



Наталія Антонюк

кандидатка юридичних наук, доцентка,
суддя Верховного Суду, секретар Першої судової палати
Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7582-2071>
antoniuknataliasupremecourt@gmail.com

УДК 341.322.5

КОНТЕКСТУАЛЬНИЙ ЕЛЕМЕНТ ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ: ЗМІСТ І НЕОБХІДНІСТЬ ВСТАНОВЛЕННЯ

АНОТАЦІЯ. У цій статті досліджується поняття контекстуального елемента як обов'язкової характеристики воєнного злочину. Аналізується диференціююче значення цього елемента та його роль для розмежування загальнокримінальних і воєнних злочинів.

Запропоновано контекстуальний елемент воєнного злочину розуміти через дві ознаки: встановлення того, що поведінка виконавця відбувалася у контексті та була пов'язана з міжнародним збройним конфліктом, та того, що виконавець усвідомлював фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту. Таке розуміння відповідає загальноприйнятим міжнародним підходам, які використовуються під час кримінально-правової оцінки діянь як воєнних злочинів за міжнародним кримінальним правом.

Також окремо досліджено практику міжнародних трибуналів і виокремлено ті чинники, які можуть вказувати на факт вчинення особою саме воєнного, а не загальнокримінального злочину.

Наголошено, що контекстуальний елемент обов'язково повинен відтворюватися у процесуальних рішеннях у конкретних кримінальних провадженнях.

Ключові слова: воєнний злочин; диференціація; контекстуальний елемент; кримінальна відповідальність.

У нашій державі триває війна. І щодня ми бачимо як вона впливає на всі сфери життя суспільства, на кожну людину, на кожні правовідносини. Впливає вона й на кримінально-правові відносини. Так, хоча у Кримінальному кодексі України (далі – КК України)¹ і був розділ ХХ, який містив у своїй структурі воєнні злочини, однак увага такому поняттю, як “контекстуальний елемент”, ні у доктрині кримінального права, ні під час вивчення дисципліни “Кримінальне право”, ні у правозастосовній практиці не приділялася. Дозволимо собі стверджувати, що значна частина юристів взагалі не знали, що таке контекстуальний елемент, коли та навіщо його слід встановлювати.

¹ Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 05.05.2023).

Про контекстуальний елемент згадували крізь призму міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права, аналізуючи міжнародні та неміжнародні конфлікти, які траплялися в інших державах. Проте, на жаль, Україна стала жертвою агресивної війни Російської Федерації (далі – РФ) і щодня в Україні вчинюються воєнні злочини, які потребують належної кримінально-правової оцінки.

Саме з метою визначення ролі контекстуального елемента у складах воєнних злочинів у цій статті буде розглянуто як зміст цього поняття, його диференціююче значення, так і необхідність його відображення у процесуальних документах.

Серед вітчизняних учених дослідженню контекстуального елемента воєнних злочинів приділяли увагу І. Берднік, І. Гловюк, В. Лисик, В. Миронова, В. Навроцький, Г. Тетерятник, М. Хавронюк, О. Шаповалов, А. Шаповалова. Цей елемент неодноразово був предметом оцінки міжнародних воєнних трибуналів, про що чітко видно з їхніх рішень.

З початку повномасштабного вторгнення в Україну збройних формувань РФ першими застосовувати існуючі кримінально-правові норми під час кримінально-правової кваліфікації почали практики. Фактично науково-правові розробки йшли в ногу, або ж часто наздоганяли ті екстраординарні випадки, які доводилося бачити наяву й оцінювати у конкретному кримінальному провадженні. Міжнародна юридична спільнота надала українським правникам величезний масив напрацювань, які стосуються воєнних злочинів.

Після повномасштабного вторгнення РФ в Україну неодноразово зверталася увага на те, що у випадку вчинення воєнного злочину, передбаченого у розділі XX КК України, потрібно обов'язково встановлювати та прописувати у процесуальних документах наявність контекстуального елемента². Саме контекстуальний елемент дає змогу відрізнити воєнні злочини від так званих загальнокримінальних злочинів.

Фактично контекстуальний елемент як наскрізна ознака воєнних злочинів диференціює кримінальну відповідальність, оскільки змінює кримінально-правову оцінку вчиненого з урахуванням контексту збройного конфлікту, суб'єкта, який вчинює злочинне посягання, його усвідомлення факту конфлікту. Варто одразу зауважити, що диференціація кримінальної відповідальності за воєнні злочини у частині оцінки засобів кримінально-правової репресії щодо злочинця відобразилася не стільки на покаранні, оскільки воно різко не зростає. Натомість вона відобразилася у тому, що давність притягнення до кримінальної відповідальності за воєнні злочини не застосовується.

² Н. Антонюк, 'Наявність контекстуального елемента відрізняє воєнні злочини від "загальнокримінальних"' (28.10.2022) <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1339593>> (дата звернення: 05.05.2023).

Аналіз Женевських конвенцій дає змогу констатувати, що форми порушення законів та звичаїв війни часто перетинаються зі звичайними загальнокримінальними злочинами. Для прикладу, умисне вбивство або ж згвалтування, катування чи використання примусової праці, як і низка інших діянь, за відсутності збройного конфлікту (міжнародного або неміжнародного) кваліфікувалися б як злочини проти життя, статевої свободи тощо.

Однак вчинення таких діянь в умовах збройного конфлікту надає їм абсолютно іншого забарвлення, змінює кваліфікацію із загальнокримінального злочину та воєнний. