Бок (S Bock), «Обов'язкова умова персональної вини та обов'язок знати закон у світлі статті 32 Статуту МКС» (The Prerequisite of Personal Guilt and the Duty to Know the Law in the Light of Article 32 ICC Statute) (2013) 9 *Utrecht Law Review* 184, 184.

[1224] Г. Верлсе (G. Werlse) і Б. Бургардт (B. Burghardt), «Визначення ступеня відповідальності: Форми участі у статті 25 Статуту МКС» ('Establishing Degree of Responsibility: Modes of Participation in Article 25 of the ICC Statute), in E van Sliedregt and S Vasiliev (eds), *Pluralism in International Criminal Law*, (Oxford University Press 2014) 304.

Зокрема, за своєю природою воєнні злочини є одними з найжахливіших та серйозних злочинів, відомих людству.[1225] Як правило, міжнародні стандарти пропонують більш серйозний захист та більш широку базу для переслідування, ніж національне законодавство стосовно «звичайних злочинів». У деяких випадках деякі діяння/злочини не зазначаються в національному законодавстві. [1226] У багатьох інших випадках покарання, передбачені у внутрішньому законодавстві, не співвідносяться з умовами збройних конфліктів або ступенем серйозності злочину, який розглядається.[1227]

Таким чином, в якості загального правила, правові заходи України вимагають суттєвих змін, щоб створити ефективну систему застосування норм МГП на основі відповідної криміналізації певних дій. Проте, зрештою, законність та ефективність ст. 438 ККУ буде обговорюватися у кожному випадку окремо, з урахуванням певних обставин вчинення діянь, окремих злочинів, передбачених у Кримінальному кодексі, та будь-яких інших злочинів або інших правових відповідних заходів. Проте слід зазначити, що загалом навіть якщо статтю 438 застосовуватимуть досвідчені й висококваліфіковані професійні юристи, є підстави вважати, що вони зіткнуться з серйозними перешкодами на шляху до ефективного притягнення до відповідальності за відповідні порушення МГП та припинення цих порушень.

На завершення, з причин, наведених вище, положення Кримінального кодексу України навіть у разі цілеспрямованого поєднання з положеннями Керівництва по застосуванню норм МГП в ЗСУ не забезпечують узгодженої та вичерпної бази для ефективного кримінального покарання за всі відповідні порушення МГП. Для цього потрібно внести ряд змін, щоб охопити всі серйозні порушення МГП та забезпечити ефективний режим кримінального покарання з відповідними санкціями щодо цілого спектра заборонених діянь.

Альтернативний варіант – здійснення законодавчої реформи – якому, за попередніми даними, варто віддати перевагу, особливо за відсутності положень щодо злочинів проти людяності в Кримінальному кодексі України. Є підстави стверджувати, що застосування наявних положень може бути приводом для критики з боку міжнародного співтовариства у зв'язку з їх недосконалістю. Зокрема, в романо-германській правовій системі з таких обставин розвиток судової практики залежатиме від кожної конкретної справи в судах України. Унаслідок цього

[1225] Хуліо Бачіо Террачіно (Julio BacioTerracino), «Національна імплементація злочинів МКС: Вплив на національні юрисдикції та МКС» (National Implementation of ICC Crimes: Impact on National Jurisdictions and the ICC) (2007) Journal of International Criminal Justice 431, 431.
[1226] МКЧХ (ICRC), «Методи передбачення покарань у кримінальному законодавстві» (Methods of incorporating punishment into criminal law) (31 жовтня 2013 року).
[1227] *Там само.*

виникає ризик непослідовного застосування вказаного положення, оскільки одні суди можуть тлумачити його відповідно до міжнародних стандартів, а інші – ні. Таким чином, Україна могла б імплементувати положення Римського статуту за допомогою певного акта Верховної Ради, прийнятого для внесення змін до Кримінального кодексу, щоб відобразити відповідні злочини та форми відповідальності (співучасті) так, як їх наведено в Римському статуті.[1228] Перевага однозначної криміналізації полягає у тому, що залишається мало сумнівів стосовно суті цих злочинів. Невизначене положення, яке криміналізує, наприклад, "міжнародні злочини" дозволяє використовувати правові аргументи стосовно природи міжнародних злочинів та складових частин цих злочинів (див. вище), щодо яких існують різні тлумачення.

Є два способи оформлення зазначеного закону: (i) прийняти певний законодавчий акт, в якому додатково наведено положення Римського статуту для їх відображення в національному кримінальному законодавстві України через внесення цих положень у наявний Кримінальний кодекс або в додатковий кримінальний кодекс, предметом якого будуть міжнародні злочини, або ж (ii) за допомогою посилань встановити кримінальну відповідальність за відповідні діяння. Іншими словами, положення Римського статуту можна інкорпорувати шляхом вказування на те, що положення Римського статуту інкорпоруються в українське законодавство. В законі також потрібно визначити види співучасті, за допомогою яких скоюються злочини (див. вище).[1229] Два варіанти є рівною мірою відповідними.

По-перше, різні держави прийняли ці два варіанти з певними змінами. В Новій Зеландії імплементуючий закон спеціально передбачає, що геноцид, воєнні злочини та злочини проти людяності, зазначені в Римському статуті, тобто з посиланням на Римський статут, є злочинами відповідно до національного законодавства Нової Зеландії.[1230] В законодавстві Великої Британії використовується схожий підхід щодо впровадження злочинів, зазначених в Римському статуті, через посилання.[1231] Канадське законодавство передбачає, що за вчинення злочинів, вказаних в МКС, притягають до кримінальної відповідальності відповідно до канадського законодавства та дає детальне визначення кожному злочину для цілей кримінального переслідування в національних судах злочинів, які підпадають під юрисдикцію МКС.[1232] Канада визначає ці злочини

[1228] Bergsmo Importing Core Crimes, с. 7.
[1229] *Там само.*
[1230] Акт Нової Зеландії про МКС (New Zealand ICC Act), ss 9, 10 and 11, посилаючись на Human Rights Watch, 'International Criminal Court Making The International Criminal Court Work A Handbook for Implementing the Rome Statute', Том 13, № 4(G), вересень 2001, Додаток 1 ("HRW Implementation Handbook").
[1231] Закон про Міжнародний кримінальний суд від 2001 року цитується в HRW Implementation Handbook, Додаток 1.
[1232] Закон Канади про МКС, ст. 4(3), цитується в HRW Implementation Handbook, Додаток 1.

за допомогою звичаїв, але визначає звичай як такий, що включає у тому числі ст. 6, 7 та 8 Римського статуту,[1233] щоб забезпечити відповідність.

По-друге, уряд Німеччини ратифікував Римський статут 11 грудня 2000 року та приблизно через два роки 21 червня 2002 року прийняв Кодекс злочинів за міжнародним правом (Völkerstrafgesetzbuch). [1234] Закон передбачає універсальну юрисдикцію стосовно злочинів геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів.[1235] Зазначимо, що ці закони, як окремий Кримінальний кодекс, не інкорпоровано в чинний Кримінальний кодекс Німеччини.[1236] Пізніше було вказано, що це рішення було прийнято з міркувань доцільності: труднощі при впровадженні таких принципів як відповідальність командирів в одній частині Кримінального кодексу не були незначними, і Німеччина мала бажання направити важливий та «переконливий» сигнал стосовно кримінального переслідування за такі серйозні злочини.[1237] На відміну від вищезгаданих держав Німеччина визначила злочини геноциду, злочини проти людяності та воєнні злочини, використовуючи термінологію, схожу з німецькою, без обмеження сфери застосування цих злочинів згідно з Римським статутом.

Загалом, бажано, щоб положення Римського статуту були імплементовані та внесені до національного законодавства України до його ратифікації. Є підстави вважати, що прийняття певного закону, в якому повторно наведено положення Римського статуту, – це надійний спосіб уникнути буд-якої критики національної системи України.[1238] Крім того, з огляду на положення щодо комплементарності найімовірніше, що Україна зможе зберегти своє право на притягнення до відповідальності національними судами, і перевага не буде на боці запитів МКС на розгляд таких справ замість судів України.

iii. Імунітети

Україна також має вживати заходів, спрямованих на негайну імплементацію положень Римського статуту щодо імунітету. Цими положеннями передбачено, що Римський статут застосовується однаково до всіх осіб незалежно від їх службового становища, включно з Президентом чи

[1233] Крістофер Ватерс (Christopher Waters), Британські та канадські перспективи стосовно міжнародного права (*British and Canadian Perspective on International Law*) (2006: Martinus Nijhoff Publishers) С. 38.
[1234] Законопроект Німеччини про міжнародні злочини ("Völkerstrafgesetzbuch")
[1235] Закон про введення в дію Кодексу про злочини за міжнародним правом (Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuchs) BGBl.2002 I, С. 2254 (Federal Law Gazette of the Federal Republic of Germany), 26 червня 2002 року, з посиланням на Bergsmo Importing Core Crimes, С. 19.
[1236] Bergsmo Importing Core Crimes, С. 19.
[1237] *Там само.*
[1238] *Там само,* С. 7.

посадовою особою органу влади.[1239] Випадків звільнення особи від кримінальної відповідальності у зв'язку з її службовим становищем не має бути.[1240] Ці положення дають можливість Прокурору МКС висунути обвинувачення, наприклад, колишньому Президенту України. Однак прокурор України не матиме такої можливості у зв'язку з положеннями статті 105 Конституції України, згідно з якою Президент України користується правом недоторканності на час виконання повноважень. Таким чином, Україні слід внести зміни до Конституції, щоб відобразити положення Римського статуту з цього питання.

Однак слід зазначити, що, згідно з висновком Конституційного Суду України, це положення щодо імунітету не суперечить Конституції України. Така думка була зумовлена тим, що злочини, які підпадають під юрисдикцію МКС, є злочинами за міжнародним правом, визнаними на підставі норм звичаєвого права чи міжнародних договорів, що мають обов'язкову силу для України.[1241] На думку Конституційного Суду України, такі імунітети застосовуються лише щодо національних проваджень, і не стосуються органів міжнародної юрисдикції.[1242] Цей аспект є проблематичним. Він дає підстави для припущення, що Україна не бажає розглянути можливість національного провадження у справі проти Президента. Як було заначено вище, у преамбулі Римського статуту визнано, що саме держави, передусім, зобов'язані здійснювати притягнення винних до відповідальності, і МКС має долучитись, лише коли держава не бажає чи не здатна забезпечити сумлінне притягнення винних до відповідальності. Україна має визнати свій обов'язок притягнути винного до відповідальності за злочини, передбачені Римським статутом, у національному суді, коли йдеться про будь-якого представника керівної ланки органів політичної чи військової влади. Як зазначено в Частині 2(А), внаслідок подання двох заяв, Україна надала МКС юрисдикцію щодо притягнення винних до відповідальності в таких справах за наявності доказів і якщо вона виявиться нездатною чи не матиме бажання сумлінно зробити це самостійно. Таким чином, щодо імплементації положень щодо імунітету після ратифікації Статуту, то бажано прийняти певне положення для визнання, що стаття 105 Конституції не застосовується до злочинів міжнародного характеру в національному контексті.

Спори щодо конституційного імунітету глав держав і положень статті 27 Римського статуту вже спостерігались. Перед Норвегією постало схоже питання. Відповідно до статті 5 Конституції Норвегії «…Особа Короля священна; він не може бути засуджений чи обвинувачений.

[1239] Римський статут, ст. 27.
[1240] *Там само.*
[1241] Висновок Конституційного суду України, частина 2.1, п. 3.
[1242] *Там само,* частина 2.2.

Відповідальність покладено на його Раду».[1243] Було висловлено думку, що стаття 27 Римського статуту стосується лише юрисдикційних положень і не передбачає зобов'язань для держав.[1244] Стверджувалось, що Норвегія все ж могла застерегти Королю право на імунітет у судах Норвегії. [1245] Однак також було визнано значну ймовірність виникнення суперечності щодо положень про співпрацю Частини 9 Римського статуту, за змістом яких опосередковано передбачено зобов'язання передати главу держави Суду, якщо він цього затребує. Таким чином, положення щодо імунітету слід тлумачити як таке, що передбачає передачу особи іноземному Суду. [1246] Для України це цілком можливо з огляду на висновок Конституційного Суду щодо положень про недоторканність.

Державна рада Бельгії також встановила, що стаття 27 була несумісною з положеннями щодо імунітетів Короля і членів парламенту.[1247] Національні органи конституційної юрисдикції держав, наведених вище, дійшли аналогічного висновку:[1248] Франції;[1249] Люксембургу;[1250] Чилі;[1251] Кот д'Івуару;[1252] та Мадагаскару.[1253] Для вирішення цього питання Франція та Люксембург прийняли

[1243] Рольф Ейнар Файф (Rolf Einar Fife), «Норвегія» (Norway) in Claus Kreß (ed.), *The Rome Statute and Domestic Legal Orders: Constitutional issues, cooperation and enforcement* (vol 2, Editrice il Sirente, 2005) С. 291. 1320 Там само.
[1244] *Там само.*
[1245] *Там само.*
[1246] *Там само.*
[1247] Висновок Державної ради від 21 квітня 1999 року стосовно законодавчих ініціатив щодо схвалення Римського статуту Міжнародного кримінального суду, (Avis du Conseil d'état du 21 Avril 1999 sur un projet de loi "portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 Julliet 1998", Parliamentary Document 2-239 (1999/2000)), C.94 94, посилання МКЧХ: Питання щодо Римського статуту (ICRC Rome Statute Issues), С. 3.
[1248] МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 29-30.
[1249] Рішення 98-408 DC від 22 січня 1999 (Treaty on the Statute of the International Criminal Court) Décision 98- 408 DC du 22 janvier 1999 (Traité portant statut de la Cour pénale internationale), Journal officiel, 24 січня 1999 року, С. 1317, посилання, МКЧХ: Питання щодо Римського статуту (ICRC Rome Statute Issues), С. 1.
[1250] Висновок Державної ради від 21 квітня 1999 року стосовно законодавчих ініціатив щодо схвалення Римського статуту Міжнародного кримінального суду, (Avis du Conseil d'état du 21 Avril 1999 sur un projet de loi "portant assentiment au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, fait à Rome le 17 Julliet 1998", Parliamentary Document 2-239 (1999/2000)), C.94 94, посилання, МКЧХ: Питання щодо Римського статуту (ICRC Rome Statute Issues), С. 3.
[1251] Римський статут Міжнародного кримінального суду (МКС) від 7 квітня 2002 року, (Decisión del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 7 de abril de 2002), МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 18.
[1252] Рішення Конституційної Ради № 002/CC/SG від 17 грудня 2003 року стосовно відповідності Римського статуту Міжнародного кримінального суду Конституції Республіки Кот-д'Івуар (Décision Conseil Constitutionnel N°002/CC/SG du 17 décembre 2003 relative à la conformité à la Constitution du Statut de Rome de la Cour pénale internationale) МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 23.
[1253] Рішення № 11-HCC/D1 від 21 березня 2006 року щодо Закону № 2005-35 про дозвіл на ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду(Decision No. 11-HCC/D1 of 21 March 2006 regarding Law No. 2005-35 authorizing ratification of the Rome Statute of the International Criminal Court) Décision n°11-HCC/D1 du 21 mars 2006 relative à la loi No. 2005- 035 autorisant la ratification du Statut de

універсальне положення Конституції. Як зазначено вище, до Конституції Франції було внесено всеохоплююче положення, яке передбачало, що Французька Республіка може визнати юрисдикцію МКС.[1254] До Конституції Люксембургу було внесено універсальне положення (аналогічне до положення Конституції Франції), зазначивши у статті 118, що «положення Конституції не перешкоджають затвердженню Статуту Міжнародного кримінального суду, оформленого в місті Рим 17 липня 1998 року, та виконанню зобов'язань, що випливають з умов, передбачених вказаним Статутом».[1255]

Іншим був досвід Грузії. Щодо питання імунітету велись дискусії, і дехто пропонував застосувати рішення Франції. Грузія ратифікувала Римський статут без внесення змін до Конституції, оскільки «було погоджено, що внесення до Конституції змін щодо імунітетів не було обов'язковим».[1256] Інакше кажучи, стаття 75 Конституції не передбачала абсолютного імунітету Президента. Це положення допускає можливість імпічменту і подальшого кримінального провадження. Якщо процедура імпічменту не буде успішною, притягнення до кримінальної відповідальності не буде можливим. Однак це положення не забороняє передавати відповідну особу до МКС.[1257] Таким чином, імунітет на застосовувався в разі серйозних обвинувачень у злочинному діянні та імпічменту, і не було підстав вважати внесення змін обов'язковим.

Однак інші держави встановили, що зазначене положення було сумісним з положеннями їхніх Конституції. Зокрема Коста-Ріка встановила, імунітет членів парламенту, передбачений її Конституцією, не міг перешкодити МКС ініціювати провадження проти відповідних осіб.[1258] Конституційний суд Албанії надав майже такий самий висновок, що і Конституційний Суд України. Було встановлено, що імунітет передбачав захист лише щодо національних проваджень.[1259] Орган конституційної юрисдикції Молдови встановив, що таке положення було конституційним,[1260] так

Rome de la Cour Pénale Internationale, посилання, МКЧХ: Питання щодо Римського статуту (ICRC Rome Statute Issues), С. 30.

[1254] Конституція Французької Республіки, ст. 53(2).

[1255] Конституція Люксембургу 1868 року зі змінами та доповненнями, внесеними до 2009 року (Luxembourg's Constitution of 1868 with Amendments through 2009) (Constitute Project).

[1256] *Там само.*

[1257] *Там само.*

[1258] Римський статут Міжнародного кримінального суду (МКС) від 7 квітня 2002 року, (Decisión del Tribunal Constitucional respecto de la constitucionalidad del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, 7 de abril de 2002), МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 18.

[1259] Рішення № 186 від 23 вересня 2002 року про Конституційний Суд Республіки Албанія (Decision No. 186 of 23 September 2002 of the Constitutional Court of the Republic of Albania), посилання, МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 29.

[1260] Рішення щодо контролю відповідності конституції деяким положеннями Міжнародного кримінального суду, № 22 від 2 жовтня 2007 року (Decision for the control of the conformity with the constitution with certain provisions of the International Criminal Court, No. 22 of 2 October 2007, Hotarire pentru

само як і Верховний суд Республіки Гондурас.[1261] Державна рада Іспанії встановила, що зазначене положення було конституційним, оскільки воно не впливало на виконання положень щодо імунітету членів парламенту, а лише передбачало поступку повноважень на користь МКС.[1262] Новаторський аргумент було висунуто щодо імунітету Короля Іспанії.[1263] Було встановлено, що офіційні акти Короля мали бути підписані особою з правом другого підпису для забезпечення їх чинності. Рада встановила, що для посадової особи з правом другого підпису передбачено індивідуальну відповідальність, і Король звільнятиметься від відповідальності. Рада обґрунтувала це природою парламентських монархій, стверджуючи, що саме представник політичної системи має бути притягнутий до відповідальності, а не монарх.[1264] Така думка (якщо точно викладена МКЧХ) матиме негативні наслідки для боротьби проти безкарності; фактично це дозвіл Королю користуватись імунітетом, коли будь-яку особу з правом другого підпису щодо його законів притягуватимуть до кримінальної відповідальності, і він залишатиметься при владі.

Загалом, з огляду на положення статті 27 Римського статуту і практику держав, окреслену вище, слід розробити узагальнений проект змін до Конституції, щоб забезпечити, що положення статті 105 Конституції не застосовуватимуться до злочинів міжнародного характеру, а саме: злочину геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів. «Тлумачення», згідно з яким положення щодо імунітету не застосовуватиметься за певних обставин, є ризикованим. Воно може ґрунтуватись на скасуванні імунітету, імпічменті чи іншій конституційні процедурі, спрямованій на усунення недоторканності. Таким чином, можливість притягнути до відповідальності особу, що обіймає високу службову посаду, чи колишнього Президента залежатиме від політичних процесів, а не заходів прокуратури та судового розгляду – як це має бути в разі кримінального провадження. Отже, універсальне положення, спрямоване на внесення змін до статті 105, забезпечить усунення безкарності за міжнародні злочини.

---

controlul constitutionalitati unor prevederi din Statutul Curtii Penale Internationale nr. 22 din 02.10.2007), цитується в МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 30.

[1261] Думка Верховного суду від 24 січня 2002 року (Opinion of the Supreme Court of Justice of 24 January 2002, Dictamen de la Corte Suprema de Justicia del 24 de enero de 2002),посилання, МКЧХ: Питання щодо Римського статуту (ICRC Rome Statute Issues), С. 29.

[1262] Думка Верховного Суду від 22 серпня 1999 року року (про Римський статут) (Opinion of the Council of State of 22 August 1999 (on the Rome Statute), Dictamen del Consejo de Estado de 22 de Agosto de 1999 (sobre el Estatuto de Roma), No. 1.37499/99/MM. n° 1.374/99/MM, посилання, МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 29.

[1263] МКЧХ: Питання щодо Римського статуту, С. 7.

[1264] *Там само.*

iv. Обмеження щодо притягнення до відповідальності за міжнародні злочини

Україна також має забезпечити, щоб інші аспекти її Кримінального кодексу відповідали Римському статуту. Наприклад, в Україні передбачено застосування інституту давності злочину, щодо якого потрібно буде внести зміни для належної імплементації положень Римського статуту. Так, статтею 49 Кримінального кодексу передбачено, що особа звільняється від кримінальної відповідальності, якщо минули певні строки. Це положення не має стосуватись юрисдикції МКС,[1265] і такий виняток ще належить визнати в законодавстві України. Як альтернативний варіант, Україна має прийняти положення, в якому буде належним чином визнано, що строки давності не застосовуються до злочинів, передбачених Римським статутом, – злочину геноциду, злочинів проти людяності і воєнних злочинів.

v. Співробітництво

Щодо змін, пов’язаних із положеннями про співробітництво та відносини з МКС, то (якщо вони не стосуються питання прийнятності справи) такі зміни слід імплементувати негайно, щоб забезпечити швидкий перехід від суспільства, яке не визнає чинності Римського статуту до суспільства, що її визнає. Як зазначено вище, Україна має виконувати обов'язки та зобов'язання, передбачені Частиною 9 Римського статуту. Кодифікація положень Частини 9 Римського статуту в національне законодавство забезпечить належне виконання відповідних обов'язків і зобов'язань, які неодмінно виникнуть, якщо Прокурор МКС розпочне повноцінне розслідування можливих злочинів.

Наразі основне питання, яке постало перед Україною у зв’язку з імплементаційним процесом, стосується її зобов’язань щодо співробітництва відповідно до Частини 9 Римського статуту (обов’язковість яких Україна визнала) – див. Часину 2(A) вище. Внаслідок подання Україною двох Заяв, держава має зобов'язання стосовно конкретного режиму співробітництва з МКС (див. вище). МКС може вимагати від України виконання своїх зобов'язань відповідно до Частини 9 Римського статуту шляхом співробітництва з Судом. Як зазначалося вище, досвід показує, що повне виконання державою своїх зобов'язань стосовно співробітництва з МКС зазвичай вимагає національної імплементації положень Римського статуту стосовно співробітництва, які містяться в Частині 9. Зокрема, такі зобов'язання передбачають, що МКС може проводити розслідування в межах національної юрисдикції, а також відсутність перешкод для національних судів та інших органів державної влади, які забезпечують співробітництво з МКС з таких питань як отримання відомостей та документів (у тому числі офіційних повідомлень та документів), виявлення та арешт

[1265] Римський статут, ст. 29.

активів обвинуваченого, пошук та отримання потенційних доказів, пошук і захист свідків, а також арешт і затримання осіб, обвинувачених Судом у скоєнні злочинів.[1266] Ці зобов'язання вже виникли для України згідно з Римським статутом унаслідок подання двох заяв. Отже, критично важливо, щоб ці положення були імплементовані негайно.

vi. Інші положення, які підлягають розгляду під час імплементації

Також бажано, щоб Україна визнала певні положення, на перший погляд непов'язані з Римським статутом, але насправді – доречні. Ці положення слід визнати частиною «всеохоплюючого» положення, за допомогою якого буде внесено зміни до Конституції. Нижче наведено кілька прикладів таких положень. Альтернативний варіант передбачає можливе внесення змін до положень (окреслених вище й докладніше розглянутих далі) окремо, але в такий спосіб можна уникнути потенційних аргументів щодо неконституційності певних статей Римського статуту. Таким чином, на додаток до вже окреслених аспектів, окремі приклади (див. нижче) слід також визнати такими, яких стосується «всеохоплююче» положення

- Заборона, передбачена статтею 25 Конституції України, згідно з якою її громадяни не можуть бути видані іншій державі
- Заборона, передбачена статтею 125 Конституції України, згідно з якою створення «надзвичайних та особливих судів» не допускається; цей аргумент висунув тоді чинний Президент у Конституційному Суді у справі про ратифікацію Римського статуту у 2002 році (див. Частину I), але Конституційний Суд відхилив таке твердження; та
- До положення статті 64 (що, на перший погляд, перешкоджає відбуванню покарань в інших державах) слід внести зміни для визнання повноважень МКС на призначення покарань громадянам України з відбуванням таких покарань в інших юрисдикціях

З огляду на подані заяви та майбутню ратифікацію Римського статуту (в будь-який спосіб) ці питання потрібно врегулювати, щоб забезпечити ефективну імплементацію положень Частини 9 Римського статуту. Хоча наразі деякі з цих аспектів можуть не виглядати надто проблематичними, оперативне врегулювання будь-яких відхилень, очевидних суперечностей чи розбіжностей забезпечить збалансований діалог між Судом та Україною, коли виникнуть питання щодо законності їх співробітництва та супровідних аспектів, а вони виникнуть неодмінно.

[1266] Amnesty International, Міжнародний кримінальний суд: Перелік вимог до ефективної імплементації (2000) С.2.

b) *Загальний огляд: яким має бути процес імплементації Римського статуту в межах національного законодавства?*

Україна може обрати один з багатьох способів ефективної імплементації Римського статуту в межах її національного законодавства. По-перше, імплементацію положень Римського статуту, розглянутих вище, зокрема щодо принципу комплементарності і співробітництва, можна здійснити за допомогою єдиного універсального законодавчого акта, що охопить усі аспекти положень Римського статуту щодо співробітництва і принципу комплементарності (для відображення зобов'язань України, що виникли внаслідок подання двох заяв), а також забезпечить внесення відповідних змін до її національного законодавства. Відповідно до альтернативного сценарію Україна може прийняти низку окремих законів, спрямованих на імплементацію нових положень Римського статуту і внесення потрібних змін до чинного законодавства. Щодо конкретних злочинів, то Україна може або дозволити національним судам розглядати питання, чи охоплює національний кодекс всі міжнародні злочини, під час кожного окремого слухання, або передбачити такі злочини в межах національного законодавства за допомогою безпосереднього акта Верховної Ради. Зокрема, такі сценарії розглянуто вище.

Це дуже складні питання, і певною мірою вони були розглянуті у звіті міжнародної групи GRC «Імплементація норм міжнародного гуманітарного права на національному рівні в Україні». Однак щоб надати відповідний висновок щодо оптимальних засобів імплементації для України, потрібно здійснити більш ґрунтовний аналіз цього питання. Встановити належний підхід для України нелегко, однак, за попередніми даними, прийняття Верховною Радою безпосереднього акта, який охопить положення, розглянуті вище, у повному обсязі та максимально деталізовано, – найбільш надійний спосіб врегулювання цього питання. Щодо злочинів, передбачених Римським статутом, а також інших положень, зокрема форм відповідальності (співучасті) й можливих аргументів захисту, то це питання можна врегулювати або за допомогою «посилання» на положення Римського статуту, або викладу відповідних положень з огляду на українську термінологію. Незалежно від того, який спосіб обере Україна, після ратифікації Римського статуту негайна абсолютна імплементація його положень буде критично важливою, включно з положеннями щодо злочинів, форм відповідальності (співучасті) та інших аспектів. Як було заначено, це складні питання, що потребують ретельного вивчення з боку Верховної Ради для розгляду їх впливу на правову систему України.

Частина III: Попереднє вивчення

I. Вступ

В цій Частині розглядається етап попереднього вивчення Міжнародним кримінальним судом ситуації. Як зазначено у Частині I, попереднє вивчення – це перша процедура, під час якої Прокурор МКС розглядає весь масив наявної інформації, щоб вирішити, чи є розумні підстави розпочинати офіційне розслідування. В цій Частині буде детально розглядатися кожний етап попереднього вивчення та правові питання, які будуть виникати внаслідок цього.

II. Попередні вивчення: Загальний огляд

Прокурор МКС проводить попереднє вивчення, щоб з'ясувати, чи повинен МКС починати повноцінне розслідування та кримінальне переслідування у зв'язку з ситуацією, яка розглядається. Під час попереднього розслідування Прокурор МКС намагатиметься зібрати всю інформацію, необхідну для з'ясування, чи існують розумні підстави для продовження повноцінного офіційного розслідування. Важливо підкреслити, що ані судовий розгляд, ані всебічне розслідування не можуть проводитися, перш ніж буде проведене попереднє вивчення.

МКС матиме юрисдикцію щодо ситуації, яка відповідає наступним трьом передумовам: (i) держава, ситуація якої перебуває на розгляді, ратифікувала Римський статут;[1267] (ii) держава, ситуація якої перебуває на розгляді, «заявила», що вона визнає юрисдикцію МКС без ратифікації Римського статуту;[1268] або (iii) Рада Безпеки ООН передає ситуацію на розгляд Суду.[1269]

За наявності однієї з перерахованих передумов МКС може *здійснювати* свою юрисдикцію, якщо: (i) ситуацію на розгляд Прокурора МКС передала держава-учасниця Римського статуту; (ii) Рада Безпеки ООН передала ситуацію на розгляд Прокурора МКС, щоб розпочати розслідування; або (iii) Прокурор МКС ініціює розслідування *proprio motu* (за власною ініціативою) на підставі інформації, отриманої з надійних джерел, включно із заявою держави.[1270]

Якщо це станеться, то Прокурор МКС відкриває «попереднє вивчення» відповідної ситуації з принципових міркувань.[1271] Однак варто зазначити, що попереднє вивчення не є розслідуванням.

[1267] Римський статут, ст. 13(a) та 14.
[1268] *Там само,* ст. 12(3).
[1269] *Там само,* ст. 13(b).
[1270] *Там само,* ст. 13.
[1271] Після отримання звернення або чинної заяви, поданої відповідно до ст. 12(3) Римського статуту, Прокурор МКС може відкрити процедуру попереднього вивчення ситуації: МКС, Положення Прокурора (Regulations of the Prosecutor), ICC-BD/05-01-09 (від 23 квітня 2009 року) (далі – «Положення Прокурора») положення 25(1)(c). Хоча Прокурор МКС не має зобов'язання розпочинати попереднє вивчення після отримання заяви, нещодавня практика свідчить про те, що Прокурор МКС автоматично відкриє

Це процедура, за допомогою якої Прокурор вивчає всю наявну інформацію, щоб отримати повну інформацію про наявність розумних підстав для проведення повноцінного розслідування.[1272]

Згідно з Римським статутом попереднє вивчення має бути комплексним та ретельним, і його проведення має продовжуватися, доки Прокурор МКС не переконається, що є «розумні підстави» почати розслідування.[1273] В цьому контексті «розумні підстави» означають, що «існують раціональні чи обґрунтовані аргументи вважати, що злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС, було скоєно чи скоюється».[1274] Це не обов'язково означає, що вся інформація «доводить лише одну думку».[1275] На цьому першому етапі інформація не має бути «ні комплексною, ні переконливою».[1276]

Прокурор МКС зобов'язаний проводити попереднє вивчення самостійно, неупереджено та об'єктивно,[1277] що означає необхідність діяти незалежно від інструкцій будь-якої сторони. Прокурор не визнає жодних обмежень або зобов'язань з боку держав, що можуть повідомляти про можливих злочинців,[1278] стосовно недоречних критеріїв, таких як геополітичні наслідки.[1279] Будь-яка інформація буде використовуватися для розгляду доказів, які доводять вину, так і тих, що доводять непричетність, щоб встановити істину щодо ситуації, яка розглядається.[1280] Прокурор буде закидати свої тенета широко, щоб отримати інформацію з надійних джерел, таких як держави, члени громадянського суспільства або установи ООН.[1281] Прокурор також може отримувати письмові та усні свідчення з Суду.[1282] Прокурор також може працювати безпосередньо в державі, ситуація якої розглядається, з метою проведення консультацій з компетентними органами влади, зацікавленими спільнотами та сторонами, такими як громадські організації.[1283]

процедуру попереднього вивчення. *Див.*, «Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення», с. 18, п. 76.

[1272] Римський статут, ст. 15(2) та (3).

[1273] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, с. 21, п. 90.

[1274] Рішення про надання дозволу щодо Кенії, п. 35.

[1275] *Там само,* п. 34.

[1276] *Там само,* п. 27.

[1277] Римський статут, ст. 21(3), 42 та 54; Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, с. 7, пп. 26-33.

[1278] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, с. 7, п. 27.

[1279] *Там само,* с. 8, п. 229.

[1280] Римський статут, ст. 54(1)(a); Положення Прокурора, положення 34(1).

[1281] *Там само,* ст. 14(2) та 15(2); Правила процедури та доказування, правило 104.

[1282] *Там само.*

[1283] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, с. 20, п. 85.

При вирішенні питання стосовно відкриття повноцінного провадження під час попереднього вивчення необхідно розглянути наступні три фактори:

- Юрисдикція: Суд може переслідувати злочин агресії, вчинений після 17 липня 2018 року, геноцид, воєнні злочини або злочини проти людяності, скоєні після 1 липня 2002 року, або з дня визнання державної юрисдикції Суду (для України цією датою є 21 листопада 2013 року, коли було подано першу Заяву).[1284] МКС може притягати до відповідальності окремих осіб, які вчинили злочини на території держави-учасниці чи держави, яка подала заяву, або осіб, які є громадянами таких держав.[1285] Відповідно до своєї недавньої судової практики, МКС може здійснювати територіальну юрисдикцію, коли «принаймні один юридичний елемент злочину, що знаходиться в межах юрисдикції Суду, або частина такого злочину вчинена на території держави-учасниці».[1286] Прокурор МКС має юрисдикцію щодо питань, адресованих йому Радою Безпеки ООН;[1287]
- Прийнятність: МКС - це суд «іншої інстанції». Принцип прийнятності включає в себе поняття комплементарності та важкості.[1288] МКС - це орган правосуддя іншої інстанції, закликаючи доповнити національні системи правосуддя, лише коли вони не можуть здійснюватись або не бажають, або не можуть сукупно здійснювати будь-які розслідування та притягнення до відповідальності можливих суб'єктів злочину.[1289] Далі, Прокурор МКС повинен відповісти на питання, якщо справа є достатньою серйозною для обґрунтування втілення МКС подальших заходів;[1290] та
- Інтереси правосуддя: З урахуванням тяжкості злочинності та інтересів потерпілих, Прокурор МКС розглядає питання, чи є вагомі підстави вважати, що проведення розширення не відповідає інтересам правосуддя.[1291]

Попереднє вивчення ситуації в Україні та всі попередні вивчення здійснюються в чотири етапи:

- *Перший етап*: попередня оцінка всієї отриманої інформації, як вона була повідомлена Прокурору МКС;

[1284] Римський статут, ст. 11.
[1285] *Там само,* ст. 12(2).
[1286] МКС, Рішення щодо «Клопотання обвинувачення про ухвалення рішення про юрисдикцію відповідно до статті 19 (3) Статуту» ('Decision on the "Prosecution's Request for a Ruling on Jurisdiction under Article 19(3) of the Statute"), ICC-RoC46(3)-01/18, 6 вересня 2018, п. 64.
[1287] Римський статут, ст. 12(2).
[1288] *Там само,* ст. 17(1)(a)-(c) (комплементарність) та Ст. 17(1)(d) (тяжкість).
[1289] *Там само,* ст. 1 та 17.
[1290] *Там само,* ст. 17(1)(d).
[1291] Як випливає з Римського статуту, ст. 53(1)(a)-(c).

- *Другий етап*: офіційний початок проведення попереднього вивчення стосовно того, чи підпадають можливі злочини під юрисдикцію Суду;
- *Третій етап*: розгляд питань стосовно прийнятності ймовірних злочинів;
- *Четвертий етап*: розгляд питань, які стосуються інтересів правосуддя; та
- *Звіт*: висновок попереднього вивчення відповідно до ст.53(1) «Звіт».[1292]

Як тільки вищезазначені питання вирішені, стосовно повноцінного розслідування приймається одне з наступних рішень:

- відмова від ініціювання розслідування через брак інформації, яка підтверджувала б зазначені фактори;[1293]
- необхідність у продовженні збирання інформації щодо злочинів та (або) відповідних національних проваджень, щоб визначити, чи є достатня фактична та юридична база, щоб дати стверджувальне визначення; або
- ініціювання офіційного кримінального розслідування МКС на підставі того, що вище зазначених факторів достатньо. У певних обставинах для цього потрібен дозвіл від МКС.[1294]

A. Тривалість попереднього вивчення

Тривалість часу, необхідного для завершення цих етапів та проведення попереднього вивчення, залежить від ситуації. Ситуація в Колумбії знаходиться на третьому етапі і триває вже 16 років.[1295] Попереднє вивчення ситуації в Україні тривало більше шести років.[1296] Попереднє вивчення ситуації в Іраку було завершено у 2006 році, а через вісім років, у 2014 році, було відновлено через появу нової інформації.[1297] Таким чином, чотири етапи не мають фіксованого графіку.

Як випливає з цих прикладів, на практиці існує широкий діапазон часових рамок для проведення процесу попереднього вивчення. Це може розглядатися як навмисний вибір розробників Римського статуту, що відображає той факт, що деякі попередні вивчення будуть рухатися швидко, а інші призведуть до багатьох місій до постраждалих країн (на сьогодні було дев'ять місій у Гвінею) та неодноразові запити на інформацію з джерел, включаючи запити до урядів.

[1292] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, пп. 77-84.
[1293] Римський статут, ст. 53(1)(a)-(d).
[1294] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 14.
[1295] Звіт щодо попереднього вивчення у 2019 році, п. 84.
[1296] Звіт щодо попереднього вивчення у 2020 році, п. 289.
[1297] *Там само,* п. 155.

III. Перший етап: Попередня перевірка

Перший етап попереднього вивчення можна розглядати як «етап попередньої перевірки». На цьому етапі проводиться попередня оцінка всієї інформації та офіційних повідомлень, отриманих Прокурором МКС, протягом якого Прокурор буде аналізувати та перевіряти всю інформацію, відфільтровувати інформацію щодо злочинів, які не підпадають під юрисдикцію МКС, та визначати злочини, які можуть підпадати під юрисдикцію Суду.

Зокрема, на цьому етапі буде вивчатися інформація, отримана Прокурором МКС та поділена на наступні категорії: (i) інформація, яка не належить до юрисдикції МКС; (ii) інформація про ситуацію, яка вже попередньо вивчається; (iii) інформація про ситуацію, стосовно якої ведеться попереднє розслідування або кримінальне переслідування; та (iv) інформація, щодо якої не очевидно, що вона не належить до юрисдикції МКС, а також не стосується попереднього вивчення, розслідування або кримінального переслідування.

A. Передача інформації Прокурору МКС

Відповідно до Римського статуту, фізичні особи або організації можуть подавати Прокурору інформацію щодо злочинів, які підпадають під юрисдикцію Суду. Це називається «повідомлення». Більше того, Статут стверджує, що Прокурор може запитувати у держав, міжурядових та неурядових організацій або фізичних осіб додаткову інформацію, яку вона буде вважати необхідною для виконання своїх обов'язків. В цьому розділі розглядаються різні способи, якими до Суду можна подавати інформацію, і як він може повідомляти про роботу Прокурора.

Як вже зазначалося, ст.15 Римського статуту дозволяє Прокурору отримувати інформацію від різних організацій, зокрема держав, органів ООН, міжурядових або неурядових організацій, або від інших надійних джерел, які Прокурор буде вважати відповідними.[1298] Вона також має отримати з Суду письмові та усні свідчення. Після отримання такої інформації Прокурор повинен зберігати конфіденційність інформації та свідчень та вживати відповідні заходи.[1299]

МКС надає практичне керівництво стосовно того, як подавати інформацію в Суд. На веб-сайті МКС ви знайдете інформацію, яка допоможе вам працювати з розділами, починаючи з «чи ви хотіли б подати інформацію про ймовірні злочини Прокурору», і закінчуючи розділом «що необхідно зазначити в повідомлені, яке відсилається Прокурору».[1300] В цьому розділі знаходиться корисне керівництво для будь-кого, хто бажає направити інформацію Прокурору. В ньому зазначено, що

[1298] Римський статут, ст. 15
[1299] Правила процедури та доказування, правило 46.
[1300] 'Що повинно міститися в повідомленні, направленому в Канцелярія?' (*МКС*).

Римський статут чітко не вказує, яку саме інформацію слід направляти Прокурору. Більше того, в ньому зазначається, що якщо інформація стосовно ситуації «не надає достатньо матеріалу для аналізу, що могло б допомогти дійти висновку, чи є розумні підстави продовжувати розслідування, то аналіз завершується, і про це повідомляють відправнику».[1301] Тим, хто надсилає інформацію, пропонується зробити це англійською або французькою мовами, але також можна надсилати неофіційний переклад іншими мовами.[1302] В ньому зазначається повністю:

> Статут не зазначає, що повинно міститися в повідомленні. В Канцелярії Прокурора аналізуються всі отримані повідомлення, і об'єм такого аналізу залежить від деталей та змістовності наявної інформації. Якщо наявна інформація не надає достатньо матеріалу для аналізу (разом з іншими відповідними повідомленнями), який може призвести до висновку, що є розумні підстави порушувати кримінальну справу, то робляться відповідні висновки, які надсилаються автору повідомлення. Таке рішення є попереднім і може бути переглянуто у випадку появи нової інформації.
>
> Відправникам повідомлень рекомендується направляти їх англійською або французькою мовами, робочими мовами Суду. Арабська, китайська, російська та іспанська мови також є офіційними мовами Суду. Якщо інформація надається на будь-якій іншій мові, то Канцелярія Прокурора намагатиметься отримати неофіційний переклад в міру своїх можливостей.[1303]

Повідомлення приймаються постійно та можуть бути розглянуті в будь-який час. Прокурор МКС може продовжувати отримувати повідомлення навіть під час складання остаточного звіту наприкінці попереднього вивчення.[1304] Проте повідомлення аналізуються переважно на першому і другому етапах попереднього вивчення (всього чотири етапи). Станом на 11 квітня 2011 року Прокурор МКС отримала 9,146 повідомлень щодо проведення попереднього вивчення.[1305] До кінця листопада 2018 року Прокурор розглянула інформацію щодо злочинів, яка надійшла з багатьох джерел та навіть відкритих джерел, загалом було отримано 13,273 повідомлень.[1306] Зрозуміло, що не всі повідомлення були доречними, але кожне повідомлення повинно розглядатися окремо.

Прикладом подачі неурядовими організаціями таких «повідомлень» може слугувати ситуація в Грузії. Грузинським правозахисним організаціям, які представляють інтереси потерпілих, вдалося

[1301] *Там само.*
[1302] *Там само.*
[1303] 'Що повинно міститися в повідомленні, направленому в Канцелярія?' (*МКС*).
[1304] Канцелярія Прокурора, 'Звіт про попереднє вивчення у 2014 році', 2 грудня 2014 року, п 194.
[1305] Канцелярія Прокурора, Щотижневий тематичний огляд № 82, 5-11 квітня 2011, п. 4.
[1306] МКС, 'Звіт про попереднє вивчення у 2018 році' (5 грудня 2018 року), п. 18.

наголосити на бажанні потерпілих, які пережили конфлікт у серпні 2008 року, відновити справедливість, шляхом трьох засобів: проведенням консультацій, складанням публічних доповідей та направленням комунікацій Прокурору.[1307] Точки зору потерпілих, зазначені в повідомленнях та під час консультацій з організаціями, стали підставами стверджувати, що це в інтересах правосуддя визнати справу допустимою.[1308]

Цілком очевидно, що інформація про злочини має дуже важливе значення в ході попереднього провадження. Якщо інформація стане в нагоді МКС, на другому етапі Прокурор, безперечно, захоче зустрітися з організаціями, які її надали.

У ході попереднього вивчення ситуації в Іраку Прокурор МКС зустрівся з представниками організаціями, які подали нову інформацію, що відновила попереднє вивчення після того, як воно було попередньо закрите, а також з представниками уряду Об'єднаного Королівства.[1309] Під час попереднього вивчення ситуації в Україні Прокурор МКС запросив інформацію в українських громадських організацій та уряду.[1310] Під час попереднього вивчення ситуації в Афганістані представники Прокурора МКС зустрічалися з представниками афганських громадських організацій та НУО.[1311] У «справі флотилії»[1312] Прокурор МКС розглянув звіти чотирьох комісій, які розслідували цей інцидент раніше.[1313] Під час попереднього вивчення ситуації в Гондурасі Прокурор МКС запросив інформацію у Комісії зі встановлення правди та примирення Гондурасу, а також прийняв до уваги звіт альтернативної Комісії зі встановлення правди, яка була заснована НУО з прав людини.[1314] Крім того, на цьому етапі попереднього вивчення ситуації в Нігерії Прокурор МКС використала зв'язки з вченими та дослідниками, які спеціалізуються на Нігерії.[1315]

IV. Другий етап: Юрисдикція

На цьому етапі починається офіційне проведення попереднього вивчення. Під час етапу попереднього вивчення увага зосереджується на питанні, чи має Суд юрисдикцію для розгляду питань, визначених попереднім вивченням. Зокрема, розглядається питання, чи підпадають

[1307] МКС, Ситуація в Грузії, Звіт про запит Прокурора про надання дозволу для проведення розслідування відповідно до ст.15, 13 жовтня 2015 року, п. 43.
[1308] *Там само,* п. 45.
[1309] *Там само,* с. 13, п. 55.
[1310] *Там само,* сс. 16-17, п. 71.
[1311] Канцелярія Прокурора МКС, Звіт про попереднє вивчення у 2013 році, листопад 2013, («Звіт про попереднє вивчення у 2013 році»), с. 13, п. 54.
[1312] Посилання на МКС у справі про зареєстровані судна на Коморських островах, Греції та Камбоджі.
[1313] Звіт про попереднє вивчення у 2013 році, С. 24, п. 101.
[1314] Канцелярія Прокурора МКС, 'Звіт про попереднє вивчення у 2012 році', листопад 2012, ("Звіт про попереднє вивчення у 2012 році "), С. 14, пп. 61-62.
[1315] Звіт про попереднє вивчення у 2012 році, С. 21, п. 91.

ймовірні злочини під юрисдикцію МКС. Аналіз проводиться з огляду на всі повідомлення та всю інформацію, яка не була відхилена на першому етапі, а також інформацію від держав-учасниць або РБ ООН, Заяв, зроблених державами відповідно до ст.12(3), відкритих джерел інформації та свідчень, отриманих в Суді.[1316]

На цьому етапі Прокурор проводить ретельний аналіз фактів та робить юридичну оцінку злочинів, які могли бути скоєні. Під час цього етапу Прокурор МКС зосереджує особливу увагу на масштабі злочинів, який є частиною плану або державної політики. Під час другого етапу Прокурор МКС проводить консультації з державними органами, національними та міжнародними неурядовими організаціями та представниками постраждалих груп,[1317] а також підтримує зв'язки з ООН та міжнародними організаціями.[1318] Наприкінці другого етапу Прокурору надається «Звіт за ст.5».[1319]

Як зазначено вище, на цьому етапі піднімається питання щодо юрисдикції Суду. При вирішенні питання юрисдикції необхідно проаналізувати, чи було скоєно злочин, передбачений Римським статутом (предметна юрисдикція), чи було його скоєно на території відповідної країни або одним з її громадян (територіальна юрисдикція чи юрисдикції за громадянством) і чи було його скоєно в певний строк, передбачений у відповідному документі, який передбачає юрисдикцію (юрисдикція в часі), такі як заява або ратифікація Римського статуту.

A. Дії Прокурора під час другого етапу

Під час другого етапу, як зазначено вище, Прокурор МКС проводить консультації з урядовими структурами, членами громадянського суспільства, представниками зацікавлених груп та різних міжнародних організацій та установ ООН.[1320]

На другому етапі офіційні представники Прокурора МКС відвідують відповідні країни. Наприклад, попереднє вивчення ситуації в Гондурасі тривало з 2010 по 2015 рік, і в перші чотири роки Прокурор МКС направила три місії в місто Тегусігальпа (Tegucigalpa), столицю Гондурасу.[1321] Остання місія повинна була перевірити отриману інформацію та зібрати додаткові дані стосовно злочинів, які могли бути скоєні проти цивільного населення,[1322] а також стосовно злочинів,

---

[1316] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 81.
[1317] У справі Гондурасу групи селян з регіону Бахо Агуан. Канцелярія Прокурора, Звіт про попереднє вивчення у 2014 році (12 листопада 2014) («Гондурас Звіт про попереднє вивчення у 2014 році») с. 10, п. 39.
[1318] Гондурас Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 10, п. 39.
[1319] *Там само.*
[1320] *Там само.*
[1321] Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 10, п. 38.
[1322] *Там само.*

скоєних у певному регіоні.[1323] Протягом 2011 року представники Прокурора МКС з числа членів місії в Гондурасі зустрічалися з Міністром юстиції, Уповноваженим за прав людини, Генеральним прокурором, заступником Секретаря юстиції, заступником Секретаря уповноваженого з прав людини.[1324] У 2012 році представники Прокурора МКС на запрошення Генерального прокурора Федерації та Міністра юстиції відправилися до Нігерії з метою пошуку інформації щодо скоєних злочинів та отримання від органів влади Нігерії даних про національні провадження.[1325] До задач цієї місії також входило проведення широких консультацій з президентом, Генеральним прокурором, представниками зацікавлених штатів, Генерального інспектору поліції, голів різних слідчих груп, послів ЄС в Нігерії та міжнародних і місцевих неурядових організацій.[1326]

Крім того, під час другого етапу представники держави, стосовно якої проводиться попереднє вивчення, можуть просити про зустріч з Прокурором МКС для отримання пояснень стосовно попереднього вивчення та відповідних процедур, як це було в Україні у 2014 році, коли представники Прокурора МКС зустрічалися з членами парламентського Комітету з питань правової політики і правосуддя.[1327] Як тільки Прокурор завершує аналізувати обставини справи та складає юридичний висновок, Прокурору на розгляд подається Звіт щодо ст.5 з метою з'ясування, чи підпадає ситуація під юрисдикцію Суду.[1328]

V. Третій етап: Прийнятність

A. Загальний огляд

На третьому етапі попереднього вивчення розглядається питання прийнятності ймовірних злочинів в МКС, зокрема, застосовується принцип комплементарності та тяжкості ймовірних злочинів. Під час цього етапу продовжують збирати інформацію щодо предметної юрисдикції, зокрема, у випадку, якщо продовжується скоєння злочинів. Наприкінці третього етапу з урахуванням питань прийнятності Прокурору надається «Звіт за ст.17».[1329]

Комплементарність передбачає з'ясування того, чи проводяться відповідні національні судові розгляди можливої ситуації або справи, що розглядається.[1330] Для визначення ступеня серйозності Прокурор МКС бере до уваги як кількісні, так і якісні показники. Як зазначено у

[1323] Регіон Бахо Агуан Гондурасу: 2014 Звіт про попереднє вивчення, с. 10, п. 39.
[1324] Канцелярія Прокурора, 'Звіт про попереднє вивчення у 2011 році', 13 грудня 2011 року, с. 10, п. 43.
[1325] Звіт про попереднє вивчення у 2012 році, с. 21, п. 93.
[1326] *Там само,* сс. 21-22, п. 94.
[1327] Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 17, п. 72.
[1328] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 81.
[1329] *Там само,* п. 82.
[1330] *Там само,* с. 2, п. 6.

Положенні 29(2) Положення Прокурора, до факторів, на які Прокурор звертає увагу під час перевірки, належать масштаб, характер, спосіб вчинення злочинів та їх наслідки для потерпілих.[1331] Далі будуть розглядатися вимоги до комплементарності та серйозності.

a) Дії Прокурора під час третього етапу

На третьому етапі Прокурор МКС продовжує перевіряти та збирати інформацію, а також проводити юридичну оцінку прийнятності. Таким чином, робляться спроби заповнити прогалини в інформації з ключових питань: чи було ініційовано розслідування або кримінальне переслідування винних осіб, в якій мірі та чи дійсно видимі злочини є достатньо серйозними.

Відповідно, інформація щодо причин інцидентів, військових або цивільних цілей, числа жертв є важливою,[1332] так само, як і інформація про національні судові розгляди.[1333] Наприклад, під час попереднього вивчення ситуації в Грузії у 2014 році Прокурор МКС надіслала листа грузинській владі з проханням надати інформацію про «конкретні, вагомі та відповідні докази» та «неупереджені» національні розслідування або судові розгляди щодо тих осіб, яких можна вважати найбільш відповідальними за найтяжчі злочини, вчинені під час збройного конфлікту у серпні 2008 року.[1334] Згодом Прокурор МКС вивчала інформацію, що містилася у звіті, наданому у відповідь на лист запиту.

Також протягом третього етапу Прокурор МКС здійснює відрядження до відповідних країн.[1335] Під час таких відряджень проводяться консультації, а також береться участь в освітніх семінарах та конференціях з актуальних питань. Наприклад, у 2012 році Прокурор МКС здійснила два відрядження до Бамако, Малі, для того, щоб проаналізувати інформацію та джерела про можливі злочини та покращити співпрацю з зацікавленими сторонами, такими як громадські організації, а також зустрітися з урядовцями та посадовими особами Економічного співтовариства країн Західної Африки.[1336] У 2013 році в рамках попереднього вивчення злочинів, скоєних в країні, було здійснено відрядження до Афганістану з метою зустрічі з представниками громадянського суспільства Афганістану та міжнародними НУО, а також з метою участі у семінарі з питань миру, примирення та правосуддя в перехідний період, який проводився в Кабульському університеті.[1337]

[1331] *Там само,* с. 15, п. 61.
[1332] Афганістан: Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 23, п. 99.
[1333] Грузія: Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 36, п. 150 та 153; Нігерія: Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 44, п. 185.
[1334] Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 36, п. 152.
[1335] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 85.
[1336] Звіт про попереднє вивчення у 2012 році, с. 41, пп. 192-193.
[1337] Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 23, п. 98.

У 2013 році Прокурор МКС здійснила відрядження до Нігерії, щоб розглянути національні розслідування та судові розгляди.[1338] Представники Прокурора МКС зустрілися з представниками Федерального Верховного Суду Нігерії, головою державної прокуратури, радником Управління з питань національної безпеки, Комісії з прав людини Нігерії та старшими офіцерами поліції і Служби державної безпеки.[1339]

Попереднє вивчення ситуації в Колумбії також передбачало здійснення різноманітних місій. У квітні та червні 2013 року до Боготи, Колумбії було відправлено дві місії з метою збору інформації про національні провадження, проведення зустрічей з різними зацікавленими особами та участі у громадських заходах з міжнародного кримінального права.[1340] Згодом, у 2013 році, інша місія була відправлена до Колумбії, де Прокурор МКС зустрілася із старшими посадовими особами Генеральної прокуратури, членами національного громадянського суспільства, міжнародними НУО та міжнародними організаціями. Представники Прокурора МКС також брали участь у конференції з питань правосуддя перехідного періоду.[1341] Під час попереднього вивчення ситуації в Колумбії також було здійснено відрядження до Ґеттінґену, Німеччина, з метою участі Прокурора МКС в освітньому семінарі на тему правової основи миру.[1342] В період з 1 по 13 лютого та з 11 по 14 травня 2015 року за підтримки уряду Колумбії було здійснено ще одне відрядження в продовження розгляду питань щодо судового розгляду, який має значення для попереднього вивчення.[1343]

Також Прокурор МКС здійснювала відрядження під час попередніх вивчень у 2014 році. У січні 2014 року Прокурор МКС в третій раз відвідала Москву, Росія, з метою попереднього вивчення ситуації в Грузії. Під час цього візиту представники Прокурора МКС провели консультації з Міністерством юстиції, Міністерством закордонних справ, Міністерством оборони та членами Слідчого комітету Російської Федерації.[1344] Крім того, того ж року до Грузії відправилася п'ята місія, щоб отримати від канцелярії Головного прокурора інформацію про національні судові розгляди.[1345] Також у 2014 році до Гвінеї було здійснено відрядження, яке стало дев'ятим під час попереднього вивчення ситуації в даній країні.[1346] Метою цього відрядження було продовження національного розслідування, включаючи усунення багатьох прогалин та недоліків у них, а також

[1338] Звіт про попереднє вивчення у 2013 році, с. 50-51, п. 224.
[1339] *Там само,* с. 51, п. 225.
[1340] Колумбія: Звіт про попереднє вивчення у 2013 році, с. 36, пп. 147 and 148.
[1341] Колумбія: Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 31, пп. 128.
[1342] *Там само.*
[1343] *Там само, с.* 31, п. 129. Звіт про попереднє вивчення у 2015 році, с. 38, п. 161.
[1344] *Там само.*
[1345] Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 36, п. 152.
[1346] *Там само,* с. 40, п. 165.

оцінку перспектив національних проваджень.[1347] Були проведені консультації за участі колегії слідчих суддів у справі, судових і політичних органів, представників потерпілих, а також відповідних міжнародних суб'єктів.[1348] У 2013 році на третій етапі було здійснено два відрядження до Гвінеї.[1349]

Протягом третього етапу вивчення Прокурор МКС також продовжує вивчати можливі злочини за ознакою статі відповідно до своєї політики розслідування сексуальних та злочинів за ознакою статі,[1350] особливо з питання їх прийнятності. Наприклад, у зв'язку з попереднім вивченням ситуації у Гвінеї представники Прокурора МКС взяли участь у Глобальному саміті проти сексуального насильства у Лондоні, Великобританія, та зустрілися з колегією суддів та судовим експертом ООН, щоб прийняти подальші кроки щодо «конкретних слідчих дій, здійснених для національного розслідування» та обговорили потенційні сфери, які потребують надання технічної допомоги.[1351] У 2014 році Прокурор також виступила із заявою, в якій заохочувала гвінейську владу продовжувати забезпечувати негайне правосуддя для потерпілих та приділити особливу увагу сексуальним та злочинам за ознакою статі.[1352] Прокурор МКС також провела зустрічі з судовим експертом ООН та колегією суддів в Гаазі стосовно питань перебігу національного розслідування та питань, пов'язаних з сексуальними злочинами та захистом потерпілих і свідків.[1353]

Прокурор МКС також може проводити консультації з державними посадовими особами в Суді, як це було під час попереднього вивчення ситуації у Гвінеї у 2014 році.[1354] Крім того, протягом третього етапу попереднього вивчення вона поділиться з державними органами інформацією, яку вона вважатиме доцільною. Наприклад, у ході попереднього вивчення ситуації у Колумбії у 2013 році Прокурор МКС надіслала листа колумбійським органам влади, включаючи Конституційний Суд, висловлюючи свою позицію стосовно питань національних розслідувань щодо менш високопоставлених злочинців та умовних вироків.[1355] Так само, у 2013 році у ході попереднього вивчення ситуації в Грузії Прокурор прийняла запрошення від Головного прокурора Грузії зробити для грузинських слідчих та прокурорів презентацію про злочини, що підпадають під юрисдикцію

[1347] *Там само.*
[1348] *Там само.*
[1349] Звіт про попереднє вивчення у 2013 році, с. 45, п. 197.
[1350] Афганістан: Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, сс. 23-24, п. 101.
[1351] Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 40, п. 166.
[1352] *Там само,* с. 40, п. 167.
[1353] *Там само,* с. 40, п. 168.
[1354] *Там само,* с. 40, п. 169.
[1355] Звіт про попереднє вивчення у 2013 році, с. 36, п. 149.

МКС.[1356] Під час попереднього вивчення ситуації в Нігерії Прокурор прийняла запрошення Генерального прокурора Нігерії виступити на семінарі в Абуджі, Нігерія, на тему дотримання прав людини і норм міжнародного гуманітарного права під час проведення внутрішніх операцій із забезпечення безпеки. Під час цієї поїздки Прокурор також вела переговори з президентом Нігерії та цивільними і військовими керівниками, пов'язаними з розслідуванням можливих порушень МГП під час проведення внутрішніх операцій із забезпечення безпеки.[1357] Окрім того, підтримується зв'язок з організаціями, що надають допомогу потерпілим, як було з деякими організаціями під час попереднього вивчення ситуації у Гвінеї.[1358]

B. Положення про комплементарність

Принцип прийнятності включає поняття комплементарності та тяжкості.[1359] Але ця дискусія обмежується лише питанням комплементарності. Саме цей аспект питання прийнятності відповідає за відповідність/достатність розслідувань та судових проваджень на національному рівні. Принцип комплементарності визначено в ст.17(1)(a)-(c) та підтверджено в пункті 10 Преамбули та ст.1 Римського статуту. Він передбачає, що МКС «доповнює національні системи кримінального правосуддя».[1360] Можна сказати, що комплементарність відповідає питання, чи на національному рівні проводиться достатньо неупереджене розслідування та кримінальне переслідування осіб, щоб дійти висновку про те, що МКС не має права розглядати відповідні справи. Це передбачає здійснення Прокурором МКС аналізу кроків, вжитих національними судами, щодо розслідування ймовірних злочинів, вчинених окремими особами, які є предметом попереднього вивчення.[1361]

Під час вивчення питання комплементарності Прокурору МКС необхідно буде розглянути: (i) групи осіб, проти яких може проводитися розслідування; та (ii) злочини, які підпадають під юрисдикцію Суду, що скоріше за все будуть в центрі розслідування.[1362] Прокурор МКС повинен розглянути:

[1356] *Там само,* с. 41, п. 175.
[1357] Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, сс. 44-45, п. 186.
[1358] Звіт про попереднє вивчення у 2014 році, с. 40, п. 165; Звіт про попереднє вивчення у 2013 році, с. 45, п. 198.
[1359] Римський статут, ст. 17(1)(a)-(c) (комплементарність) та 17(1)(d) (тяжкість).
[1360] *Там само,* Преамбула.
[1361] *Там само,* ст. 18(1) та 19(2)(b).
[1362] Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пункти 50, 182 та 188; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івувар* (Рішення про надання дозволу) ICC-02/11-14 (3 жовтня 2011) пункти 190-191 та 202-204.

- чи проводиться або проводилось розслідування стосовно винних осіб або їх кримінальне переслідування в Україні на підставі результатів попереднього вивчення.[1363] Якщо ні, то тоді лише цього факту достатньо для того, щоб ця справа стала прийнятною для МКС;[1364]
- Якщо розслідування або кримінальне переслідування проводилося на національному рівні, то Прокурор МКС буде аналізувати, чи це стосується майбутніх справ, які можуть розглядатися Прокурором МКС. Основним серед піднятих питань є питання про те, чи предметом розслідування Прокурора МКС є одна і та сама особа і одне й те саме діяння, та чи знаходяться в центрі уваги особи, які несуть найбільшу відповідальність за найбільш серйозні злочини.
- Якщо відповідь «так», то Прокурор МКС буде дивитися, чи не було здійснено порушень під час кримінального провадження через небажання або неспроможність неупереджено його проводити:[1365]
    - При вивченні небажання притягати до кримінальної відповідальності МКС буде розглядати: (i) наявність процедур, які захищають особу від юрисдикції МКС; (ii) наявність невиправданих затримок під час проведення процедур; та (iii) чи провадження проводяться неупереджено або незалежно;[1366]
    - При вивченні факту неспроможності притягати до кримінальної відповідальності Суд буде дивитися, чи спроможна держава отримати обвинуваченого або необхідні докази та свідчення або іншим чином здійснювати процесуальні дії у зв'язку з повним або суттєвим колапсом національної судової системи

[1363] Прок*урор проти Жермена Катанґи (Germain Katanga) та Матьє Нгуджоло Чуї (Mathieu Ngudjolo Chui)* (Судове рішення) ICC-01/04-01/07-1497 (25 вересня 2009 року), Рішення Апеляційного суду щодо апеляції на Рішення про прийнятність справи Катанги, п. 78.

[1364] *Там само.*

[1365] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 49; МКС заявив, що докази, які inter alia відносяться до слідчих заходів, кількість та вид ресурсів, задіяних для проведення розслідування, а також межі слідчих повноважень осіб, залучених до розслідування… які мають велике значення для відповіді на питання, чи на національному рівні склалася ситуація «бездіяльності», є також відповідними показниками бажання та спроможності держави неупереджено здійснювати необхідні процедури»: *Прокурор проти Саїфа аль-Іслам Каддафі та Абдулли аль-Сенуссі* (Рішення про прийнятність у справі Аль-Сенуссі) ICC-01/11-01/11-466-Red (11 жовтня 2013) («Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі), п 210..

[1366] Римський статут, ст. 17(2); Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, пп. 51-58; *Прокурор проти Саїфа аль-Іслам Каддафі та Абдулли аль-Сенуссі* (Рішення про прийнятність справи Каддафі) ICC-01/11-01/11-344-Red (31 травня 2013) («Рішення про прийнятність справи Каддафі») пп. 199-215; Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 235.

- Якщо МКС дійде висновку, що провадження на національному рівні має ознаки або небажання, або неспроможності, то МКС (з урахуванням інших вимог МКС) матиме юрисдикцію щодо цих злочинів

Таким чином, принцип комплементарності в доповнення до пояснення, коли МКС повинен або не повинен здійснювати юрисдикцію щодо конкретного випадку, стає корисний барометром для оцінки доцільності/достатності поточних зусиль української влади з переслідування міжнародних злочинів, які виникають або пов'язані з конфліктом у Криму та на сході України. Зокрема, як ще далі буде розглядатися, незважаючи на те, що уряд України ініціював кримінальне переслідування за вчинення злочинів, пов'язаних з війною, наявна інформація свідчить про те, що розслідування та судові провадження стосуються найменшої частини порушень МГП, які здійснюються в зонах конфлікту. Крім того, дані розслідування та судові провадження стосуються конкретних звичайних, а не міжнародних злочинів.

a) *Перший висновок: чи проводяться або проводилися розслідування або судові провадження справ державою*

Як зазначено вище, МКС розглядатиме, чи проводяться або проводилися розслідування або судові розгляди стосовно ситуації, яка розглядається МКС, державою, яка має над нею юрисдикцію. Бездіяльність держави задовольняє вимоги комплементарності.[1367] Для того, щоб відповідати даному критерію, хоча б одна держава, яка має юрисдикцію над справою, має активно розслідувати або порушити кримінальне переслідування.[1368]

b) *Другий висновок: експертиза судового розгляду щодо тієї самої особи та тих самих діянь?*

Щоб задовольнити вимогу МКС стосовно того, що національне розслідування стосується тієї самої «справи», яку розслідує Суд, необхідно довести, що: (i) особа, проти якої проводиться розслідування на національному рівні, є тією самою особою проти якої проводить розслідування Суд; та (ii) діяння, які є предметом національного розслідування, є, по суті, тими самими діяннями, що розглядаються в Суді.[1369] Національне розслідування та кримінальне переслідування по справі

[1367] *Прокурор проти Томаса Лубанги Діло* (Судове рішення) ICC-01/04-01/06-8 (24 лютого 2008) («Рішення у справі Лубанги стосовно рішення Палати попереднього провадження від 10 лютого 2006 року») п. 29.
[1368] *Там само,* п. 30.
[1369] Рішення про прийнятність справи Каддафі, п. 61, 74, 76 та 77. Палата нагадала, що вперше «експертиза щодо тієї самої особи та тих самих діянь» була розроблена у Рішенні по справі Лубанга стосовно рішення Палати попереднього провадження від 10 лютого 2006 року, п. 31. Пізніше ця експертиза згадувалася в справах: *Прокурор проти Ахмада Мухаммада Харуна (Ahmad Muhammad Harun) та Алі Мухаммада Алі Абд- аль-Рахмана(Ali Muhammad Ali Abd-Al-Rahman)* (Судове рішення) ICC-02/05-01/07-I-Corr (27 квітня 2007 року) п. 24; *Прокурор проти Жермена Катанґи (GermainKatanga)*

повинно відповідати конкретним аспектам справи, яка розглядається в МКС.[1370] Таким чином, життєво необхідним є визначення природи та тяжкості злочину.[1371]

В обставинах, коли держава лише проводить розслідування звичайних злочинів та переслідує за їх скоєння (на відміну від міжнародних злочинів), то МКС буде вивчати, чи звичайні злочини охоплюють скоєння тих самих видів діянь, які МКС бажає розглянути, зокрема, воєнні злочини, злочини проти людяності або злочини геноциду.[1372] Для задоволення цих критеріїв держава повинна здійснювати «конкретні та поступові слідчі дії для встановлення того, чи особа несе відповідальність перед Судом за ймовірні діяння, в яких вона обвинувачується».[1373] Такі слідчі дії можуть передбачити допит свідків, підозрюваних, збір документальних доказів або проведення криміналістичної експертизи.[1374] По суті, держава повинна розслідувати ті самі діяння, і їх характеристики в кожній справі буде відрізнятися в залежності від фактів та обставин кожної справи. В кожній справі необхідно проводити окремий аналіз фактів.[1375]

(Судове рішення) ICC-01/04-01/07-4 (6 липня 2007 року) п. 20; *Прокурор проти Матьє Нгуджоло Шуі* (Mathieu Ngudjolo Chui) (6 липня 2007 року) п. 21; *Прокурор проти Омара Хассана Ахмада аль-Башира* (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/05-01/09-2-Conf (4 березня 2009), п. 50 (публічно відредактована версія в ICC-02/05-01/09-3); та *Прокурор проти Бахр Ідрісс Абу Гарда* (Рішення про подання Прокурора відповідно до ст.58) ICC-02/05-02/09-I-Conf (7 травня 2009) п. 4. Той самий підхід було застосовано другою Палатою попереднього провадження у справі *Прокурор проти Конеята та інших* (Рішення про прийнятність) ICC-02/04-01/05-377 (10 березня 2009) пп. 17-18; *Прокурор проти Уільяма Самої Руто, Генрі Кіпроно Косгеї та Джошуа Арап Санг* (Рішення про прийнятність) ICC-01/09-01/11-101 (30 травня 2011) п. 54; *Прокурор проти Франсіса Кірімі Мутхаура, Ухуру Муїгаї Кеніятта та Мухаммеда Хуссейна Алі* (Рішення про прийнятність) ICC-01/09-02/54-96 (30 травня 2011) п. 48. Нарешті, та сама позиція була прийнята третьою Палатою попереднього провадження у справі *Прокурор проти Жан-П'єра Бемба Гомбо* (Рішення про подання Прокурора стосовно ордеру на арешт Жан-П'єра Бемба Гомбо) ICC-01/05-01/08-14-tENG (10 червня 2008) п. 16.

[1370] Рішення по справі Лубанги стосовно рішення Палати попереднього провадження від 10 лютого 2006 року, п.31.

[1371] Б. Брумхолл, «Міжнародний кримінальний суд: контрольний перелік для національного впровадження» у M Cherif Bassiouni (ред.), *Ратифікація ICC та національне імплементаційне законодавство* (Nouvelles Etudes Penales 1999), сс. 113, 149-151. *Див. також* Дарріл Робінсон, «Римський статут та його вплив на національне право» в А Кассезе та інші, *Римський статут Міжнародного кримінального суду* (OUP, 2002) с. 1861; Лінда Е Картер, «Принцип взаємодоповнення та Міжнародний кримінальний суд: роль *Ne Bis in Idem*» (2010) 8 Santa Clara Journal of International Law 165, с. 194.

[1372] Римський статут, ст. 17(1) та 20(3). *Див також* Рішення про прийнятність справи Каддафі, пп. 85-88; Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 66.

[1373] Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, пункт 66, з посиланням на Рішення про прийнятність справи Каддафі, пункти 54, 55 та 73; *Прокурор проти Франсіса Кірімі Мутхаура, Ухуру Муїгаї Кеніятта та Мухаммеда Хуссейна Алі* (Рішення) ICC-01/09-02/54-274 (30 серпня 2011) пункти 1 and 40: Такі слідчі дії можуть передбачати «допит свідків, підозрюваних, збір документальних доказів або проведення криміналістичної експертизи».

[1374] *Там само.*

[1375] Рішення про прийнятність справи Каддафі, п. 77; Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 66.

Вперше «експертиза судового розгляду щодо тієї самої особи та тих самих діянь» була розроблена під час розгляду справи *Лубанги*.[1376] В цьому випадку національна судова система вжила значних заходів щодо розслідування, у тому числі видала два ордери на арешт та утримувала відповідного підозрюваного (Томаса Лубангу) в *Centre Penitentiaire et de Reeducation de Kinshasa* (Центр утримання та відбування покарання в Кіншасі) .[1377] Проте ці дії вважалися недостатніми, щоб визнати справу неприйнятною, тому що провадження на національному рівні, хоч і стосуються тієї самої людини, але розглядає не ті самі дії, що були предметом розгляду справи в Суді.[1378] Зокрема, Палата відмітила, що ордери на арешт, видані Демократичною Республікою Конго («ДРК»), не містили будь- яких згадок політики та практики вербування дітей, і, таким чином, ДРК не стали «вважати активним суб'єктом в конкретній справі в Суді» .[1379]

Крім того, задоволення цього критерію не залежить від *юридичної категоризації* діянь, але від самих діянь, що знаходяться в центрі провадження на національному рівні.[1380] Відповідно, це питання не аналізує, чи розслідування або кримінальне переслідування стосуються міжнародних або звичайних злочинів. Це було свідоме рішення розробників Римського статуту: не розрізняти звичайні та міжнародні злочини, а замість цього зосередити увагу на «діяннях», за які притягають до кримінальної відповідальності.[1381] Якщо розслідування або кримінальне переслідування стосується тих самих діянь, незалежно від точного визначення, то МКС буде вважати це достатнім для визнання справи неприйнятною.[1382] Як відмічалося, «питання про те, чи національне розслідування проводиться з метою притягнення до кримінальної відповідальності за «міжнародні злочини», не є визначальним для вирішення питання про прийнятність»,[1383] та «національне розслідування або кримінальне переслідування за «звичайні злочини» в тому об'ємі, в якому ця справа стосується тих самих діянь, будуть вважатися достатніми» .[1384] Відповідно, як було визначено та підкреслено МКС, відсутність національного законодавства, яке дозволяє

[1376] Рішення по справі Лубанги стосовно рішення Палати попереднього провадження від 10 лютого 2006 року, п.31.
[1377] *Там само,* п. 36.
[1378] *Там само,* п. 37.
[1379] *Там само,* пп. 37-39.
[1380] Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 66.
[1381] Рішення про прийнятність справи Каддафі, п. 86-87 та 138-139; з посилання на ГА ООН, «Звіт Спеціального комітету про заснування Міжнародного кримінального суду», 1995, 50-а сесія, Доповнення No. 22, A/50/22, пп. 43, 179.
[1382] Рішення про прийнятність справи Каддафі, п. 88.
[1383] *Там само,* п. 85.
[1384] *Там само,* п. 88.

переслідування за воєнні злочини, злочини проти людяності або геноциду, при створенні перешкод для «прийнятності», не робить справу прийнятною *per se* для МКС.[1385]

Подальше керівництво зі здійснення експертизи «тих самих діянь» можна знайти у визначенні поняття комплементарності, яке зробив МКС щодо Лівії. У справі *Аль-Сенуссі* (колишнього міністра розвідки Лівії) заперечувався той факт, що міжнародний злочин переслідування не може розслідуватися на національному рівні (хоча його можуть розглядати на стадії винесення вироку) через відсутність національного законодавства, що має призвести до судового висновку про те, що Лівія не розслідувала ту саму справу і, таким чином, справа є прийнятною для МКС.[1386] Апеляційну палату МКС це не переконало.[1387] Це підтверджує висновок Палати попереднього провадження про те, що в тих обставинах не було потреби обвинувачувати у міжнародному злочині переслідування (навіть якщо справа МКС головним чином передбачала розгляд цього злочину). Вимога, щоб національна справа по суті (необов'язково ту саму справу) стосувалася тієї самої поведінки, дала Лівії можливість проявити гнучкість при вирішенні способу розгляду справи на національному рівні. Необхідно оцінювати, чи «національна справа достатньо відтворює суть справи, яка розглядається в суді».[1388]

При визначенні того, чи діяння, за які звинувачують у переслідуванні, достатньо ретельно розглядаються за лівійськими процесуальними правилами,[1389] Апеляційна палата розглядає різні злочини, які розглядаються на національному законодавстві, та загальні обставини справи, якими супроводжувалося скоєння злочинів проти цивільних осіб та використання сил безпеки для розгону демонстрацій проти політичного режиму.[1390] Більше того, стосовно окремих елементів нападу на групу або особу з політичних, расових або інших причин, як це вимагається у випадку злочину переслідування, Апеляційна палата визнала, що лівійський суддя під час винесення вироку міг додати обвинувачення в дискримінації на підставах, які складають основу міжнародного злочину переслідування як обтяжуючу обставину.[1391] Відповідно, держава може

[1385] *Там само,* п. 88.
[1386] *Прокурор проти Саїфа аль-Іслам Каддафі та Абдулли аль-Сенуссі* (Апеляційне рішення щодо прийнятності) ICC-01/11-01/11 OA 6 (24 липня 2014) («Апеляційне рішення про прийнятність у справі Аль- Сенуссі») п. 118.
[1387] *Там само,* п. 118.
[1388] *Там само,* п. 119.
[1389] *Там само,* п. 122.
[1390] *Там само,* п. 120.
[1391] *Там само,* п. 121.

притягати до відповідальності за технічно різні порушення, якщо факти належним чином додані до справи, а тяжкість ймовірних злочинів інкорпорована на певному етапі.[1392]

Ті самі питання виникають у справі *Саїфа аль-Іслама Каддафі*. В цьому випадку Прокурор МКС намагався звинуватити Саїфа аль-Іслама Каддафі у багатьох ймовірних вбивствах та переслідуваннях як злочинах проти людяності.[1393] На національному рівні Лівія розслідувала низку обвинувачень проти Каддафі, які стосувалися дійсних інцидентів як обвинувачення МКС у вбивстві та переслідуванні. Проте в національних судах їх ніколи не звинувачували ні в переслідуванні, ні в злочинах проти людяності.[1394]

З урахуванням цього питання Палата попереднього провадження МКС підняла «конкретні питання стосовно звичайних злочинів, розслідування яких стосується п-на Каддафі».[1395] Проте вона встановила, що слідство ведеться стосовно тієї ж справи.[1396] Що стосується обвинувачень у переслідуванні, то одним з основних питань Палати є те, що відсутність наміру переслідувати може означати, що злочин, в якому його звинувачують, не стосується його дій. Проте Палата попереднього провадження виправила цей явний недолік, дійшовши висновку (схожим з тим, який стосувався справи *Аль-Сенусі*), що «хоча намір переслідувати не є елементом жодного зі

[1392] L Finlay (Л. Фінлей), 'Does the International Criminal Court Protect Against Double Jeopardy: An Analysis of Article 20 of the Rome Statute' (Чи захищає Міжнародний кримінальний суд від подвійного ризику: аналіз статті 20 Римського статуту) (2008-2009) 15 U.C. David Journal of International Law and Policy 221, с. 229.

[1393] Рішення про прийнятність справи Каддафі, пункт 79-83: Зокрема, можливо, п-н Каддафі використовував свою владу над певними структурами лівійського державного апарату та сил безпеки для залякування та знищення за допомогою різних засобів, у тому числі зброї, демонстрантів з числа цивільних осіб, які виступили проти режиму Муаммара Каддафі у лютому 2011 році; зокрема, що п-н Каддафі задіяв сили безпеки, які перебували під його контролем, для вбивства та переслідування сотень демонстрантів з числа цивільних осіб або ймовірних дисидентів по відношенню до режиму Муаммара Каддафі по всій Лівії, зокрема у Бенгазі, Місраті, Тріполі та сусідніх містах з 15 лютого 2011 принаймні до 28 лютого 2011 року

[1394] Рішення про прийнятність справи Каддафі, пункт 37: Лівія заперечила, що розслідування стосувалося тих самих окремих діянь Каддафі як вбивства та переслідування, що інкримінував Прокурор МКС. Обвинувачення стосувалися злочинів проти особи, які було скоєно протягом значного проміжку часу, та фінансові злочини з 2006 року. Також зазначалося, що злочини було скоєно в різних місцях по всій Лівії; пункт 112-2: Звичайні злочини, в яких його було звинувачено, - це умисне вбивство, катування, підбурювання до громадянської війни, невибіркові вбивства, зловживання владою по відношенню до окремих осіб, несправедливий арешт та невиправдане позбавлення особистої свободи згідно зі статтями 368, 435, 293, 296, 431, 433 та 434 Кримінального кодексу Лівії. Крім того, можливі обвинувачення: образа представників конституційних органів влади відповідно до ст.195, розтрата, грабіж та масове вбивство відповідно до ст.202, громадянська війна згідно з ст.203, змова за ст.211, порушення політичних прав лівійців відповідно до ст.217, підпал відповідно до ст.297, поширення хвороб рослин та домашньої худоби за ст.362, переховування трупів за ст.294, надання допомоги особам у скоєнні вбивства за ст.322, використання сили з метою примусу іншої особи відповідно до ст.429 та розшук осіб згідно зі ст.432 Кримінального кодексу Лівії.

[1395] *Там само,* п. 108.

[1396] *Там само,* п. 113.

злочинів, в якому звинувачується п-н Каддафі, це обтяжуючий фактор, який береться до уваги при винесенні вироку за ст.27 та 28 Кримінального кодексу Лівії».[1397]

Палата попереднього провадження встановила, що велика кількість обвинувачень, висунутих Лівією, не стосується «всіх аспектів злочинів», які повинні розглядатися згідно з Римським статутом.[1398] Проте ці обвинувачення могли «достатньою мірою стосуватися» його діянь, у тому числі злочинного наміру відповідно «до ст.27 та 28 Кримінального кодексу Лівії»1475.[1399]

Ключовим питанням для Палати було з'ясувати, чи злочини, в яких його обвинувачують, є достатньо тяжкими. У цьому аспекті критично-важливі питання часто стосуються того, чи звичайні злочини, щодо яких висунуто обвинувачення, містять об'єктивні та суб'єктивні елементи, а також чи можна їх належним чином розглядати як частину широкомасштабного або систематичного нападу на цивільне населення (віднести до злочинів проти людяності) або як зв'язок зі збройним конфліктом (віднести до воєнних злочинів). Як повинно бути зрозуміло, ці останні обставини визначають об'єм, критерії та ступінь тяжкості окремих дій, і часто їх важко виділити серед елементів, які становлять звичайні злочини.

При оцінці цих «тих самих діянь, тієї самої справи» МКС також буде розглядати звичайні злочини з точки зору винесення вироку. Як зазначається, значна відмінність у призначенні покарань може бути фактором на користь «заборони» державі продовжувати кримінальне переслідування в межах власної юрисдикції.[1400] За звичайні злочини може і не передбачатися адекватне або порівняне кримінальне покарання, і це буде аргументом проти пропозиції, щоб «та сама справа» розглядалася в національному суді. У випадках розгляду деяких злочинів, які розглядаються в рамках національної юрисдикції, це питання може бути вирішено набагато простіше. Наприклад, в залежності від держави за такий звичайний злочин як вбивство може бути призначено таке саме покарання як і за злочин проти людяності, за обидва злочини призначаються найбільш суворі покарання.[1401] Проте у випадку вчинення інших злочинів така розбіжність може бути менш очевидною: за грабіж, кваліфікований як звичайна крадіжка, можуть призначити значно інше покарання.[1402]

[1397] *Там само,* п. 111.
[1398] *Там само,* п. 113.
[1399] *Там само.*
[1400] Б. Брумхолл, «Міжнародний кримінальний суд: контрольний перелік для національного впровадження» у M Cherif Bassiouni (ред.), *Ратифікація ICC та національне імплементаційне законодавство* (Nouvelles Etudes Penales 1999), с. 149.
[1401] Дж. Клеффнер, «Вплив взаємодоповнюваності на національне імплементацію міжнародного кримінального права» (2003) 1 Journal of International Criminal Justice 86, п. 97.
[1402] *Там само,* с. 97

Таким чином, хоча висунення обвинувачень може бути достатньо, такий підхід необхідно розглядати як менш відповідну та впевнену спробу. Важко спрогнозувати точні розрахунки МКС під час розгляду кримінальних справ в межах національної системи правосуддя та їх протиставлення власним результатам стосовно геноциду, злочинам проти людяності та воєнним злочинам. Спроби оцінити схожість між міжнародними злочинами та звичайними злочинами не потребують особливих умінь. Але можуть виникнути справжні складнощі у визначенні того, якими повинні бути обвинувачення у звичайних злочинах, щоб адекватно врахувати всі діяння, які можуть становити міжнародний злочин. Під час проведення остаточного аналізу такий підхід збільшує для держави ризик втратити аргументи щодо прийнятності на підставі бездіяльності, що є результатом недоліків внутрішнього права та застосовуваної практики, яка не може встановити юридичну заборону стосовно цілого переліку діянь, передбачених в Статуті МКС.[1403]

c) *Третій висновок: чи постраждали національні судові провадження від небажання або нездатності сумлінно проводити судовий розгляд*

Якщо МКС вважає, що на національному рівні проводиться відповідне розслідування або здійснюється кримінальне переслідування стосовно тих самих діянь, то наступним кроком буде оцінка того, чи відповідне провадження є неупередженою спробою притягти особу до кримінальної відповідальності за її діяння. Як раніше зазначалося, встановлення наявності небажання або неспроможності є недостатнім, щоб передати справу від національних судів та зробити її «прийнятною» для МКС.[1404]

i. «Небажання»

Перший критерій з'ясовує, чи держава «не бажає» неупереджено проводити національне провадження у даній справі. Щоб встановити наявність небажання в конкретній справі, МКС буде розглядати, чи: (i) національне провадження проводилося або проводиться; (ii) на національному рівні було прийнято рішення з метою захистити особу від кримінальної відповідальності; (iii) невиправдано затримується розгляд справ, що в даних обставинах не відповідає наміру судити відповідних осіб; та (iv) провадження у справі не проводиться неупереджено або незалежно, і воно

[1403] *Там само,* сс. 96-97, цитування в Б. Брумхолл, «Міжнародний кримінальний суд: контрольний перелік для національного впровадження» у M Cherif Bassiouni (ред.), *Ратифікація ICC та національне імплементаційне законодавство* (Nouvelles Etudes Penales 1999), с. 149.

[1404] *Там само*, Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, пункт 49; Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, пункт 210; докази, які inter alia відносяться до слідчих заходів, кількість та вид ресурсів, задіяних для проведення розслідування, а також межі слідчих повноважень осіб, залучених до розслідування… які мають велике значення для відповіді на питання, чи на національному рівні склалася ситуація «бездіяльності», є також відповідними показниками бажання та спроможності держави неупереджено проводити необхідне провадження.

проводилося або проводиться у спосіб, який за даних обставин не відповідає наміру судити відповідних осіб.[1405]

Палата попереднього провадження МКС підняла питання наявності небажання у рішенні про прийнятність у справі Аль-Сенуссі [1406] Після того, як Палата попереднього провадження переконалася у тому, що на національному рівні проводилося відповідне розслідування, вона розглянула, чи існували умови, які вказували на те, що Лівія не бажала неупереджено проводити провадження проти Аль-Сенуссі.[1407]

При з'ясуванні того, чи мала Лівія бажання неупереджено проводити національне провадження, Палата попереднього провадження визнала, що будь-яке оцінювання бажання (та можливості) проводити таке провадження необхідно здійснювати з урахуванням відповідного внутрішнього законодавства та процедур.[1408] Крім того, вона зазначила, що держава повинна довести наявність певних обставин справи, а суперечки про доведеність наявності небажання або неспроможності виникають лише тоді, коли є сумніви щодо неупередженості проведення провадження в національних судах.[1409]

Стосовно небажання Лівії проводити кримінальне провадження, Палата попереднього провадження розглянула численні питання, у тому числі: (i) якість та кількість доказів, зібраних Лівією під час ведення слідства стосовно підозрюваного п-на Аль-Сенуссі; (ii) об'єм, методологію та джерела слідства; (iii) хід розслідування справи, зокрема, її передачу в Палату обвинувачення;[1410] й (iv) інші схожі процедури, які проводяться.[1411]

З урахуванням необхідності з'ясувати, чи уряд Лівії захищав Аль-Сенуссі від кримінальної відповідальності за злочини, які підпадають під юрисдикцію Суду,[1412] Палата дійшла висновку, що не було жодних вказівок, які б підтверджували висновок про "небажання" на цих підставах.[1413]

Розглядаючи питання, чи під час розгляду справи в Лівії були невиправдані затримки, що в даних обставинах не відповідає наміру притягнути п-на Аль-Сенуссі до відповідальності, Палата з'ясувала, що в конкретних обставинах справи, до яких належать час, місце та матеріали справи, період менше 18 місяців від початку розслідування стосовно п-на Аль-Сенуссі та передачею

[1405] Римський статут, ст. 17(2); Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 50-55.
[1406] Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 169-293.
[1407] *Там само,* п. 202.
[1408] *Там само,* п. 208.
[1409] *Там само.*
[1410] *Там само,* п. 289
[1411] *Там само.*
[1412] *Там само,* п. 202.
[1413] *Там само,* п. 290.

справи до кримінального суду не можна вважати невиправданою затримкою.[1414] Таким чином, Палата була задоволена тим, що розслідування справи на національному рівні не проводилося у спосіб, який не відповідав наміру притягти пана Аль-Сенуссі до відповідальності.[1415]

Що стосується незалежності та неупередженості провадження на національному рівні, то не лише необхідно довести, що провадження не проводилося незалежно або неупереджено, але також потрібно продемонструвати, що провадження не проводилося у спосіб, який за даних обставин не відповідає наміру притягнути відповідну особу до відповідальності.[1416]

Апеляційна палата по справі *Аль-Сенуссі* відмітила, що з'ясування факту неупередженості та незалежності відповідає правам людини та стандартам у сфері прав людини.[1417] Проте відмічалося, що визначення незалежності та неупередженості «не передбачає пошуку відповіді на питання, чи було порушено *per se* належні процесуальні права підозрюваного».[1418] Проте поняття незалежності та неупередженості слід розглядати в контексті ст.17(2)(c), яка в першу чергу відповідає на питання, чи проводяться національні провадження у спосіб, який не дає підозрюваному уникнути правосуддя.[1419]

Щодо цієї справи Палата вважає, що можуть бути обставини, де порушення прав підозрюваного є достатньо очевидними, щоб дійти висновку, що провадження «не відповідає наміру притягти цю особу до відповідальності».[1420] При обговоренні очевидних порушень прав підозрюваного Апеляційна палата відмітила, що провадження, яке було не більше ніж заздалегідь спланованою прелюдією до виконання вироку, буде достатньо для визнання справи неприйнятною.[1421]

Крім цього більш яскравого прикладу, також може бути достатньо менш очевидних обставин, наприклад, коли порушення прав підозрюваного є такими очевидними, що стає зрозумілим: міжнародне співтовариство не визнає, що обвинуваченого судили неупереджено. Чи буде справа врешті-решт прийнятною за таких обставин, залежатиме від конкретних фактів.[1422]

[1414] *Там само,* пп. 227-229 та 291.
[1415] *Там само,* п. 292.
[1416] Римський статут, ст. 17(2)(c); Апеляційне рішення щодо прийнятності справи Аль-Сенуссі, п. 220.
[1417] Апеляційне рішення щодо прийнятності справи Аль-Сенуссі, п. 220.
[1418] *Там само,* п. 230.
[1419] *Там само,* п. 221.
[1420] *Там само.*
[1421] *Там само,* п. 230.
[1422] *Там само.*

ii. «Неспроможність»

Для виявлення факту неспроможності стосовно певної справи Суд буде дивитися, чи держава неспроможна отримати обвинуваченого або необхідні докази та свідчення або іншим чином неспроможна здійснювати процесуальні дії через повний або суттєвий колапс національної судової системи. До факторів, які необхідно розглянути, належать: (i) відсутність необхідного персоналу, наприклад, суддів, слідчих, прокурора; (ii) відсутність матеріального та процесуального кримінального законодавства для криміналізації злочинів, які підпадають під юрисдикцію МКС, що робить систему такою, що «не відповідає вимогам»; (iii) відсутність доступу, що робить систему такою, що «не відповідає вимогам»; (iv) перешкоди з боку неконтрольованих елементів, що роблять систему такою, що «не відповідає вимогам»; та (v) амністії або імунітети, що роблять систему такою, що «не відповідає вимогам» .[1423]

Важко вгадати, як в окремих випадках можна оцінити неспроможність. Все залежить від конкретної справи та ситуації. У справі *Лубанги* МКС встановив, що судова система ДРК була «спроможною» відповідно до ст.17. Роблячи таке визначення, він брав до уваги певні справи, які розглядалися в національній судовій системі, що призвело *inter alia* до видачі двох ордерів на арешт пана Лубанги, виданих компетентними органами ДРК, та відкриття кримінального провадження проти нього.[1424]

У справі *Аль-Сенуссі* МКС зосередив увагу на тому, що Лівія була неспроможною отримати необхідні докази та свідчення в результаті «повного або суттєвого колапсу або невідповідності» національної судової системи.[1425] Роблячи такий висновок, Палата попереднього провадження вивчала докази, вже зібрані Лівією, та проведення етапу судового провадження на національному рівні, щоб визначити, чи існують відповідні фактичні обставини, які заважають здійсненню цих кроків.[1426] Зокрема, Палата розглядала ситуацію з безпекою в Лівії, особливо відсутність ефективних програм захисту свідків та той факт, що певні в'язниці не було передано у відання міністерства юстиції, як критично-важливі питання, які прямо та належним чином впливають на розслідування.[1427]

[1423] МКС, 'Неофіційний документ експерта: Принцип компліментарності на практиці', ICC-01/04-01/07-1008-AnxA (30 березня 2009) п. 50.
[1424] Рішення по справі Лубанги стосовно рішення Палати попереднього провадження від 10 лютого 2006 року, п. 36.
[1425] *Там само,* п. 295.
[1426] Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 296.
[1427] *Там само,* п. 297.

Палата попереднього провадження встановила, що на кримінальне провадження в національному суді не впливали проблеми безпеки, оскільки вже було вжито «поступових та конкретних слідчих» заходів. Той факт, що Лівія спромоглася надати значну кількість доказів, зібраних під час слідства, є критично-важливим фактом.[1428] Палата попереднього провадження зазначила, що ці докази не повинні містити всі можливі докази, і не було жодних вказівок на те, що пошук доказів припиниться.[1429] Таким чином, Палата вирішила, що з урахуванням всіх відповідних обставин конкретне вивчення не призвело до висновку, що немає можливості отримати відповідні докази або свідчення. Таким чином, не було висновку про те, що Лівія неспроможна неупереджено провести розгляд справи.[1430]

На противагу цьому, у справі *Каддафі* Палата попереднього провадження визнала, що Лівія неспроможна отримати необхідну інформацію та докази, щоб здійснити провадження по справі Каддафі у відповідності до національного законодавства Лівії.[1431] Зокрема, Палата зазначила, що до цих пір Лівія не спроможна забезпечити передачу Каддафі представникам державної влади з місця тримання під вартою ополченням у місті Ез-Зінтан.[1432] Крім того, неспроможність судових та урядових органів забезпечити свідкам достатній рівень захисту призвела до неспроможності отримати необхідні свідчення під час судового процесу.[1433]

Необхідно також зазначити, що фраза «інакше неспроможне здійснювати судовий розгляд» ст. 17(3) слугує всеохоплюючим пунктом стосовно неспроможності і стосується «різних ситуацій, які можуть виникнути під час судового розгляду в національному суді».[1434] Це надає МКС можливість якомога широко оцінити спроможність. Ця фраза ст.17(3) може стосуватися оцінювання процесуальних прав, таких як відсутність у підозрюваних адвокатів, що становить перешкоду для продовження розгляду справи.[1435] Наприклад, у справі *Аль-Сенуссі* захисник доводив, що влада Лівії «неспроможна» неупереджено провести розгляд справи п-на Аль-Сенуссі з урахуванням того, що в нього не було свого представника, і інші його фундаментальні права могли бути порушені.[1436] Палата дійшла висновку, що Лівія ситуація з безпекою не визначала *per se* неспроможність

[1428] *Там само,* пп. 297-299.
[1429] *Там само,* п. 298.
[1430] *Там само,* п. 301.
[1431] Рішення про прийнятність справи Кадаффі, п. 205.
[1432] *Там само,* п. 206.
[1433] *Там само,* п. 209.
[1434] Ж Т Холмз, 'Компліментарність: національні суду проти МКС' в А Кассезе та інші (ред), *Римський статут Міжнародного кримінального суду. Коментар* (OUP, 2002) С. 678; М.Л. Зейді, *Принцип комплементарності міжнародного кримінального права: Origin, Development and Practice* (Brill, 2008), С. 224.
[1435] Рішення про прийнятність справи Кадаффі, пп. 212-214.
[1436] Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 183.

провести розгляд справи, і що останнім часом явкам в суд ніщо не заважало.[1437] Лівія стверджувала, що вона докладає зусиль для призначення адвокатів, і причини затримок не були нездоланними, але пояснювалися перехідним періодом та проблемами безпеки, і не можна говорити про наявність неспроможності.[1438]

Палата попереднього провадження встановила, що проблема представництва в суді *могла* стати фатальною для подальшого належного розгляду справи.[1439] Проте це рішення необхідно прийняти під час розгляду питання про прийнятність.[1440] Палата зауважила, що на відміну від попереднього рішення у справі *Каддафі*, Каддафі, на відміну від Аль-Сенуссі, не знаходився в державі,[1441] декілька місцевих адвокатів висловили бажання представляти Аль-Сенуссі.[1442] У Палати не було причин оскаржувати це, і, отже, було встановлено, що вона не могла дійти висновку, що справа Аль-Сенуссі не буде розглянута в Лівії через різні перешкоди, що Лівія буде неспроможна адекватно вирішити питання безпеки та забезпечити належне представництво у суді.[1443] Таким чином, не можна було дійти висновку, що Лівія була неспроможна здійснити розгляд справи з інших причин.[1444] Це один із прикладів того, як МКС може діяти щодо цієї останньої категорії.

d) Допустимість, яка не заперечується державою

Коли держава вирішує утримуватися від будь-яких дій, або іншими словами, вирішує не здійснювати свою юрисдикцію щодо конкретної справи, це вважається бездіяльністю з боку держави. Така ситуація склалася у справі *Катанги та Чуї*:[1445] Суд зазначив, що справа держави, яка, можливо, не бажає захистити особу, проте, з різних причин, може не бажати здійснювати свою юрисдикцію над нею, є формою «небажання», яка прямо не передбачена у статті 17 Статуту.[1446] МКС зазначив, що він вважає, що державу, яка вирішила не розслідувати або не переслідувати у судовому порядку особу у своїх судах, але, тим не менш, має наміри побачити здійснення

[1437] *Там само,* п. 303.
[1438] *Там само,* п. 306.
[1439] *Там само,* п. 307.
[1440] *Там само,* п. 307.
[1441] *Там само,* п. 308.
[1442] *Там само,* п. 308.
[1443] *Там само,* п. 308.
[1444] *Там само,* п. 309.
[1445] *Прокурор проти Жермена Катанги і Матьє Нгуджоло Шуї* (Reasons) ICC01/04–01/07-1213-tENG (16 червня 2009) пп. 77-78.
[1446] *Там само.*

правосуддя, слід розглядати як державу, яка не бажає сприяти правосуддю відповідно до статті 17.[1447]

МКС зайшов далі, зазначивши, що дана форма небажання «знаходиться у відповідності з цілями і завданнями Статуту, адже вона повністю поважає» наміри укладачів «покласти край безкарності», у той же час дотримуючись принципу комплементарності.[1448] Було вказано, що даний принцип призначений для захисту суверенного права держав здійснювати свою юрисдикцію, коли вони цього побажають.[1449] Як власники права на здійснення юрисдикції, держави можуть відмовитися від нього, так само, як вони можуть прийняти рішення не оскаржувати допустимість справи, навіть якщо є об'єктивні обставини це зробити.[1450]

Це підтверджується неофіційним висновком експерта,[1451] який розглядає реальність безспірної допустимості. Існують різноманітні актуальні приклади безспірної допустимості, такі як ситуації, коли держава, про яку йдеться, готова прямо визнати, що вона не проводить розслідування або кримінальне переслідування.[1452] До інших прикладів належать ситуації, коли МКС зібрав переконливі докази проти керівництва групи, а підозрюваний біжить до третьої держави, яка не зацікавлена сперечатися за юрисдикцію,[1453] або коли держава є недієздатною у зв'язку із масовими злочинами і погоджується з тим, що поділ функцій за взаємною згодою є найбільш логічним підходом.[1454]

Кінець кінцем, сторони конфлікту можуть виступати проти переслідування з боку іншої держави, побоюючись упередженого судового розгляду, і все ж погоджуватися на кримінальне переслідування під егідою міжнародного суду, оскільки він вважається нейтральним і неупередженим.[1455] На противагу байдужості, такі форми бездіяльності можуть розглядатися як крок назустріч поліпшенню здійснення ефективного правосуддя, а також як такі, що відповідають

[1447] *Там само,* п. 77; Жідон Боас, Джеймс Л. Бішофф, Наталі Л. Рід, *Практик з міжнародного кримінального права: Міжнародний кримінальний процес* (Cambridge University Press, 2011) с. 79.
[1448] *Там само*; Вільям А. Шабас, *Вступ до Міжнародного кримінального суду* (Cambridge University Press, 2011) с. 194.
[1449] *Там само.*
[1450] *Там само.*
[1451] Xabier Agirre, Antonio Cassese, Rolf Einar Fife, Hakan Friman, Christopher K. Hall, John T. Homes, Jann Kleffner, Hector Olasolo, Norul H. Rashid, Darryl Robinson, Elizabeth Wilmshurst, Andreas Zimmermann, 'Принцип комплементарності в практиці', ICC-01/04-01/07-1008-AnxA (30 березня 2009) п. 59 ("Неофіційний документ експерта з питань компліментарності").
[1452] *Там само,* с. 18, п. 59.
[1453] *Там само,* с. 19.
[1454] *Там само.*
[1455] *Там само.*

положенням Римського статуту. Таким чином, розглядаючи такі питання як «небажання», МКС забезпечує належне застосування принципу комплементарності.

e) Тягар доказування

Тепер, коли Прокурор МКС визнала конкретні діяння, які було вчинено в Україні, допустимими, і подаватиме заяву про дозвіл на офіційне розслідування, то тягар доказування того, що справа є недопустимою для Палати попереднього провадження і має розглядатися в Україні, якщо держава наполягатиме на розгляді певних справ, покладається на Україну. Таким чином, Україна буде зобов'язана обґрунтувати слідчі та кримінально- процесуальні дії, які вона здійснює для того, щоб відповідати принципу комплементарності. Простих запевнень, зроблених Україною, буде недостатньо.

Варто зазначити, що позбутися цього тягаря не так просто. У справі аль-Сенуссі Палата вирішила, що:

> докази, які держава зобов'язана надати для того, щоб довести, що вона розслідує справу або здійснює кримінальне переслідування, є не тільки «доказами по суті справи, які могли бути зібраними як частина майбутнього розслідування для доказування ймовірних злочинів», а й поширюються на «всі матеріали, що можуть довести, що розслідування наразі триває», включаючи, наприклад, вказівки, накази та рішення, прийняті органами, що відповідають за розслідування, а також внутрішні звіти, оновлення, повідомлення або подання, що містяться у файлі, що випливає з [внутрішнього] розслідування справи, у тій мірі, що вони доводять, що [національні] органи влади здійснюють конкретні та прогресивні кроки, щоб встановити, чи буде притягнута [особа] до відповідальності за діяння [запропоновані у ході судового розгляду у] Суді.[1456]

Варто зазначити, що МКС сказав, що вираз "справа розслідується" слід розуміти як той, що вимагає здійснення «конкретних і прогресивних слідчих дій" для з'ясування того, чи дійсно особа несе відповідальність за діяння, що було інкриміновано йому у Суді.[1457] Як було вирішено Апеляційною палатою, ці слідчі кроки можуть включати в себе «взяття показань у свідків та підозрюваних, збирання матеріальних доказів або проведення судових експертиз».[1458] Крім того, оцінка об'єкту національних судових розглядів має головним чином звертати увагу на можливе діянні, а не на його характеристику. Дійсно, "питання про те, чи здійснюються внутрішні

[1456] Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 66 (viii).
[1457] Рішення про прийнятність справи Кадаффі, пп. 54, 55 та 73. *Див також*, *Прокурор проти Саїфа аль-Іслама Каддафі* (Рішення) ICC–01/11–01/11–239 (7 грудня 2012) п. 11.
[1458] *Прокурор проти Франсіса Кірімі Мутхаура, Ухуру Муїгаї Кеніятта та Мухаммеда Хуссейна Алі* (Рішення) ICC–01/09–02/11–274 (30 серпня 2011) пп. 1 та 40.

розслідування з метою кримінального переслідування «міжнародних злочинів», не є вирішальним фактором для перевірки на допустимість»,[1459] а «внутрішнє розслідування або кримінальне переслідування за «звичайні злочини», якщо справа охоплює те саме діяння, можна вважати достатнім».[1460]

У справі *аль-Сенуссі* на стадії попереднього провадження було встановлено, що при вирішенні питання прийнятності не Палата має визначати значимість доказів будь-якої держави або встановлювати, чи достатньо їх для притягнення до кримінальної відповідальності.[1461] Палаті достатньо визначити, що внутрішні органи влади здійснюють конкретні кроки для розслідування дій обвинуваченого у справі, що розглядається Судом.[1462]

Таким чином, визначення Палатою прийнятності бездіяльності вимагає глибокого аналізу слідчих і прокурорських дій держави і часового проміжку, коли вчинялися ці дії. Однак визначення вимагає активної участі держави, яка прагне на основі бездіяльності отримати рішення про неприйнятність, оскільки держава не може просто стверджувати про наявність розслідування. Скоріше, вона повинна надати докази по суті певної справи, а також матеріали, здатні довести проведення розслідування. Тільки тоді Палата може визначити, що справа буде вважатися недопустимою на основі діяльності.

C. Положення про серйозність

На додаток до принципу комплементарності, Прокурора і на етапі попереднього вивчення, і в Палаті попереднього провадження повинен розглядати «серйозність» можливих злочинів як вимогу прийнятності. Метою вимоги МКС про серйозність є обмеження предметної юрисдикції суду щодо найтяжчих злочинів, що викликають стурбованість міжнародного співтовариства.[1463]

Відповідно до статті 17(1)(d) Римського статуту, справа є неприйнятною для Суду, якщо вона «не є достатньо серйозною, щоб виправдати подальші дії з боку Суду». Оцінка «серйозності» на даному етапі має проводитися із врахуванням потенційної справи і вона ставить питання: (i) чи включатиме особа, чи група осіб, які, скоріше за все, будуть об'єктом розслідування, тих, хто несе найбільшу відповідальність за скоєння можливих злочинів; та (ii) серйозність злочинів, що

[1459] *Там само,* п. 85.
[1460] *Там само,* п. 88.
[1461] Рішення про прийнятність справи Аль-Сенуссі, п. 66 (vii).
[1462] *Там само.*
[1463] *Прокурор проти Томаса Лубанги Діло* (Рішення) ICC–01/04–01/06 (24 лютого 2006) п. 41.

можливо були скоєні під час подій, які, ймовірно, будуть об'єктом розслідування.[1464] При оцінці даних питань слід брати до уваги фактори, що включають масштаб, характер, методи вчинення злочинів та їхній вплив на потерпілих.[1465]

Стосовно першої вимоги серйозності, Палата вважає, що вона включає в себе «загальну оцінку» відповідальності. Така оцінка має бути загальною за своїм характером і відповідати етапу до початку розслідування ситуації щодо можливих злочинів.[1466]

Щодо другого критерію так званої «достатньої серйозності», то він був об'єктом сумніву МКС. У справі *Лубанги* та *Нтаганди* Апеляційна палата відхилила підхід Палати попереднього провадження до даного питання, проте не змогла оприлюднити свої власні керівні принципи. Палата попереднього провадження відхилила запит на видачу ордера на арешт Боско Нтаганди на основі того, що справа була недопустимою у зв'язку з недостатньою серйозністю.

Палата зазначила, що положення про серйозність спрямовані на забезпечення того, щоб Суд розслідував справи тільки проти найбільш високопоставлених керівників, які підозрюються у тому, що вони є найбільш відповідальними за злочини, що входять до юрисдикції Суду та можливо були скоєні у будь-якій ситуації, що наразі розслідується.[1467] Палата попереднього провадження спочатку визначила фактори,[1468] які пізніше були визнані кумулятивними вимогами.[1469] Проте всі вони були відхилені Апеляційною палатою (див. нижче).[1470] Серед вимог зазначалося: (i) діяння має бути широкомасштабним або систематичним;[1471] (ii) має бути наявна «соціальна небезпека»;[1472] (iii) «особа входить до найбільш високопоставлених керівників у даній ситуації, що

[1464] Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пп. 50, 182 та 188; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар* (Рішення відповідно до ст.15 Римського статуту про надання дозволу проводити розслідування ситуації в Республіці Кот-д'Івуар) ICC-02/11-14 (3 жовтня 2011) пп. 202-204.
[1465] Положення 29(2) Положення Канцеляріяу ПРокурора; *Прокурор проти Абу Гарда* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC–02/05–02/09– 243–Red (8 лютого 2010) п. 31; ICC–01/09–19–Corr, п. 50, 182 та 188; *Ситуація в Республіці Кот-д'Івуар* (Рішення відповідно до ст.15 Римського статуту про надання дозволу проводити розслідування ситуації в Республіці Кот-д'Івуар) ICC-02/11-14 (3 жовтня 2011) пп. 203-204; Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення С. 15, п. 61.
[1466] Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, п. 60.
[1467] *Прокурор проти Боско Нтаганда* (Рішення про подання Прокурора про ордери на арешт, ст. 58) ICC–01/04–01/06–1–US–Exp–Corr (10 лютого 2006) («Ордер на арешт Нтаганди») п. 51.
[1468] *Там само,* пп. 54 та 62.
[1469] *Там само,* пп. 64, 65, 66, 85 та 89; Ситуація в Демократичній Республіці Конго (Судове рішення) ICC–01/04–169 (13 липня 2006) пп. 770-71; Жідон Боас, Джеймс Л. Бішофф, Наталі Л. Рід, *Практик з міжнародного кримінального права: Міжнародний кримінальний процес* (Cambridge University Press, 2011) с. 84.
[1470] *Там само.*
[1471] Ордер на арешт Нтаганди, пп. 47, 64 та 66.
[1472] *Там само,* пп. 47 та 64.

розслідується»;[1473] та (iv) особа входила до «категорії найбільш високопоставлених керівників, які підозрюються у тому, що вони є найбільш відповідальними», беручи до уваги роль, яку вони грали в його організації, а також роль організації в загальному вчиненні злочинів.[1474]

Як зазначила Апеляційна палата, вимога про «найбільш високопоставленого керівника» при застосуванні Палатою попереднього провадження перевірки фактів довела суворість вимоги про те, щоб особа має займати найвищу посаду в установі, організації або озброєному групуванні, про яке йдеться.[1475] У справі *Нтаганди* Палата попереднього провадження розглянула такі фактори, як повноваження підписувати угоди про мир, вирішувати, змінювати або здійснювати політику, а також той факт, що Лубанга мав ширші повноваження.[1476] Вона визнала, що військовий командир, який за рангом є другим або третім в основному складі озброєного формування, не є достатньо високопоставленим.[1477]

Апеляційна палата скасувала рішення про застосування рішення у справі *Нтаганди*. Вона відхилила вимогу про те, що діяння має бути систематичним або широкомасштабним для того, щоб бути визнаним допустимим, тому що, на їхню думку, даний підхід розмиває відмінності між питанням про «найбільш відповідального» та елементами складу злочину у воєнних злочинах та злочинах проти людяності.[1478] Апеляційна палата також відхилила вимогу про наявність «соціальної небезпеки» через те, що вона не була передбачена у Статуті і залежала б скоріше від суб'єктивної та умовної реакції на злочини, ніж від об'єктивної серйозності.[1479] Вона скасувала обмеження щодо найбільш високопоставлених керівників у справах, оскільки воно б дало підстави злочинцям середнього та нижчого рангу вважати, що вони будуть недосяжними для МКС. В кінці кінців, Апеляційна палата скасувала категоричну перевірку на рівень відповідальності[1480] особи та повернула справу до Палати попереднього провадження для повторного розгляду.[1481]

У справі *Абу Гарди* Палата попереднього провадження I роз'яснила різні фактори, які мають оцінюватися при визначенні серйозності злочинів з метою визначення даного аспекту

[1473] *Там само,* п. 64(ii).
[1474] *Там само,* п. 64(iii).
[1475] *Там само,* п. 54.
[1476] *Там само,* пп. 86-88.
[1477] *Там само,* п. 89.
[1478] *Ситуація в Демократичній Республіці Конго* (Судове рішення) ICC–01/04–169 (13 липня 2006) пп. 770-71; Жідон Боас, Джеймс Л. Бішофф, Наталі Л. Рід, *Практик з міжнародного кримінального права: Міжнародний кримінальний процес* (Cambridge University Press, 2011) с. 84.
[1479] *Там само,* п. 72.
[1480] *Там само,* пп. 73-77.
[1481] *Там само,* п. 91.

допустимості, включаючи кількісні факти, такі як характер, метод та наслідки можливого нападу.[1482] Палата попереднього провадження також підкреслила важливість проведення якісної оцінки злочину, включаючи розмір завданої шкоди, шкоду, завдану потерпілим та їхнім сім'ям, характер злочинної поведінки та заходи, вжиті для скоєння злочину.[1483] Експерти вирішили, що даний підхід є відносно спрощеним, оскільки більшість справ містять хоча б деякі фактори, що вказують на достатню серйозність.[1484]

У *ситуації в Республіці Кенія* Палата попереднього провадження II також взяла до уваги рівень серйозності[1485] та прийняла такий самий кількісний та якісний підхід, як той, що був прийнятий Палатою попереднього провадження I у справі *Абу Гарди*. Крім того, Палата зазначила, що у кількісному аналізі має значення не кількість потерпілих, а наявність обтяжуючих або суттєвих факторів скоєння злочину, що робить його серйозним.[1486]

VI. Четвертий етап: інтереси правосуддя

На цьому етапі вивчаються міркування стосовно перевірки «інтересів правосуддя», відповідно до ст.53.[1487] Під час цього етапу Прокурор, беручи до уваги тяжкість злочину та інтереси потерпілих, повинен оцінювати, чи все ж таки є суттєві причини вважати, що розслідування *не* слугує інтересам правосуддя.

Важко визначити що саме входить до інтересів правосуддя. Це широке коло дискреційних повноважень, які, здається, Прокурор ніколи не використовував. У своєму офіційному визначенні Прокурор МКС визнає, що це є суперечливим міркуванням. Як зазначалося, Прокурор з урахуванням тяжкості злочину та інтересів потерпілих повинен проаналізувати, чи є суттєві підстави вважати, що розслідування *не* буде слугувати інтересам правосуддя.[1488]

У 2007 році Прокурор опублікував «Програмний документ з питань інтересів правосуддя».[1489] Документ акцентує увагу на трьох ключових положеннях: (i) що застосування дискреційних повноважень Прокурора є виключним за своїм характером, а також що існує презумпція на

[1482] *Прокурор проти Бахар Ідрісс Абу Гарда* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC–02/05–02/09 (8 лютого 2010) п. 30.
[1483] *Там само,* п. 32.
[1484] *Наприклад,* Маргарет М. Дегузман, 'Гравітаційна юриспруденція Міжнародного кримінального суду в десять' (2013) 12 Wash. U.Global Stud. L. Rev. 475, с. 481.
[1485] *Прокурор проти Бахар Ідрісс Абу Гарда* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC–02/05–02/09 (8 лютого 2010) п. 482.
[1486] *Там само,* п. 62.
[1487] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, сс. 16-17, пп. 67-71.
[1488] *Там само,* п. 10; Канцелярія Прокурора, «Звіт про попереднє вивчення у 2015 році», с. 3, п. 8.
[1489] Канцелярія Прокурора, 'Документ про інтереси правосуддя', вересень 2007.

користь розслідування або кримінального переслідування, якщо задоволені критерії, передбачені статтею 53(1)(a) та (b) або критерії статті 53(2)(a) та (b); (ii) критерієм для його застосування, безумовно, буде об'єкт та мета Статуту, а саме: запобігання серйозних злочинів, які викликають стурбованість міжнародного співтовариства через покладання краю безкарності; та (iii) що є різниця між концепцією інтересів правосуддя та інтересами миру і що останні підпадають під мандат інших установ, окрім Прокурора.[1490]

Прокурор дає зрозуміти, що не слід вважати, що до інтересів правосуддя належать всі питання миру та безпеки. Прокурор зазначає, що це не «засіб управління конфліктами», який зобов'язує Прокурора взяти на себе роль посередника в політичних переговорах.[1491]

Крім того, документ визначає фактори, які будуть братися до уваги: серйозність злочину, інтереси потерпілих та конкретні обставини обвинуваченого.[1492] Існують і інші фактори, які потенційно можуть мати значення. По-перше, Прокурор може забажати з'ясувати, чи існують інші механізми правосуддя. [1493] МКС доповнює національні юрисдикції, проте теорія стосовно здійснення правосуддя постійно розвивається. Прокурор повністю підтримує здійснення судового переслідування на національному рівні, реалізацію програм репарацій, встановлення істини, проведення інституційних реформ та використання традиційних механізмів правосуддя для здійснення більш всеохоплюючого правосуддя. Немає жодного подальшого пояснення того, як саме буде розглядатися даний фактор або чому він важливий для перевірки.[1494]

По-друге, мирні процеси можуть мати значення. Хоча здійснення такої перевірки не повинно враховувати питання миру та безпеки, здається, що в певних ситуаціях питання безпеки, політики, розвитку та правосуддя не можуть ігноруватися.[1495] Зокрема, в дані питання може втручатися Рада Безпеки ООН. Рада може відтермінувати здійсненням МКС певних дій відповідно до статті 16, яка передбачає, що «жодне розслідування або кримінальне переслідування не може розпочинатися або проводитися відповідно до цього Статуту протягом періоду в 12 місяців після того, як Рада Безпеки в резолюції, прийнятій на підставі Глави VII Статуту Організації Об'єднаних Націй, звернеться до Суду з проханням про це; таке прохання може бути повторено Радою Безпеки

[1490] *Там само, с.* 1.
[1491] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 69.
[1492] *Там само,* сс. 4-7.
[1493] *Там само,* сс. 7-8.
[1494] *Там само,* сс. 7-8.
[1495] *Там само,* с. 8.

на таких самих умовах».[1496] Однак це не змінює і не створює для Прокурора зобов'язання брати до уваги інтереси правосуддя.

Загалом, є вагомі підстави вважати, що розслідування та кримінальне переслідування здійснюються в інтересах правосуддя, а рішення не продовжувати справу на підставі інтересів справедливості було б «надзвичайно винятковим».[1497] Прокурор *продовжить* виконувати свою діяльність, якщо інші критерії прийнятності будуть дотримані, і якщо немає вагомих підстав вважати, що інтереси правосуддя на той момент будуть порушуватися під час розслідування.[1498]

Однак у 2019 році Палата попереднього провадження відхилила клопотання обвинувачення щодо продовження розслідування щодо можливих злочинів проти людяності та воєнних злочинів на території Афганістану, оскільки інтереси правосуддя не будуть враховані.[1499] Незважаючи на те, що вимоги щодо юрисдикції та прийнятності були дотримані, Палата попереднього провадження постановила, що «поточні обставини ситуації в Афганістані такі, що роблять перспективи успішного розслідування та переслідування надзвичайно обмеженими. Відповідно, малоймовірно, що проведення розслідування призведе до досягнення цілей, перерахованих потерпілими, що сприяють розслідуванню або іншим чином позитивно сприяють цьому».[1500] Палата попереднього провадження додала, що «очікування жертв не вийдуть за межі лише прагнень».[1501]

Прокуратура подала апеляцію на це рішення, і в 2020 році Апеляційна палата санкціонувала розслідування.[1502] Апеляційна палата постановила, що Палата попереднього провадження помилилася у праві, коли прагнула прийняти позитивне рішення про те, що порушення розслідування відповідало інтересам правосуддя, замість того, щоб покласти відповідальність на сторону обвинувачення на цій стадії провадження у справі.[1503] Апеляційна палата пояснила, що «стаття 53 (1) Статуту сформульована негативно - прокурор повинен розглянути, чи є «підстави вважати, що розслідування не буде служити інтересам правосуддя», і не потрібно ствердно

[1496] Римський статут, ст. 16.
[1497] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, п. 71.
[1498] *Там само,* п. 67.
[1499] *Ситуація в Ісламській Республіці Афганістан*, Рішення відповідно до ст. 15 Римського статуту про санкціонування розслідування ситуації в Ісламській Республіці Афганістан, ICC-02/17, 12 квітня 2019.
[1500] *Там само,* п. 96.
[1501] *Там само.*
[1502] *Ситуація в Ісламській Республіці Афганістан*, Рішення щодо апеляційної скарги на рішення про санкціонування розслідування ситуації в Ісламській Республіці Афганістан, ICC-02/17 OA4, 5 березня 2020.
[1503] *Там само,* п. 39.

визначати, що розслідування було б в інтересах правосуддя, як це запропонувала Палата попереднього провадження».[1504]

VII. Результат: Звіт щодо статті 53(1)

Наприкінці четвертого етапу складається Звіт щодо ст. 53(1). У цьому Звіті зазначаються підстави для встановлення Прокурором МКС, чи суперечитиме повноцінне розслідування інтересам правосуддя. Якщо Прокурор погодиться, що є розумні підстави вважати, що вчинено злочини, які підпадають під юрисдикцію МКС, що справи є прийнятними, достатньо серйозними, і не в інтересах правосуддя зупинятися на досягнутому, то вона подасть до Палати попереднього провадження запит щодо початку повноцінного розслідування.

Поняття «розумні підстави», як правило, означають, що «існують раціональні чи обґрунтовані аргументи вважати, що злочин, який підпадає під юрисдикцію МКС, було скоєно чи скоюється».[1505] Так чи інакше Прокурор МКС описує результати своєї роботи у Звіті щодо ст.53(1).[1506]

Звіт щодо ст.53(1) містить один з трьох результатів:

- відмова від ініціювання розслідування через брак інформації, яка підтверджувала б зазначені фактори;[1507]
- необхідність у продовженні збирання інформації щодо злочинів та (або) відповідних національних проваджень, щоб визначити, чи є достатня фактична та юридична база, щоб дати стверджувальне визначення; або
- рішення про те, що фактори, описані вище, є відповідними і початок офіційного розслідування кримінальної справи в МКС. Для цього потрібен дозвіл від МКС.[1508]

Звіт за статтею 53(1) щодо України очікується.

VIII. Розслідування

Даний розділ розглядатиме як саме в МКС проводиться розслідування. Він починається з опису того, як розпочинається розслідування, порівнюючи розслідування з попередніми вивченнями,

---

[1504] *Там само,* п. 49.
[1505] Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, с. 2, п. 5; Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, п. 35.
[1506] Канцелярія Прокурора, 'Ситуація в Центрально-африканській республіці II, ст. 53(1) Звіт' (24 вересня 2014).
[1507] Римський статут, ст. 53 (1) (a)-(c).
[1508] *Там само,* ст. 15; Рішення про надання дозволу у справі про ситуацію в Кенії, пп. 17-69; Стратегічний документ щодо процедур попереднього вивчення, с. 4, п. 14.

повноваженнями та обов'язками Прокурора МКС під час проведення розслідування, а також як справа потрапляє до суду.

A. Як починається повне розслідування

Стаття 53 Статуту зобов'язує Прокурора прагнути розпочати повне розслідування, якщо тільки ґрунтуючись на інформації, яку вона ретельно дослідила в ході попереднього вивчення, вона не визначить, що не існує ніяких «обґрунтованих» підстав розпочати дії в межах юрисдикції та відповідно до положень Статуту.[1509]

Як вже зазначалося, при цьому Статут зобов'язує Прокурора розглянути наступні питання: (i) чи дають докази достатньо підстав вважати, що злочин вчиняється або був вчинений в межах юрисдикції Суду;[1510] (ii) чи є справа наразі допустимою відповідно до положень статті 17;[1511] та (iii) беручи до уваги тяжкість злочину та інтереси потерпілих, чи є вагомі підстави вважати, що розслідування не відповідає інтересам правосуддя.[1512]

На даному етапі варто зазначити, що процес прийняття рішень є тривалим і що Прокурор може у будь-який час переглянути своє рішення на основі отримання нових фактів та інформації.[1513] Крім того, Статут дозволяє Прокурору з метою прийняття рішень отримувати додаткову інформацію від держав, органів ООН, членів громадянського суспільства або інших надійних джерел, які вона вважає доцільними з огляду на обставини.[1514]

a) Рішення продовжити слідчі дії

Якщо Прокурор дійде висновку, що є розумні підстави для початку повноцінного розслідування, то вона повинна його починати,[1515] або, в залежності від піднятих питань, питати у Палати попереднього провадження дозволу для ініціювання розслідування. Якщо Прокурор на власний розсуд вирішить почати розслідування, як у випадку з ситуацією в Україні, то вона повинна запитати у Палати попереднього провадження дозвіл на здійснення слідчих дій.[1516] Якщо Суд вважає, що є «розумні підстави» для продовження розслідування, і справа, «можливо», підпадає під юрисдикцію Суду, то він повинен санкціонувати розслідування.[1517] Прокурору МКС не потрібен

[1509] Римський статут, ст. 53(1).
[1510] Римський статут, ст. 53(1)(a).
[1511] *Там само,* ст. 53(1)(b).
[1512] *Там само,* ст. 53(1)(c).
[1513] *Там само,* ст. 53(4); Правила процедури та доказування, правило 49(2).
[1514] *Там само,* ст. 15(3); Правила процедури та доказування, правило 104(2).
[1515] *Там само,* ст. 53.
[1516] *Там само,* ст. 15(3).
[1517] *Там само,* ст. 15(4).

дозвіл Суду для початку розслідування, якщо ситуацію їй на розгляд передала держава-член МКС[1518] або Рада Безпеки ООН.[1519] З іншого боку, якщо Палата попереднього провадження вирішить, що Прокурор не сформувала справу для подальшого розслідування, то в подальшому Прокурор може направити в Палату нові подання на підставі нових доказів або інформації, яку вона згодом отримає. Також вона повинна надіслати повідомлення про це рішення із зазначенням підстав таким чином, щоб не нанести шкоди безпеці, благополуччю або приватності тих осіб, які надали їй таку інформацію.[1520]

b) Рішення про відмову у проведенні розслідування

Аналогічно, якщо під час вивчення відповідних матеріалів Прокурор вирішить, що: (i) недостатньо юридичних або фактичних підстав для отримання ордеру на арешт або повістки у суд відповідно до ст.58;[1521] (ii) справа є неприйнятною відповідно до ст.17;[1522] або (iii) розслідування не слугуватиме інтересам правосуддя, то вона буде зобов'язана проінформувати про це Палату попереднього провадження та суб'єкта, який ініціював такі дії, чи то держава відповідно до ст.14, чи РБ ООН відповідно до ст. 13(b), та причини для цього.[1523]

На цьому етапі держава, яка передала ситуацію на розгляд відповідно до ст.14, або РБ ООН, який вчинив дії відповідно до ст.13(b), може надіслати в Палату попереднього провадження запит щодо перегляду рішення Прокурора про відмову у проведенні повноцінного розслідування. Після розгляду такого запиту Палата попереднього провадження має право попросити Прокурора переглянути своє рішення.[1524]

Крім того, Палата попереднього провадження може вирішити переглянути рішення Прокурора без запиту суб'єкта, який його ініціював, якщо рішення було прийнято лише на тій підставі, що Прокурор вважає, що розслідування не в інтересах правосуддя. В цьому випадку, щоб таке рішення набрало чинності, його повинна затвердити Палата попереднього провадження.[1525]

B. Процедура отримання дозволу та початок розслідування

Коли Прокурор направляє Палаті досудового провадження повідомлення щодо її рішення про те, що є достатні підстави для того, щоб почати повне розслідування, вона повинна також направити

[1518] *Там само,* ст. 14(1) та 15(1).
[1519] *Там само,* ст. 12(2).
[1520] Правила процедури та доказування, правило 49(1).
[1521] Римський статут, ст. 53(2)(a).
[1522] *Там само,* ст. 53(2)(b).
[1523] *Там само,* ст. 53 (2)(c); Правила процедури та доказування, правило 105(1).
[1524] *Там само,* ст. 53(3)(a).
[1525] *Там само,* ст. 53(3)(b).

письмовий запит до Палати досудового провадження, щоб отримати дозвіл на проведення такого розслідування.[1526] До того, як це може статися, Правила процедури та доказування покладають на Прокурора обов'язок проінформувати всіх жертв, які їй відомі, групу допомоги потерпілим та свідків або їхніх законних представників, про рішення, якщо тільки вона не вирішить, що здійснення цього становитиме небезпеку для благополуччя або цілісності розслідування.[1527]

Інформування потерпілих щодо намірів запросити дозвіл Палати досудового провадження надає потерпілим можливість зробити письмові заяви до Палати досудового провадження,[1528] які, в свою чергу, можуть бути використані Палатою для вирішення того, які процедури мають бути проведені.[1529] Залежно від типу матеріалів, поданих потерпілими, та їх переваг, на даному етапі Палата досудового провадження також може прийняти рішення про проведення слухання з метою виявлення більше інформації від потерпілих.[1530]

C. Повноваження та обов'язки Прокурора під час етапу розслідування

Проводити розслідування – це робота відділу з розслідування Канцелярії Прокурора МКС. Якщо було розпочато повноцінне розслідування, то слідчі візьмуть показання потерпілих та свідків в Україні. Слідчі, за необхідністю, можуть отримувати та запитувати докази від України та інших держав або установ. Якщо Прокурор МКС бажає провести розслідування на території України, вона має зв'язатися з Україною та отримати дозвіл.

Загалом, Україна зобов'язана надавати такі дозволи. Навіть якщо Прокурор має отримати дозвіл, це скоріше формальність *pro forma*, оскільки відповідно до Частини 9 [Римського статуту] Україна зобов'язана «співпрацювати з Судом без жодних затримок або винятків».[1531] Якщо Прокурор МКС бажає провести певні слідчі дії в Україні не співпрацюючи з нею, Прокурор має подати до Палати попереднього провадження запит на отримання дозволу. В свою чергу, Палата попереднього провадження запитає Україну, чи є в неї будь-які зауваження до запиту. Однак це є необхідним лише в окремих ситуаціях, беручи до уваги вимогу до України співпрацювати.

Статут покладає на Прокурора обов'язок розслідувати кожен аспект злочину, у тому числі всі факти та докази, які його стосуються, для того, щоб оцінити чи було здійснено які-небудь кримінальні дії, що підпадають під юрисдикцію Статуту.[1532] Крім того, Статут дає зрозуміти, що

[1526] Правила процедури та доказування, правило 50(2).
[1527] *Там само,* правило 50(1).
[1528] *Там само,* правило 50(3).
[1529] Правила процедури та доказування, правило 50(4).
[1530] *Там само,* правило 50(4).
[1531] Римський статут, ст. 12(3).
[1532] *Там само,* ст. 54(1)(a).

мета розслідування Прокурора скоріше полягає у з'ясуванні правди, ніж у доказуванні вини.[1533] Таким чином, положення Статуту чітко зазначають, що для того, щоб отримати повну картину подій, про які йдеться, Прокурор має досліджувати не лише ті докази і інформацію, які доводять вину, а й ті докази та інформацію, які можуть виправдати обвинуваченого. Протягом усього розслідування Прокурор також зобов'язаний вжити всіх необхідних і запобіжних заходів для дотримання інтересів і розгляду особистих обставин всіх потерпілих і свідків, з якими Прокурор має справи в ході слідчого процесу, постійно враховуючи характер можливих злочинів і фізіологічні та психологічні наслідки, які вони могли б спричинити для тих, кого це стосується.[1534]

З урахуванням даних зобов'язань, слідчі повноваження, надані Прокурору, є досить широкими. У ході процесу розслідування Прокурор може збирати та вивчати будь-які докази, які, на її думку, є необхідними та вагомими для справи,[1535] а також опитувати потенційних підозрюваних, у тому числі потерпілих і свідків.[1536] Прокурору також надано право укладати угоди з державами, міжурядовими організаціями або приватними особами з метою отримання інформації, яку не можна було б отримати іншим шляхом, за умови, що угоди відповідають положенням Статуту.[1537]

Правила процедури і доказування Суду містять рекомендації щодо того, як саме Прокурор має проводити розслідування для того, щоб забезпечити найвищі стандарти доказової сили інформації та дотримання прав осіб, які беруть участь у розслідуванні. Наприклад, Прокурор зобов'язана вести облік всіх заяв, зроблених будь-якими особами, що були допитані у зв'язку з розслідуванням, які повинні бути підписані усіма присутніми особами[1538] для того, щоб впевнитися,[1539] що від жодних свідчень згодом не можна буде відмовитися. Крім того, коли проводиться допит особи, яка була заарештована або отримала вимогу з'явитися в суд, Правила передбачують, що допити мають бути записані звуковим або аудіовізуальним обладнанням.[1540]

Одним з найбільш корисних повноважень, які має Прокурор в ході процесу розслідування, є можливість проводити розслідування на місці.[1541] Стаття 86 Статуту покладає загальне зобов'язання на всі держави-учасниці Статуту повною мірою співпрацювати стосовно всіх розслідувань, розпочатих Прокурором щодо можливих злочинів, скоєних в межах юрисдикції

[1533] *Там само,* ст. 54(1)(a).
[1534] *Там само,* ст. 54(1)(b).
[1535] *Там само,* ст. 54(3)(a).
[1536] *Там само,* ст. 54(3)(b).
[1537] *Там само,* ст. 54(3)(d).
[1538] Правила процедури та доказування, правило 111(1).
[1539] *Там само,* правило 111(1).
[1540] *Там само,* правило 112(1).
[1541] Римський статут, ст. 54(2).

Суду.[1542] Це означає, що, якщо прокурор забажає провести розслідування на території держави-учасниці, ця держава буде зобов'язана допомагати і співпрацювати з Прокурором. Якщо держава-учасниця прийняла рішення не співпрацювати з Прокурором, Суд може перенаправити державу до АДУ або, в якості альтернативи, до Ради Безпеки ООН у тому випадку, якщо Рада Безпеки ООН передала це питання на розгляд Суду.[1543]

Розділ 9 містить детальний перелік видів співпраці держав-учасниць, які вони погодилися надати Суду (а отже і Прокурору), який охоплює практично будь-яку слідчу дію, яку Прокурору буде необхідно провести в рамках свого розслідування. Держави-учасниці погоджуються надати Прокурору допомогу в розслідуванні різними способами,[1544] у тому числі: (i) передати особу до Суду;[1545] (ii) визначити та забезпечити місцезнаходження осіб або розташування предметів;[1546] (iii) надати допомогу в отриманні доказів, включаючи свідчення під присягою і збір доказів, включаючи висновки експертів і звіти, необхідні Суду;[1547] (iv) забезпечити допит будь-якої особи, що знаходиться під слідством або притягається до кримінальної відповідальності;[1548] (v) сприяти добровільній явці осіб в якості свідків або експертів до Суду;[1549] (vi) забезпечити проведення огляду місць або об'єктів, включаючи ексгумацію і огляд поховань;[1550] (vii) проводити обшуки і виїмки;[1551] (viii) забезпечити захист потерпілих та свідків, а також збереження доказів;[1552] (ix) виявляти, відстежувати і заморожувати або стягувати доходи, майно та активи,[1553] а також знаряддя злочинів; а також (x) будь-який інший вид допомоги, запитуваної Прокурором, що не забороняється законодавством запитуваної держави.[1554]

У тому випадку, якщо Прокурор бажає продовжити своє розслідування на території держави, яка не є учасницею Статуту, Статут дає їй право укласти договір через Суд, щоб запропонувати державі надавати допомогу на підставі *ad hoc* - одноразової домовленості[1555] - наприклад, як в Україні. У разі, якщо держава укладає дану угоду, але потім відмовляється співпрацювати з

[1542] *Там само,* ст. 86.
[1543] *Там само,* ст. 87(7).
[1544] *Там само,* ст. 93.
[1545] *Там само,* ст. 89.
[1546] *Там само,* ст. 93(1)(a).
[1547] *Там само,* ст. 93(1)(b).
[1548] *Там само,* ст. 93(1)(c).
[1549] *Там само,* ст. 93(1)(e)
[1550] *Там само,* ст. 93(1)(g).
[1551] *Там само,* ст. 93(1)(h).
[1552] *Там само,* ст. 93(1)(j).
[1553] *Там само,* ст. 93(1)(k).
[1554] *Там само,* ст. 93(1)(l).
[1555] *Там само,* ст. 87(5)(a).

Прокурором в ході її розслідування, тоді державу можуть перенаправити до АДУ або Ради Безпеки ООН.[1556]

Питання про збір доказів на території іншої держави також регулюється Правилами. Правило 115 передбачає, що кожний раз, коли це можливо, Палата попереднього провадження повинна пропонувати державам, яким було надіслано запит на співпрацю під час проведення Прокурором розслідування, надати свої зауваження до запиту.[1557] Потім при прийнятті рішення щодо того, чи є запит Прокурора цілком обґрунтованим, Палата попереднього провадження повинна врахувати зауваження запитуваної держави.[1558]

D. Повноваження Прокурора вимагати здійснення арешту або забезпечення явки

Іншим повноваженням, наданим Прокурору, є можливість просити Палату попереднього провадження видати ордер на арешт або наказ про явку стосовно особи, яка, як обґрунтовано вважає Прокурор в результаті свого розслідування, вчинила злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду.[1559] Повноваження на здійснення арешту особи або видачі їй наказу про явку викладено нижче

a) Ордер на арешт

У разі необхідності, Прокурор МКС може звернутися до Палати попереднього провадження з метою отримання ордеру на арешт особи. Статут встановлює, що Палата попереднього провадження повинна видати ордер на арешт, якщо Прокурор навів достатньо доказів того, що необхідно здійснити арешт, щоб: (i) забезпечити явку цієї особи під час подальшого судового розгляду;[1560] (ii) забезпечити, щоб особа не створювала перешкод або загрози для розслідування або судового розгляду; або (iii) припинити вчинення злочину або пов'язаного з ним злочину, що підпадає під юрисдикцію Суду та є пов'язаним з тими ж обставинами.[1561]

Заява, яку Прокурор подає до Палати, щоб запросити ордер на арешт, має бути детальною, містити ідентифікуючі персональні дані розшукуваної особи,[1562] інформацію про злочини, в яких вона (в межах юрисдикції суду) підозрюється,[1563] виклад фактів, які можливо становлять склад

[1556] *Там само,* ст. 87(5)(b).
[1557] Правила процедури та доказування, правило 115(1).
[1558] *Там само,* правило 115(2).
[1559] Римський статут, ст. 58(1)(b)(i).
[1560] *Там само,* ст. 58(1)(b)(ii).
[1561] *Там само,* ст. 58(1)(b)(iii).
[1562] *Там само,* ст. 58(2)(a).
[1563] *Там само,* ст. 58(2)(b).

злочинів,[1564] стислий виклад доказів проти обвинуваченого[1565] та причини, чому Прокурор вважає арешт необхідним.[1566]

Ордер на арешт повинен містити, окрім інших питань, конкретне посилання на злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, у скоєнні яких підозрюється особа, та стислий виклад фактів, які, можливо, становлять склад злочинів.[1567] Ордер на арешт буде виданий лише в тому випадку, якщо сторона обвинувачення надасть «розумні підстави вважати, що підозрюваний несе кримінальну відповідальність за вчинення злочину, передбаченого Статутом МКС».[1568] Якщо запит не буде містити достатньо конкретної інформації, його буде відхилено.[1569]

Якщо Палата задоволена тим, що Прокурор склала дійсний запит про видачу ордера на арешт, що є розумні підстави вважати, що обвинувачений скоїв ймовірний злочин (на підставі доказів, представлених Прокурором) та що арешт є необхідним, то Палата видасть ордер на арешт. Для того, щоб ордер на арешт мав юридичну силу, він повинен містити ту саму інформацію, що міститься в заяві Прокурора до Палати, за винятком короткого викладу доказів та причин, чому Прокурор вважала арешт необхідним.[1570]

Після видачі ордеру на арешт Суд може робити запит про тимчасовий арешт або арешт і передачу будь-якої особи, зазначеної в ордері на арешт від держав-учасниць або держав, які не є учасницями, до яких звернувся Суд.[1571] У будь-який час після видачі ордеру на арешт Прокурор може вимагати, щоб Палата попереднього провадження внесла зміни до ордеру на арешт шляхом зміни або додавання до злочинів, перелічених у первісній заяві.[1572]

З практичної точки зору, МКС може зіткнутися з обмеженнями своїх можливостей примусово забезпечувати явку деяких можливих злочинців. Коротше кажучи, МКС не має своєї власної поліції або сили, що може здійснювати арешти. Він повинен розраховувати на співпрацю держав і місцевих органів. Наприклад, у справі Уганди виявилося, що заарештувати осіб, які боролися

[1564] *Там само,* ст. 58(2)(c).
[1565] *Там само,* ст. 58(2)(d).
[1566] *Там само,* ст. 58(2)(e).
[1567] Римський статут, ст. 58, пп. 3 (щодо ордеру на арешт) та 7 (щодо повістки до суду).
[1568] *Прокурор проти аль-Башира* (Рішення про видачу ордера на арешт) ICC-02/05-01/09-3 (4 березня 2009), п. 31.
[1569] У справі *Прокурор проти Мудакумра* (Рішення щодо запиту Прокурора відповідно до ст. 58) ICC–01/04– 613 (31 травня 2012), коли в першу за практику МКС Палата попереднього провадження II відхилила запит Прокурора на видачу ордеру на арешт на підставі відсутності конкретних даних. Пізніше було подано другий запит, і ордер на арешт було видано; *Прокурор проти Мудакумура* (Рішення щодо запиту Прокурора відповідно до ст. 58) ICC–01/04–01/12–1–Red (13 липня 2012).
[1570] Римський статут, ст. 58(3).
[1571] *Там само,* ст. 58(5).
[1572] *Там само,* ст. 58(6).

проти уряду зовсім непросто. У 2005 році в рамках розслідування справи Уганди МКС видав ордери на арешт Джозефа Коні, Вінсента Отті, Окота Одхіамбо, Раска Луквії та Домініка Онгуена. У січні 2015 року Онгуен добровільно здався американським військам в ЦАР. Решта все ще перебувають на волі або вважаються померлими. У справі Судану в 2009 році МКС видав ордер на арешт Омара аль-Башира, колишнього президента Судану. Він залишається на свободі з 2009 року. У червні 2015 року Південну Африку різко критикували за відмову заарештувати його, незважаючи на те, що вона є державою-учасницею Римського статуту.

b) Наказ про явку

Процедура, яку Прокурор використовує, щоб звернутися до Палати із запитом про видачу наказу про явку, майже ідентична з процедурою видачі ордера на арешт, за винятком відмінностей у тому, що повинно бути доведено шляхом заяви Прокурора і яка інформація повинна бути включена до наказу про явку.

На відміну від ордера на арешт, немає ніякої необхідності, щоб Палата надала згоду для забезпечення наказом про явку, щоб особа не створювала перешкод або загрози для розслідування або судового розгляду, або не продовжувала вчиняти можливі злочини. Замість цього, Палата має бути впевненою, що: (i) є обґрунтовані підстави вважати, що ця особа вчинила можливий злочин;[1573] та (ii), що наказу буде достатньо для забезпечення явки.[1574] Аналогічним чином, наказ про явку, який видається Палатою, має включати ту ж інформацію, що міститься в ордері на арешт, у той же час включаючи конкретну дату, коли обвинувачений повинен з'явитися.[1575]

E. Відкриття справи в МКС

a) Перша поява в залі судових засідань

Після того, як відповідно до статті 58 ордер на арешт або наказ про явку видано, особа, стосовно якої видано ордер або наказ, постане перед Палатою попереднього провадження в присутності Прокурора.[1576] За цей час Палата має пересвідчитися у тому, що обвинуваченому відомо про злочини, у скоєнні якого він підозрюється, а також знає свої права відповідно до Статуту, а у

[1573] *Там само,* ст. 58(7).
[1574] *Там само,* ст. 87(7).
[1575] *Там само,* ст. 58(7)(b).
[1576] Правила процедури та доказування, правило 121.

випадку, якщо обвинувачений затриманий на підставі ордера на арешт, то про право звернутися до Палати з проханням про звільнення до початку судового розгляду.[1577]

Окрім інформування обвинуваченого про його права за Статутом, Палата попереднього провадження також використовує це коротке слухання, щоб вирішити низку адміністративних питань, таких як визначення дати проведення слухання, щоб підтвердити обвинувачення проти обвинуваченого («слухання з питань підтвердження обвинувачення»).[1578] Палата також буде приймати рішення стосовно розкриття доказів між Прокурором і стороною(-ми) захисту.[1579]

Правила передбачають, що Прокурор має представити докладний опис обвинувачень, які вона має намір висунути проти обвинуваченого разом з переліком доказів, що вона має намір представити Палаті попереднього провадження та обвинуваченому не пізніше, ніж за 30 днів до дати слухання із підтвердження цих обвинувачень.[1580] Аналогічним чином, коли Прокурор має намір змінити обвинувачення, які вона винесе проти обвинуваченого, вона має повідомити про це всі сторони не пізніше, ніж за 15 днів до початку слухання із підтвердження обвинувачень разом з новими доказами, що стосуються зміненого обвинувачення.[1581]

Крім того, обвинувачений повинен представити Палаті будь-які докази, які він хоче використати на слуханні із затвердження не пізніше, ніж за 15 днів до початку слухання.[1582] Відповідно до статті 121(8), всі докази, подані після закінчення цих строків, або будь-якого продовження цих строків, чи то Прокурором, чи обвинуваченим, не підлягатимуть розгляду у Суді.

b) Затвердження обвинувачень перед судовим розглядом

Слухання із затвердження обвинувачень має відбутися протягом «розумного строку» після здачі або добровільної явки обвинуваченого до Суду.[1583] Під час слухання із затвердження Прокурор в присутності суддів Палати, обвинуваченого та захисника обвинуваченого, підтвердить, які саме обвинувачення вона хоче висунути проти обвинуваченого на підставі висновків її розслідування.[1584]

[1577] Римський статут, ст. 60(1).
[1578] Слухання з питань підтвердження обвинувачення повинно проводитися у «розумний строк» відповідно до Римського статуту, ст. 61(1); Правила процедури та доказування, правило 121(1).
[1579] Правила процедури та доказування, правило 121(2).
[1580] *Там само,* правило 121(3).
[1581] *Там само,* правило 121(5).
[1582] *Там само,* правило 121(6).
[1583] Римський статут, ст. 61(1).
[1584] *Там само,* ст. 61(1).

Хоча бажано, щоб обвинувачений, в інтересах правосуддя, був присутнім під час слухання із підтвердження обвинувачень, Палата попереднього провадження може, на прохання Прокурора або за своєю власною ініціативою, прийняти рішення про проведення слухання за відсутності обвинуваченого у тому випадку, якщо обвинувачений відмовився від свого права бути присутнім[1585] або не міг бути присутнім з будь-якої іншої причини.[1586] У такому випадку слухання, як правило, буде продовжуватися за участі представників обвинуваченого, його адвокатів.

Під час слухання справи, головуючий суддя Палати попереднього провадження запитує список обвинувачень, які Прокурор вирішив висунути проти обвинуваченого, який має бути зачитаний перед Палатою.[1587] Після того, як звинувачення були зачитані і головуючий суддя виніс рішення про те, як має проводитися слухання, Прокурор повинен підкріпити кожен пункт обвинувачення доказами, достатніми для встановлення «істотних підстав» вважати, що обвинувачений вчинив можливий злочин.[1588]

Тоді обвинувачений може: (i) заперечити обвинувачення; (ii) оскаржити докази, що були подані Прокурором; або (iii) представити свої власні докази, які стверджують інше.[1589] Після того, як Палата заслухала аргументи, представлені Прокурором і обвинуваченим, Палата пропонує зробити остаточні заяви до прийняття рішення про те,[1590] чи є достатні докази для встановлення істотних підстав вважати, що обвинувачений вчинив злочини, в яких він обвинувачується.

На підставі доказів і аргументів, наданих Прокурором та обвинуваченим, судді Палати попереднього провадження мають право вирішити чи: (i) затвердити обвинувачення та передати дану особу до Судової палати для проведення повного судового розгляду;[1591] (ii) відмовитися від затвердження обвинувачень у зв'язку із з'ясуванням того, що недостатньо доказів, щоб їх підтвердити;[1592] або (iii) відкласти слухання.[1593] Якщо Палата попереднього провадження вирішить відкласти слухання, вона може запитати Прокурора розглянути наступні питання: (i) надання додаткових доказів; (ii) проведення подальшого розслідування; або (iii) зміни

[1585] Правила процедури та доказування, правило 124.
[1586] Римський статут, ст. 61(2).
[1587] Правила процедури та доказування, правило 122(1).
[1588] Римський статут, ст. 61(5).
[1589] *Там само,* ст. 61(6).
[1590] Правила процедури та доказування, правило 122(8).
[1591] Римський статут, ст. 61(7)(a).
[1592] *Там само,* ст. 61(7)(b).
[1593] *Там само,* ст. 61(7)(c).

обвинувачення, оскільки схоже на те, що представлені докази встановлюють факт скоєння іншого злочину, що підпадає під юрисдикцію Суду.[1594]

У разі, якщо Палата попереднього провадження прийме рішення не затверджувати одне з обвинувачень, поданих Прокурором, Прокурор все ще може просити Палату переглянути рішення, якщо буде виявлено більше доказів, що відносяться до цього обвинувачення.[1595] Аналогічним чином, якщо сторона обвинувачення хоче змінити, додати або замінити обвинувачення, засновані на нових даних або інформації, Палата попереднього провадження може призначити подальше додаткові слухання.[1596]

Після того, як обвинувачення були затверджені, Суд повинен повідомити обвинуваченого про затвердження обвинувачень, висунутих проти нього,[1597] та про рішення передати його справу до Судової палати. На даному етапі, Президія Суду видає наказ про сформування Судової палати для проведення судового розгляду над обвинуваченим, і всі записи Палати попереднього провадження відправляються до Судової палати. Це означає кінець стадії попереднього провадження.

На відміну від процедур затвердження в МТКЮ, МКТР і Спеціальному суді по Сьєрра- Леоне (далі - «СССЛ»), процедура МКС є міні-судовим розглядом, що включає в себе оцінку того, чи існують «серйозні підстави вважати, що ця особа вчинила кожний злочин, в якому вона обвинувачується».[1598] Таким чином, вона дає реальну можливість для сторін і Судової палати краще зрозуміти суть справи.

Теоретичні сурові вимоги до цього процесу відмінні від тих, що були наявні в МТКЮ, МКТР і СССЛ. В МТКЮ та МКТР суддя, що проводив розгляд, просто повинен був дослідити кожен пункт обвинувального висновку і (добірку) підтверджуючих доказів, наданих стороною обвинувачення, щоб визначити, чи наявні вагомі підстави для порушення справи.[1599] У СССЛ процес базується на короткому викладі справи, підготовленій обвинуваченням[1600] та оцінці того, чи підпадають під юрисдикцію Спеціального суду обвинувачення, висунуті підозрюваному у скоєнні злочину, та чи становитимуть склад злочину або злочинів, які детально викладені у обвинувальному висновку,

---

[1594] *Там само,* ст. 61(7)(c).
[1595] *Там само,* ст. 61(8).
[1596] Римський статут, ст. 61(9).
[1597] Правила процедури та доказування, правило 129.
[1598] Римський статут, ст. 61(7).
[1599] МКТЮ Правила процедури та доказування, правило 47(E); МКТР Правила процедури та доказування, правило 47(E).
[1600] К. Роуз, 'Troubled Indictments at the Special Court for Sierra Leone: The Pleading of Joint Criminal Enterprise and Sex-Based Crimes' 7 Journal of International Criminal Justice (2009), 358.

твердження у супровідному короткому викладі справи, якщо їх буде доведено.[1601] Іншими словами, стороні обвинувачення не було потрібно демонструвати достатність доказів відповідно до стандарту *prima facie*, а лише достатність для короткого викладу справи.[1602] Внаслідок цього сторона обвинувачення не мала надати змістовного надати повідомлення про свою справу або жодних вказівок щодо майбутньої судово-медичної експертизи. У ході цих судових процесів особа, що вирішує питання факту або справи обвинувачених може дізнатися дуже мало про обвинувачення.

На противагу цьому, в МКС Прокурор має надати «документ, що містить обвинувачення», який повинен містити виклад фактів і достатніх юридичних та фактичних підстав для проведення судового розгляду стосовно особи. Він має включати відповідні факти та їх юридичну оцінку, щоб забезпечити належне здійснення юрисдикції Палатою попереднього провадження.[1603] Він повинен містити достатню кількість фактів, щоб забезпечити їх відповідність злочинам, які підпадають під юрисдикцію МКС, а також має включати в себе вказівку точної форми участі відповідно до Статуту МКС.[1604] Обидві сторони мають можливість представити докази та викликати свідків.

Палаті попереднього провадження поставлено завдання визначити, чи достатньо доказів для встановлення «істотних підстав вважати, що дана особа вчинила кожний злочин, в якому вона обвинувачується»,[1605] а сторона обвинувачення має надати «конкретні та вагомі докази, які демонструють чіткий ланцюг міркувань, що лежить в основі її конкретних тверджень»,[1606] які мають виходити за рамки домислів та підозр.[1607] Це обов'язок Прокурора надати всі факти, що лежать в основі обвинувачень, та представити докази кожної юридичної вимоги до складу злочину.[1608]

Палата попереднього провадження має оцінити, чи є досить конкретними суттєві факти, що лежать в основі обвинувачення, для того, щоб чітко проінформувати підозрюваного про висунуті проти нього обвинувачення, щоб він був здатний підготувати свій захист належним чином.

[1601] SCSL Правила процедури та доказування, правило 47(E).
[1602] *Див. наприклад, Прокурор проти Сесей та інших* (Рішення про затвердження обвинувачення та наказ про збереження конфіденційності) SCSL-03-01-I (7 березня 2003) п. 2.
[1603] Римський статут, ст. 61(3).
[1604] Положення Суду, ICC–BD/01–03–11, 29 червня 2012, положення 52.
[1605] Римський статут, ст. 61(7).
[1606] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC–01/04–01/06– 803–tEN (29 січня 2007 року) п. 39.
[1607] *Там само,* п. 37.
[1608] *Прокурор проти Жан П'єра Бемби Ґомбо (Jean-PierreBemba Gombo)* (Рішення) ICC–01/05–01/08–424 (25 червня 2009 року) пп. 206-209, 299-300, 311-312.

Зрештою, якщо сторона обвинувачення бажає додати обвинувачення до документу, що містить обвинувачення після їх затвердження, необхідно буде провести нове слухання про затвердження обвинувачення.[1609]

[1609] Римський статут, ст. 61(9); Правила процедури та доказування, правило 128. Håkan Friman, Helen Brady, Matteo Costi, Fabricio Guariglia and Carl-Friedfrich Stuckenberg, 'Charges' в Göran Sluiter, Håkan Friman, Suzannah Linton, Sergey Vasiliev, та Salvatore Zappalà (ред), *Міжнародний кримінальний процес: принципи та правила* (OUP, 2013) сс. 381, 449-450.

Частина IV: інформація, докази та судові процеси

У даному розділі Звіту будуть розглядатися три основні питання. По-перше, у ньому розглядається роль доказів у МКС, зокрема, різні види доказів, які можуть бути використані Судом, а також за яких обставин докази будуть допущені до судових розглядів МКС. Друге питання стосується того, чи можуть члени НУО або інші особи бути викликані для надання показань після їх участі в розслідуванні. І, нарешті, розділ проаналізує судовий процес МКС та процедури винесення вироку.

I. Докази у Міжнародному кримінальному суді

У МКС можуть бути допустимими різні види доказів: усні свідчення, письмові свідчення, документальні докази, речові докази та висновки експерта. МКС має значну свободу дій при розгляді всіх видів доказів: свобода дій вважається необхідною, зважаючи на характер справ, які розглядаються в МКС.[1610] У цьому розділі будуть розглянуті види доказів, які можуть бути використані в ході судового розгляду в МКС, а також розглянуті питання, що стосуються прийнятності та надійності. Зрештою, даний розділ розглядатиме групи громадянського суспільства і питання щодо того, коли члени цих груп можуть бути змушені давати свідчення перед судом.

Даний розділ слід розглядати разом з застосунком «Основні стандарти розслідувань»[1611] для фахових юристів і співробітників служб оперативного реагування при розслідуванні міжнародних злочинів. Посібник було розроблено з метою виявлення та роз'яснення основних стандартів, які мають дотримуватися будь-ким, хто збирає інформацію або докази щодо міжнародних злочинів в Україні.

A. Види інформації / доказів на стадії попереднього вивчення

В цілому, запити на отримання дозволу для проведення повного розслідування щодо ситуацій в Грузії, Кенії та Кот-д'Івуарі в значній мірі базувалися на документальних доказах. Хоч є допити свідків, які включаються або на які посилаються, вони становлять невелику частину загальної інформації. До таких доказів належать такі елементи, як карти, звіти НУО та ООН, офіційні документи та інші документальні предмети, як наприклад, фотографії. Звіти можуть бути

[1610] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Поправка до Рішення про прийнятність чотирьох документів) ICC-01/04-01/06 (20 січня 2011 року) п. 24; Антоніо Кассезе, Паола Гаета, Лорел Бейг, Мері Фан та Крістофер Госнелл, *Міжнародне кримінальне право Кассезе* (*Cassese's International Criminal Law*) (OUP, 2013), с. 380.

[1611] Мобільний застосунок доступний безкоштовно для користувачів IOS та Android за пошуковим запитом "GRC BIS".

підготовлені НУО, такими як Human Rights Watch та Міжнародна кризова група або офіційними органами, такими як Рада Європи та ООН. Багато звітів містять посилання на показання свідків, документальні та речові докази. Таким чином, Прокурор може зробити свої висновки щодо необхідності проведення повного розслідування на основі (авторитетних) доповідей та інформації, отриманої від інших осіб.

B. Гнучкий підхід до допустимості доказів

Коли доказ надається на розгляд МКС, Суд повинен розглянути питання про те, чи припустимо використовувати його і покладатися на нього. Це називається «прийнятність доказів». Римський статут дозволяє Суду «винести рішення про належність або прийнятність будь-яких доказів, приймаючи до уваги, *inter alia*, доказову цінність свідчень та будь-які вказівки на те, що такі докази можуть стати основою справедливого судового розгляду або справедливої оцінки показання свідка».[1612] Прокурор має «вільно оцінювати всі представлені докази з метою визначення їх належності та прийнятності».[1613]

МКС вимагає гнучкого підходу до прийнятності доказів. Він підкреслює, що при оцінці документальних доказів, прийнятність є окремим питанням доказової сили, яке Палата може в кінцевому рахунку взяти до уваги, як тільки їй передадуть матеріали справи.[1614] З іншого боку, судді МКС показали готовність використовувати статтю 69(4) Статуту як засіб контролю прийнятності та матеріалів справи. Стаття 69(4) дає право на свій розсуд виключати докази на підставі їх відповідності або прийнятності, беручи до уваги будь-який негативний вплив, який такі докази можуть чинити на справедливий судовий розгляд або справедливу оцінку показань свідка.[1615]

Даний режим призвів до прийняття рішень про прийнятність, що кардинально відрізняються від тих, що були прийняті в трибуналах *ad hoc*. Складається враження, що підхід трибуналів *ad hoc*, таких як МТКЮ, полягає в тому, щоб прийняти докази, проте розглядати питання про їх надійність при визначенні їх значимості. Деякі експерти, які вказують, що це «відповідає вільній системі

[1612] Римський статут, ст. 69(4).
[1613] Правила процедури та доказування, правило 63(2).
[1614] *Наприклад*, документальні докази: *Прокурор проти Уільяма Самої Руто та Джошуа Арап Санг* (Судове рішення) ICC-01/09-01/11-1353 (10 червня 2014) п. 18; *Там само*, (Судове рішення) ICC-01/09-01/11 (4 лютого 2015) п. 19.
[1615] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Скореговане рішення) ICC-01/04-01/06-2595-Red (7 березня 2011) п.47.

оцінки доказів, яку прийняв Трибунал», підтримали цей підхід.[1616] На відміну від доказів в трибуналах *ad hoc*, як наприклад МТКЮ, де вони рідко визнаються неприйнятними на підставі ненадійності, в судових розглядах *Лубанги* і *Катанги* значна частина доказів обвинувачення була відхилена, оскільки вони були визнані ненадійними.[1617]

C. Усні показання

МКС, як і всі міжнародні трибунали,[1618] заявив, що перевага надаватиметься усним доказам.[1619] Тобто доказам, які фізично надаються свідком в залах судових засідань МКС. Обвинувачений в МКС має право «допитувати свідків, що дають показання проти нього, або мати право на те, щоб ці свідки були допитані, а також мати право на виклик і допит свідків, що дають показання на його користь».[1620] Така вимога зазначена в ст.69(2) «свідчення надаються свідками під час судового засідання особисто». Усне надання доказів було розцінено як надання стороні найкращої можливості оскаржити докази супротивної сторони, а для Судових палат – оцінити достовірність наданих доказів.

В Римському статуті чітко зазначається, що будь-які виключення з цього правила не обмежують і не порушують права обвинуваченого.[1621] В Правилі 68 Правил процедури і доказування зазначалося лише одне виключення до цього принципу.[1622] Проте у грудні 2013 року до Правила 68 було внесено поправки, як це зазначено нижче.

D. Заяви, зроблені за межами суду

У рідких випадках, показання свідка не обов'язково мають бути надані в усній формі в залі суду. Це відомо як використання «заяв, зроблених за межами суду». Прийнятність заяв, зроблених за

[1616] Алміро Родрігес та Сесіль Турне, "Докази з слухань", у Річард Мей та ін. (ред), "*Нариси про процедуру МТКЮ та докази на честь Габріель Кірк Макдональд*" (Гаага: Kluwer Law International, 2001) с. 303; Річард Мей та Маріке Вірда, *Міжнародні кримінальні докази* (Ардслі, Нью-Йорк: Transnational, 2002) сс. 109-10.
[1617] *Прокурор проти Жермена Катанги* (Рішення) ICC-01/04-01/07 (7 березня 2014) п. 117; *Прокурор проти Метью Нгуджоло* (Рішення) ICC-01/04-02/12 (18 грудня 2012) п. 117; *Прокурор проти Томаса Лубанги Діло* (Рішення) ICC-01/04-01/06 (14 березня 2012) п. 739-740, 752 та 758.
[1618] Статут Міжнародного кримінального трибуналу по колишній Югославії, SC Res. 827, UN SCOR, 48th Sess., 3217th mtg., UN Doc S/RES/827, ст. 21(4)(e)(1993); Статут Міжнародного трибуналу по Руанді, SC Res. 955, UN SCOR, 49th Sess, 3453d mtg, UN Doc S/R.ES/955 & Додаток, ст.20(4)(e)(1994); Статут Спеціального суду по Сьєрра-Леоне, 2178 UNTS 145 (16 січня 2002) ст. 17(4)(e)(2002).
[1619] *Прокурор проти Жан-П'єра Бемба Гомбо* (Рішення щодо прийнятності) ICC-01/05-01/08 (24 червня 2010) п. 76.
[1620] Римський статут, ст. 67(1)(e).
[1621] *Там само,* ст. 69(2).
[1622] Щодо практики МКС стосовно прийнятності письмових свідчень свідків до введення поправки у грудні 2013 року. Fergal Gaynor, Dov Jacobs, Mark Klamberg and Vladimir Tochilovsky, 'Право Доказів' в Göran Sluiter, Håkan Friman, Suzannah Linton, Sergey Vasiliev, and Salvatore Zappalà (eds), *Міжнародний кримінальний процес: Принципи та правила* (OUP, 2013) сс. 1044 та 1062.

межами суду, визначається відповідно до Правила 68 Правил процедури і доказування МКС.[1623] На 12-му пленарному засіданні АДУ (27 листопада 2013 року) було прийнято рішення про вжиття заходів щодо внесення змін до Правил процедури і доказування.[1624] Наразі Судовій палаті дозволяється приймати попередньо записані аудіо або відео показання свідка або розшифрування таких показань за умови, що це не завдасть шкоди або не суперечитиме правам обвинувачуваного і будуть дотримані певні умови Правила 68 (описані нижче).

Спочатку Правило 68 допускало врахування попередньо записаних аудіо або відео показань свідка або розшифрування чи інші документальні докази таких показань, тільки якщо свідок був присутній під час судового розгляду в Палаті, і він не мав заперечень, а Прокурор *і* сторона захисту мали можливість спостерігати за свідком під час запису.[1625] Правило 68 не передбачувало обмежень, які б враховували докази щодо діянь та поведінки обвинуваченого. Проте воно не передбачувало і протилежного.[1626] Зміни значно розширили сферу застосування Правила 68 і зробили частішими випадки, коли попередньо записані показання можуть бути включені замість усних свідчень.[1627] Як і трибунали *ad hoc*, зміни були прийняті для того, щоб «дозволити суддям Суду скоротити тривалість судочинства та спростити процедуру подання доказів шляхом збільшення випадків, в яких попередньо записані показання можуть бути враховані замість того, щоб заслуховувати свідка особисто, приділяючи при цьому належну увагу принципам справедливості і правам обвинуваченого».[1628]

При прийнятті попередньо записаних показань не потрібно складати присягу або робити заяви. Хоча присяга не є обов'язковою вимогою для прийняття попередньо записаних показань, вона є позитивним фактором на користь їх прийняття.[1629] Коли Палата розглядає показання, що були надані не під присягою, як ознаку надійності, вона може взяти до уваги, що показання було

[1623] Правила процедури та доказування, правило 68.
[1624] Асамблея держав-учасниць МКС, Res ICC-ASP/12/Res.7, 12те пленарне засідання, 27 листопада 2013.
[1625] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Скореговане рішення) ICC-01/04-01/06-2595-Red (7 березня 2011) п.45.
[1626] *Прокурор проти Жермена Катанги і Матьє Нгуджоло* (Рішення) ICC-01/04-01/07-2362 (30 червня 2011) п. 17.
[1627] Асамблея держав-учасниць МКС, Res ICC-ASP/12/Res.7, 12те пленарне засідання, 27 листопада 2013.
[1628] Робоча група МКС з поправок, 'Звіт робочої групи МКС з поправок', ICC-ASP/12/44, 24 жовтня 2013, п. 8.
[1629] *Прокурор проти Уільяма Самої Руто та Джошуа Арап Санг* (Судове рішення) ICC-01/09-01/11 (19 серпня 2015) п. 65.

підписано і вони супроводжуються заявою про те, що показання є правдивими, наскільки це відомо свідку.[1630]

Відповідно до Правила 68, Суд має розглянути, чи застосовується одна з наступних підстав: (i) Прокурор та сторона захисту мали можливість спостерігати за свідком під час здійснення запису; (ii) попередні показання мають довести інші факти, а не діяння та поведінку обвинуваченого, і тому стосуються або несуттєвих для розгляду питань, або є додатковими чи підтверджуються іншими свідками, які будуть давати усні свідчення стосовно подібних фактів, стосуються основної інформації, діють в інтересах справедливості і мають достатню надійність; (iii) стосуються смерті особи, яка померла в результаті надання свідчень або неспроможна свідчити через перешкоди, які не можна розумно подолати; та (iv) стосуються особи, інтереси якої зачіпаються.[1631]

Якщо показання включаються на (ii) підставі Правила 68, вони повинні супроводжуватися заявою від особи, що їх надала та засвідчувати, що зміст попередньо записаних показань є достовірним і правильним, наскільки ця особа могла знати про це. Ця заява стосується тільки частини (ii) Правила. Ці заяви є актуальними, коли Суд вирішує оцінити надійність будь-якого попереднього записаного показання відповідно до будь-якого із зазначених вище правил, проте вони є обов'язковими тільки відповідно до частини (ii).[1632] Відповідно до частини (ii), супроводжуючі заяви не мають містити жодної нової інформації, повинні бути зроблені в присутності особи, яка на це уповноважена, з подальшим підтвердженням свідками особистості особи, що надає показання, гарантією того, що вона робить заяву добровільно, що її зміст є правдивим відповідно до даних цієї особи, і вони можуть бути притягнені до відповідальності, якщо буде встановлено факт надання неправдивих свідчень.[1633]

Міжнародна асоціація юристів («МАЮ»), вітаючи запропоновані зміни, обґрунтовано висловила стурбованість з приводу застосування зміненого Правила 68, зазначивши, серед іншого, що «[в] цілому, запропоновані зміни в значній мірі запозичують норми положень та практики двох трибуналів *ad hoc* МТКЮ і МКТР, зокрема МТКЮ».[1634] Крім того, МАЮ висловила стурбованість з приводу широкого переліку матеріалів, які потенційно є допустимими відповідно до Правила

[1630] *Там само,* п. 65; *Прокурор проти Мілан Лукіч та Средое Лукіч* (Рішення) IT-98-32/1-A (4 грудня 2012) п. 566.
[1631] Правила процедури та доказування, правило 68.
[1632] *Прокурор проти Уільяма Самої Руто та Джошуа Арап Санг* (Судове рішення) ICC-01/09-01/11 (19 серпня 2015) п. 32.
[1633] *Там само.*
[1634] Міжнародна асоціація адвокатів (МАА), «Правова думка програми МАА МКС: Пропозиція щодо внесення змін до правила 68» (12 листопада 2013) («Юридична думка МАА») с. 5.

68.[1635] В той час як відповідно до рівноцінних правил, МТКЮ і МКТР дозволяють брати до уваги тільки заяви або стенограмами в межах однієї юрисдикції, Правило 68 визнає прийнятними показання свідків, аудіо записи, відеозаписи та стенограми судових розглядів в межах національної юрисдикції та (або) інших форумів.[1636] Що стосується прийнятності доказів дій та поведінки обвинуваченого, вона підкреслила пов'язані з ним ризики, властиві пом'якшенню принципу конфронтації, і наголосила на виключній важливості використання цих правил як виняткових мір.[1637]

E. Документальні докази

Документальні докази є широким поняттям, яке використовується для позначення матеріалів, в яких щось фіксується. До них можуть належати доповіді ООН, повідомлення в соціальних мережах або навіть записи радіомовлення. Зазвичай документальні матеріали в якості доказів надаються через свідків,[1638] проте вони можуть бути подані без участі свідків. Це не знижує рівень відповідності або прийнятності; той факт, що свідок надає докази без зазначення своєї особистості, буде розглядатися при визначенні прийнятності.[1639] МКС має триетапний підхід при розгляді клопотань про допуск документальних доказів: актуальність, доказова цінність, а також порівняння доказового значення з їх потенційним негативними наслідками.[1640]

По-перше, кожен доказ має оцінюватися індивідуально за критеріями відповідності та доказової цінності (у тому числі достовірності) перед тим, як стати повноцінним доказом.[1641] Актуальність визначається на основі того, чи роблять представлені докази більш-менш імовірним існування будь-якого факту, що розглядається.[1642]

Сторона має пояснити актуальність певного фактичного припущення і те, як подані докази роблять таке фактичне припущення більш чи менш ймовірним.[1643] Доказова цінність вимірюється

[1635] *Там само.*
[1636] Юридична думка МАА, с. 4.
[1637] *Там само.*
[1638] Göran Sluiter, Håkan Friman, Suzannah Linton, Sergey Vasiliev, and Salvatore Zappalà (eds), *Міжнародний кримінальний процес: Принципи та правила* (OUP, 2013) с. 1063; *Прокурор проти Жермена Катанги і Матьє Нгуджоло Шуі* (Directions) ICC-01/04-01/07 (1 грудня 2009) п. 95.
[1639] *Прокурор проти Жермена Катанги і Матьє Нгуджоло Шуі* (Рішення) ICC-01/04-01/07 (17 грудня 2010) ("Katanga Bar Table Decision") п. 12.
[1640] *Там само,* п. 14; *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06-1399 (13 червня 2008) пп. 27, 28 та 31.
[1641] Katanga Bar Table Decision, п. 13; *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Corrigendum to Decision) ICC-01/04-01/06-2694-Corr (9 березня 2011) п. 12.
[1642] *Там само.*
[1643] Katanga Bar Table Decision, п. 16.

за двома критеріями: надійність доказу та міра, якою доказ може вплинути на з'ясування конкретного питання в справі.[1644]

По-друге, щодо вимоги надійності, то дану концепцію найбільш легко охарактеризувати як автентичність,[1645] якій властиві і інші якості, які показують, що, якщо розглядати лише їх, то доказам можна обґрунтовано вірити.[1646] Ключові фактори для оцінки надійності включають джерело, характеристики та особливості доказу.[1647] МКС чітко заявив, що неаутентифіковані докази за визначенням не мають доказового значення.[1648] Якщо тільки запропонований доказ не є самоаутентифікуючим, або сторони домовилися про його автентичність, сторона, яка подала доказ, має надати аутентифікуючі докази, або в іншому випадку він буде визнаватися неприйнятним.[1649]

МКС також постановив, що документ може бути ненадійним, навіть якщо він є автентичним.[1650] Він також відмовив у прийнятті доказів на підставі того, що оскільки інформація про обставини, за яких документ був складений або отриманий, була відсутня, вони є неприйнятними.[1651] При вирішенні питання про доцільність допущення таких доказів, Суд розгляне наступні питання:

- Природа і походження документальних доказів;
- Актуальність інформації, що міститься в документі, стосовно питань, про які йде мова у справі;
- Чи легко зрозуміти зміст документа або ж він вимагає додаткового пояснення або інтерпретації;
- Чи стосується інформація виключно історичного підґрунтя та (або) контекстуальних елементів справи, характеру і точності інформації, що міститься в документі, а також чи є він єдиним доказом з даного питання, або є альтернативні джерела інформації з того самого питання;
- Початкова мета, для якої був створений документ і кому його було адресовано. Наприклад, чи був документ підготовлений в контексті судового розгляду, або він носить лише приватний характер;

[1644] *Там само,* п. 20.
[1645] *Там само,* п. 22-25.
[1646] *Там само,* п. 26.
[1647] *Там само,* п. 27.
[1648] *Там само,* п. 22.
[1649] *Там само,* п. 23.
[1650] Судове рішення у справі Лубанги, п. 109.
[1651] *Там само,* п. 1087.

- Чи можна встановити зі змісту самого документу його джерела та чи можна їх легко перевірити;
- Чи можна встановити метод, який використовувався для збору і обробки інформації, що міститься в документі; та
- Чи є які-небудь сумніви щодо достовірності документа.[1652]

a) *Конкретні види встановлення справжності та оцінки достовірності*

МКС зробив декілька керівних зауважень щодо достовірності та встановлення справжності деяких категорій документальних доказів

- Інформація з відкритих джерел: матеріал, який знаходиться у відкритому доступі з відкритого джерела, потребуватиме лише того, щоб сторона, яка надала доказ, надала підтверджуючу інформацію про те, де можна отримати об'єкт. Якщо об'єкт доказів більше не є публічно доступним на момент його прийняття, сторона має чітко вказати це і повідомити дату і місце, де він був отриманий;
- Офіційні документи: офіційні документи, які не є загальнодоступними з офіційних джерел, потребують засвідчення і мають бути підтверджені відповідним органом. Коли автор публічного документа є офіційним представником або агентом офіційного органу або організації, як, наприклад, посадова особа у виконавчій владі, державному управлінні або судовій системі, документ буде вважатися автентичним, якщо він був підписаний офіційною посадовою особою, а справжність даного підпису не ставиться під сумнів;
- Офіційні документи, що не мають встановленого автора, але походження яких відразу очевидно з самих документів (наприклад, з фірмових бланків або логотипу) можуть бути допустимими без підтвердження, якщо їх автентичність не була поставлена під сумнів однією зі сторін. Як правило, документи, які не несуть зовнішніх вказівок щодо їх походження та автора, завжди повинні бути завірені шляхом атестації або офіційним представником ініціюючої організації під присягою;
- Приватні документи: приватні документи, справжність яких може бути легко перевірна стороною, проти якої вони спрямовані, вважаються автентичними, якщо така сторона не поставить під сумнів їх автентичність і не надасть докази, що це підтверджують. Приватні документи, справжність яких залежить від їх зв'язку з третьою особою чи організацією,

---

[1652] *Прокурор проти Жермена Катанги і Матьє Нгуджоло Шуі* (Directions) ICC-01/04-01/07 (1 грудня 2009) п. 100; Fergal Gaynor, Dov Jacobs, Mark Klamberg and Vladimir Tochilovsky, 'Право Доказів' в Göran Sluiter, Håkan Friman, Suzannah Linton, Sergey Vasiliev, and Salvatore Zappalà (eds), *Міжнародний кримінальний процес: Принципи та правила* (OUP, 2013) с. 1065.

мають бути підтверджені незалежними доказами. Такі докази мають довести авторство або прийнятність та цілісність. Якщо дата документа не може бути визначена з самого документа, мають бути надані докази, що її підтверджують. Очевидно, що перевага буде надаватися будь-якій формі аутентифікації можливим автором документа;

- Відео, фільми, фотографії та аудіозаписи: Перед тим, як прийняти відео або аудіо матеріал, МКС буде перевіряти докази на їх справжність і цілісність. Якщо це можна встановити, даний вид показань може прийматися як доказ, який говорить сам за себе і в цьому відношенні може розглядатися як речовий доказ. Оскільки актуальність аудіо або відео матеріалу залежить від дати та (або) місця його запису, докази мають бути надані щодо цього.[1653]

По-друге, МКС буде розглядати чи можна обґрунтовано вірити цим доказам поодинці.[1654] Іншими словами, чи є вони достовірними? (Невичерпними) ознаками достовірності є:

- Джерело: чи є джерело інформації лояльним одній зі сторін у справі або має особистий інтерес у результаті розгляду справи або є інші ознаки упередженості;
- Характер та ознаки доказу: наприклад, чи є аудіо або відеозапис автоматично записаними або чи були показання взяті наживо. Інші фактори можуть містити в собі державний або приватний характер інформації;
- Одночасність: чи була інформація отримана і записана одночасно або одразу після подій, яких вона стосується або запис був створений на більш пізньому етапі;
- Мета: чи був створений документ для конкретної мети даної кримінальної справи або з інших причин;
- Адекватні засоби оцінки: чи може інформація, а також спосіб, у який вона була отримана, бути незалежно перевіреною і протестованою. Хоча не забороняється надавати суду опосередковані докази, Палата усвідомлює ризики, властиві таким доказам. Таким чином, вона може врахувати такі ризики при наданні відповідної доказової цінності речовим доказам, що складаються головним чином або виключно з опосередкованих доказів.[1655]

Існують різні типи документів, які можуть здаватися більш надійними, ніж інші. Ці питання розглядаються нижче.

[1653] Katanga Bar Table Decision, п. 24.
[1654] *Там само,* п. 26.
[1655] *Там само,* п. 27.

i. Достовірність звітів спеціалізованих установ ООН

Доповіді спеціалізованих установ ООН вважаються достовірності самі по собі. Проте, на будь-яку оцінку достовірності може вплинути, якщо в звіті достатньо детально не зазначається особистість автора та джерела інформації, або ґрунтується, в основному, на опосередкованих доказах, яка не мають тісного зв'язку з джерелом.[1656]

ii. Достовірність звітів від НУО, МУО та третіх держав

Доповіді незалежних приватних організацій, державних органів чи третіх держав можна вважати *prima facie* надійними, якщо вони забезпечують «достатні гарантії деполітизації та неупередженості».[1657] Вони мають надати достатню інформацію про їх джерела та методологію, яку вони використовували для аналізу доказів, на основі яких засновуються фактичні претензії. Достовірність може бути серйозно поставлена під питання, якщо не було вказано джерела або їх зміст базується на опосередкованих доказах.[1658]

iii. Достовірність звітів преси та статей у ЗМІ

Повідомлення у ЗМІ не в змозі надати детальну інформацію щодо їх джерел. Думка як доказ є допустимою тільки якщо вона належить експерту. Таким чином, якщо не існує ніяких доказів досвіду журналістів або джерел, які вони використовують, то навряд чи буде наявна достатня доказова цінність.[1659]

iv. Достовірність листів, маніфестів, політичних заяв і аналогічних документів

Дані документи, швидше за все, містять докази, що засновуються на думці. Якщо в них згадуються військові або політичні події, то їх необхідно враховувати тільки в тому випадку, якщо автори повідомляють про це надійним та об'єктивним способом.[1660] Швидше за все, вони будуть містити твердження, які сильно зменшують їх доказову силу.[1661]

F. Речові докази

Речові докази є традиційною формою доказів. До них належать матеріальні об'єкти, такі як ніж або пістолет. При розгляді питання про прийнятність речових доказів, суд розгляне, чи відповідають об’єкти вищевказаним правилам належності і прийнятності будь-яких доказів,

---

[1656] *Там само,* п. 29.
[1657] *Там само,* п. 30.
[1658] *Там само.*
[1659] *Там само,* п. 31.
[1660] *Там само,* п. 32.
[1661] *Там само,* п. 33.

беручи до уваги, *inter alia*, доказову цінність доказів та будь-які упередження щодо того, чи можуть такі докази стати основою справедливого судового розгляду або справедливої оцінки показань свідка.[1662]

Для забезпечення надійності та допустимості речових доказів, «дотримання відповідного порядку зберігання та передачі речових доказів» має вирішальне значення. Порядком зберігання та передачі речових доказів є запис про місцезнаходження фізичного об'єкту, коли його було вилучено з місця події, або у особи, стосовно якої ведеться розслідування.[1663] Прокурор несе відповідальність за порядок зберігання та передачі речових доказів в ході розслідувань, що проводяться її Канцелярією.[1664] Порядок зберігання та передачі речових доказів повинен повністю дотримуватися, а всі докази мають постійно перебувати тільки в розпорядженні уповноважених осіб. Порядок повинен бути записаним і детально описаним.[1665] У зв'язку з цим Прокурор веде базу даних. Це дозволить забезпечити належну реєстрацію та зберігання всієї інформації, зібраної в ході розслідування.[1666] Прокурор повинен привласнити доказу унікальний реєстраційний номер якомога швидше після його отримання. Він має записати всі відповідні обставини збору і порядок зберігання та передачі речових доказів.[1667] Недотримання цих правил може стати наслідком виключення доказів. Проте, як обговорювалося раніше, МКС має гнучкий підхід до доказів. У справі *Лубанга* МКС дозволив визнати допустимими докази, незважаючи на те, що вони були отримані під час обшуку, який був проведений з порушенням права на недоторканність приватного життя особи, якій належало майно.[1668] Таким чином, забезпечення належного порядку зберігання та передачі речових доказів має життєво необхідне значення, проте існує певна гнучкість щодо того, коли значення речових доказів є достатньо спірним, щоб привести до виключення в залі судових засідань МКС.

G. Висновки експерта

Висновками експерта є письмові або усні свідчення експерта, який може надати Суду авторитетну думку з питання, яке зазвичай не в компетенції Суду, наприклад, судово- медична експертиза або

[1662] Римський статут, ст. 69(4).
[1663] Амал Аламуддін, «Збір доказів» у Карім А.А. Хан, Керолайн Буйсман та Крістофер Госнелл, *Принцип доказів у міжнародному кримінальному судочинстві* (OUP, 2010) с. 294.
[1664] Правила процедури та доказування, правило 10.
[1665] МКС, Положення про Канцелярія Прокурора, ICC-BD/05-01-09 (23 квітня 2009) положення 22.
[1666] *Там само,* положення 23(2).
[1667] *Там само,* положення 23(2).
[1668] Амал Аламуддін, «Збір доказів» у Карім А.А. Хан, Керолайн Буйсман та Крістофер Госнелл, *Принцип доказів у міжнародному кримінальному судочинстві* (OUP, 2010) с. 294, посилання на *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення про підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/06 (29 січня 2007).

експертиза військової тактики.[1669] Суд може на власний розсуд призначити експерта або групу експертів, або після відповідного запиту попросити сторони провадження зробити це.[1670] Експерти обираються з попередньо підготовленого переліку. При внесенні до відповідного переліку експерти повинні мати відповідну кваліфікацію та взяти на себе зобов'язання захищати інтереси правосуддя.[1671] При призначенні експерта Палата визначає предмет звіту.[1672]

У справі *Гбагбо* Суд призначив трьох експертів з переліку, щоб вони допомогли визначити, чи Гбагбо був здатним здійснювати свої права в суді. Іншими словами, чи з медичної точки зору був він спроможним брати участь у судовому провадженні.[1673] На підставі висновків експертів Суд вирішив, що Гбагбо був здатним брати участь, але потрібно було внести зміни в судове провадження, щоб надати Гбагбо можливість усвідомлено брати участь в ньому, у тому числі в нетривалих судових засіданнях та перервах.[1674] Відповідно, якщо висновок експерта матиме суттєве значення для справи, то перевіряється кваліфікація та досвід експерта: чи може він дати таке свідчення в Суді, чи ні.

II. Члени громадянського суспільства та докази в МКС

В цьому розділі аналізуються ситуації, коли представники громадянського суспільства або члени НУО можуть бути викликані до Суду для надання свідчень, або передачі МКС інформації, якою вони володіють. Цей розділ ділиться на чотири основні частини. По- перше, в цьому розділі визначаються основні зобов'язання Прокурора МКС з повідомлення про докази іншим сторонам, наприклад, обвинуваченому у кримінальному провадженні. Потім визначається, коли члени громадянського суспільства добровільно можуть співпрацювати та давати свідчення в МКС. В наступних двох розділах будуть розглядатися виключення з правила про розкриття доказів в МКС. Будуть також розглядатися ситуації, коли члени громадянського суспільства змушені давати в МКС свідчення у справі або відповідну інформацію.

[1669] Володимир Точиловський, Юриспруденція міжнародних кримінальних судів та Європейського суду з прав людини: процедура та докази (видавництво Martinus Nijhoff, 2008) с. 467.
[1670] МКС, Положення Суду, ICC-BD/01-01-04 (прийнято 26 травня 2004) ("Положення суду") положення 44.
[1671] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення щодо процедур інструктажу свідків-експертів) ICC-01/04-01/06 (10 грудня 2007) п. 24.
[1672] Положення Суду, положення 44(5).
[1673] *Прокурор проти Гбагбо* (Рішення) ICC-02/11-01/11-286-Red (2 листопада 2012).
[1674] *Там само,* п. 101-102.

A. Загальний огляд основних зобов'язань щодо розкриття доказів під час попереднього провадження

По-перше, необхідно визначити зобов'язання Прокурора щодо розкриття певної інформації, перш ніж почнеться судовий процес проти обвинуваченого. Щодо процедур попереднього провадження існують наступні зобов'язання стосовно свідків обвинувачення:[1675]

- Прокурор повинен надати стороні захисту імена свідків, яких прокурор має намір викликати в суд для надання свідчень, а також копії будь-яких попередніх заяв таких свідків.[1676]
- Після цього Прокурор повинен повідомити стороні захисту імена будь-яких нових свідків обвинувачення та надати копії їх заяв, коли прийнято рішення про їх виклик до суду.[1677]

З урахуванням клопотань, описаних нижче, Прокурор повинен дозволити стороні захисту вивчити будь-які книги, документи, фотографії та інші речі, які знаходяться у Прокурора або під його контролем та є матеріалами для підготовки захисту, або використовуються Прокурором в якості доказів під час слухань щодо підтвердження обвинувачень або судового розгляду.[1678]

Аналогічно, сторона захисту повинна дозволити Прокурору вивчити будь-які книги, документи, фотографії та інші речі, які знаходяться у володінні сторони захисту або під її контролем та є матеріалами для підготовки захисту, або використовуються стороною захисту в якості доказів під час слухань щодо підтвердження обвинувачень або судового розгляду.[1679]

Разом з цим,[1680] сторона захисту повинна повідомити Прокурора про будь-які наміри:

- встановити наявність алібі, у разі наявності якого необхідно повідомити про місце або місця, в яких, за словами обвинуваченого, він перебував під час скоєння ймовірних злочинів, а також імена свідків та будь-які інші докази, які обвинувачений має намір навести на підтвердження свого алібі;[1681] або
- встановити підстави виключення кримінальної відповідальності відповідно до ст.31(1), у разі наявності яких необхідно повідомити імена свідків та будь-які інші докази, які обвинувачений має намір навести на підтвердження наявності таких підстав.[1682]

[1675] Правила процедури та доказування, правило 76.
[1676] *Там само,* правило 76(1).
[1677] *Там само,* правило 76(2).
[1678] Правила процедури та доказування, правило 77.
[1679] *Там само,* правило 78.
[1680] *Там само,* правило 79.
[1681] *Там само,* правило 79(1)(a).
[1682] *Там само,* правило 79(1)(b).

Неспроможність надіслати повідомлення про це не обмежує права торкнутися цих питань.[1683] Якщо відповідно до ст.31(3) було піднято питання про виключення кримінальної відповідальності,[1684] то необхідно повідомити про це Прокурора та Судову палату.[1685]

Існують обмеження щодо розкриття інформації. Загалом, Правило 81 передбачає наступні обмеження: внутрішні документи, інформація, розкриття якої може завдати шкоди подальшому розслідуванню, конфіденційна інформація, яка захищає свідків або потерпілих, свідків, які перебувають під захистом, конфіденційна інформація, яка захищає свідків чи потерпілих сторони захисту. Принципами є:[1686]

- Звіти, меморандуми та інші внутрішні документи, підготовлені однією стороною, її помічниками або представниками у зв'язку з розслідуванням або підготовкою справи не підлягають розкриттю;[1687]
- Якщо матеріали або інформація знаходяться у розпорядженні Прокурора або під його контролем і повинні бути розкриті відповідно до Статуту, проте їх розкриття може завдати шкоди майбутньому або поточному розслідуванню, Прокурор може звернутися до Палати,

---

[1683] *Там само,* правило 79(3).
[1684] Римський статут, ст. 31(3):
(a) ця особа страждає психічними захворюваннями або розладами, які позбавляють його можливості усвідомлювати протиправність або характер своєї поведінки, або погоджувати свої дії з вимогами закону;
(b) особа знаходиться в стані інтоксикації, який позбавляє його можливості усвідомлювати протиправність або характер своєї поведінки, або погоджувати свої дії з вимогами закону, якщо тільки ця особа не була інтоксикована добровільно за обставин, при яких ця особа знала, що в результаті інтоксикації, вона може вчинити діяння, яке являє собою злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, або проігнорувала небезпеку скоєння ним такого діяння.
(c) ця особа діяла розумно для захисту себе або іншої особи або, у випадку воєнних злочинів, майна, яке є особливо важливим для виживання даної особи або іншої особи, або майна, яке є особливо важливим для виконання задачі воєнного характеру, від неминучого та протиправного застосування сили способом, співрозмірним ступеню небезпеки, яка загрожує цій особі або іншій особі або майну, яке захищається. Та обставина, що особа брала участь в операції щодо захисту, який здійснювався силами, само по собі не є підставою для звільнення від кримінальної відповідальності відповідно до цього підпункту;
(d) діяння, яке ймовірно є злочином і підпадає під юрисдикцію Суду, є вимушеною відповідною реакцією на загрозу неминучої смерті або неминучого нанесення тяжких тілесних ушкоджень або продовження спричинення таких ушкоджень для нього самого або для іншої особи, і ця особа вживає необхідні та розумні заходи для усунення цієї загрози, за умови, що ця особа не умисно нанесе більшу шкоду, ніж та, яку вона намагалася попередити. Така загроза може: i) або виходити від інших осіб; ii) або бути створеною іншими обставинами, які не залежать від цієї особи.
[1685] Правила процедури та доказування, правило 80.
[1686] *Там само,* правило 81.
[1687] *Там само,* правило 81(1).

що розглядає справу, для винесення рішення щодо того, чи необхідно розкривати матеріал або інформацію стороні захисту.[1688]

- Якщо були вжиті заходи щодо забезпечення конфіденційності інформації, забезпечення безпеки свідків і потерпілих та членів їх сімей, така інформація не повинна бути розкрита за винятком випадків, передбачених цими статтями.[1689] Палата може дозволити не розкривати їх особи до початку судового розгляду.[1690]
- Якщо в розпорядженні або під контролем захисту знаходиться матеріал або інформація, які підлягають розкриттю, вони можуть не розкриватися за обставин, аналогічних тим, які дозволили б Прокурору послатися на пункт 5 (механізм захисту) статті 68, і замість них може бути надано їх резюме.[1691]

Існують й інші обмеження щодо розкриття матеріалу або інформації, що захищається, такі як:[1692] (i) якщо Прокурор викликає свідка для подання в якості доказів будь-якого матеріалу або інформації, які захищаються відповідно до статті 54, пункту 3(e), Палата не може змусити свідка відповідати на будь-яке питання, що стосується цього матеріалу або інформації, або їх походження, якщо свідок не бажає відповідати з міркувань дотримання конфіденційності;[1693] і (ii) якщо в розпорядженні або під контролем Прокурора знаходиться матеріал або інформація, які підлягають розкриттю відповідно до статті 54(3)(e),[1694] Прокурор не може надалі використовувати такий матеріал або інформацію як доказ без попередньої згоди особи, яка надала матеріал або інформацію та її належного попереднього розкриття обвинуваченому.[1695] Палата не може вимагати від особи, що надала попередні матеріали або інформацію, надання додаткових доказів, а також не може викликати або вимагати присутності особи, яка її надала, або представника такої особи в якості свідка з метою отримання таких додаткових доказів.[1696]

B. Добровільне надання показань в МКС

По-друге, в принципі, немає жодних заборон щодо викликів представників громадянського суспільства в якості свідків для забезпечення добровільного подання «*amicus curiae*» (надаючи аргументи з питань, які розглядає Суд) в МКС. Окрім того, члени НУО можуть допомогти

[1688] *Там само,* правило 81(2).
[1689] *Там само,* правило 81(3).
[1690] *Там само,* правило 81(4).
[1691] *Там само,* правило 81(6).
[1692] Правила процедури та доказування, правило 82.
[1693] *Там само,* правило 82(3).
[1694] Римський статут, ст. 53(3)(e).
[1695] Правила процедури та доказування, правило 82(1).
[1696] *Там само,* правило 82(2).

управлінню Прокурора в якості посередників, щоб визначити свідків та зв'язатися з ними. У даному розділі буде розглядатися кожен з даних режимів співробітництва.

a) *Дії в якості Amicus Curiae*

Представники громадянського суспільства можуть бути запрошені (або їм може бути наданий дозвіл)[1697] надати Суду зауваження в письмовій або усній формі. Вони можуть стосуватися лише одного питання, а дана роль називається *amicus curiae*. Якщо МКС вважатиме це бажаним для належного визначення справи, він може на будь-якому етапі запропонувати або дозволити державі, організації або особі представити зауваження стосовно *будь-якого* питання, яке Суд вважає за доцільне.[1698] Прокурор і сторона захисту мають можливість відповісти на будь-які такі зауваження.[1699] За наявності дозволу представник громадянського суспільства має подати свої письмові зауваження реєстратору.[1700]

b) *Надання показань*

Представники громадянського суспільства можуть бути викликані Прокурором або стороною захисту для дачі показань стосовно розслідування або досліджень, які вони провели стосовно конкретного злочину.[1701] Представник громадянського суспільства може зв'язатися з Прокурором МКС або стороною захисту шляхом надання повідомлення одній або декільком сторонам із зазначенням того, що він надасть їм інформацію. Зокрема, Прокурор МКС може запитувати або отримувати додаткову інформацію від держав, органів ООН, міжурядових або неурядових організацій або з інших надійних джерел, які вона вважатиме доцільними, і може отримувати письмові чи усні показання в місці перебування Суду.[1702] Якщо був викликаний свідок громадянського суспільства, обвинувачений має право допитати свідка.[1703]

c) *Дії в якості посередника*

Представники громадянського суспільства можуть погодитися працювати в якості посередників, зокрема, з метою визначення та зв'язку зі свідками. Посередником є особа, яка полегшує зв'язок

[1697] Запит, поданий міжнародною організацією Women's Initiative for Gender Justice 7 вересня 2006 року, на отримання дозволу брати участь в порядку *amicus curiae* відповідно до ст. 61 під час процедури підтвердження обвинувачень.
[1698] Правила процедури та доказування, правило 103(1).
[1699] *Там само,* правило 103(2).
[1700] Правила процедури та доказування, правило 103(3).
[1701] Human Rights Watch, «Міжнародний кримінальний суд: Як неурядові організації можуть сприяти переслідуванню воєнних злочинців» (вересень 2004 р.) С. 17.
[1702] Римський статут, ст. 15(2).
[1703] *Там само,* ст. 67(1)(e).

між одним з органів або підрозділів МКС з одного боку та потерпілим, свідками, бенефіціарами та постраждалими громадами з іншого боку. Визначення «посередник» не обов'язково означає, що орган або підрозділ МКС просив особу або організацію про допомогу. Посередник може бути обраний потерпілим або іншою особою для того, щоб допомогти їм налагодити зв'язок з органом або підрозділом Суду або Ради. Він або вона також можуть самі себе призначити.[1704]

Використання Прокурором МКС посередників є предметом певних суперечок. У першій справі МКС, справі *Лубанга*, сторона захисту стверджувала, що показання свідків були сфабриковані з подачі посередників обвинувачення. Свідки, у тому числі перший свідок обвинувачення, можливий колишній дитина-солдат, заявив, що посередники підготували свої показання. У своєму рішенні про використання посередників Судова палата зобов'язала Прокурора викликати відповідних представників «для дачі показань щодо підходу та процедур стосовно посередників».[1705]

Таким чином, у березні 2014 року МКС видав інструкцію щодо регулювання відносин між Судом і посередниками.[1706] Метою інструкції є сприяння належному контролю всіх посередників. Також існує Кодекс поведінки [1707] і Типовий контракт для посередників. [1708] Кодекс поведінки та інструкція забезпечують ряд керівних принципів з регулювання залучення і поведінки посередників. Вони визначають їх ролі та функції. Якщо коротко, то «посередником» вважається фізична особа або організація, яка, на вимогу органу або підрозділу Суду або Ради здійснює один або більше видів діяльності, передбачених в розділі 1 Інструкції, що регулює відносини між Судом і посередниками.[1709] У першому розділі Інструкції були визначені такі основні ролі посередників:

- Допомога у просвітницькій та громадській інформаційній діяльності в певній галузі;
- Надання партії або учасникам допомоги у проведенні розслідувань шляхом виявлення слідів доказів та (або) свідків і полегшення зв'язку з потенційними свідками;
- Надання (потенційним) потерпілим допомоги у поданні заяви, запитах щодо додаткової інформації та (або) повідомленні про прийняття рішень, що стосуються представництва, участі або відшкодування збитків;

[1704] 'Керівні принципи, що регулюють відносини між Судом та посередниками' (МКС) с. 5.
[1705] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06 (31 травня 2010) п. 146.
[1706] *Там само.*
[1707] 'Кодекс поведінки посередників' (МКС) березень 2014.
[1708] 'Типовий договір для посередників' (МКС) березень 2014.
[1709] «Керівні принципи, що регулюють відносини між Судом та посередниками для органів та підрозділів Суду та адвокатів, що працюють з посередниками» (МКС, березень 2014); 'Кодекс поведінки посередників' (МКС) березень 2014.

- Комунікація з потерпілим/свідком в ситуаціях, в яких прямий зв'язок з Судом може поставити під загрозу безпеку потерпілого/свідка;
- Зв'язок між органами законних представників і потерпілих з метою участі та/або відшкодування шкоди потерпілим (а саме компенсацій); та
- Надання Цільовому фонду МКС для потерпілих допомоги як в його мандаті, що стосується репарацій, призначених Судом засудженому до сплати, так і у використанні інших ресурсів в інтересах потерпілого відповідно до положень статті 79 Римського статуту.[1710]

Інструкція передбачає цілий ряд проміжних заходів, як: (i) оформити і визначити контракт між Судом і посередником; (ii) визначити та обрати посередників; (iii) підтримати посередників; та (iv) забезпечити безпеку і захист посередника.

Даний документ також попереджає, що посередники не вважаються членами команди юридичних представників, а отже, не користуються законними професійними привілеями (форма правової конфіденційності між адвокатом і особою, яку він представляє) для їх спілкування з потерпілим або юридичними представниками. Це є фактором, який законні представники повинні будуть брати до уваги при визначенні того, яку інформацію можна довірити посередникам.[1711] Кодекс поведінки визначає певні принципи, яких посередники мають дотримуватися і мати на увазі при виконанні своєї роботи:

- Розділ 3: Цілісність: важливість дотримання політики, законодавства та судової практики; не брати участі в корупційній діяльності або таких діях, як отримання подарунка, вигоди або послуги або пропонування останніх будь-якій особі; не зловживати відносинами з Судом, як, наприклад, навмисне діяння, що ставить під загрозу безпеку і добробут людей або передбачає будь-яку образливу або загрозливу поведінку;
- Розділ 4: Конфіденційність: важливість забезпечення захисту осіб, з якими вони мають контакт; докладання усіх зусиль для забезпечення безпечного зберігання будь-якого матеріалу; не розкриття без дозволу будь-яких секретних матеріалів;
- Розділ 5: Безпека: посередник не повинен брати участь у навмисному діянні, яке може поставити під загрозу безпеку будь-якої іншої особи або особисту безпеку посередника;
- Розділ 6: Особиста поведінка: важливість однакового ставлення до всіх осіб; діяти чесно і сумлінно; не брати на себе зобов'язання перед потерпілими або свідками, які не може

[1710] *Там само.* с. 1.
[1711] «Керівні принципи, що регулюють відносини між Судом та посередниками для органів та підрозділів Суду та адвокатів, що працюють з посередниками» (МКС, березень 2014) с. 6.

виконати посередник; не чіплятися, не залякувати, не тиснути, не підкупати або не змушувати кого-небудь мати справи із судом;

- Розділ 7: Обов'язки щодо суду: обов'язок повідомляти про будь-які порушення Кодексу; завжди звертати особливу увагу на цілісність будь-якої інформації, отриманої в письмовій, усній чи будь-якій іншій формі; забезпечувати, щоб будь- яка така інформація точно відображала деталі та думки особи, яка передається посереднику; обов'язок не обманювати Суд; не робити публічні заяви від імені Суду; та
- Розділ 8: Процедури, яких необхідно дотримуватися у разі порушення зобов'язань: у випадку порушення Кодексу поведінки відповідним органом Суду (див. Частину I) будуть вжиті заходи.

Відповідно, у той час як представники громадянського суспільства могли б погодитися працювати в якості посередників, існують правила, що регулюють їх взаємодію з МКС.

C. Винятки щодо зобов'язання свідків давати показання в МКС

По-четверте, цілком ймовірно, що представники громадянського суспільства користуються «кваліфікованим привілеєм». Це означає, що їх, ймовірно, не можна змусити відповідати на питання, що розкривають конфіденційні джерела під час розгляду в МКС. Іншими словами, в той час як МКС може викликати представників громадянського суспільства та НУО для того, щоб постати перед МКС, він не може змусити їх відповідати на питання, які могли б негативно вплинути на конфіденційність, проти їх волі.

З самого початку слід мати на увазі незліченну кількість правових норм. Стаття 64 Римського статуту зазначає, що Судова палата має право «вимагати явки свідків і дачі ними показань, а також пред'явлення документальних та інших доказів, звертаючись, якщо це необхідно, за допомогою до держав»[1712] та «давати розпорядження про пред'явлення додаткових доказів до тих доказів, які вже зібрані до судового розгляду або пред'явлені сторонами в ході судового розгляду».[1713]

З іншого боку, стаття 54 вимагає, щоб Прокурор «поважав інтереси й особисті обставини потерпілих і свідків» та закріплює, що Прокурор може «давати згоду на заборону розкриття на будь-якому етапі провадження документів або інформації, що були отримані Прокурором на умовах збереження конфіденційності та лише з метою одержання нових доказів, якщо тільки особа, яка надала такі документи й інформацію, не дає на це своєї згоди». Більше того, стаття 69

[1712] Римський статут, ст. 64(6)(b).
[1713] *Там само,* ст. 64(6)(d).

передбачає, що «Суд поважає привілеї конфіденційності, передбачені в Правилах процедури і доказування, і дотримується їх».

Це пов'язано з правилом 73 Правил процедури і доказування, яке стосується привілейованих повідомлень, наданих в контексті «класу професійних або інших конфіденційних стосунків», де ці повідомлення зроблені в ході конфіденційних стосунків з обґрунтованим передбаченням конфіденційності та нерозголошення, а де конфіденційність має важливе значення для характеру та виду стосунків між особами і довіреною особою, визнання привілеїв сприяє досягненню мети Римського статуту.[1714] Це є прямим аналогом ситуації з МКЧХ,[1715] який має право на абсолютні привілеї у зв'язку з очікуванням того, що воно залишиться прихильним своїм цілям (розглядається нижче).[1716]

Більше того, якщо хто-небудь, як, наприклад, представник громадянського суспільства, надає Прокурору конфіденційну інформацію, то Судова палата не може змусити свідка відповідати на будь-яке питання, що стосується цього матеріалу або інформації чи їх походження, якщо свідок відмовляється відповідати у зв'язку з положеннями конфіденційності.[1717]

У справі *Бріма* в СССЛ[1718] Судова палата відмовилася видати Прокурору наказ, що гарантує, що свідок, який був спеціалістом з прав людини в ООН, не буде змушений відповідати на жодні питання під час перехресного допиту, які мають визначити його конфіденційні джерела. Рішення Судової палати було оскаржене в Апеляційній палаті. Апеляційна палата скасувала це рішення.[1719] Апеляційна палата видала наказ, що дозволяє свідку давати показання не будучи змушеним відповідати на питання в ході перехресного допиту на підставі конфіденційності.[1720] Прийшовши до такого висновку, Апеляційна палата визнала «привілейовані відносини» та публічний інтерес, що виникають у роботі спеціалістів з прав людини.[1721]

Апеляційна палата постановила, що особливий інтерес спеціалістів з прав людини, що надали Прокурору конфіденційну інформацію, належним чином охоплені правилом 70, яке може тлумачитися як захист конфіденційної інформації від розголошення і захист особи, що її надала, від деяких аспектів злочинної змови. Проте СССЛ визнав першочерговий обов'язок Суду захищати справедливість судового процесу та необхідність розглянути можливість виключення доказів з

[1714] Правила процедури та доказування, правило 73(2).
[1715] *Там само,* правило 73(4).
[1716] *Прокурор проти Благоє Сіміча та інших* (Рішення) IT-95-9-PT (27 липня 1999).
[1717] Правила процедури та доказування, правило 82(3); Римський статут, ст. 54(3)(E).
[1718] *Прокурор проти Бріма та інших* (Рішення) SCSL-2004-16-AR 73 (26 травня 2006).
[1719] *Там само,* п. 36
[1720] *Там само,* IV. Положення.
[1721] *Там само,* п. 33.

метою забезпечення справедливого судового розгляду.[1722] Як було зазначено вище, аналогічне положення застосовується в МКС.[1723]

У справі *Сімича (Simić)* МТКЮ визнав абсолютні привілеї інформації, отриманої МКЧХ.[1724] Факти полягали у тому, що колишній співробітник МКЧХ, який відвідав табори для затриманих в Югославії в ході своїх службових обов'язків в якості перекладача МКЧХ, зв'язався з МТКЮ і запропонував свою допомогу в кримінальному переслідуванні Благоє Сімича. МКЧХ рішуче заперечував щодо того, щоб він це робив. У своєму рішенні у справі *Сімича* МТКЮ спирався на унікальні якості МКЧХ. Абсолютні привілеї МКЧХ були інкорпоровані в Правила процедури і доказування МКС.[1725] Судова палата постановила, що МКЧХ мав «право на нерозголошення інформації відповідно до міжнародного звичаєвого права».[1726]

Окрема думка судді Девіда Ханта має важливе значення. Вона визначає МКЧХ як НУО, а не як спеціальний суб'єкт міжнародного права[1727] і, отже, розповсюджує ті самі правила, яким підпорядковані інші НУО в даній галузі. Суддя Хант дійшов висновку про те, що необхідно проводити перевірку, чи підлягає інформація НУО розкриттю: Суд повинен зважити, наскільки є суттєвими у справі для відповідної сторони «докази, які будуть надані свідком з порушенням зобов'язань конфіденційності перед МКЧХ, щоб переважити ризик серйозних наслідків порушення довіри у конкретній справі».[1728] Перевірка була нейтральною, тому що «впливові суспільні інтерес[и]» стосувалися обох сторін питання.[1729] При застосуванні цього він визначив інтерес щодо захисту прихильності МКЧХ у виконанні своїх зобов'язань конфіденційності і нейтралітету, оскільки готовність конфліктуючих сторін надати МКЧХ повний доступ залежить від його прихильності цим принципам.[1730] З іншого боку, він визнав, що також існує зацікавленість у забезпеченні наявності відповідних доказів для суду, щоб вони могли сприяти досягненню справедливих результатів.[1731]

[1722] *Там само,* п. 34; *Прокурор проти Мілошевича* (Рішення) IT-02-54-AR108bis&AR73.3 (23 жовтня 2002) п. 26.
[1723] Правила процедури та доказування, правило 82(3); Римський статут, ст. 54(3).
[1724] *Прокурор проти Благоє Сіміча та інших* (Рішення) IT-95-9-PT (27 липня 1999).
[1725] Кейт Макінтош, «Примітка для гуманітарних організацій про співпрацю з міжнародними трибуналами» (2004) 86 Int'l Rev. Red Cross 131, С. 133.
[1726] *Прокурор проти Благоє Сіміча та інших* (Decision) IT-95-9-PT (27 липня 1999) п. 74.
[1727] *Прокурор проти Благоє Сіміча та інших* (Окрема думка Судді Девіда Ханта) IT-95-9-PT (27 липня 1999).
[1728] *Там само,* п. 35.
[1729] *Там само,* п. 17.
[1730] *Там само,* п. 14.
[1731] *Там само,* п. 17.

Зрештою, суддя Хант дійшов висновку про те, що ризики, пов'язані з розкриттям інформації, переважують перешкоди, які створюються у випадку відхилення доказів.[1732] Незважаючи на нейтральність перевірки судді Ханта, застосування цього тесту для більшості випадків, пов'язаних з НУО, призведе до відхилення доказів.[1733] Це буде сильним і переконливим аргументом, коли МКС буде приймати рішення з даного питання.[1734] І справді, в МКТР Судова палата заявила, що право МКЧХ не стосується інших і є недоречним, якщо національні товариства Червоного Хреста діють незалежно від МКЧХ.[1735] У справі *Радослава Брджаніна (Brđanin)*[1736] МТКЮ визнав обмежене право воєнних кореспондентів на нерозголошення джерел отриманої інформації.[1737] Дехто припускає, що права, встановлені для воєнних кореспондентів у справі *Брджаніна*, яка розглядалася в МТКЮ, будуть застосовуватися за аналогією до НУО.[1738] У будь-якому випадку, складається враження, що існують кілька способів застосування встановлених права для захисту конфіденційних джерел, дозволяючи членам НУО бути викликаними до МКС, при цьому не будучи зобов'язаними відповідати на питання, що суперечать положенням конфіденційності.

D. Винятки із зобов'язань свідків надавати записи МКС

Цілком можливо, що представники громадянського суспільства можуть бути змушені надати свою інформацію та записи МКС. Однак існують винятки з цього правила. Даний розділ розглядатиме вказані винятки. По-перше, у ньому обговорюється те, що може трапитися з інформацією, яка була передана державі конфіденційно. По-друге, він розглядає потенційне використання інформації, наданій Прокурору МКС конфіденційно. Крім того, даний розділ

[1732] *Там само,* п. 41.
[1733] HRW, 'Як неурядові організації можуть сприяти переслідуванню воєнних злочинців' вересень 2004, с. 17.
[1734] Кейт Макінтош, «Примітка для гуманітарних організацій про співпрацю з міжнародними трибуналами» (2004) 86 Int'l Rev. Red Cross 131, С. 138.
[1735] *Прокурор проти Мувуний* (Reasons) ICTR-2000-55A-T (15 липня 2005) п. 19 (із зазначенням, що «як заявлено Судовою палатою МКТЮ у справі Сіміча, такі результати «не відкриють шлюзи» щодо інших організацій» та із вказуванням на той факт, «Правила процедури та доказування однаково гарантують, що таким правом користується лише МКЧХ, і жодна інша організація»). У цьому випадку Палата не змогла з'ясувати питання, чи такі національні товариства користувалися правом, тому що сторона захисту не надала жодного доказу, щоб «припустити, що [Бельгійське товариство Червоного Хреста] має міжнародний імунітет для свідка стосовно інформації, якою володіють співробітники»).
[1736] *Прокурор проти Брраніна і Тадича* (Interlocutory Appeal) IT - 99-36 AR73.9 (11 грудня 2002).
[1737] *Там само.*
[1738] *Прокурор проти Радослава Брраніна та Моміра Таліча* (Рішення) IT-99-36-AR73.9 (11 грудня 2002); Меган А. Ферлі, «Привілеї для доказів журналістів, які працюють у районах збройних конфліктів - докази в судах у справах воєнних злочинів - процес вироблення правил МКТЮ» (2004) 98 Am. J. Int'l L. 805, с. 809; Джон Р.В.Д. Джонс, "The Gamekeeper- Turned-Poacher's Tale" (2004) 2 J. Int'l Crim. Just 486, 491; Кейт Макінтош, «Примітка для гуманітарних організацій про співпрацю з міжнародними трибуналами» (2004) 86 Int'l Rev. Red Cross 131, С. 460.

обговорює концепцію встановлених вимог (визначених та описаних вище стосовно зобов'язання свідка давати показання щодо фактів, які йому відомі). І нарешті, в розділі розглядається, що саме може трапитися з внутрішніми документами, такими як рукописні нотатки або внутрішні електронні листи, створені НУО або іншою організацією, дані про яку не підлягає розкриттю

a) Конфіденційна інформація, яка надається державі

МКС має повноваження звернутися до держави-учасниці з проханням надати документ або інформацію, що знаходиться у її віданні, розпорядженні або під її контролем та яка була розкрита їй на умовах конфіденційності «державою, міжурядовою організацією або міжнародною організацією».[1739] Якщо держава-учасниця зобов`язана це зробити, вона повинна заручитися згодою сторони, яка надала документ або інформацію, на розкриття такого документа або інформації.[1740]

Правило стосується різних ситуацій, коли інформація була надана державі суворо конфіденційно. Якщо державі відома інформація, то вона повинна запросити відповідну організацію надіслати вихідний документ або інформацію, коли МКС попросить державу це зробити. Цілком можливо, що сторона, яка надала інформацію, відмовиться надати згоду. Надзвичайно важливо для України і громадських організацій в Україні у випадку відмови від надання згоди відповідна стаття передбачає:

> Проте, якщо першоджерело не є державою-учасницею і відмовляється дати згоду на розкриття, запитувана держава має повідомити Суд про те, що не може надати документ або інформацію через попереднє зобов'язання щодо конфіденційності стосовно першоджерела.[1741]

Таким чином, документ або частина інформації, якою володіє держава-учасниця та що була надана їй НУО виключно у конфіденційному порядку, ймовірно, залишиться конфіденційною.

b) Конфіденційна інформація, надана Прокурору МКС

В якості альтернативи, інформація або документи можуть бути надані Прокурору МКС з проханням збереження їх конфіденційності. Якщо було отримано прохання про це, вони не можуть бути розкриті за умови, що дана інформація використовується Прокурором тільки для отримання нової інформації під час розслідування. Статті 54(3)(d) і (e) стверджують, що на будь-якій стадії судового розгляду Прокурор МКС може погодитися не розкривати документи або інформацію, яку Прокурор

[1739] Римський статут, ст. 73.
[1740] *Там само.*
[1741] *Там само.*

отримала на умовах конфіденційності і виключно з метою отримання нових доказів, за умови отримання згоди від особи, що надала інформацію.

Цікаво, що у справі *Лубанги* значна частина зібраних доказів була отримана в порядку укладення угод про конфіденційність, і деякі з них були доказами «невинуватості».[1742] Іншими словами, вони спростовують твердження обвинувачення проти обвинуваченого. Апеляційна палата МКС заявила, що це положення буде застосоване неправильно, якщо угоди стануть підґрунтям істотної кількості доказів невинуватості, які зазвичай мають бути передані стороні захисту.[1743] Крім того, якщо Прокурор включить до доказів матеріал, який захищається, Палата не може запросити надання додаткових доказів від особи, яка їх надає, а також не може викликати таку особу в якості свідка. Відповідно, якщо НУО чітко вказує, що інформація є конфіденційною і не має використовуватися, вона не буде розкрита. Вона буде використовуватися тільки для сприяння отриманню додаткових доказів.

c) Конфіденційність внутрішніх документів

Записи та документи, підготовлені тільки для внутрішнього користування, можуть залишатися конфіденційними, оскільки документи повинні зберігатися в організації, яка підготувала документ (а не використовуватися стороною в ході судового розгляду). Проте Human Rights Watch попереджає, що «НУО можуть змусити розкрити інформацію, яку вони мали намір зберігати в таємниці».[1744] Це вірно. Не може бути ніяких гарантій. В даному розділі визначаються способи захисту від розголошення внутрішніх документів.

По-перше, Правила процедури і доказування МКС передбачають, що внутрішні документи, підготовлені однією зі сторін, не підлягають розголошенню.[1745] Вони стверджують, що: «доповіді, меморандуми та інші внутрішні документи, підготовлені однією зі сторін, її помічниками або представниками у зв'язку з розслідуванням або підготовкою справи, не підлягають розкриттю».[1746] Дана категорія інформації, як правило, вважається внутрішнім «робочим продуктом». МКС розширив даний список, і як внутрішній «робочий продукт» включив:

[1742] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення) ICC-01/04-01/06 (13 червня 2008) п. 14-19; Сабіне Свобода, «Режим розкриття інформації МКС - перспектива захисту» (2008) 19 Criminal Law Forum 449, с. 463.
[1743] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення) ICC-01/04-01/06 OA 13 (21 жовтня 2008) пп. 59 та 101.
[1744] Міжнародний кримінальний суд, Правила процедури та доказування, ICC-ASP/1/3 (Рст. II-A) (2002) ("Правила процедури та доказування"), правило 85; 'Посібник щодо участі жертв у провадженні Суду' (*МКС*).
[1745] Правила процедури та доказування, правило 81.
[1746] *Там само.*

> i) всі доповіді про попередні вивчення; ii) інформацію, пов'язану з підготовкою справи, як внутрішні меморандуми, правові дослідження, тематичні гіпотези і стратегії слідства або суду; iii) інформацію, пов'язану з цілями і методами розслідування обвинувачення; iv) аналіз і висновки на основі доказів, зібраних Прокурором МКС; v) записи слідчого під час дачі показань, відображені в показаннях свідків або аудіо-відео записи заяв; vi) суб'єктивні думки або висновки слідчого, записані в записах слідчого, зроблених під час дачі показань; і vii) внутрішнє листування.[1747]

Питання про те, що вважається внутрішнім «робочим продуктом», виникло у справі *Лубанги*. Було поставлено питання щодо того, якою мірою записи слідчого, зроблені під час дачі показань, можуть бути відредагованими або підлягати розкриттю. 5 листопада 2010 року Судова палата поставила питання, чому розкриття записів показань, зроблених слідчим, було здійснено із запізненням. Проблема з меморандумом, який став доступним, полягала в тому, що він був відредагований. Конкретний пункт, який було відредаговано, містив негативну оцінку надійності свідка на підставі відмови свідка надати певні документи. Судова палата заявила, що Прокурор виправдано відмовив в утриманні негативної оцінки слідчого щодо надійності свідка на підставі того, що така оцінка була внутрішнім робочим продуктом. Проте, Палата зазначила, що це не завжди так. Тим не менш, Судова палата постановила, що сторона обвинувачення діяла правомірно, визнавши оцінювання внутрішнім робочим продуктом.[1748]

Варто зазначити, однак, що існує різниця між записами під час дачі показань та написанням проекту заяви про докази свідків. Ці проекти є попередніми заявами. Правила чітко регулюють попередні заяви. Відповідно до правила 76 Правил процедури і доказування МКС, попередні заяви підлягають розкриттю стороні захисту. Вони робляться тільки тоді, коли в ході розслідування свідки допитуються про їхні знання справи.[1749] Скоріше за все, це не стосується, наприклад, матеріалу показань щодо безпеки свідків.[1750] Таким чином, на записи, зроблені представниками громадянського суспільства, не поширюється обмежене право на конфіденційність. Human Rights Watch вірно зазначили, що записи можуть розкриватися, тому при їх написанні слід мати це на увазі.

[1747] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Поправка до Рішення про прийнятність чотирьох документів) ICC-01/04-01/06 (20 січня 2011 року) п. 18.
[1748] *Там само,* п. 18.
[1749] *Прокурор проти Боско Нтаганди* (Рішення) ICC-01/04-02/06-840-Conf-Exp (18 серпня 2015) п. 53; *Прокурор проти Жан-П'єра Бемба Гомбо та ін.* (Рішення) ICC-01/05- 01/13-1227 (9 вересня 2015) п. 9.
[1750] *Прокурор проти Боско Нтаганди* (Рішення) ICC-01/04-02/06-840-Conf-Exp (18 серпня 2015) п. 54.

III. Судовий розгляд

В цій Частині зачіпаються два питання: по-перше, як інформація, яка стосується ймовірних злочинів, що підпадають під юрисдикцію МКС, може надсилатися Прокурору на ранніх стадіях розслідування; та по-друге, як Суд може використовувати інформацію та докази під час судового розгляду. У цьому розділі увага зосереджена на тому, що відбувається в МКС на етапі судового розгляду; зокрема, процедурі судового розгляду і правах обвинуваченого.

A. Підготовка до судового розгляду

З моменту свого утворення Судова палата, як правило, призначає[1751] одного зі своїх членів нести відповідальність за підготовку судового процесу і сприяння справедливому і швидкому проведенню судового розгляду, наприклад, шляхом забезпечення того, щоб докази були розкриті обома сторонами своєчасно.[1752] Як тільки це буде зроблено, Палата головуватиме на «розпорядчому засіданні», на якому часто присутні Прокурор і представники сторони захисту, для того, щоб встановити дату початку судового розгляду. Після того, як всі сторони дійшли згоди про те, коли буде найбільш доречно його провести, ця дата має бути доведена до відома всіх осіб, що беруть участь в процесі[1753] і, в свою чергу, оприлюднена.

На даному етапі, до початку судового розгляду, Прокурор або сторона захисту можуть поставити Палаті будь-які питання, які вони мають, щодо майбутнього судового процесу. Це може бути що завгодно, починаючи від заперечення юрисдикції Суду або допустимості справи[1754] до подачі клопотань стосовно проведення судового розгляду.[1755] Всі подані в Палаті клопотання мають бути зроблені в письмовій формі і, якщо тільки клопотання не стосується приватної процедури за участю лише однієї сторони (відомої як «*ex parte*»), то вони надаються іншій стороні.[1756]

B. Вступна заява

Одним з перших актів, які здійснює Судова палата, є зачитування обвинувачень, висунутих Прокурором обвинуваченому, що підтверджуються Палатою попереднього провадження. Статут закріплює, що як тільки Судова палата переконається, що обвинувачений усвідомлює характер

[1751] Правила процедури та доказування, правило 132*bis* (1).
[1752] *Там само,* правило 132*bis* (2).
[1753] *Там само,* правило 132.
[1754] *Там само,* правило 133.
[1755] *Там само,* правило 134.
[1756] *Там само,* правило 134(1).

обвинувачень (за необхідності, за допомогою синхронного перекладу), йому надається можливість визнати себе «винним» або «невинним» в обвинуваченнях.[1757]

Варто зазначити, що визнання «провини» обвинуваченим не дає жодних гарантій, що Палата її визнає. Замість цього, якщо обвинувачений визнає провину, Судова палата повинна спочатку визначити, чи: (i) розуміє обвинувачений характер і наслідки визнання провини; (ii) було визнання здійснено обвинуваченим добровільно після отримання достатніх консультацій зі своїм захисником; та (iii) визнання узгоджується з фактичними обставинами справи, які містяться в обвинуваченні і доказах, представлених Прокурором.[1758]

Палата вважатиме визнання провини розумним і оголосить обвинуваченого засудженим за скоєння злочинів, пред'явлених в судовому розгляді тільки тоді, коли Палата буде впевнена, що було дотримано кожну з перелічених вище вимог.[1759] Якщо Судова палата не буде впевнена у тому, що було дотримано кожну вимогу, Судова палата буде змушена не брати до уваги визнання провини та має оголосити продовження судового розгляду відповідно до звичайних процедур розгляду справи, передбачених Статутом і, якщо головуючий суддя вважає, що визнання провини може перешкодити справедливості судового розгляду, призначити іншу Судову палату для розгляду справи.[1760]

Крім того, Судова палата також має повноваження ігнорувати визнання провини і продовжувати судовий розгляд відповідно до звичайних процедур розгляду справи, якщо вона вирішить, що більш повний виклад фактів є необхідним в інтересах правосуддя (зокрема, в інтересах потерпілого). Для того щоб встановити, чи є це таким випадком, Правила дозволяють суддям Судової палати запитувати висновки і точки зору Прокурора і сторони захисту.[1761] У разі, якщо Судова палата приймає рішення про необхідність більш повного викладу фактів, Палата може вжити заходів запитати, щоб Прокурор подав додаткові докази або передав справу на розгляд іншої Судової палати, як було зазначено в попередньому пункті.[1762]

C. Права обвинуваченого в ході судового розгляду

Якщо обвинувачений не визнає себе винним, з цього моменту тягар доведення, що засуджений без жодних сумнівів є винним, лежить на Прокурорі. Відповідно до Статуту, кожен, хто постає

[1757] Римський статут, ст. 64(8)(a).
[1758] *Там само,* ст. 65(1).
[1759] *Там само,* ст. 65(2).
[1760] *Там само,* ст. 65(3).
[1761] Правила процедури та доказування, правило 139.
[1762] Римський статут, ст. 65(4).

перед судом, має основоположне право вважатися невинним доти, поки його вина не буде доведена відповідно до законів та процедур Суду.[1763]

Статут чітко закріплює, що протягом усього судового процесу, з перших вступних заяв до моменту винесення судового рішення, обвинуваченому повинні бути надані мінімальні права і привілеї для забезпечення справедливості, неупередженості судового розгляду і балансу повноважень обвинувачення і сторони захисту.[1764] Положення статті 67 надають обвинуваченому право: (i) негайно бути проінформованим про обвинувачення мовою, яку він повністю розуміє;[1765] (ii) мати достатній час і можливості для підготовки свого захисту і спілкуватися зі своїм адвокатом в умовах конфіденційності;[1766] (iii) бути судимим без невиправданої затримки;[1767] (iv) бути забезпеченим правовою допомогою, якщо він не в змозі дозволити собі свій власний захист;[1768] (v) допитати свідків, або щоб свідки були допитані їх адвокатом;[1769] (vi) користуватися допомогою перекладача, коли і якщо це буде необхідно для того, щоб повністю розуміти судовий розгляд;[1770] та (vii) не бути змушеним давати показання, визнавати свою провину і зберігати мовчання без визначення винуватості або невинуватості.[1771]

D. Процедура судового розгляду

Головуючий суддя Палати може давати вказівки про те, яким чином повинен тривати процес і в якому порядку повинні бути представлені докази, у той же час, на початку судового розгляду він пропонує обвинуваченому зробити заяву.[1772] Якщо не було надано жодних вказівок, Прокурор і сторона захисту можуть спробувати домовитися про порядок і спосіб, в якому докази повинні бути представлені Судовій палаті.[1773] Якщо не буде досягнуто консенсусу, головуючий суддя надасть вказівки.

Незалежно від того, які вказівки було надано, всі свідки, що постали перед Судовою палатою, допитуються однаковим чином. По-перше, сторона, яка представляє докази через свідка, має право допитати цього свідка на підставі їх доказів. Так починається «головна експертиза». Однією з цілей головної експертизи є роз'яснення Суду доказів, які подаються. Після того, як закінчується

[1763] *Там само,* ст. 66.
[1764] *Там само,* ст. 67.
[1765] *Там само,* ст. 67(1)(a).
[1766] *Там само,* ст. 67(1)(b).
[1767] *Там само,* ст. 67(1)(c).
[1768] *Там само,* ст. 67(1)(d).
[1769] *Там само,* ст. 67(1)(e).
[1770] *Там само,* ст. 67(1)(f).
[1771] *Там само,* ст. 67(1)(g).
[1772] *Там само,* ст. 64(8).
[1773] Правила процедури та доказування, правило 140.

головна експертиза, інша сторона матиме право допитати даного свідка з питань, пов'язаних з показаннями свідка, їх надійністю і достовірністю, а також інших відповідних питань; це є «перехресним допитом».[1774] Врешті-решт, члени Судової палати мають право допитати свідка до, під час або після того, як свідок був допитаний іншими сторонами.[1775] Якщо інше не передбачено Судовою палатою, жоден свідок не повинен бути присутнім, коли інший свідок дає показання.[1776]

До того, як надаються будь-які показання, всі свідки повинні підписати зобов'язання щодо правдивості та точності доказів, які вони збираються представити Палаті.[1777] Стаття 69 передбачає, що Прокурор і сторона захисту можуть прийняти рішення подати Палаті будь-які докази, які стосуються справи.[1778] Однак, як вже зазначалося вище, Палата залишає за собою право визнати будь-які представлені докази неприйнятними для цілей судового розгляду.[1779] Крім того, Палата також залишає за собою право вимагати подання будь-яких доказів, що не були подані Прокурором або стороною захисту, і які вона вважає необхідними для встановлення істини.[1780]

Протягом судового розгляду у зв'язку з часто чутливим і обтяжуючим характером можливих злочинів, Судова палата має безперервне зобов'язання вживати всіх необхідних заходів для захисту безпеки, фізичного і психологічного благополуччя, гідності та приватного життя потерпілих і свідків.[1781] За певних обставин це може означати, що Палата могла б вирішити, наприклад, зробити виняток з правила про те, що всі процедури повинні бути відкритими, і призначити закритий розгляд деяких судових розглядів.[1782] Даний виняток був би особливо доречний у разі, якщо свідчать жертва сексуального насильства або діти. При вирішенні питання щодо таких винятків, Статут зобов'язує Палату брати до уваги всі обставини, зокрема, щодо того, як таке виключення може нашкодити справедливості судового розгляду.[1783]

Так само, коли показання свідків можуть привести до «серйозної загрози» безпеці або благополуччю свідка або його сім'ї, Статут дозволяє Прокурору не використовувати ці докази і замість цього представити резюме доказів в Суду.[1784] Знову ж, Статут чітко закріплює, що дані

[1774] *Там само,* правило 140(2)(b).
[1775] *Там само,* правило 140(2)(c).
[1776] *Там само,* правило 140(3).
[1777] Римський статут, ст. 61(1).
[1778] Римський статут, ст. 69(3).
[1779] *Там само,* ст. 69(4).
[1780] *Там само,* ст. 69(2).
[1781] *Там само,* ст. 68(1).
[1782] *Там само,* ст. 68(2).
[1783] *Там само,* ст. 68(2).
[1784] *Там само,* ст. 68(5).

винятки повинні застосовуватись лише таким чином, щоб не задати шкоди або не порушувати права обвинуваченого на справедливий і неупереджений судовий розгляд.

IV. Завершення подання доказів та заключні заяви

Після того, як в Палаті були заслухані всі свідки і надані всі докази, головуючий суддя заявляє, що подання доказів закінчилося. Потім Палата пропонує Прокурору і стороні захисту зробити заключні заяви.[1785] Заключні заяви дають Прокурору і стороні захисту можливість нагадати Палаті про представлені докази і факти, а також підтвердити аргументи, що стосуються їх відповідних справ.

V. Судові дебати

Як тільки Прокурор та сторона захисту зроблять свої заключні заяви, судді Судової палати залишають зал судових засідань, щоб обговорити питання, підняті в ході судового розгляду, і почати формувати колективний висновок.[1786] У цьому пункті Правила закріплюють, що всім тим, хто брав участь в роботі суду, необхідно повідомити про дату, коли Судова палата прийме рішення, а також що рішення має бути прийнято протягом «розумного періоду часу» після того, як Судова палата пішла на нараду.[1787]

VI. Вирок

Для того, щоб винести будь-який вирок, Статут МКС передбачає, що всі судді Палати мають бути присутніми на кожній стадії судового розгляду, а також протягом усіх обговорень.[1788] Проте, існують положення для членів Палати про те, що вони мають бути замінені альтернативними суддями, якщо будь-хто з першої колегії суддів за будь-якої причини не може продовжувати відвідувати Палату.[1789]

Статут передбачає, що вирок, який виносить Палата, має бути заснований на її «оцінці доказів і всього провадження у справі»[1790] і не повинен виходити за рамки фактів і обставин, викладених в обвинуваченнях, які були передані до Судової палати Палатою попереднього провадження. При винесенні вироку Статут зобов'язує Палату зробити спробу прийти до одноголосного рішення, однак у разі неможливості досягнення одноголосного рішення Статут допускає прийняття

[1785] Правила процедури та доказування, правило 141.
[1786] *Там само,* правило 142.
[1787] *Там само,* правило 142(2).
[1788] Римський статут, ст. 74(1).
[1789] *Там само.*
[1790] *Там само,* ст. 74(2).

рішення більшістю голосів суддів.[1791] Якщо рішення буде прийнято більшістю голосів, то стислий виклад рішення має містити погляди більшості і меншості суддів.[1792] З моменту як Палата залишає залу судових засідань для подальшого обговорення, всі аспекти справи повинні залишатися в таємниці. Лише після того, як буде розповсюджена інформація про відповідне рішення разом з мотивуючою частиною, рішення Палати повинно стати загальновідомим.[1793]

Якщо вирок є «обвинувальний», Палата починає процедуру призначення покарання. Якщо він не винен, обвинувачений звільняється і справа закривається.

VII. Призначення покарання

Даний розділ розглядає порядок призначення МКС покарання. По-перше, в розділі зазначається мета засудження ще до обговорення застосовних принципів, які судді МКС повинні враховувати при призначенні покарання засудженого. Розділ розглядає правову основу засудження, дискреційні повноваження суддів та апеляційний процес

A. Мета засудження

Злочинці засуджуються у двох цілях: покарати і попередити скоєння нових злочинів. По-перше, засудження має на меті забезпечення того, щоб винні у скоєнні найбільш тяжких злочинів не залишилися безкарними.[1794] Покарання засудженого розглядається як сприяння процесу примирення і відновленню миру у відповідних громадах. Призначення покарання, яке відповідає «потребі потерпілих та членів їх сімей у правді та справедливості», є «вираженням осуду суспільством злочинного діяння і особи, яка його вчинила», а також є «способом визнання шкоди та страждань, заподіяних потерпілим».[1795] По-друге, вважається, що призначення покарання виступатиме стримуючим фактором для тих, хто має намір в майбутньому вчиняти найсерйозніші злочини, а отже, сприятиме попередженню таких злочинів.[1796]

При визначенні покарання Судова палата має суттєві дискреційні повноваження,[1797] оскільки вона повинна: (i) вивчити актуальність та вагу всіх факторів, у тому числі пом'якшуючих та обтяжуючих обставин; (ii) зважити всі фактори, які вона вважає доречними; (iii) розглянути

[1791] *Там само,* ст. 74(3).
[1792] *Там само,* ст. 74(5).
[1793] *Там само,* ст. 74(4).
[1794] *Прокурор проти Жермена Катанги* (Вирок) ICC-01/04-01/07 (23 травня 2014) п. 38.
[1795] *Там само.*
[1796] *Там само,* п. 37.
[1797] Як про це нагадує Апеляційна палата у рішенні стосовно апеляції на вирок у справі Лубанги, Палата «скористалася широким вибором своїх можливостей при визначенні покарання». *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06 (1 грудня 2014) («Рішення стосовно апеляції на вирок у справі Лубанги») п. 1.

питання пропорційності покарання; і (iv) прийняти рішення щодо того, які факти і обставини мають бути прийняті до уваги при визначенні засудження. Суд може призначити два види покарання: тюремне ув'язнення і фінансові санкції. Фінансові санкції є допоміжною мірою до основного вироку.

B. Процедура призначення покарання

У разі винесення обвинувального вироку, Судова палата проводить окреме слухання стосовно вироку. Відповідно до статті 76(4) Статуту, вирок проголошується публічно та, коли це можливо, в присутності обвинуваченого. Стаття 76(1) передбачає, що Судова палата розглядає питання про призначення відповідного покарання і бере до уваги представлені в ході судового процесу докази і зроблені подання, що стосуються призначення покарання.

Подальше слухання будь-яких додаткових доказів або доводів, що стосуються призначення покарання, може бути проведено тільки якщо обвинувачений визнав свою провину відповідно до статті 64 Статуту. Це слухання має бути проведено на прохання Прокурора або обвинуваченого, або за власною ініціативою Палати.[1798] Відповідно до статті 143, головуючий суддя встановлює дату проведення додаткового слухання, яке може бути відкладено виключно Судовою палатою або за власною ініціативою або на прохання Прокурора, захисту або законних представників потерпілих, що беруть участь у судовому розгляді відповідно до правил 89 і 91.

a) Види покарань, що можуть бути застосованими

Суд може призначити два види покарання: тюремне ув'язнення і фінансові санкції. Фінансові санкції є допоміжною мірою до основного вироку. Будь-яка особа, що була засуджена за скоєння злочину, зазначеного в статті 5 Статуту, може бути засуджена до позбавлення волі на строк до 30 років,[1799] або, у виняткових випадках, на термін довічного ув'язнення, якщо це виправдано виключно тяжким характером злочину та індивідуальними обставинами засудженого.[1800] Крім позбавлення волі, засудженому може бути наказано:

Відповідно до правила 146(5), несплата штрафу може спричинити продовження терміну позбавлення волі за клопотанням Президією Суду або на прохання Прокурора, коли були вичерпані всі доступні заходи забезпечення дотримання.[1801] Період продовження терміну позбавлення волі не повинен перевищувати чверті цього терміну або п'яти років в залежності від

[1798] Відповідно ст. 76(2) Римського статуту.
[1799] Римський статут, ст. 77(1)(a).
[1800] *Там само,* ст. 77(1)(b).
[1801] Правила процедури та доказування, правила 217-222.

того, що менше, і не може призвести до повного терміну тюремного ув'язнення на строк понад 30 років. Відповідно до правила 146(6), для того, щоб визначити, чи потрібно продовжити термін покарання, Президія матиме засідання в приватному порядку і заслухає думки засудженої особи, якій може допомагати адвокат.

- Сплатити штраф відповідно до критеріїв, передбачених у правилі 146 Правил;[1802]
- Віддати під час конфіскації доходи, майно і активи, отримані прямо або опосередковано в результаті злочину, не порушуючи права добросовісних третіх осіб.[1803]

b) *Фактори, які слід враховувати при винесенні вироку*

При призначенні відповідного покарання Палата бере до уваги докази і матеріали, що були надані в ході судового розгляду і стосуються призначення покарання.[1804]

Якщо особа була засуджена за більш ніж один злочин, покарання за кожний злочин буде оголошуватись на додаток до спільного покарання із зазначенням всього терміну позбавлення волі.[1805] Таке покарання за сукупністю злочинів буде, як мінімум, відповідати найсуворішим індивідуальним покаранням, але не перевищувати термін позбавлення волі 30 років, або довічним позбавленням волі, якщо застосовуються умови, передбачені статтею 77(1)(б) Статуту.[1806]

Після того, як було призначено покарання, відповідно до рішення Суду, Суд може відняти час, який засуджений провів в ув'язненні до рішення Суду про призначення покарання. Якщо час було витрачено на затримання не за наказом Суду, а за поведінку, що становить склад злочину, Суд також може відняти цей час.[1807]

c) *Фінансові санкції*

Крім позбавлення волі, засудженого можуть засудити до сплати штрафу відповідно до певних критеріїв,[1808] а також до конфіскації доходів, майна і активів, отриманих прямо або опосередковано в результаті вчинення злочину, без шкоди для прав добросовісних третіх осіб.[1809]

[1802] Римський статут, ст. 77(2)(a).
[1803] *Там само,* ст. 77(2)(b).
[1804] *Там само*, ст. 76(1).
[1805] *Там само,* ст. 78(3).
[1806] Відповідно до ст.77(1)(b) Римського статуту довічне ув'язнення призначається в тих випадках, коли це виправдано виключно тяжким характером злочину та індивідуальними обставинами особи, визнаної винною в його скоєнні.
[1807] Римський статут, ст. 78(2).
[1808] *Там само,* ст. 77(2)(a).
[1809] *Там само,* ст. 77(2)(b).

При вирішенні питання про присудження штрафу Суд повинен враховувати наступне: (i) чи є позбавлення волі достатнім покаранням; (ii) фінансове становище засудженого; (iii) обставини, передбачені у правилі 145 щодо визначення покарання; і (iv) чи був мотив злочину заснований на особистій фінансовій вигоді і якою мірою.[1810] Сума штрафу також встановлюється відповідно до: (i) завданої шкоди і травм; (ii) відповідної вигоди, отриманої виконавцем в результаті злочину; і (iii) статки засудженого в якості штрафу не можуть перевищувати 75 відсотків від вартості його визначених активів, ліквідних або реалізованих, а також майна, за вирахуванням відповідної кількості, щоб задовольнити фінансові потреби засудженого і його утриманців.[1811] Несплата штрафу може спричинити продовження терміну позбавлення волі.[1812]

Коли вирішується питання про конфіскацію конкретних доходів, майна або активів, Суд може призначити таке покарання за наявності двох обставин: (i) необхідно довести, що вони були отримані прямо або опосередковано в результаті вчинення злочину; та (ii) необхідно переконатися, що не порушуються права добросовісних третіх осіб.[1813] Палата повинна провести додаткове слухання, щоб заслухати і розглянути докази, що стосуються виявлення і знаходження конкретних доходів, майна або активів, отриманих прямо або опосередковано в результаті вчинення злочину, до видачі ордеру про конфіскацію, якщо вище зазначені умови було дотримано.[1814] Палата повинна повідомити добросовісну третю сторону, яка має отримати можливість представити актуальну інформацію стосовно даного питання.[1815]

Палата може наказати, щоб гроші або майно, які були зібрані за рахунок штрафів або конфіскації, були передані в Цільовий фонд МКС шляхом постанови після того, як представник Фонду мав змогу подати письмові або усні зауваження.[1816]

C. Підхід до призначення покарання

При призначенні відповідного покарання Палата бере до уваги докази і матеріали, що були надані в ході судового розгляду, і стосуються призначення покарання.[1817] Обставини, які Суд буде брати до уваги при винесенні рішення про призначення покарання, перераховані в статті 78 і правилі 145. А саме, Суд братиме до уваги наступне: (i) тяжкість злочину; (ii) особисті обставини засудженого

[1810] Правила процедури та доказування, правило 146(1).
[1811] *Там само,* правило 146(2).
[1812] *Там само,* правило 146(5).
[1813] Римський статут, ст. 77(2)(b).
[1814] Відповідно до правила 147(1) та (4) Правил процедури та доказування.
[1815] Правила процедури та доказування, правило 147(2) та (3).
[1816] Римський статут, ст. 79(2); Правила процедури та доказування, правило 148.
[1817] *Там само,* ст. 76(1).

та інші фактори, як і ті, що передбачені у правилі 145, включаючи (iii) ступінь заподіяної шкоди, зокрема, шкоди, заподіяної потерпілим та їхнім родинам, характер протизаконних дій і засоби, які використовувалися для вчинення злочину; (iv) ступінь участі засудженого; (v) ступінь наміру; (vi) обставини характеру, часу і місця; а також (vii) вік, освіта, соціальне і економічне становище засудженого.[1818] Крім того, Палата повинна брати до уваги будь- які пом'якшуючі та обтяжуючі обставини.[1819] Врешті-решт, покарання повинні відображати винність засудженого,[1820] зважити всі відповідні фактори, описані вище, у тому числі пом'якшуючі та обтяжуючі обставини і врахувати обставини як засудженого, так і злочину.[1821] Важливо, щоб покарання було пропорційним вчиненому злочину(ам), і, відповідно, покарання може бути оскаржене, якщо воно вважається непропорційним.[1822] Слід зазначити, що цей перелік не є вичерпним. Проте Суд повинен розглянути всі фактори, перераховані вище.

В апеляції призначеного покарання у справі *Лубанга* Апеляційна палата зазначила, що «важливість окремої обставини та врахування всіх відповідних обставин для визначення покарання, лежить в основі виконання Судовою палатою дискреційних повноважень». Проте, факт того, що Судова палата не взяла до уваги один з обов'язкових факторів, перерахованих в правилі 145(1)(b) Правил процедури і доказування, може бути прирівняний до юридичної помилки.[1823]

При здійсненні своїх дискреційних повноважень Палата може посилатися на свої попередні рішення, а також рішення інших судів і трибуналів, хоча вони не мають прямого застосування відповідно до положень Римського статуту про призначення покарання. І справді, було визнано, що трибунали *ad hoc* «знаходяться в порівнювальному становищі щодо Суду в контексті призначення покарання».[1824] Тим не менш, з огляду на необхідність особистого підходу до покарання попереднє покарання є «чи не єдиною обставиною, яку серед безлічі інших обставин, слід прийняти до уваги при призначенні покарання» .[1825]

Дані обставини розглядаються нижче стосовно двох рішень МКС про призначення покарання – у справах *Катанги* і *Лубанги*.

[1818] Римський статут, ст. 78.
[1819] Правила процедури та доказування, правило 145(2).
[1820] *Там само,* правило 145(1)(a).
[1821] *Там само,* правило 145(1)(b).
[1822] Римський статут, ст. 81(2)(a).
[1823] Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 1.
[1824] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Вирок) ICC-01/04-01/06 (10 липня 2012) («Судове рішення у справі Лубанги») п. 12.
[1825] Апеляційне рішення у справі Лубанги, пп. 76-77.

a) Докази у справі

По-перше, будуть братися до уваги представлені докази і матеріали, надані в ході судового процесу, які стосуються покарання.[1826] Об'єм доказів і матеріалів, що можуть бути прийняті до уваги при визначенні покарання, має вирішальне значення як для принципу змагальності, так і для справедливості судового розгляду. На практиці, факт того, що це положення означає, що докази, які можуть бути прийняті до уваги при призначенні покарання, обмежуються тим, що стосується фактів та обставин, описаних у обвинуваченні, становить проблему. У рішеннях про призначення покарання у справах *Катанги*[1827] і *Лубанги*[1828] сторона захисту стверджувала, що факти і обставини, які можуть бути прийняті до уваги, обмежені тими, що зазначені у рішенні про затвердження, оскільки брати до уваги обставини, які не були досліджені в ході судового процесу, було б несправедливо.[1829] Проте у справі *Лубанги* Палата постановила, що жодне з положень, які можна застосувати до покарання, не обмежує обставини до тих, що зазначені у рішенні про затвердження, і тому «докази, допущені на цьому етапі можуть виходити за рамки фактів і обставин, викладених у рішенні про затвердження, за умови, що у сторони захисту було достатньо можливості їх розглянути».[1830]

b) Тяжкість злочину

По-друге, тяжкість злочину є одним з ключових факторів, що визначають покарання.[1831] Ні Статут, ні Правила не дають вказівок щодо того, як слід визначати і зважувати тяжкість вчинених правопорушень. Окремі обставини обвинуваченого не визначені, але, здається, збігаються з віком, освітою, соціальним і економічним становищем засудженого, які Палата повинна враховувати.

У справі *Лубанги* Палата, посилаючись на судову практику МКТЮ,[1832] висловила думку про те, що тяжкість злочину є однією з основних обставин, які слід враховувати при призначенні покарання.[1833] Аналогічним чином, у справі *Катанги* Палата визначила тяжкість як перший крок у визначенні пропорційного покарання.[1834]

[1826] Римський статут, ст. 76(1).
[1827] *Прокурор проти Жермена Катанги* (Вирок) ICC-01/04-01/07 (23 травня 2014) («Судове рішення у справі Катанги») п. 27.
[1828] Вирок у справі Лубанги, п. 27.
[1829] *Там само.*
[1830] *Там само,* п. 29.
[1831] *Там само,* п. 36.
[1832] *Прокурор проти Ніколича* (Вирок) IT-94-2-S (18 грудня 2003) п. 144; Марк Дженнінгс, «Стаття 78: Визначення поняття вирок Отто Тріффтерером (ред.) Коментар до Римського статуту Міжнародного кримінального суду: нотатки спостерігача (Hart, 2008) С. 1436.
[1833] Вирок у справі Лубанги, п. 36.
[1834] Вирок у справі Катанги, п. 42.

Ні Статут, ні Правила не дають вказівок щодо того, як слід визначати і оцінювати тяжкість вчинених правопорушень. Судова практика Суду, однак, дійсно пропонує певне уявлення. У рішенні про призначення покарання у справі *Катанги* було відзначено, що кожний злочин, що є підставою для кримінального переслідування, не обов'язково є тяжким, і тому Палата повинна вивчати тяжкість кожного злочину окремо. Таким чином, Палата пояснила, що злочини, вчинені проти осіб, вважаються більш тяжкими, ніж ті, що скоєні проти власності.[1835] Крім того, відповідно до Палати, «критерій тяжкості має бути оцінений як з кількісної, так із якісної точки зору».[1836]

Тяжкість злочину повинна бути розглянута в контексті конкретних обставин справи. Наприклад, у справі *Лубанги* Палата зазначила, що діти є особливо уразливими і що конкретні негативні фізичні і психічні наслідки вербування і використання дітей під час бойових дій можна розглядати як частину обставин, які впливають на визначення Палатою тяжкості злочину.[1837]

Звісно ж, вивчення тяжкості має відрізнятися від розгляду інших факторів, таких як особисті обставини засудженої особи, ступінь участі, ступінь умислу, ступінь завданої шкоди і так далі.[1838] У справі *Катанги* для того, щоб визначити тяжкість злочину Палата вивчила характер і ступінь участі засудженого у вчиненні злочину, шкоду, заподіяну потерпілим та їх родинам, насильство і масштаб скоєного злочину,[1839] а також дискримінаційний аспект нападу, який вважається обтяжуючою обставиною відповідно до правила 145(2)(b). Зазначені вище фактори також включають декілька обставин, перерахованих у правилі 145(1)(c). Докладне обговорення взаємозв'язку між різними факторами і обставинами наводиться нижче.

І в справі *Катанги*,[1840] і в справі *Лубанги*[1841] Палата підтвердила, що фактори, які беруться до уваги при оцінці тяжкості злочину, не можуть додатково враховуватися як обтяжуючі обставини, і навпаки. Палата має право обирати, коли відповідну обставину слід брати до уваги як характеристику тяжкості злочину, а коли в якості обтяжуючої обставини. Така свобода дій важлива тому, що одна або декілька обтяжуючих обставин можуть надати Палаті можливість засудити до довічного ув'язнення.[1842]

[1835] *Там само,* п. 43.
[1836] *Там само,* п. 43.
[1837] Вирок у справі Лубанги, пп. 37-42.
[1838] Правило 145(1) Правил процедури і доказування стверджує, перш ніж перерахувати фактори, які необхідно врахувати, що «крім факторів, згаданих у пункті 1 статті 78 [Суд повинен] врахувати…», що передбачає, що ці фактори будуть вивчатися окремо від тяжкості злочину.
[1839] Вирок у справі Катанги, п. 43.
[1840] *Там само,* п. 35.
[1841] Вирок у справі Лубанги, п. 35.
[1842] Правила процедури та доказування, правило 145(2)(b).

c) *Особисті обставини засудженого*

По-третє, Статут не визначає, що необхідно брати до уваги в якості «особистості засудженого» відповідно до статті 78(1). Проте у правилі 145(1)(c) зазначено, що Палата повинна брати до уваги «вік, освіта, соціальне і економічне становище засудженого».

У рішенні про призначення покарання у справі *Лубанги* Палата поступово розглянула ці фактори. Палата встановила, що, зважаючи на те, що Лубанга був «розумним і добре освіченим», «він усвідомлював всю серйозність злочинів, у яких він був визнаний винним», і що це «визначило рівень обізнаності з його боку як важливу обставину для призначення відповідного покарання».[1843]

d) *Обтяжуючі обставини*

По-четверте, обтяжуючими обставинами, які Суд повинен брати до уваги, є:[1844]

- Попередні судимості за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, або мають схожу природу;
- Зловживання владою або службовим становищем, наприклад, обвинувачений скоїв злочини, про які йде мова, тому що займав керівну посаду;
- Вчинення злочину в обставинах, коли потерпіла особа була особливо вразливою;
- Вчинення злочину з особливою жорстокістю і велика кількість потерпілих;
- Вчинення злочину з будь-яких мотивів, пов'язаних з дискримінацією;[1845]
- Інші обставини, які, хоч і не перераховані вище, в силу своєї природи аналогічні до тих, що були згадані.[1846]

Оскільки будь-які обтяжуючі обставини «встановлені Палатою, можуть мати значний вплив на загальний строк покарання», то вважається необхідним, щоб вони були встановлені поза всяких розумних сумнівів, а не на основі переваги доказів.[1847]

У рішенні про призначення покарання у справі *Катанги* Палата відхилила три з чотирьох обтяжуючих обставин, висунутих обвинуваченням, оскільки вони вже були прийняті до уваги при розгляді тяжкості злочинів. Таким чином, Палата аналізувала лише зловживання владою або

[1843] Вирок у справі Лубанги, п. 55.
[1844] Правила процедури та доказування, правило 145(2)(b).
[1845] Зокрема, стать, вік, раса, колір шкіри, мова, релігія або вірування, інші погляди, національне, етничне або соціальне походження, майновий стан, народження або інші ознаки статусу.
[1846] Правила процедури та доказування, правило 145(2)(b).
[1847] *Там само.*

службовим становищем в якості обтяжуючої обставини.[1848] Аналогічним чином, при вирішенні призначення покарання у справі Лубанги, відповідно до принципу подвійного обліку, Палата відмовилася розглядати як обтяжливий фактор той факт, що злочин було скоєно проти особливо вразливих жертв, а саме дітей, оскільки це вже було взято до уваги при визначенні тяжкості злочину.[1849]

При розгляді питання про зловживання владою або службовим становищем в якості обтяжуючої обставини Палата посилалася на судову практику МТКЮ[1850] для того, щоб уточнити, що необхідно продемонструвати наявність двох елементів, а саме, що: (i) засуджений здійснював певні повноваження; та (ii) він зловживав цією владою, наприклад, з використанням свого впливу для сприяння здійсненню злочину.[1851] Апеляційна палата у справі *Лубанги* підтвердила, що Судова палата повинна брати до уваги не тільки займану посаду, а й те, яким чином здійснювалась дана влада.[1852] У справі *Катанги* Палата вважала, що Катанга «мав повноваження визначати потреби і вирішувати не тільки те, чи слід виділити зброю, а й кількість боєприпасів, які будуть виділені, і з цією метою давати накази, яких мають дотримуватися», і прийшла до висновку, що він здійснював владу, але не зловживав нею.[1853]

Стосовно дискримінації в якості обтяжуючої обставини, відповідно до правила 145(2)(b)(v), має бути доведено, що дискримінація була навмисною у скоєнні злочину.[1854] У своїй особливій думці суддя Бентіо вважав, що навіть якщо Лубанга ненавмисно дискримінував дітей, його злочин призвів до такої дискримінації, і тому він повинен нести відповідальність за неї.[1855]

Загалом, необхідно не тільки довести поза всяким розумним сумнівом існування обтяжуючої обставини, вона також має бути пов'язана з засудженим у порядку, який відображає його винність.[1856] Наприклад, Судова палата не розглядає покарання дітей у віці до п'ятнадцяти років в якості обтяжуючої обставини, тому що це не відбулося під час «звичайного ходу подій» вчинених злочинів, і не було підстав припускати, що він наказав, заохочував або був обізнаний про

[1848] Вирок у справі Катанги, пп. 70-71.
[1849] Вирок у справі Лубанги, п. 78.
[1850] МТКЮ, *Прокурор проти Мілошевича* (Апеляційне рішення) IT-98-29/1-A (12 листопада 2009) п. 302; МТКЮ, Прокурор проти Хаджихасановича та Аміра Кубури (Апеляційне рішення) IT-01-47-A (22 квітня 2008) п. 320.
[1851] Вирок у справі Лубанги, п. 75.
[1852] *Там само,* п. 84.
[1853] Вирок у справі Катанги, п. 74.
[1854] Вирок у справі Лубанги, п. 81.
[1855] Особлива думка судді Одіо Беніто у вироку Лубанги, п. 21.
[1856] Вирок у справі Лубанги, п. 69.

покарання, тому вони не могли б бути приписані йому.[1857] Аналогічним чином, щодо сексуального насильства в якості обтяжуючого фактору, відповідно до правила 145(2)(b)(iv), Палата визнала, що має бути доведено поза всяким розумним сумнівом, що: (i) мало місце сексуальне насильство дітей- солдатів; і (ii) що «це може бути пов'язано з паном Лубангою таким чином, що відображає його винність».[1858] Відповідно, Палата розглянула, чи мало місце сексуальне насильство «в звичайному ході» злочинів, чи то «видання наказів або заохочення», чи «знав він про це», або «чи можна було б пов'язати це з ним таким чином, що відображає його винність».[1859]

e) Пом'якшуючі обставини

По-п'яте, пом'якшуючими обставинами, чітко закріпленими у Правилах, є:[1860]

- Обставини, які не становлять достатніх підстав для звільнення від кримінальної відповідальності, такі як істотне зниження розумових здібностей або наявність тиску; та
- Поведінка засудженої особи після вчинення діяння, включаючи будь-які зусилля цієї особи для виплати компенсації потерпілим або співпраця з Судом.[1861]

Пом'якшуючі обставини повинні бути встановлені щодо виваженості доказів, а саме, що щось сталося з більшою ймовірністю, ніж не сталося.[1862]

Пом'якшуючі обставини мають значення тільки для зменшення покарання, і вони не зменшують тяжкість злочину.[1863] Правило145(2)(a) не дає вичерпний перелік пом'якшуючих обставин і тим самим забезпечує Палату широкими дискреційними повноваженнями. Обставини, які були розглянуті, включають: (i) необхідність; (ii) мирні ініціативи і накази про демобілізацію;[1864] (iii) співробітництво з Судом;[1865] (iv) особистість засудженого (вік, сімейне життя, наслідки і труднощі в результаті тривалого відриву від сім'ї та його репутація);[1866] (v) подальшу поведінку засудженої

[1857] *Там само,* п. 59.
[1858] *Там само,* п. 69.
[1859] *Там само,* п. 74.
[1860] Правила процедури та доказування, правило 145(2)(a).
[1861] *Там само*; Таким чином, при визначенні покарання Палата може брати до уваги факти, які, можливо, не були розглянуті в суді, наприклад, співпраця з Судом, що може суперечити ст. 76(1) Римського статуту.
[1862] *Там само,* п. 34.
[1863] Вирок у справі Катанги, п. 77.
[1864] Вирок у справі Лубанги, п. 83-87.
[1865] *Там само,* пп. 88-91; Вирок у справі Катанги, пп. 122-129.
[1866] *Там само,* пп. 78-88.

особи (тобто внесок до процесу встановлення миру і примирення та заяви каяття і співчуття до потерпілих);[1867] та (vi) порушення прав сторони захисту.[1868]

Співпраця з Судом розглядалася як пом'якшуюча обставина відповідно до правила 145(2)(a)(ii) і в справі *Лубанги*, і справи *Катанги*. Правила посилаються на «будь-яку співпрацю» з Судом, не вимагаючи обов'язкового конкретного ступеня співробітництва, на відміну від Правил процедури і доказування трибуналів *ad hoc*, які вимагають «істотного співробітництва».[1869] У справі *Катанги* був зроблений висновок про те, що співпраця не повинна бути істотною, але «повинна перевищувати просто хорошу поведінку» для того, щоб вважатися пом'якшуючою обставиною.[1870] Таким чином, Палата взяла до уваги його тривалі показання, його готовність відповідати на питання сторін і його добровільну пропозицію інформації, але не взяла до уваги його відвідування і хорошу поведінку в Суді, оскільки вона вирішила, що це є «поведінкою, яку будь-яка Палата може очікувати від будь-якого обвинуваченого».[1871]

У рішенні про призначення покарання у справі *Лубанги* Палата зазначила, що, незважаючи на «обтяжуючі обставини»,[1872] засуджений був «шанобливим і співпрацював протягом усього розгляду» і довела «помітну співпрацю з Судом».[1873] Палата охарактеризувала його співпрацю як «помітну», яка відповідає більш високій вимозі, ніж «будь-яка співпраця», як це передбачено в Правилах. В цілому, співпраця з Судом тільки розглядається як пом'якшуюча обставина, коли співпраця перевищує просто хорошу поведінку або відбувається в особливо важких умовах.

Потенціал реінтеграції та реабілітації також є важливим фактором. Дійсно, Палата надала значення, хоч і обмежене,[1874] сімейному стану Катанги, як батька дітей молодшого віку, з двох причин, а саме: (i) благополуччя дітей, які не були відповідальні за злочини свого батька; та (ii) гарантію реінтеграції, яку забезпечують міцні сімейні зв'язки.[1875]

[1867] *Там само,* пп. 89-143.
[1868] *Там само,* пп. 130-140.
[1869] *Там само,* п. 126: з іншого боку, судова практика трибуналів [ad hoc] з часом стає більш гнучкою, і, з іншого боку, Палати більш схиляються до оцінки фактів, і того, що підпадає або не підпадає під визначення
«значне співробітництво», посилаючись при цьому на дві наступні справи: МТКЮ, *Прокурор проти Благоєвича та Йокича* (Апеляційне рішення) IT-02-60-A (9 травня 2007), п. 344; та МТКЮ, *Прокурор проти Горана Єлісіча* (Апеляційне рішення) IT-95-10-A (5 липня 2001), п. 126.
[1870] Вирок у справі Катанги, п. 127.
[1871] *Там само,* п. 128.
[1872] Відповідно до Висновку Палати засуджена особа «знаходилася під значним неправомірним тиском, який чинився стороною обвинувачення під час судового розгляду», Вирок у справі Лубанги, п. 97.
[1873] *Там само,* п. 91.
[1874] Вирок у справі Катанги, п. 144.
[1875] *Там само,* п. 85.

Подальша поведінка засудженої особи, наприклад, його внесок в процес встановлення миру і примирення та вираження каяття або співчуття до потерпілих[1876] також можуть бути взяті до уваги для пом'якшення покарання. Палата зазначила, що для того, щоб врахували внесок засудженого у процес встановлення миру і примирення, такі зусилля повинні бути одночасно відчутними і справжніми без необхідності вимагати наявність результатів.[1877] Що стосується заяв каяття і співчуття до потерпілих, Палата зазначила, що подібні заяви повинні бути щирими, щоб їх взяли до уваги.[1878] Висловлення співчуття або справжнього жалю також можуть взяти до уваги, хоча вони будуть мати меншу вагу, ніж заява про каяття,[1879] за умови, що вони також є щирими, справжніми, а не просто умовністю.[1880]

Судова палата також підтвердила,[1881] що якщо були порушені основні права засудженого, було б доцільно прийняти це до уваги при визначенні покарання.[1882] Проте Суд може прийняти рішення лише стосовно порушень прав засудженого під час його перебування в ув'язненні, оскільки Статут не дозволяє Суду винести рішення про законність процедур затримання тієї чи іншої країни або розглянути питання, чи були вони порушені.[1883] Лише порушення, що стосуються процедури, проведеної у Суді під час затримання від імені Суду, можуть братися до уваги.[1884]

Врешті решт, слід зазначити, що, як і при визначенні обтяжуючих обставин, Палата повинна ретельно розглянути значимість кожної пом'якшувальної обставини. Наприклад, «необхідність» вважалася недоречною в якості пом'якшувальної обставини для виправдання використання дітей-солдатів.[1885] Крім того, Палата у справі *Лубанги* також вважає, що «мирні ініціативи» мали «обмежене значення», з огляду на те, що діти- солдати постійно використовувалися і рекрутувалися, незважаючи на ордери про демобілізацію і публічні заяви, які він робив.[1886]

[1876] Вирок у справі Катанги, п. 38.
[1877] *Там само,* п. 91.
[1878] Вирок у справі Катанги, п. 117; МТКЮ, *Прокурор проти Моміра Ніколича* (Вирок) IT-02-60/1-A (8 березня 2006) п. 117; МТКЮ, *Прокурор проти Драгана Ніколіча* (Вирок) IT-94-2-S (18 грудня 2003) п. 242; МТКЮ, *Прокурор проти Плавшича* (Вирок) IT-00-39 & 40/1-S (27 лютого 2003) п. 81..
[1879] Палата засновує своє рішення на судовій практиці МТКЮ у справі *Прокурор проти Стругара* (Апеляційне рішення) IT-01-42-A (17 липня 2008) п. 366.
[1880] Вирок у справі Катанги, п. 118.
[1881] Згадуючи судову практику МКТР: МКТР, *Прокурор проти Лорана Семанзи* (Рішення) ICTR-97-20-A (31 травня 2000) п. 6-б; МКТР, *Прокурор проти Жана Боско Бараягвізи* (Рішення) ICTR-97-19-AR72 (31 березня 2000) п. 75; МКТР, *Прокурор проти Каджелієлі* (Рішення) ICTR-98-44A-A (23 травня 2005) п. 325.
[1882] Вирок у справі Катанги, п. 136.
[1883] *Там само,* п. 136, с. 54.
[1884] *Там само,* п. 137.
[1885] Вирок у справі Лубанги, п. 87.
[1886] *Там само,* п. 87.

Палата у справі *Катанги* зазначила, що вік засудженої особи (йому було двадцять чотири роки на той час) слід розглядати в контексті віку ряду інших місцевих командирів, які також були того ж віку, і що його власна воля не може бути поставлена під сумнів.[1887] Так само його «гарна» репутація військового не має ніякого значення, оскільки це пов'язано з його суттю військового,[1888] хоча його репутацію «доброї особи, яка може захищати» цивільних осіб у своїй громаді (не стосується населення, постраждалого від його злочинів) можна було б взяти до уваги, тому що інші комбатанти, як правило, створювали для них проблеми.[1889] Проте ці пом'якшуючі обставини не могли грати «вирішальну роль, враховуючи характер злочинів, за вчинення яких він був засуджений, і які були вчинені проти більшості цивільного населення гема в Богорі», і їм було згодом надано дуже обмежене значення.[1890]

f) Участь та інші фактори

По-шосте, існують й інші обставини, які можуть розглядатися під час винесення вироку, включаючи ступінь участі та спричинення подальших збитків. У справі *Катанги* Палата нагадала, що стаття 25 Статуту (індивідуальна кримінальна відповідальність) не встановлює «ієрархію карності» або «шкалу покарання» між відповідальністю злочинця та співучасника. Таким чином, Палата дійшла до висновку про те, що ступінь участі і наміри повинні «оцінюватися у вироку Палати *in concreto*, на основі фактичних і юридичних висновків» .[1891]

У справі *Лубанги* Палата вважає, що намір і участь, а також «його суттєвий внесок» були «важливою підставою для призначення Палатою покарання».[1892] При визначенні «істотного внеску Лубанги до загального плану» Палата вирішила, що має значення те, що він «погодився і брав участь в загальному плані створення армії з метою встановлення і підтримки політичного і військового контролю над регіоном Ітурі» і «було відомо, що у звичайному ході подій, [призив на військову службу, вербування та використання дітей у віці до 15 років] буде відбуватися» без необхідності встановлення наміру призиву, залучення і використання дітей у віці до 15 років.[1893] Палата також взяла до уваги позицію влади, займану паном Лубангою в СКП/ПСЗК, щоб встановити ступінь його участі у злочинах, в яких він був визнаний винним.[1894]

[1887] Вирок у справі Катанги, пп. 81-83.
[1888] *Там само,* п. 86.
[1889] *Там само,* пп. 87-88.
[1890] *Там само,* п. 88.
[1891] *Там само,* п. 61.
[1892] Вирок у справі Лубанги, пп. 52-53.
[1893] *Там само,* п. 52.
[1894] *Там само,* пп. 52, 97.

Правило 145(1)(c) також охоплює ступінь заподіяної шкоди. При розгляді питання про широкомасштабний характер злочинів, встановлення точного числа злочинів у справі *Лубанги* поза всяких розумних сумнівів[1895] не було необхідною вимогою. Замість цього, було необхідно лише визначити те, що злочин був широкомасштабним із залученням «значної кількості дітей, [які] були використані в якості військових охоронців і в якості ескорту або охоронців».[1896]

g) Взаємозв'язок між обставинами

Як наведено вище, важко провести чітку межу між різними обставинами, які необхідно брати до уваги при винесенні покарання, оскільки багато з них тісно пов'язані між собою. Наприклад, стаття 78 Статуту стосується особистості засудженого, що дуже схоже на врахування «віку, освіти, соціального і економічного становища засудженого» у правилі 145(1)(c), яке, в свою чергу, тісно пов'язане з пом'якшуючою обставиною, пов'язаною з «індивідуальними обставинами відповідно до правила 145(2)(a)(i). Отже, в кінцевому рахунку виявляється, що важливо, щоб Суд бере до уваги всі фактори, передбачені у правилі 145 і статті 78 таким чином, щоб вирок був пропорційним до скоєного правопорушення і винуватості правопорушника. Таким чином, незважаючи на те, що стаття 78 і Правило 145 забезпечують перелік обов'язкових обставин, які необхідно брати до уваги, і в справі *Лубанги*, і в справі *Катанги* не визнавалося за необхідне розглядати всі інші обставини окремо, оскільки було враховано тяжкість злочину і особистість злочинця, а також пом'якшуючі та обтяжуючі обставини.

У рішенні про призначення покарання у справі *Лубанги* Апеляційна палата розглянула три можливі інтерпретації взаємодії між обставинами у статті 78(1) Статуту і між тими, що містяться у правилі 145(1)(c), а саме: (i) обставини, перераховані в статті 78(1)(a) відокремлені від тих, що перераховані у правилі 145(1)(c), і тому їх слід розглядати окремо;[1897] (ii) деякі з обставин у правилі 145(1)(c) включені до обставин, викладених у статті 78(1) Статуту, але інші залишаються окремими обставинами;[1898] та (iii) обставини, перераховані у правилі 145(1)(c), можна було б розглядати як частину обставин статті 78(1) та врахувати їх для оцінювання.[1899]

Маючи це на увазі, Апеляційна палата визначила, що «незалежно від того, яку інтерпретацію було обрано, питання полягає в тому, чи розглянула Судова палата всі відповідні обставини, і чи не

[1895] Ми можемо визначити це на підставі того, що Палата вважає, що кожний фактор, який буде робити вирок обвинуваченому більш суворим, необхідно безсумнівно довести як у випадку з обтяжуючими обставинами, і, навпаки, пом'якшуючі обставини встановлюються на підставі балансу ймовірностей.
[1896] Вирок у справі Лубанги, пп. 49-50.
[1897] Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 62.
[1898] *Там само,* п. 63.
[1899] *Там само,* п. 64.

зробила помилки при з'ясуванні значимості даних обставин з метою визначення покарання».[1900] У частково обґрунтованій окремій думці суддя Сан Гюн Сон зазначив, що Апеляційна палата повинна мати подальші керівні вказівки з метою забезпечення послідовної практики покарань.[1901] Він вважає, що існують три загальні обставини, які слід враховувати при визначенні покарання: (i) тяжкість злочину, у тому числі обставини, передбачені у статті 145(1)(c); (ii) обтяжуючі та пом'якшуючі обставини, відповідно до правила 145(2); та (iii) особистість засудженого відповідно до статті 78(1) Статуту, у тому числі вік, освіта, соціальне і економічне становище засудженого, як зазначено у правилі 145(1)(c).

У світлі апеляції на рішення про призначення покарання, очевидно, що незалежно від обраної інтерпретації всі обставини, перераховані у статті 78 і правилі 145 повинні розглядатися Палатою при визначенні тривалості покарання, навіть якщо вони не вважаються явними.[1902] Апеляційна палата розглядає, чи адекватно зважила Судова палата необхідні обставини.[1903]

h) Визначення терміну покарання

Довічне тюремне ув'язнення може бути призначено, якщо «це виправдано виключно тяжким характером злочину та особистістю засудженого, про що свідчить наявність одної або декількох обтяжуючих обставин». [1904] Після того, як Судова палата в обох справах, *Лубанги* і *Катанги*, вирішила, що не було ніяких відповідних обтяжуючих обставин, вона перестала розглядати імовірність присудження довічного ув'язнення.[1905]

У справі *Лубанги* обвинувачення стверджувало, що для того, щоб уникнути розбіжностей при винесенні вироку, має бути відправна точка для всіх покарань, встановлена приблизно на 80% від встановленого законом максимального покарання (24 роки), яка потім може бути зменшена або збільшена на основі обтяжуючих або пом'якшуючих обставин.[1906] Проте, Палата постановила, що не існує встановленого принципу права або відповідної судової практики відповідно до статті 21 (застосовне право), що зобов'язує суддю дотримуватися такого базового рівня, і що покарання завжди повинно бути пропорційним злочину відповідно до статті 81(2)(a), яка прагне виступити

[1900] *Там само,* п. 66.
[1901] Частково особлива думка судді Сон Санхьо у рішенні на апеляцію стосовно вироку Лубанги, п. 1.
[1902] Апеляційне рішення у справі Лубанги, пп. 70-71.
[1903] *Там само,* п. 72.
[1904] Правила процедури та доказування, правило 145(3).
[1905] Вирок у справі Лубанги, п. 96; Вирок у справі Катанги, п. 144.
[1906] Вирок у справі Лубанги, п. 92.

проти ідеї базового рівня.[1907] Замість того, Палата бере до уваги всі обставини, описані вище, щоб вирішити, який строк покарання слід винести.

В обох справах, *Лубанги* і *Катанги*, сукупне покарання дорівнювало найсуворішим окремим покаранням, але не перевищувало його, як це передбачено статтею 78(3). Лубанга був засуджений до позбавлення волі на тринадцять років за вчинення спільно з іншими особами злочину вербування дітей у віці до п'ятнадцяти років до СКП; дванадцять років за вербування дітей у віці п'ятнадцяти років до СКП; і чотирнадцять років за їх використання в активних бойових діях. Було винесено вирок за сукупністю злочинів, і, таким чином, загальний термін позбавлення волі становив чотирнадцять років відповідно до статті 78(3) Статуту.[1908] У своїй особливій думці суддя Одіо Беніто зазначив, що кожне з обвинувачень мало передбачати один і той же строк – п'ятнадцять років, тому що незважаючи на те що вони були «окремими і відмінними» відповідно до Римського Статуту, всі вони були результатом того ж плану, що реалізовувався Лубангою та його співучасниками, що завдало шкоди потерпілим та їхнім родинам.[1909]

i) Вирахування часу, проведеного в місцях позбавлення волі

Час може бути відраховано від загального строку на дискреційній основі, відповідно до часу, проведеного під вартою до винесення вироку згідно з ордером Суду або якимось іншим чином пов'язаним з відповідним злочином.[1910]

Щодо часу, проведеного під вартою відповідно до судового ордеру, Палата прийшла до висновку, що час попереднього затримання має значення, якщо він був частиною «процесу притягнення апелянта до відповідальності за злочини, які становлять предмет судового розгляду» .[1911] Таким чином, у справі *Катанги* одно-місячний період між повідомленням влади Конго і передачею Катанги до Суду був частиною його притягнення до правосуддя, і, отже, може бути відрахований з його покарання.[1912]

Щодо часу, проведеного під вартою з будь-яких інших причин, пов'язаних із злочином, Судова палата у справі *Лубанги* дійшла висновку, що не було доведено за рахунок переваги доказів, які вона отримала раніше від ДРК стосовно поведінки, що становить склад злочинів, за вчинення

[1907] *Там само,* п. 93.
[1908] *Там само,* п. 99.
[1909] Особлива думка судді Одіо Беніто у Рішення стосовно вироку Лубанги, п. 25.
[1910] Римський статут, ст. 78(2).
[1911] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Судове рішення) ICC-01/04-01/06 OA 7 (13 лютого 2007), п. 121.
[1912] Вирок у справі Катанги, пп. 158 та 168.

яких він був засуджений МКС, і що, таким чином, цей час не можна буде відрахувати від його покарання.[1913]

У справі *Катанги* було підтверджено, що «лише термін тримання під вартою за діяння, що являють собою одні й ті самі злочини, за які було засуджено обвинуваченого, може бути відрахований від винесеного покарання».[1914] Таким чином, оскільки Палата вважає, що час, проведений Катангою під вартою в ДРК, не стосувався поведінки, що лежала в основі його засудження, він не може бути відрахований від строку його покарання.[1915] Суддя Ван ден Вінгаерт надала окрему думку з цього питання. Вона вважала, що несправедливо трактувати неоднозначність стосовно причин його затримання в ДРК проти Катанги[1916] і що важливо те, що "діяння, що становить склад злочину", є "в принципі" охоплене національним розслідуванням, яке призначило затримання.[1917]

D. Оскарження вироку

a) Правова основа і порядок

Прокурор або засуджений можуть оскаржити рішення про призначення покарання на підставі невідповідності злочину і покарання.[1918] У цьому випадку основним завданням Апеляційної палати є «з'ясування питання, чи зробила Судова палата будь-які помилки при винесенні вироку засудженому», які можуть вплинути на правильність рішення.[1919]

Роль Апеляційної палати полягає не в тому, щоб визначити, яке покарання є доцільним, якщо тільки не було встановлено, що вирок, винесений Судовою палатою, був «непропорційним» до злочину, і вона не може визначити, чи є покарання доцільним, чи ні.[1920] Стаття 83(2) Статуту уточнює, що Апеляційна палата може змінити вирок або назначити проведення нового судового розгляду іншою Судовою палатою, якщо вона вважає, що оскаржуваний судовий розгляд був несправедливим таким чином, що позначився на надійності покарання, або що покарання оскаржується у зв'язку з помилкою факту чи закону або процесуальною помилкою. Апеляційна палата може також направити фактичне питання до первісної Судової палати для того, щоб його вирішити і повідомити про це відповідним чином, або може сама з'ясувати питання, розглянувши докази.

[1913] Вирок у справі Лубанги, п. 102.
[1914] *Там само,* п. 159.
[1915] *Там само,* п. 166.
[1916] *Там само,* п. 3.
[1917] *Там само,* п. 4.
[1918] Римський статут, ст. 81(2).
[1919] Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 2.
[1920] Римський статут, ст. 83(3).

Рішення Апеляційної палати, що наділена всіма повноваженнями Судової палати,[1921] про призначення покарання приймається більшістю голосів суддів і оголошується у відкритому судовому засіданні відповідно до статті 83(4) Статуту в присутності або за відсутності особи, засудженої відповідно до статті 83(5) Статуту. Вирок має вказувати причини, на яких він ґрунтується, відповідно до статті 83(4) Статуту. Коли засуджений оскаржує вирок, його не можна змінити на його користь відповідно до статті 83(2) Статуту.

Під час процедури оскарження засуджений залишається під вартою відповідно до статті 81 (3)(a) Статуту, проте термін перебігу покарання призупиняється протягом строку, встановленого для оскарження і протягом всього терміну апеляційного провадження, відповідно до статті 81(4) Статуту. Проте, відповідно до статті 81(3)(b), коли час під вартою засудженої особи перевищує термін призначеного покарання у вигляді позбавлення волі, особа звільняється, за винятком випадків, коли Прокурором також подається апеляція, тоді звільнення може бути здійснено за умови, передбаченої у статті 81(3)(c).

Відповідно до статті 149 Правил, правила, що регулюють судовий розгляд і подання доказів до Апеляційної палати, є такими ж, як ті, що застосовуються у Палаті попереднього провадження та Судовій палаті.

Оскарження вироку може бути подане до Секретаря протягом 30 днів з дня повідомлення сторони, яка подала апеляцію на вирок, за винятком випадків, коли строк продовжується з поважної причини. Після того, як закінчився цей термін, вирок вважається остаточним.[1922] Секретар повідомляє всі сторони, що брали участь у розгляді в Судовій палаті про те, що апеляція була подана.[1923] Будь-яка сторона, яка подала апеляцію, може припинити оскарження в будь-який час до винесення вироку і відповідно до умов, викладених у правилі 152.

E. Стандарт апеляційного перегляду рішень про призначення покарання

Апеляційна палата вважає, що стандарт перегляду, встановлений Апеляційною палатою щодо звернень, зроблених у відповідності до статті 82(1) Статуту, також поширюється на рішення про призначення покарання.[1924] Умовами, що обґрунтовують апеляційне втручання, є: (i) коли виконання дискреційних повноважень ґрунтується на помилковому тлумаченні закону; (ii) коли вони здійснюються на основі свідомо неправильного висновку про факти або на основі

[1921] *Там само,* ст. 83(1).
[1922] Правила процедури та доказування, правило 150.
[1923] *Там само,* r. 151.
[1924] Апеляційне рішення у справі Лубанги, пп. 41-42.

процесуальної помилки; або (iii) коли рішення є настільки несправедливим і необґрунтованим, що становить зловживання дискреційними повноваженнями суду.[1925]

Неспроможність Судової палати розглянути один з обов'язкових факторів, пов'язаних з винесенням вироку, може розглядатися як юридична помилка. Наприклад, в апеляції на вирок у справі *Лубанги* зазначено, що відмова Судової палати розглянути один з обов'язкових факторів, перерахованих у правилі 145(1)(b), становила юридичну помилку, оскільки це є складовою загальної правової основи, передбаченої для визначення Судовою палатою пропорційності покарання.[1926] Проте Апеляційна палата нагадала про дискреційні повноваження Судової палати при визначенні значення кожного окремого фактору. Таким чином, Апеляційна палата буде втручатися тільки тоді, коли думка Судової палати при визначенні покарання ґрунтується: (i) на підставі неправильного тлумачення закону; або (ii) неправильного висновку щодо факту; або (iii) на результатах розгляду Судовою палатою відповідних факторів, зловживання свободою дій, і є настільки нерозумним, що призводить до зловживання своїм правом.[1927]

Зрештою, що стосується суттєвого впливу юридичної помилки, помилки факту або процесуальної помилки, як це передбачено статтею 83(2), Апеляційна палата дійшла висновку, що така помилка встановлюється тільки якщо виконання дискреційних повноважень Судовою палатою призвело до непропорційного покарання.[1928]

В принципі, особа, що подала апеляцію, має довести наявність помилки у попередньому вироку. Помилки, чи то фактичні, чи юридичні, зроблені у рішенні про засудження, в принципі, є несуттєвими для цілей апеляційного вироку.[1929] Проте, якщо аргументи вперше використовуються в апеляційному вироку, але вони ставлять під сумнів висновки, зроблені у рішенні про засудження, Апеляційна палата буде «абстрактно вирішувати, чи можуть вони розглядатися в контексті нинішніх заяв».[1930]

F. Перегляд вироку

Вирок також може бути переглянуто відповідно до статті 84 Статуту, з трьох можливих підстав: (i) було виявлено нові докази, які були відсутні під час судового розгляду, і відповідальність за таку відсутність не може бути цілком або частково покладена на сторону, що звернулася з

[1925] Римський статут, ст. 83(2).
[1926] Апеляційне рішення у справі Лубанги, п. 42.
[1927] *Там само,* пп. 43-44.
[1928] *Там само,* п. 45.
[1929] *Там само,* п. 48.
[1930] *Там само,* п. 50.

клопотанням; докази є достатньо важливими і в разі їхнього доведення в ході судового розгляду, це, можливо, призвело б до винесення іншого вироку; (ii) виявилися нові факти, що свідчать про те, що вирішальний доказ, який було взято до уваги в ході судового розгляду та від якого залежить обвинувальний вирок, був неправдивим, сфабрикованим або сфальсифікованим; або (iii) один або декілька суддів, які брали участь у винесенні обвинувального вироку або у затвердженні обвинувачення, під час розгляду цієї справи вчинили серйозний проступок або грубе порушення своїх обов'язків, достатньо тяжкі для того, щоб слугувати підставою для усунення цього судді або цих суддів з посади.

Клопотання про перегляд остаточного рішення подається до Апеляційної палати особою, що була визнана винною, або після її смерті дружиною або чоловіком, дітьми, батьками чи будь-якою особою, яка була жива на момент смерті обвинуваченого, якій обвинуваченим були дані чіткі письмові вказівки стосовно подачі такого позову, або Прокурор від імені такої визнаної винною особи, відповідно до статті 84(1) Статуту. Клопотання про перегляд має бути подано в письмовій формі з викладенням підстав, відповідно до яких можна провести перегляд з наявними підтверджуючими матеріалами, відповідно до правила 159(1) Правил.

Якщо Апеляційна палата визначить, що клопотання є обґрунтованим, вона може: (i) знову скликати перший склад Судової палати; (ii) сформувати нову Судову палату; або (iii) зберегти за собою юрисдикцію стосовно цього питання. У будь-якому випадку Апеляційна палата заслухає сторони і визначить, чи слід переглядати вирок.[1931] Відповідно до правила 159(2) і (3), рішення про те, чи є клопотання обґрунтованим, приймається у письмовій формі більшістю суддів Апеляційної палати і надсилається заявнику та, якщо це можливо, всім сторонам. Відповідно до правила 161(2) і (3), Палата здійснює всі повноваження Судової палати і правил, що регулюють процедуру і подання доказів до Палати попереднього провадження та Судової палати, а також визначення перегляду регулюється застосовними положеннями статті 83(4), описаними вище стосовно процедури оскарження.

G. Огляд виконання

Держави відіграють важливу роль у забезпеченні виконання вироків, винесених МКС. Перелік держав, які заявили про свою готовність прийняти засуджених осіб, складає і веде Секретар.[1932]

[1931] Римський статут, ст. 84(2); Правила процедури та доказування, правило 161(1)

[1932] Правила процедури та доказування, правило 200 дозволяє Суду укладати угоди з державами стосовно осіб, засуджених Судом.

Особі, засудженій до позбавлення волі, повідомляють про призначення держави зі списку держав, які зазначили своє прийняття таких осіб.[1933] Тоді держава вирішуватиме приймати, або відмовити у прийнятті такої особи.[1934] При призначенні держави або будь-яких умов, які повинні бути включені, Суд повинен прийняти до уваги п'ять чинників, а саме: (i) принцип, згідно з яким держави-учасниці повинні розділити відповідальність стосовно виконання покарань; (ii) застосування міжнародних договірних стандартів щодо поводження з ув'язненими; (iii) погляди засудженої особи; (iv) громадянство засудженої особи; і (v) інші чинники, що стосуються обставин злочину або особи, або ефективного виконання вироку.[1935]

Якщо засудженій особі присудили штраф або конфіскацію, держави-учасниці повинні виконати судовий ордер відповідно до свого внутрішнього законодавства.[1936] Якщо будь-яка держава-учасниця не може виконати ордер про конфіскацію, вона повинна вжити заходів для відшкодування майна, доходів або активів за розпорядженням Суду.[1937] Майно або доходи від продажу активів повинні бути передані до Суду.[1938]

Незважаючи на ці положення, що стосуються держав-учасниць, Україна як і раніше може бути зобов'язана слідувати ним. Схоже, що Україна не буде зобов'язана виконувати ордер, і, зокрема, передавати Суду грошові кошти. Проте, Україна зобов'язана надавати допомогу Суду в ідентифікації, відслідковуванні та заморожуванні або вилученні доходів, майна і активів, а також знарядь злочинів з метою подальшої конфіскації без завдання шкоди правам добросовісних третіх осіб, а також будь-яку іншу необхідну допомогу.[1939] Здається, що Україна не матиме жодних зобов'язань стосовно забезпечення виконання ордеру про стягнення штрафу або прийняття від Суду ув’язнених осіб. Однак Україна може укладати з Судом угоди *ad hoc* з даних питань.[1940]

Стосовно відшкодування шкоди, коли Суд виносить постанову, Римський статут передбачає, що держава-учасниця має привести у виконання рішення відповідно до цієї статті.[1941] Це прямо стосується держав-учасниць; проте, стаття 75 також передбачає, що Суд може застосувати заходи, закріплені у Частині 9, для введення в дію постанови про репарації. Це зобов’яже Україну виконувати запити Суду в широкому сенсі цього слова. До цих заходів також можуть належати

[1933] Римський статут, ст. 103 (1)(a).
[1934] *Там само,* ст. 103(1)(c).
[1935] *Там само,* ст. 103(3).
[1936] *Там само,* ст. 109(1).
[1937] *Там само,* ст. 109(2).
[1938] *Там само,* ст. 109(3).
[1939] *Там само,* ст. 93(1)(k) та (l).
[1940] *Там само,* ст. 87(5); Правила процедури та доказування, правило 200.
[1941] Римський статут, ст. 75(5).

заходи з виявлення, відслідковування, заморожування або арешту виручених засобів, майна, активів та знаряддя злочину з метою майбутнього стягнення[1942] та «надання будь-якої допомоги, незабороненої законодавством запитуваної держави з метою сприяння здійсненню розслідування та кримінального переслідування за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду».[1943] Таким чином, МКС може обґрунтовано вимагати, щоб Україна виконувала заходи забезпечення виплати репарацій і при цьому ефективно виконувала постанову про репарації. Таким чином, існує невелика різниця між ситуацією, коли це положення ратифіковано, і нинішньою ситуацією України; зобов'язання України, однак, є очевидними, і ця невизначеність може бути вирішена, якщо уряд вирішить не заперечувати обов'язок виконувати певні запити з метою надання сприяння відшкодуванню шкоди згідно з Розділом 9.

[1942] *Там само,* ст. 93(1)(k).
[1943] *Там само,* ст. 93(1)(l).

Частина V: потерпілі та свідки

I. Участь потерпілих та їхні точки зору в МКС

A. Вступ

У цьому розділі розглядаються різні способи, у які потерпілі та свідки міжнародних злочинів можуть взаємодіяти з МКС. Розділ починається з розгляду різних типів потерпілих, визнаних МКС, перш ніж розглянути, як потенційні потерпілі можуть отримати офіційний статус потерпілого. Згодом у розділі описується процес, який дозволяє потерпілим брати участь в роботі МКС до вирішення питання про заходи, доступні для надання допомоги і захисту потерпілих та свідків, що беруть в них участь. Врешті-решт, в розділі досліджується поняття відшкодування шкоди в МКС, акцентуючи увагу на видах доступних репарацій і на тому, хто може отримати з них вигоду.

B. Потерпілі

Для цілей участі в судових розглядах МКС Суд визнає два види потерпілих:

> Особи, які зазнали шкоди в результаті одного зі злочинів, що переслідуються МКС, (геноциду, злочинів проти людяності і воєнних злочинів); і
> Організації або установи, коли їх власності, присвяченій певним цілям (релігії, освіті, мистецтву, науці або благодійності та гуманітарним цілям, або історичні пам'ятникам, чи лікарням) було завдано шкоди в результаті одного з злочинів, які підпадають під юрисдикцію МКС.[1944]

Є два види участі потерпілих в МКС: подання «зауважень» та «спостережень», а також безпосередня участь шляхом фізичної присутності в Суді.[1945] По-перше, Римський статут дозволяє представникам потерпілих бути присутніми при санкціонуванні розслідування, ініційованого Прокурором.[1946] Крім того, стаття 19(3) Римського Статуту дозволяє представляти інтереси потерпілих під час оскарження юрисдикції Суду або прийнятності справи. По-друге, щодо порядку

[1944] Міжнародний кримінальний суд, Правила процедури та доказування, ICC-ASP/1/3 (Рст. II-A) (2002) ("Правила процедури та доказування"), правило 85; 'Посібник щодо участі жертв у провадженні Суду' (*МКС*).

[1945] Римський статут Міжнародного кримінального суду (прийнятий 17 липня 1998, набрав чинності 1 липня 2002, підписаний Україною 20 січня 2000) 2187 UNTS 90 ("Римський статут") ст. 68(3); Правила процедури та доказування, правило 89; Carsten Stahn, Hector Olasolo and Kate Gibson 'Участь потерпілих у досудовому провадженні МКС' (2006) 4 Journal of International Criminal Justice, сс. 219, 224; Gilbert Bitti and Hakan Friman, 'Участь потерпілих у процесі', in Lee Roy et al (ред.), Міжнародний кримінальний суд: елементи злочинів та правила процедури та доказування (Transnational Publishers, New York, 2001) сс. 456 та 459.

[1946] Римський статут, ст. 15(3).

участі, стаття 68(3) Римського статуту передбачає широке коло видів участі потерпілих на місці перебування Суду. Врешті-решт, як буде детально обговорюватися в кінці цього розділу, відповідно до статті 75 Римського статуту існують окремі види відшкодування шкоди потерпілим.

a) Визнання потерпілим

Потерпілим - це фізична або юридична особа, яка в змозі довести, що він (організація або організація) був знайомий школі в результаті злочину, що підпадає під юрисдикцію МКС (див. Частини I та II).[1947] Крім того, потерпіли повинні бути в змозі довести, що існує причинно-наслідковий зв'язок між злочином та використанням школи.[1948]

Якщо потерпілій вважає, що він у змозі довести, що може претендувати на статус потерпілого і бажає взяти участь, фізична особа, організація або установа повинні подати запит до реєстраційного підрозділу «Секція з питань участі потерпілих та репарацій» у листі, що бажає перед початком слухання, в якому вони бажають брати участь.[1949] Після того, як заявка про участь у Суді, вона буде передана на розгляд до Палати суддів, яка в той момент розглядає ситуацію або справи.

У кожному конкретному випадку Палата приймає рішення щодо задоволення заявником критеріїв, відповідно до яких він буде вважати потерпілим.[1950] Після того, як заявник визнає потерпілим відповідно до поняття, передбаченого Римським статутом, Палата розглядається, відповідає за те, щоб мати право брати участь у розгляді.

b) Участь потерпілих у судовому розгляді

При вирішенні питання про те, чи слід дозволити потерпілому брати участь в судовому розгляді, Палата повинна провести оцінку на основі конкретних обставин, викладених в заяві. Існують три вимоги для участі потерпілих, перерахованих в статті 68(3) Статуту:

Чи є суттєвий особистий інтерес щодо участі потерпілого;[1951]

[1947] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення щодо участі потерпілих) ICC-01/04-01/06-1119 (18 січня 2008) ("Участь потерпілих у справі Лубанга") пп. 87-94; *Ситуація в Демократичній Республіці Конго* (Рішення щодо заявок на участь) ICC-01/04-101-Corr (17 січня 2006) ("Рішення щодо участі Конго") п. 79; *Ситуація в Уганді Uganda* (Рішення щодо заявок потерпілих) ICC-02/04-101 (10 серпня 2007) ("Рішення щодо участі Уганди").
[1948] *Там само.*
[1949] 'Форми' (МКС).
[1950] Крістін Ван ден Вінгерт, 'Потерпілі перед міжнародними кримінальними судами: деякі погляди та занепокоєння судді МКС' (2012) 44 Case W. Res. J. Int'l L. 475, сс. 481-482.
[1951] Особистий інтерес повинен стосуватися конкретних процедур проти конкретної особи. Ключове питання полягає у тому, чи зміст заяви потерпілого визначає «явний зв'язок» між потерпілим та доказами, які розглядає Суд, чи зроблено висновок, що зачіпаються особисті інтереси потерпілого, або

> Чи є доречною така участь на стадії розгляду справи, про яку йдеться;[1952] та
> Чи завдасть це шкоди або суперечитиме правам обвинувачуваного і проведенню справедливого та неупередженого судового розгляду.[1953]

Якщо Палата задоволена тим, що, виходячи із зазначених вище критеріїв, особа має право брати участь у судовому провадженні, наступний крок Палати полягає в тому, щоб вирішити спосіб або режим, в якому вона братиме участь. Як очевидно з наведених нижче прикладів, деякі форми участі можуть мати місце тільки тоді, коли були дотримані конкретні критерії. У будь-якій інстанції питання участі вирішуються виключно Палатою.[1954]

c) Способи участі

Як було зазначено у попередньому розділі, потерпілі можуть брати активну участь в судових розглядах в МКС. У цьому розділі визначаються конкретні способи, в які потерпілі можуть брати участь в таких судових розглядах, якщо їм дозволено це робити. Існують численні засоби участі, від участі адвокатів потерпілих до звернення потерпілих з заявами під час судового розгляду або проведення розслідування для виклику свідків під час судового розгляду.

i. Участь законних представників

Законні представники потерпілих можуть бути присутніми і брати участь у провадженні у справі тільки на підставі конкретної постанови, винесеної Палатою.[1955] Зокрема, законні представники можуть брати участь,[1956] допитувати свідків, експертів або обвинувачених[1957] тільки якщо, на їх думку, це допоможе у встановленні істини, і якщо на практиці Суд «запросив» докази.[1958] Суд

встановлено, що на потерпілого вплинуло питання, яке піднімалося під час судового розгляду, тому що на практиці його особисті інтереси зачіпаються: Участь потерпілих у справі Лубанга, п. 95.

[1952] Існує тенденція зосереджувати увагу не на доцільності участі та відповідності цього стандартам справедливого суду та правам обвинуваченого, а скоріше визначати способи участі для дотримання інтересів обвинуваченого: Рішення щодо участі Конго, п. 58: ключове значення, коли йдеться про виявлення негативного впливу на розслідування, має рівень залучення потерпілих у процес, а не сам факт їх участі.'

[1953] Римський статут, ст. 68(3).

[1954] Правила процедури та доказування, правило 89(1); *Прокурор проти Жермена Катанги та Матьє Чуї* (Рішення щодо способів участі потерпілих у судовому засіданні) ICC-01/04-01/07 (22 січня 2010) ("Способи участі у справі Катанги"), п. 45.

[1955] Правила процедури та доказування, правило 91(2); Способи участі у справі Катанги, п. 45.

[1956] Правила процедури та доказування, правило 91(1); Способи участі у справі Катанги, п. 45.

[1957] Правила процедури та доказування, правило 91(3)(a); Способи участі у справі Катанги, п. 45.

[1958] Римський статут, ст. 69(3); Правила процедури та доказування, правило 91(3); Способи участі у справі Катанги, п. 46.

також може задавати потерпілому питання, які виникатимуть щоразу, коли докази, що розглядаються, зачіпають їх особисті інтереси.[1959]

ii. Основні докази

Право навести докази вини або невинуватості належить, в першу чергу, сторонам.[1960] Проте, Римський статут і Правила не виключають можливості надання основних доказів вини або невинуватості обвинуваченого від потерпілих та оскарження прийнятності або належності доказів в ході судового розгляду.[1961] Крім того, у справі *Лубанги* Апеляційна палата чітко визнала право потерпілих навести докази вини чи невинуватості, а також оспорювати прийнятність або належність цих доказів в ході судового розгляду.[1962]

iii. Заяви потерпілих та законних представників потерпілих у суді

Потерпілим, очевидно, надано можливість робити заяви в ході судового розгляду, якщо від Палати було отримано дозвіл для цієї мети.[1963] У переважній більшості справ Палата дозволила законним представникам потерпілих зробити вступну і заключну заяви в Суді.[1964]

iv. Допит свідка, експерта або обвинуваченого

Коли законний представник бажає допитати свідка, експерта або обвинуваченого, він повинен звернутися до Палати, щоб це зробити.[1965] Тоді Палата винесе рішення, беручи до уваги «стадію розгляду, права обвинуваченого, інтереси свідків, необхідність справедливого, неупередженого та оперативного розгляду, а також виконання [положення Римського статуту, яке дозволяє потерпілим брати участь у розгляді] статті 68, пункту 3».[1966] Допит свідків є одним із способів, в який законний представник потерпілого може представити свої думки і побоювання перед Палатою.[1967]

[1959] Способи участі у справі Катанги, п. 46.
[1960] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10 (11 липня 2008) п. 93.
[1961] *Там само,* п. 94.
[1962] *Там само,* п. 105.
[1963] Правила процедури та доказування, правило 89(1).
[1964] Способи участі у справі Катанги, п. 68; *Прокурор проти Жермена Катанги та Матьє Чуї* (Поправка до Рішення) ICC-01/04-01/07-1665-Corr (1 грудня 2009) пп. 1 and 2; *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення про графік та проведення слухань щодо підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/06-678 (07 листопада 2006) п 4; *Прокурор проти Каллікста Мбарушимани* (Стенограма слухання щодо підтвердження обвинувачень) ICC-01/04-01/10-T-6-Red2-ENG (16 вересня 2011) сс. 38-49 для вступного слова законних представників потерпілих.
[1965] Правила процедури та доказування, правило 91(3)(a).
[1966] Способи участі у справі Катанги, п. 73.
[1967] *Там само,* п. 74.

На практиці це означає, що представник потерпілого буде мати можливість допитати свідків після головного допиту свідків обвинуваченням або після перехресного допиту свідка сторони захисту.[1968] Допит з даною метою має зазначити, наскільки актуальним є питання, що буде задане, і повинен дотримуватися процедури, яка була визначена Палатою, чи то з питань компенсації потерпілим (відомої як «репарації»),[1969] передбачених питань[1970] або непередбачуваних питань.[1971] Передбачувані питання є заздалегідь визначеними питаннями, які заздалегідь відомі адвокату потерпілого або потерпілому і можуть бути поставлені свідкам, в той час, як непередбачувані питання є питаннями, яких потерпілий або адвокат не планувати торкатися, але їх показання в Суді безпосередньо зачіпають інтереси потерпілого.[1972]

v. Представлення обвинувальних та виправдувальних доказів

Римський статут прямо не передбачає, що потерпілі мають право викликати свідка або представити документальні докази.

Суд заявив, що Палата має право вимагати подання всіх доказів, які вона вважає необхідними для встановлення істини. Відповідно, як зазначено вище, він постановив, що для того, щоб дозволити потерпілим ефективно брати участь у судовому процесі, Судова палата може у разі необхідності дозволити їм представляти докази. Проте, Суд зазначив, що спільна дія статей 68(3) і 69(3) Статуту та правила 91(3) Правил полягає в тому, що з цією метою законні представники потерпілих повинні заздалегідь отримати дозвіл Судової палати.[1973]

У справі *Лубанга* потерпілим було дозволено подавати докази і оскаржувати допустимість доказів. Судова палата заявила, що право представляти докази під час судових розглядів в Суді не обмежується сторонами.[1974]

1) Виклик одного або декількох потерпілих для надання показань в ході судового розгляду

Палата надасть законному представнику потерпілих можливість викликати одного або декількох потерпілих для дачі показань під присягою у Суді.[1975] Як видається, немає жодної різниці між

[1968] *Прокурор проти Жермена Катанги та Матьє Чуї* (Поправка до Рішення) ICC-01/04-01/07-1665-Corr (1 грудня 2009) («Рішення щодо правила 140») пп. 18, 37 and 42.
[1969] Рішення щодо правила 140, пп. 84-86.
[1970] *Там само,* пп. 87-88.
[1971] *Там само,* п. 89; Способи участі у справі Катанги, п. 77.
[1972] *Там само,* пп. 87-89.
[1973] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06 OA 9 OA 10 (11 липня 2008) пп. 86-105; Способи участі у справі Катанги, п. 81.
[1974] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення щодо участі потерпілих) ICC-01/04-01/06- 1119 (18 січня 2008) п. 108.
[1975] Способи участі у справі Катанги, п. 86; Рішення щодо правила 140, пп. 7, 19-32 та 45-48.

потерпілими і свідками, яких бажає викликати законний представник.[1976] У справі *Лубанга* Палата дозволила трьом потерпілим дати показання під присягою, коли обвинувачення завершило представлення своєї версії.[1977] З іншого боку, Суд не допустить показання потерпілих, які бажають залишитися анонімними для сторони захисту.[1978]

vi. Потерпілий як свідок однієї зі сторін

МКС вважає, що ні Статут, ні Правила не забороняють надавати статус потерпілого особі, яка вже виступає на стороні обвинувачення або захисту.[1979] Аналогічним чином, правило 85 Правил не забороняє особі, якій було надано статус «потерпілого» давати показання пізніше від імені однієї зі сторін.[1980]

1) Можливість представлення документальних доказів

Статут не виключає можливості того, що законний представник потерпілого зробить запит щодо допущення документальних доказів в ході судового розгляду.[1981] Для того, щоб це зробити, потерпілий має зробити письмову заяву, що пояснює як саме документи, які він має намір представити, є актуальними і яким чином вони можуть внести свій вклад для визначення істини.[1982]

vii. Оскарження прийнятності

Оскарження прийнятності та належності доказів [Стаття 69(4)] є ще одним способом, за допомогою якого потерпілі можуть висловлювати свої думки і побоювання в ході судового розгляду.[1983] Оскарження має дозволити потерпілому, який має інформацію щодо того, що докази не можуть бути допущені або не мають жодного значення, довести це до відома Палати.

viii. Розголошення обвинувальної та виправдувальної інформації

Немає жодних зобов'язань для потерпілих та їхніх законних представників розкривати стороні захисту будь-які докази, що перебувають у їхньому розпорядженні незалежно від того, чи мають

[1976] Способи участі у справі Катанги, п. 85.
[1977] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення) ICC-01/04-01/06-2002-Conf (26 червня 2009) (*див. також* публічну версію, подану 9 липня 2009 року, ICC-01/04-01/06-2032).
[1978] Способи участі у справі Катанги, п. 92.
[1979] *Там само,* п. 110.
[1980] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення щодо певних особливостей) ICC-01/04- 01/06-1379 (5 червня 2008); Способи участі у справі Катанги, п. 110.
[1981] Способи участі у справі Катанги, п. 98.
[1982] *Там само,* п. 99.
[1983] Способи участі у справі Катанги, п. 104.

вони обвинувальний, чи виправдувальний характер.[1984] У справі *Катанги* Суд зазначив, що ні Статут, ні Правила не накладають таке зобов'язання.[1985] Суд постановив, що оскільки потерпілі не мають права подавати докази, а тільки можливість подати до Палати запит про надання дозволу на подачу доказів до Суду, не може бути "жодного обґрунтування", яке зобов'язує потерпілих розкривати сторонам будь-які докази в їх розпорядженні.[1986] При цьому слід зазначити, що Апеляційна палата зазначила, що:

> якщо Судова палата прийме рішення про те, що докази повинні бути представлені, то вона може винести рішення про механізми здійснення належного розкриття таких доказів, перш ніж дозволити їх подання і залежно від обставин, вона може зобов'язати одну зі сторін надати Суду докази, самостійно дати показання, або викликати потерпілих для дачі показань.[1987]

ix. Можливість проведення розслідування

Той факт, що потерпілі можуть подавати обвинувальні або виправдувальні докази в ході судового розгляду не означає, що вони мають право проводити розслідування з метою встановлення вини обвинуваченого.[1988] Це було б рівнозначно призначенню помічників прокурорів і може негативно вплинути на справедливість судового розгляду. Тим не менш, в своїх зауваженнях вони самі пропонують, щоб законні представники потерпілих мали змогу проводити розслідування з метою збору інформації для того, щоб встановити наявність, характер і ступінь шкоди, заподіяної їх клієнтам.

x. Доступ до наявних у справі конфіденційних документів та доказів

Правила дозволяють потерпілим або їх законним представникам ознайомитися протоколом провадження, з урахуванням у разі потреби будь-яких обмежень щодо конфіденційності або захисту інформації або захисту національної безпеки.[1989] З метою сприяння ефективній участі, законний представник повинен мати можливість звертатися до всіх публічних та конфіденційних рішень і документів у протоколі справи за винятком будь-яких документів, класифікованих як *ex parte*.[1990]

[1984] *Там само,* п. 105.
[1985] *Там само.*
[1986] *Там само.*
[1987] *Там само,* п. 106.
[1988] *Там само,* п. 102.
[1989] Правила процедури та доказування, правило 131(2); Способи участі у справі Катанги, п. 119.
[1990] Способи участі у справі Катанги, пп. 121-22.

C. Інші способи, в які потерпілі можуть брати участь у судових розглядах в МКС

На додаток до зазначених вище прикладів, існує цілий ряд інших способів, в які потерпілі можуть мати можливість брати участь в судових розглядах в МКС, у тому числі:[1991]

- Бути присутніми та брати участь у слуханнях в Суді;[1992]
- Представляти свої думки і побоювання;[1993]
- Надавати Палаті попереднього провадження зауваження в письмовій формі стосовно запиту про видачу дозволу на проведення розслідування;[1994]
- Робити запити до Палати стосовно вжиття заходів захисту їх безпеки, психологічного благополуччя, гідності і недоторканності приватного життя;[1995] та
- Робити запити до Палати стосовно вжиття спеціальних заходів.[1996]

D. Сприяння участі потерпілих в МКС

Існує цілий ряд органів МКС, створених для надання допомоги жертвам і сприяння їх участі в МКС, у тому числі УПАП, СУПВ і ГПС. У даному розділі будуть коротко описані заходи, що проводяться цими органами, а також розглянеться важлива роль, яку відіграє громадянське суспільство в наданні допомоги потерпілим і свідкам в МКС.

a) Установи МКС

Існує цілий ряд органів МКС, створених для надання допомоги потерпілим у Суді. УПАП[1997] несе відповідальність за надання допомоги потерпілим у здійсненні їх прав і представлення їх інтересів у Палатах.[1998] Крім того, до того, як Палата дозволяє потерпілим брати участь в судовому розгляді,

---

[1991] Участь потерпілих у судовому розгляді має юридичні підстави відповідно до ст.68(3) Римського статуту, який викладено наступним чином: коли зачіпаються їхні особисті інтереси, Суд дозволяє представляти та розглядати думки та побоювання потерпілих на стадіях судового розгляду, які Суд визнає відповідними, і таким чином, щоб це завдавало шкоди і не суперечило правам обвинуваченого та проведенню справедливого та неупередженого слідства. Такі думки та побоювання можуть заявлятися законними представниками потерпілих відповідно до Правил процедури і доказування.
[1992] Правила процедури та доказування, правило 91(2).
[1993] Римський статут, ст. 68(3); Правила процедури та доказування, правило 89.
[1994] Римський статут, ст. 15(3); Правила процедури та доказування, правило 50(3).
[1995] Римський статут, ст. 68(1); Правила процедури та доказування, правило 87(1).
[1996] Римський статут, ст. 68(1); Правила процедури та доказування, правило 88(1).
[1997] Канцелярія громадських адвокатів для потерпілих було засновано 19 вересня 2005 року.
[1998] МКС, Положення Суду, ICC-BD/01-01-04 (прийнято 26 травня 2004) ("Положення суду") положення 80 та 81.
Зокрема, відповідно до Правила 81(4) Положення про Суд до задач Канцеляріяу громадських адвокатів для потерпілих відносяться:
(a) надання загальної допомоги законним представникам потерпілих та потерпілим, у тому числі юридична експертиза та консультації, і, відповідно до наказу або дозволу Палати, надання консультацій та допомоги в отриманні детальної інформації стосовно обставин справи;

УПАП захищає їх інтереси, намагаючись підвищити рівень загальної обізнаності про проблеми потерпілих і пропонуючи свою правову експертну допомогу потенційним потерпілим.[1999]

СУПР[2000] – це спеціалізована секція Секретаріату, відповідальна за надання потерпілим та групам потерпілих допомоги для повного здійснення їхніх прав за Римським статутом та одержання правової допомоги і представницьких послуг, включно з (за потреби) від ОГАП. СУПВ також відповідає за поширення форм заяв, які потерпілим необхідно заповнити для участі та відшкодування шкоди, а також для надання допомоги.

ППС надає потерпілим і свідкам можливість дати показання та/або брати участь в судовому розгляді, зменшуючи при цьому будь-які можливі негативні наслідки, понесені ними у зв'язку з їх статусом. ППС відповідає за забезпечення захисних заходів, заходів безпеки, консультацій та інших засобів допомоги свідкам і потерпілим, які постають перед Судом, та інших осіб, які перебувають в небезпеці через надання показань. ППС також вживає інших необхідних заходів для захисту безпеки, гідності, недоторканності приватного життя, а також фізичного і психологічного благополуччя потерпілих, свідків та інших осіб, що піддаються ризику. Врешті-решт, ППС надає учасникам судового розгляду, а також органам та підрозділам Суду поради щодо відповідних захисних заходів, заходів із забезпечення безпеки, консультацій та допомоги.[2001]

b) Роль громадянського суспільства

Члени громадянського суспільства можуть грати ряд важливих ролей у судових розглядах в МКС. Як було відзначено в Частині III та IV, НУО окрім дії в якості сполучної ланки між Судом, потерпілими та свідками можуть надавати зацікавленим сторонам інформацію про Суд, надавати інформацію Канцелярії Прокурора, оскільки вони часто мають знання про ситуацію та прямий контакт з жертвами, подають *amicus curiae*. Місцеві НУО особливо важливі в деяких випадках з урахуванням відстані між МКС і постраждалими громадами, а також в інших країнах через відсутність співпраці між Судом і відповідною державою.

(b) поява в Суді відповідно до наказу або дозволу Палати у зв'язку з вирішенням конкретних питань;
(c) подання документів, відповідно до наказів або дозволу Палати, зокрема стосовно заяв потерпілих щодо участі у судовому розгляді, коли подаються заяви відповідно до правила 89, або коли ще не призначено законного представника;
(d) діяльність після призначення відповідно до положення 73 або 80; та
(e) представлення інтересів потерпілого або потерпілих під час судового розгляду відповідно до наказів або дозволу Палати, коли це в інтересах правосуддя.

[1999] Carsten Stahn and Göran Sluiter, *Нещодавня практика Міжнародного кримінального суду* («*The Emerging Practice of the International Criminal Court*») (Brill, 2009) с. 694.

[2000] СУПР було засновано відповідно до положення 86(9) Положення суду.

[2001] Римський статут, ст. 43(6).

НУО можуть надсилати до Суду інформацію, отриману від потерпілих і свідків, інформувати потерпілих і свідків про різні можливості участі в судових процедурах, а також надавати допомогу потерпілим і свідкам в отриманні юридичного представництва для представлення їх інтересів на будь-якій стадії судового процесу. З огляду на те, що НУО можуть грати велику роль, важливо, щоб вони могли надавати точну інформацію потерпілим і свідкам, що є можливим тільки тоді, коли у них є знання про Суд і те, як в ньому проводяться судові розгляди.

E. Підхід органів МКС до участі потерпілих

У зв'язку з обмеженнями Суду у часі та ресурсах, СУПВ повинен, коли і якщо це можливо, згрупувати заявки відповідно до загальних тем, як, наприклад, час, обставини або проблеми.[2002] У справі *Бемба* 722 заявки на участь в судовому розгляді були згруповані в чотири групи залежно від місця заподіяння шкоди.[2003] Примітно, що у справі *Катанги* налічувалося близько 4121 потерпілих, що брали участь.[2004] Вплив цього на судові розгляди є очевидним, адже створюється потенціал для затримань і громіздких судових розглядів за умови допущення для участі такої великої кількості потерпілих в тій чи іншій формі. На жаль, для потерпілих також існує затримка, через яку, можливо, доведеться чекати понад два роки для підтвердження їхнього статусу потерпілого.[2005] Після отримання статусу потерпілих потерпілі представлені разом (як колектив) законним представником.[2006] Станом на листопад 2011 року МКС загалом отримав 9,910 заявок на участь потерпілих.[2007]

Суд змінив свою точку зору у 2011 році, коли він зрозумів, що більше не може ігнорувати труднощі, спричинені величезною кількістю потерпілих, які претендують на участь в судових розглядах.[2008]

[2002] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення) ICC-01/04-01/06-1022 (9 листопада 2007) п. 19; *Прокурор проти Жермена Катанги та Матьє Чуї* (Рішення про розгляд заявок на участь) ICC-01/04-01/07-933-tENG (26 лютого 2009) п. 4; *Прокурор проти Жана-П'єра Бемби Гомбо* (Рішення щодо 722 заявок потерпілих про участь в провадженні) ICC-01/05-01/08-1017 (18 листопада 2010) п. 62.

[2003] *Прокурор проти Жана-П'єра Бемби Гомбо* (Рішення щодо 722 заявок потерпілих про участь в провадженні) ICC-01/05-01/08-1017 (18 листопада 2010) п. 62.

[2004] *Прокурор проти Жермена Катанги та Матьє Чуї* (Наказ) ICC-01/04-01/07- 1328 (22 липня 2009) пп. 2-4; Міжнародний кримінальний суд 'Звіт Суду про перегляд системи для потерпілих, які подають заявку на участь у провадженні' ICC-ASP/11/22 (5 листопада 2012) п. 4, п. 6.

[2005] Mariana Pena, «Участь потерпілих в Міжнародному кримінальному суді: досягнення та виклики, що попереду» 'Victim Participation in the International Criminal Court: Achievements Made and Challenges Lying Ahead' (2009) 16 ILSA J. Int'l. & Comc. L. 497, с. 512.

[2006] REDRESS Trust, 'Участь потерпілих у провадженні Міжнародного кримінального суду Огляд практики та розгляд варіантів майбутнього' (листопад 2012), с. 16.

[2007] Крістін Ван ден Вінгерт, 'Потерпілі перед міжнародними кримінальними судами: деякі погляди та занепокоєння судді МКС' (2012) 44 Case W. Res. J. Int'l L. 475, с. 482.

[2008] У першій половині 2011 року кількість поданих заяв на місяць зросла на 207% порівняно із середньою кількістю поданих за весь 2010 рік: Міжнародний кримінальний суд, Асамблея держав-

У справі *Гбагбо* Суд використав підхід колективних заяв, в результаті чого потерпілі заохочувалися об'єднуватися разом у групи.[2009] У справі *Лубанги* представникам чотирьох потерпілих було дозволено представити свої точки зору в індивідуальному порядку через трьох законних представників в письмовій та усній формі з процедурних питань і питань по суті до початку судового процесу.[2010]

Справи Кенії удосконалили процес подачі заяв потерпілими.[2011] Новий підхід реалізував подвійний підхід, який залежить від бажаного рівня участі потерпілих.[2012] По-перше, потерпілі, які бажають представити свою точку зору в індивідуальному порядку у Суді або за допомогою відеозв'язку, повинні пройти процедуру відповідно до правила 89 Правил процедури і доказування, що передбачає подачу письмової заяви реєстратору, яка згодом передається Палаті для визначення застосування.[2013] По-друге, потерпілим, які бажають взяти участь не постаючи перед судом, дозволено представити свої погляди через законного представника потерпілих (без проходження через правило 89).[2014] Їм лише потрібно зареєструватися в СУПВ з їх іменами, контактними даними та інформацією про завдану їм шкоду. Загальний законний представник переконається у тому, що вони мають право брати участь у справі.[2015] Цей представник також може представляти інтереси незареєстрованих потерпілих за умови, що представник вважає, що вони можуть кваліфікуватися як потерпілі.[2016]

учасниць, «Звіт Бюро з питань потерпілих та постраждалих громад та Цільовий фонд для жертв» ICC-ASP/10/31 (5 листопада 2012 р.) с.3.

[2009] *Прокурор проти Лорана Куду Гбагбо* (Друге рішення з питань, що стосуються процесу подання заяв потерпілих) ICC-02/11-01/11 (5 квітня 2012) п. 10:
Даних, які необхідно вказати у формі, запропонованої Секретаріату, повинно бути достатньо, щоб з'ясувати, чи є заявник потерпілим згідно з правилом 85. Інформація, яка міститься в формі заяви, запропонованої Секретаріатом, відповідає вимогам Положення 86, оскільки стосується таких даних, як особистість потерпілого та його адреса, шкоди, завданої йому внаслідок скоєння злочину, що підпадає під юрисдикцію МКС, фактичні обставини злочину, підтверджені документами, та інші дані стосовно особистих інтересів потерпілого, які зачіпаються. Форма спільної заяви містить достатню кількість інформації, яка дозволяє законним представникам виконувати свої обов'язки відповідно до ст. 68(3) Римського статуту та правила 90 та 91 Правил.

[2010] Наприклад, *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Другий перегляд) ICC-01/04-01/06-924 (11 червня 2007).

[2011] *Прокурор проти Уільяма Самої Руто та Джошуа Арап Санг* (Рішення щодо представництва та участі потерпілих) ICC-01/09-01/11 (3 жовтня 2012); *Прокурор проти Франсіса Кірімі Мутхаура та Ухуру Муїгаї Кеніятта* (Рішення щодо представництва та участі потерпілих) ICC-01/09-02/11- 498 (3 жовтня 2012).

[2012] *Прокурор проти Уільяма Самої Руто та Джошуа Арап Санг* (Рішення щодо представництва та участі потерпілих) ICC-01/09-01/11 (3 жовтня 2012) п. 25.

[2013] *Там само,* п. 25.

[2014] *Там само,* п. 26.

[2015] *Там само,* пп. 49-50.

[2016] *Там само,* п. 52.

II. Захист потерпілих та свідків

A. Огляд

Відповідно до статті 68(1) Римського статуту МКС повинен вжити належних заходів для захисту безпеки, фізичного і психологічного благополуччя, гідності і недоторканності особистого життя потерпілих і свідків, зокрема, в ході розслідування і кримінального переслідування злочинів. Існує чимало відповідних заходів, і діляться вони на три категорії: (i) захисні заходи;[2017] (ii) спеціальні заходи;[2018] і (iii) інші заходи захисту потерпілих і свідків.[2019] Захисними заходами є ті, що убезпечують та захищають свідків або потерпілих від можливої шкоди, а спеціальними заходами є ті, що допомагають і полегшують дачу показань уразливих свідків в МКС.

B. Коли застосовуються захисні заходи?

Захисні заходи можуть бути застосовані МКС для захисту потерпілого, свідка або будь-якої іншої особи, що знаходиться в небезпеці в результаті надання показань під час судового розгляду в МКС. МКС може застосувати захисні заходи внаслідок:

- Пропозиції Прокурора;
- Пропозиції захисту;
- Запит свідка або потерпілого або його законного представника; або
- Його власну пропозицію, або зроблену після консультацій з Підрозділом у справах потерпілих і свідків.[2020]

Прокурор МКС вживає захисних заходів, або просить, щоб вони були вжиті до її свідків на етапі розслідування і кримінального переслідування у справі.[2021] Зазвичай, Прокурор має запитати у Суду дозволу застосувати захисні заходи, якщо тільки вона не хоче застосовувати звичайні захисні заходи "день в день", такі як забезпечення конфіденційності, коли вона може застосувати ці заходи не звертаючись до Суду

Не встановленого жодної процедури перевірки, щоб визначити, хто знаходиться «в небезпеці». МКС заявив, що незалежно від точного опису перевірки захист повинен надаватися «будь-якому свідку після ретельного розслідування, якщо йому можуть завдати [...] шкоди або вбити, про що є

[2017] Правила процедури та доказування, правило 87.
[2018] *Там само,* правило 88.
[2019] Правила процедури та доказування, правило 112(4); Положення Суду, положення 21, 41, 42, 101; МКС Положення про Секретаріат, ICC-BD/03-02-06 (набрало чинності 6 березня 2006) ("Положення про Секретаріат"), положення 79 та 100.
[2020] Правила процедури та доказування, правило 87.
[2021] Римський статут, ст. 54(3)(f) та 68(1).

відповідні докази».[2022] Це повинно тлумачитися досить гнучким і цілеспрямованим чином для того, щоб забезпечити належний захист

Суд заявив, що судові заходи повинні застосовуватися тільки у виняткових випадках після оцінки кожного окремого випадку щодо того, чи є вони необхідними в світлі об'єктивно виправданої небезпеки і є пропорційними правам обвинуваченого.[2023] З цього можна зробити висновок, що існує потреба в об'єктивних доказах, на відміну від суб'єктивного страху або підозри, щоб довести, що свідок дійсно знаходиться у небезпеці.

Прокурор використовує оцінку ризиків для визначення необхідності захисних заходів з посиланням на конкретні обставини свідка, таких як характер показань і навколишнє середовище, в якому працює особа, наприклад, чи мали місце попередні інциденти або загрози.

Роль Підрозділу у справах потерпілих і свідків є окремою: у той час, коли Прокурор приймає рішення про вжиття або застосування Судом захисних заходів, ППС забезпечує такі заходи, як заходи безпеки, та робить рекомендації або дає поради іншим органам Суду стосовно заходів, яких необхідно вжити. ГПС є нейтральним постачальником послуг, що однаковим чином обслуговує сторони обвинувачення, захисту та законних представників потерпілих.[2024] ППС надає свої послуги за наказом Прокурора або на вимогу прокурора, захисника або інших сторін. Окрім того, всі сторони можуть звернутися до Суду, що є останньою інстанцією, яка приймає рішення щодо вжиття захисних заходів.[2025]

a) Приклади захисних заходів

Не існує вичерпного переліку захисних заходів, які можуть бути застосовані в ході розгляду, проте захисні заходи, як правило, мають на меті контроль за потоком інформації, розкриттям і конфіденційністю. Приклади захисних заходів, що застосовуються Судом, можуть включати в себе:

- Проведення закритого судового розгляду;
- Розголошення відредагованих заявок і документів (після виключення із запису імен та ідентифікаційних даних);
- Видання відповідних інструкцій стосовно доступу та обробки інформації;
- Заборона учасникам розкривати ідентифікаційні дані;

[2022] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення) ICC-01/04-01/06 (16 грудня 2008) пп. 27-29.
[2023] *Прокурор проти Боско Нтаганди* (Рішення) ICC-01/04-02/06 (15 вересня 2015) п. 6
[2024] 'Відділ потерпілих та свідків' (МКС).
[2025] *Прокурор проти Жермена Катанги та Матьє Чуї* (Рішення) ICC-01/04-01/07 OA 7 (26 листопада 2008) пп. 93 та 97.

- Нерозкриття, або затримка розкриття особистості свідків та іншої інформації, що ідентифікує свідків для відповідача;
- Дозвіл надання показань за допомогою електронних засобів (наприклад, відеозв'язок), за допомогою екрану або з використанням спотворення голосу/зображення;
- Використання псевдонімів протягом усього розгляду;
- Проведення судового розгляду в камері (закриті засідання);
- Зачитування заяви свідка повністю або частково на закритих засіданнях;
- Евакуація постраждалих з району, де вони можуть бути в небезпеці; та
- Надання законному представнику, психологу або члену сім'ї дозволу бути присутнім в Суді під час надання показань потерпілим або свідком.[2026]

C. Коли можуть бути застосовані спеціальні заходи?

Майже таким самим чином, як і у випадку захисних заходів, сторони обвинувачення та захисту, свідок або потерпілий можуть звернутися до Суду із запитом про застосування спеціальних заходів.[2027] Крім того, Суд може призначити спеціальні заходи, яких треба буде застосувати, за своєю власною ініціативою проконсультувавшись з ППС.[2028] У будь-якому випадку спеціальні заходи будуть застосовані з метою полегшення надання показань травмованим потерпілим або свідкам, дітям, особам літнього віку або жертвам сексуального насильства.[2029]

З метою захисту потерпілих і свідків, у тому числі тих, хто має право на спеціальні заходи, НУО, що з ними працюють, мають можливість наполягати на конфіденційності, якщо МКС запросить, щоб вони передали певну інформацію, у тому числі заяви, взяті у потерпілих, імена потерпілих та інші дані досліджень. Прокурор може погодитися не розкривати на будь-яких стадіях судового розгляду документи або інформацію, яку Прокурор отримує на умовах конфіденційності та виключно з метою отримання нових доказів, якщо на це не надасть згоду особа, що надала інформацію.[2030] Апеляційна палата МКС зазначила, що дане положення буде використовуватися некоректно, якщо угода стане підґрунтям істотної кількості виправдувальних доказів, які зазвичай мають бути передані стороні захисту.[2031] Крім того, якщо Прокурор представляє такий конфіденційний матеріал в якості доказів, Палата не може вимагати від особи, що надала

[2026] Правила процедури та доказування, правило 87.
[2027] *Там само,* правило 88(1).
[2028] *Там само.*
[2029] Правила процедури та доказування, правило 88(1).
[2030] Римський статут, ст. 54(3)(e).
[2031] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Рішення) ICC-01/04-01/06 OA 13 (21 жовтня 2008) пп. 59 та 101.

попередні матеріали або інформацію, надання додаткових доказів, а також не може викликати або вимагати присутності особи, яка її надала, або представника такої особи в якості свідка з метою отримання таких додаткових доказів.[2032] Дані питання більш детально розглядаються в Частині IV.

У випадку, коли свідок дає показання в Суді або за допомогою відеозв'язку з іншого місця, психолог буде оцінювати уразливість свідка,[2033] з метою перегляду рішення про те, чи слід свідку давати показання. Дана оцінка також визначить які відповідні спеціальні заходи мають бути застосовані.[2034] Свідку дається можливість висловити згоду на вжиття спеціальних заходів.[2035] Потім Судова палата готує відповідний звіт.[2036] Відразу ж після судового засідання, після того, як уразливий свідок закінчив давати показання, свідок опитується, а його психологічний стан перевіряється.[2037]

a) Приклади спеціальних засобів

Вдалим прикладом спеціальних заходів, спрямованих на полегшення показань потерпілого або свідка, є «процес ознайомлення», який часто використовується МКС. Мета процесу ознайомлення полягає в наданні свідкам допомоги щодо кращого розуміння судових процедур і конкретної ролі кожного учасника процесу. Процес ознайомлення також надає свідкам можливість познайомитися з особами, які можуть допитувати їх у Суді.[2038] Законні представники можуть бути присутніми під час процесу ознайомлення.[2039] Крім цього прикладу, Суд має широкі повноваження визначати на свій розсуд які спеціальні заходи адекватно полегшать свідчення уразливого свідка. Приклади інших спеціальних заходів можуть включати в себе:

- Допущення асистента підтримки, члена сім'ї або психолога або іншої людини, на приклад, від ГПС, для супроводження свідка у Суді;
- Забезпечення присутності психолога під час дачі показань травмованим потерпілим або свідком;

[2032] Правила процедури та доказування, правило 82(2).
[2033] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06 OA 13 (21 жовтня 2008) п.10.
[2034] *Там само,* п. 10; Правила процедури та доказування, правило 88.
[2035] *Там само,* п. 12.
[2036] *Там само.*
[2037] *Прокурор проти Жана-П'єра Бемби Гомбо* (Протокол) ICC-01/05-01/08 (25 жовтня 2010) п. 22.
[2038] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06-1049 (30 листопада 2007); Способи участі у справі Катанги, п. 79.
[2039] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06-1351 (23 травня 2008) п. 39; Способи участі у справі Катанги, п. 79.

- Надання свідку дозволу давати показання по каналах відеозв'язку або розмістивши між свідком та обвинуваченим ширму;
- Забезпечення того, щоб свідок чітко усвідомлював, що він або вона зв'язані суворим юридичним зобов'язанням говорити правду при дачі показань; та
- Контроль за методом обережного допиту свідка.[2040]

D. Програма захисту свідків та переселення

Програма захисту свідків і переселення потерпілих і свідків знаходиться у віданні реєстратора і залежить від співпраці держав-учасниць.[2041] Додаток щодо участі у програмі може бути поданим до реєстру (ГПС) Прокурором або адвокатом (тобто, адвокатом потерпілого або адвокатом захисту).[2042] ГПС буде оцінювати надану інформацію. Після цього буде проведено тривале інтерв'ю зі свідком та членами їх сімей, а також аналіз іншої інформації, наявної у ГПС.[2043] У будь-якому випадку, переселення жертв слід розглядати як крайню міру, оскільки воно може завдати значний вплив на життя особи.[2044]

Ключове питання стосовно того, чи буде ГПС рекомендувати участь в програмі, полягає в тому, "чи було дотримано порогове значення рівня небезпеки".[2045] На жаль, точні критерії є конфіденційними і відредагованими у судових справах.[2046] Останні дані про рівень успіху (у 2010 році) зазначають, що успішні переселення становлять близько 40%.[2047] Через брак ресурсів в цілях захисту свідків і потерпілих широко використовуються менші заходи, такі як безпечні будинки, патрулювання поліцейських, закритий захист, посилений нагляд та інші.[2048] МКС заборонив

[2040] Guido Acquaviva, Nancy Combs, Mikaela Heikkilä, Suzannah Linton, Yvonne McDermott, Sergey Vasiliev, 'Судовий процес' в Göran Sluiter, Håkan Friman, Suzannah Linton, Sergey Vasiliev, and Salvatore Zappalà (eds), *Міжнародний кримінальний процес: Принципи та правила* (OUP, 2013) сс. 848-850.
[2041] Правила процедури та доказування, правило 16(4).
[2042] Положеня про Секретаріат, правило 96.
[2043] *Прокурор проти Жана-П'єра Бемби Гомбо* (Спостереження Відділу потерпілих та свідків) ICC-01/05-01/08-72-Red (18 серпня 2008) п. 25; Markus Eikel, «Заходи захисту свідків у Міжнародному кримінальному суді: правова база та практика, що виникає» ('Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice') (2012) Criminal Law Forum 23, с. 125.
[2044] Silvana Arbia, «Міжнародний кримінальний суд: Захист та підтримка свідків та потерпілих, правова допомога та сімейні візити» ('The International Criminal Court: Witness and Victim Protection and Support, Legal Aid and Family Visits') (2010) 36 Commonwealth Law Bulletin, с. 522.
[2045] *Прокурор проти Жана-П'єра Бемби Гомбо* (Спостереження Відділу потерпілих та свідків) ICC-01/05-01/08-72-Red (18 серпня 2008) п. 8.
[2046] Markus Eikel, «Заходи захисту свідків у Міжнародному кримінальному суді: правова база та практика, що виникає» ('Witness Protection Measures at the International Criminal Court: Legal Framework and Emerging Practice') (2012) Criminal Law Forum 23, с. 126.
[2047] Оглядова конференція до Римського статуту, «Звіт Суду про співпрацю: оновлення» RC/2 (11 травня 2010) п.19.
[2048] «Підсумковий звіт за круглим столом щодо захисту потерпілих та свідків, що виступають перед Міжнародним кримінальним судом» (МКС, 29-30 січня 2009 р.) С. 3; «Зведений звіт про семінар з питань

обвинуваченню переселяти потерпілого або свідка в запобіжних цілях за винятком надзвичайних обставин, коли потерпілий або свідок знаходиться в "серйозній небезпеці неминучої шкоди".[2049]

III. Репарації

Репарації є формою компенсації, призначеної для відшкодування шкоди, завданої потерпілим від злочинів, і вони можуть передбачати реституцію, реабілітацію, а також інші заходи. По суті, репарації мають на меті визначення і відшкодування шкоди, завданої потерпілим і публічне підтвердження того, що потерпілі мають право на відповідний захід.[2050] МКС є першим міжнародним кримінальним судом, який має можливість зобов'язати засудженого злочинця виплатити репарації потерпілим від його злочинів.[2051]

A. Мета репарацій

Репарації виконують дві основні мети: "зобов'язати осіб, відповідальних за серйозні злочини, відшкодувати збиток, заподіяний ними потерпілим" та забезпечити, що злочинці понесуть відповідальність за свої вчинки.[2052] Репарації - тобто компенсації - призначені для відшкодування шкоди, заподіяної потерпілим, і можуть включати в себе реституцію,[2053] компенсацію, реабілітацію, а також інші заходи. Компенсація і реституція включають штрафи і конфіскацію майна засудженої особи, а Суд може прийняти рішення про виплату репарацій через Цільовий фонд.[2054] Реабілітація та інші заходи включають в себе медичні послуги та медичну, психологічну, психіатричну і соціальну допомогу для підтримки потерпілих, які страждають від горя і травм, а також відповідні юридичні або соціальні послуги.[2055] Вони можуть включати в себе заходи зі сприяння реінтеграції в суспільство або боротьбу з осоромленням.[2056]

захисту потерпілих та свідків, що виступають перед Міжнародним кримінальним судом» (МКС, 24 листопада 2010) с. 3.

[2049] *Прокурор проти Жермена Катанги та Матьє Чуї* (Спостереження Прокурора) ICC-01/04-01/07 (26 листопада 2008) пп. 26-39.

[2050] 'Репарації' (*International Center for Transitional Justice*).

[2051] В Надзвичайних палатах судів в Камбоджі (гібридний суд) сторони цивільної справи можуть вимагати морального або колективного відшкодування.

[2052] *Там само,* п. 2.

[2053] В Основних принципах ООН зазначається, що це повинно відновити потерпілого у його правах, порушених в результаті грубого порушення міжнародного права прав людини або серйозних порушень міжнародного гуманітарного права. Основні принципи та вказівки щодо права на засіб захисту та відшкодування шкоди потерпілим від грубих порушень міжнародного права, прав людини та серйозних порушень міжнародного гуманітарного права, Резолюція 60/147 ООН (16 грудня 2005) Документ ООН A/RES/60/147 ("Основні принципи ООН").

[2054] Римський статут, ст. 75(2).

[2055] Основні принципи ООН, принцип 21.

[2056] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Наказ про зміни репарацій) ICC-01/04-01/06 A A 2 A 3 (3 березня 2015) ("Наказ про зміни репарацій") пп. 67(iii), (iv) та (v)

B. Хто може отримувати репарації?

Суд може призначати індивідуальні або колективні репарації групі, громаді або обом, а також може призначати символічні репарації, попереджувальні або трансформуючі репарації.

Відповідно до Правил, репарації можуть бути надані безпосередньо потерпілим, а також опосередкованим потерпілим, таким як члени сім'ї безпосередніх жертв, тим, хто намагався запобігти злочину, і тим, кому було завдано шкоди при їх допомозі або втручанні від імені потерпілих.[2057] Репарації також можуть бути надані юридичним особам, у тому числі неурядовим організаціям, некомерційним організаціям, урядовим установам, школам, лікарням тощо.[2058]

C. Характер слухання щодо репарацій

Для здійснення процесу виплати репарацій існують спеціальні процесуальні правила. Важливо відзначити, що потерпілому не потрібно брати участь в судовому розгляді (в якості потерпілого), щоб брати участь в процесі виплати репарацій.[2059]

Потерпілі мають запросити рішення про накладення репарацій в письмовій формі, в заяві по суті, яка відрізняється від інших заяв на участь,[2060] оскільки Суд буде діяти за власною ініціативою тільки у виняткових обставинах.[2061] Положення та Правила передбачають, що рішення про накладення репарацій зазвичай приймається протягом звичайного судового розгляду: Стаття 76(3) Статуту передбачає у випадках, коли на вимогу Прокурора або обвинуваченого було призначено окреме слухання, питання про репарації будуть заслуховуватися під час додаткового слухання, що має такий характер, або, у разі необхідності, у ході будь-якого нового слухання.

При будь-якій формі процедури виплати репарацій, Суд розглядає зауваження від засудженого або від його імені, від потерпілих, інших зацікавлених осіб або зацікавлених держав. Потім він видає постанову, що стосується безпосередньо засудженого. Постанова призначатиме відповідні репарації такі як реституція, компенсація або реабілітація для або стосовно потерпілих. У деяких випадках МКС може присуджувати репарації з Цільового фонду Суду відповідно до статті 75.[2062]

На відміну від зауважень потерпілих в інших судових розглядах, допити під час слухань про репарації є більш всебічними і не можуть обмежуватися спостереженнями або письмовими

[2057] Правила процедури та доказування, правило 85.
[2058] *Там само,* правило 85(b).
[2059] *Там само,* правило 96.
[2060] *Там само,* правило 95.
[2061] Elisabeth Baumgartner, «Аспекти участі потерпілих у провадженні Міжнародного кримінального суду» ('Aspects of victim participation in the proceedings of the International Criminal Court') (2008) 90 International Review of the Red Cross 870, с. 431.
[2062] Цільовий фонд МКС для потерпілих було створено відповідно до ст. 79 Римського статуту.

зауваженнями, поданими відповідно до правила 91(4). Навпаки, представник потерпілого може навіть за умови отримання дозволу відповідної Палати допитати свідків, експертів та інших задіяних осіб. Слухання про репарації спрямовані на визначення травм, збитків або втрати, зазнаних в результаті злочину, вчиненого засудженим. Палата досудового провадження II вже зазначала, що стандарт доведення елементу зв'язку у визначенні жертви є вищим для цілей репарації, ніж для інших стадій судового розгляду.[2063] Присудження репарацій на колективній основі прямо передбачено у правилі 97(1), в якому також йдеться про те, що такі рішення можуть розглядатися Цільовим фондом, «якщо з огляду на число жертв і масштаби, форми і умови репарацій, колективна основа є більш доречною".

Потерпілі і засуджена(і) особа(и) можуть брати участь у судовому розгляді, а Палата може призначити експертів для надання допомоги у визначенні таких питань як ступінь завданої шкоди, втрата або травми, а також, який вид репарацій є найбільш доречним.[2064] Потерпілі (або їх законні представники), засуджений(і), а також інші «зацікавлені особи і зацікавлені держави» можуть надавати зауваження стосовно доповідей експертів.[2065]

D. Перевірка

Компенсація повинна розглядатися з трьома умовами: (i) значний розмір економічних збитків; (ii) компенсація є відповідною і пропорційною (маючи на увазі серйозність злочину та обставини справи); і (iii) беручи до уваги наявні кошти, результат є можливим.[2066] Реабілітація включає в себе медичні послуги та медичну, психологічну, психіатричну та соціальну допомогу для підтримки потерпілих, які страждають від горя та травм, а також відповідні правові або соціальні послуги.[2067]

E. Виплата репарацій: заснування Цільового фонду

МКС заснував Цільовий фонд у 2002 році відповідно до статті 79 Римського статуту. Його мандат включає в себе два рівні: (i) виплата репарацій за рішенням Суду; і (ii) забезпечення фізичної, психологічної та матеріальної підтримки потерпілих та їх сімей.[2068] Друга частина мандата не залежить від репарацій, призначених Судом, і забезпечує більш своєчасне надання допомоги більш широкому класу потерпілих ніж той, що передбачається у судовому процесі.

[2063] Рішення щодо участі Уганди, п. 14.
[2064] *Там само.*
[2065] Правила процедури та доказування, правило 97(2).
[2066] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Наказ щодо репарацій) IC-01/04-01/06-3129-AnxA (3 квітня 2015) п. 37. Посилаючись на основні принципи ОНН, принцип 20.
[2067] *Там само,* п. 42. Посилання на Основні принципи ООН, принцип 21.
[2068] *Там само.*

F. Сплата

Добровільні внески та приватні донори фінансують фонд репарацій. Існує також резерв репарацій у випадку присудження Судом репарацій засудженому злочинцю, що не має достатніх коштів.[2069] Іншими словами, якщо МКС не здатен отримати достатні активи від засудженої особи, він може покладатися на резерв репарацій.[2070]

G. Виконання рішень про присудження репарацій

Суд уповноважений присуджувати репарації. Іншими словами, він може забезпечити компенсації потерпілим від злочинів, вчинених злочинцями, що були засуджені у Суді. Якщо Суд виносить таку постанову, Римський статут передбачає, що «держава- учасниця» зобов'язана ввести в дію дане рішення. Це прямо стосується держав- учасниць; проте, стаття 75 також передбачає, що Суд може застосувати заходи, закріплені у Частині 9, для введення в дію постанови про репарації

По суті, це в значній мірі зобов'яже Україну дотримуватися судових запитів. Якщо Україна відмовиться виконати запит, це буде розглядатися як порушення її обов'язку співпрацювати з Судом відповідно до положень Частини 9. Ці положення зробили б Україну відповідальною за ідентифікацію, відстеження і заморожування або арешт доходів, майна і активів злочинів з метою їх подальшої конфіскації. Таким чином, МКС може обґрунтовано вимагати, щоб Україна виконувала заходи для забезпечення виплати репарацій і при цьому ефективно виконувала постанову про репарації.

H. Приклади репарацій: справи Лубанги, Аль Махді та Катанги

Справа *Лубанги* була першим рішенням МКС про репарації, і тому має наслідки для майбутніх рішень.

Постанова про репарації була видана в березні 2015 року. Вона включала наступне важливе положення: МКС "вводить систему репарацій, яка відображає зростаюче визнання в міжнародному кримінальному праві того, що є необхідність вийти за межі поняття «карального правосуддя» або кримінального покарання засудженої особи, "для знаходження рішення, яке є ширшим, заохочує участь і визнає необхідність забезпечення ефективних засобів правового захисту потерпілих".[2071]

[2069] 'Інформація щодо фінансів' (*Trust Fund for Victims*).
[2070] Див, *Прокурор проти Боско Нтаганди* (Наказ щодо репарацій) ICC-01/04-02/06 (08 березня 2021).
[2071] Наказ про зміни репарацій, п. 1.

Палата також зазначила, що репарації виконують дві основні мети. По-перше, вони "зобов'язують осіб, відповідальних за серйозні злочини, відшкодувати шкоду, яку вони заподіяли потерпілим".[2072] По-друге, вони "забезпечують, щоб злочинці несли відповідальність за свої дії".[2073] В апеляційному рішенні вона заявила, що постанова про репарації має містити п'ять основних елементів.

- Вона має бути спрямована проти засудженого;
- Вона має встановити і повідомити засудженому про його відповідальність стосовно репарацій, присуджених у постанові;
- Вона має визначити і вказати причини та вид присуджених репарацій;
- Вона має визначити шкоду, заподіяну безпосереднім або опосередкованим потерпілим в результаті злочинів, за які була засуджена особа; та
- Вона має ідентифікувати потерпілих, які мають право на отримання репарацій або визначити критерії прийнятності, засновані на зв'язку між шкодою, заподіяною потерпілим, та злочинами, за які була засуджена особа.[2074]

Іншим питанням, що розглядалося у зміненій постанові у справі *Лубанги*, був розгляд того, що завдана "шкода" означає "біль, травми або пошкодження" і не повинна бути прямою, проте має бути особистою для жертви.[2075] Вона може бути матеріальною, фізичною або психологічною.[2076] Окрім того, повинен бути наявний причинно-наслідковий зв'язок між шкодою і вчиненням злочину, що підпадає під юрисдикцію МКС.[2077] Виходячи з цього, повинні бути наявні відносини "але/для" між злочином і шкодою, а злочини, вчинені паном Лубанга, були "безпосередньою причиною" шкоди, яку відшкодовують репарації.[2078] Цей причинно-наслідковий зв'язок має бути встановлений на стадії репарацій, маючи за стандарт, необхідний для судового розгляду, встановлення цього факту «поза будь-яким розумним сумнівом".

До потерпілих мають ставитися справедливо та однаково, незалежно від того, чи брали вони участь в основному судовому процесі, а Суд бере до уваги потреби всіх потерпілих.[2079] Суд також використовує комплексний гендерний підхід і має на меті гендерний паритет в репараціях.[2080] Під

[2072] *Там само,* п. 2.
[2073] *Там само,* п. 2.
[2074] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Рішення) ICC-01/04-01/06-3129 (3 березня 2015) п. 1.
[2075] Наказ про зміни репарацій, п. 10.
[2076] *Там само.*
[2077] *Там само,* п. 11.
[2078] *Там само,* п. 59.
[2079] *Там само,* пп. 12 and 14.
[2080] *Там само,* п. 18.

час стадії репарацій, потерпілі та їхні сім'ї і громади повинні мати можливість брати участь у цьому процесі та отримувати підтримку для того, щоб їхня участь була "істотною та ефективною".[2081] Суд також повинен консультуватися з потерпілими стосовно особистостей бенефіціарів та їх пріоритетів.[2082]

Як було присуджено, Цільовий фонд МКС направив Палаті запити стосовно репарацій у справі *Лубанга*.[2083] У центрі уваги цього запиту були колективні репарації. Було обговорено питання індивідуальних потреб, таких як медична або психологічна допомога; проте основна частина думок стосувалася колективних програм, таких як соціально-економічна підтримка, інтеграція, групові можливості для колишніх дітей- солдатів і програми залучення спільноти. Цільовий фонд зосередився на колективних репараціях і реабілітаційних заходах з програмами по роботі з громадою. Для відшкодування збитків Цільовий фонд розглянув відповідальність пана Лубанга з посиланням на:

- Число потенційних прийнятних потерпілих;
- Масштаби і види шкоди;
- Вартість відшкодування завданої шкоди; і
- Адміністративні витрати, пов'язані з процесом виплати репарацій.[2084]

Злочини були описані як широкомасштабні та скоєні за участі великої кількості дітей. Цільовий фонд розглянув усіх потенційних потерпілих, а не тільки тих, хто брав участь у процесі. Він не міг назвати число потенційних потерпілих. Цільовий фонд повинен був покладатися на підрахунки НУО, щоб оцінити, скільки потерпілих там потенційно було. Приблизна оцінка становила 3000 безпосередніх і опосередкованих потенційних потерпілих.[2085]

Суд визначив потенційні заходи реабілітації та інші заходи, такі як медичне обслуговування, психологічна допомога, а також заходи з реінтеграції, як, наприклад, освіта або можливості стабільної роботи.[2086] Інші заходи включають в себе інформаційні програми та пам'ятні заходи. Він також розглянув фінансову сторону; Цільовий фонд був готовий надати один мільйон євро зі свого

[2081] *Там само,* п. 29.
[2082] *Там само,* п. 32.
[2083] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'їло* (Подання репарацій та проект плану впровадження) ICC-01/04-01/06 (3 листопада 2015).
[2084] *Там само,* п. 218.
[2085] *Там само,* п. 253.
[2086] *Там само, пп.* 181, 258-263.

резерву репарацій для того, щоб внести свій вклад та профінансувати колективну програму репарацій.[2087]

До винесення вироку Цільовий фонд перебував у партнерстві з інститутом вже в ДРК і надав значні грошові суми на:

- Чотири медичні проекти;
- Один психологічний проект;
- П'ять проектів реінтеграції, такі як громадська терапія та професійна підготовка; і
- Три символічних проекти репарацій, що стосуються освіти.[2088]

Можна зробити висновок, що загальна вартість цих проектів разом з репараціями потерпілим склала близько 7,429,901 доларів США [або 189,090,231 грн (українська гривня)].

У справі *Аль Махді* Суд звернувся до індивідуальних та колективних репарацій за знищення культурних цінностей та спадщини. У 2016 році Ахмад Аль Факі Аль Махді був визнаний винним у воєнному злочині за умисне керівництво нападами на релігійні та історичні будівлі (захищені будівлі) у Тімбукту, Малі, у червні та липні 2012 року та засуджений до дев'яти років ув'язнення. Наказ Суду про репарації Судової палати від 2017 року передбачив відповідальність пана Аль Махді у розмірі 2,7 мільйона євро витрат на індивідуальні та колективні репарації громади Тімбукту.[2089]

Судова палата встановила, що чотири групи постраждали від злочинів, за які відповідає Аль Махді: 1) сім'ї опікунів, які відповідали за утримання місць, 2) інші віряни Тімбукту, 3) решта населення Малі та 4) міжнародне співтовариство. Однак Судова палата постановила, що дві останні групи не потребують додаткових відновлювальних заходів, «оскільки ті, що спрямовані для місцевого населення Тімбукту, за своєю суттю ефективно впливатимуть на ширшу шкоду, заподіяну малійцями та міжнародному співтовариству в цілому. Іншими словами, заходи, спрямовані на більш конкретну шкоду, вирішать питання, відповідно до необхідних наслідків, більш загальної шкоди».[2090]

Індивідуальні репарації присуджувались лише тим, чий заробіток виключно залежав від захищених будівель, наприклад, особам, які заробляли собі на життя шляхом утримання та охорони захищених будинків, певним власникам бізнесу, єдиною метою яких був продаж піску,

---

[2087] *Прокурор проти Томаса Лубанги Д'ілo* (Подання репарацій та проект плану впровадження) ICC-01/04-01/06-3177-AnxA (3 листопада 2015) Додаток, п. 174.
[2088] *Там само, сс.* 124 *et seq.*
[2089] Справа Аль Махді: Наказ щодо репарацій набирає остаточної чинності, 8 березня 2018.
[2090] Наказ щодо репарацій у справі *Аль Махді*, ICC-01/12-01/15, 17 серпня 2017, п. 54.

який сприймається як святий з місць захищених будівель - але не власникам підприємств із ширшими цілями, яким заподіяна шкода від втрати захищених будівель.[2091]

Апеляційна палата в 2018 році підтвердила рішення Судової палати, згідно з якою індивідуальні відшкодування збитків за економічну шкоду призначатимуться «лише тим, чиї засоби існування залежали виключно від захищеної будівлі».[2092]

Що стосується методу здійснення індивідуальних репарацій, Апеляційна палата постановила, що «заявники-потерпілі, яких цільовий фонд для потерпілих визнав, в результаті адміністративного відбору, неприйнятними для індивідуальних репарацій, мають право вимагати від Судової палати перегляду оцінки Цільового фонду для потерпілих. Судова палата може також переглянути оцінку Цільового фонду для потерпілих *proprio motu*».[2093] Апеляційна палата додала, що ці потерпілі мають право приховувати свої особистості від обвинуваченого.[2094]

Колективні репарації було присуджені з метою виправити економічну шкоду, заподіяну громаді Тімбукту, та емоційне горе, що було завдано внаслідок нападу на захищені будівлі.[2095] Судова палата запропонувала деякі способи для такого виду репарацій, як-от «освітні та інформаційно-просвітницькі програми для просування важливої та унікальної культурної спадщини Тімбукту, програми повернення / переселення, 'мікрокредитна система', яка допоможе населенню отримати дохід, або інші програми грошової допомоги для відновлення втраченої економічної діяльності Тімбукту».[2096]

У справі *Катанги* під час розгляду питань репарацій було проаналізовано два конкретні питання: 1) оцінка шкоди в ситуаціях, коли є багато заявників на репарацію, та 2) концепція шкоди, що переходить із покоління у покоління. Жермен Катанга був визнаний винним у 2014 році за одним пунктом злочину проти людяності та чотирма пунктами воєнних злочинів, скоєних 24 лютого 2003 року під час нападу на село Богоро (ДРК), і був засуджений до дванадцяти років позбавлення волі.[2097]

[2091] *Там само,* п. 81
[2092] *Аль Махді* Рішення щодо апеляційної скарги потерпілих на «Наказ щодо репарацій», ICC-01/12-01/15 A, 8 березня 2018, п. 43.
[2093] *Там само,* п. 1(ii).
[2094] *Там само,* п. 1(i).
[2095] Наказ щодо репарацій у справі *Аль Махді*, ICC-01/12-01/15, 17 серпня 2017, п. 104.
[2096] *Там само,* п. 67.
[2097] МКС, Інформація про справу, *Прокурор проти Жермена Катанги*, (24 березня 2017 року Судова палата II видала Наказ про відшкодування шкоди, встановивши суму, за яку пан Катанга несе відповідальність, у розмірі 1 мільйон доларів. Палата також постановила призначити відшкодування для 297 потерпілих у вигляді символічної винагороди в розмірі 250 доларів США кожному потерпілому та наступні чотири види колективних відшкодувань: (1) підтримка житла; (2) підтримка освіти; (3)

Незважаючи на те, що Апеляційна палата здебільшого підтвердила наказ про репарації Судової Палати, вона розкритикувала підхід останньої щодо індивідуального викладу висновків щодо всіх 341 заяв з метою ідентифікації шкоди. Апеляційна палата наголосила, що такий підхід призводить до непотрібних затримок у процедурі репарацій і що його слід застосовувати тоді, коли є дуже мала кількість потерпілих, яким Палата має намір призначити індивідуальні та персоналізовані репарації.[2098]

П'ятеро заявників у цій справі, які народилися після нападу на Богоро, подали заяву про відшкодування за психологічну шкоду поколінь, що є «явищем, за яким соціальне насильство передається від нащадків до нащадків з травматичними наслідками для останніх».[2099] Вони стверджували, що зазнали шкоди через призму досвіду батьків під час нападу.[2100] Хоча Судова палата встановила, що ці заявники «з усією вірогідністю» зазнали шкоди, що передається від покоління до покоління, вона вирішила, що не може встановити причинно-наслідковий зв'язок між отриманою травмою та нападом на Богоро.[2101] Апеляційна палата визнала це пояснення суперечливим[2102] і наказала Судовій палаті провести нову оцінку цих заяв, надавши достатні підстави для остаточного висновку.[2103]

У новому судовому розгляді справи, що стосувався виключно шкоди, яка передається від покоління до покоління, Судова палата взяла до уваги різні пояснення передачі такої травми: 1) теорія епігенетичної передачі в нейропсихіатрії, що заснована на дослідженні передачі епігенетичних знаків від батьків до дитини, які зберігають пам'ять про травматичні події, які пережили батьки; та 2) теорія соціальної трансмісії, яка натомість зосереджується на впливі на емоційний розвиток дитини через виховання та емоційне навчання.[2104] Палата також взяла до уваги той факт, що чим ближче дата народження заявника до дати нападу, тим більша ймовірність

підтримка діяльності, що приносить дохід; і (4) психологічна підтримка; МКС, справа Катанги: Судова палата II відхиляє заяви про відшкодування шкоди від поколінь, 19 липня 2018 року.

[2098] Рішення у справі *Катанги* щодо апеляційних скарг на наказ Судової палати II від 24 березня 2017 року під назвою «Наказ про відшкодування шкоди відповідно до статті 75 Статуту», ICC-01/04-01/07 A3 A4 A5, 8 березня 2018, пп. 1 і 3.

[2099] Наказ у справі *Катанга* про відшкодування шкоди відповідно до статті 75 Статуту, ICC-01/04-01/07, 24 березня 2017 р., п. 132.

[2100] *Там само,* 133.

[2101] *Там само,* 134.

[2102] Рішення у справі *Катанги* щодо апеляційних скарг на наказ Судової палати II від 24 березня 2017 року під назвою «Наказ про відшкодування шкоди відповідно до статті 75 Статуту», ICC-01/04-01/07 A3 A4 A5, 8 березня 2018, п. 238.

[2103] *Там само,* п. 1.

[2104] Рішення у справі *Катанги* щодо питання про шкоду від поколінь, яку заявляють деякі заявники про відшкодування шкоди, витребувані Апеляційною палатою у своєму рішенні від 8 березня 2018 року, ICC-01/04-01/07, 19 липня 2018 року, п. 11.

того, що напад мав вплив на заявника.[2105] Однак існували докази того, що страждання батьків «поєднуються з іншими тривогами, такими як ті, що викликані незахищеністю в регіоні, а також іншими контекстуальними факторами», і що напруженість у Богоро почала загострюватися ще за два роки до нападу.[2106] Як наслідок, Судова палата знову дійшла висновку, що причинно-наслідковий зв'язок між шкодою, заподіяної п'ятьом заявникам, та нападом на Богоро не був доведений на рівні стандарту балансу ймовірностей.

I. Як подати заяву про репарації

Потерпілі можуть подати заяву про виплату репарацій у будь-який час. Судова палата може розпочати процес за своєю власною ініціативою, проте це є менш імовірним.[2107] Для подання заяви про репарації потерпілим слід звернутися до Секції з питань участі потерпілих і репарацій шляхом надання необхідної інформації, передбаченої правилом 94 Правил. Така інформація включає в себе: (i) зазначення особи й адреси потерпілого, що подав заяву; (ii) опис травм, збитків або шкоди; (iii) місце і дата події і, якщо це можливо, встановлення особи або осіб, які, як вважається, несуть відповідальність за травми, збитки або шкоду; (iv) у випадку реституції активів, майна або матеріальних цінностей, опис об'єкту(ів); (v) позови щодо компенсації; (vi) позови щодо реабілітації та інших засобів; та (vii) всю можливу відповідну документацію, у тому числі зазначення будь-яких свідків. МКС розробив стандартну форму для зазначення цієї інформації, яка може бути використана для подачі заяв про участь або репарації або стосовно обох питань для полегшення процесу подачі заяви.[2108]

[2105] *Там само,* п. 29.
[2106] *Там само,* пп. 30-31.
[2107] Антоніо Кассезе, *Міжнародне кримінальне право* (*International Criminal Law*) (2ге вид., OUP, 2008) с. 423.
[2108] 'Форми' (*МКС*).

КОНТАКТНІ ДАНІ

Global Rights Compliance LLP

info@globalrightscompliance.co.uk
www.globalrightscompliance.com

Global
Rights
Compliance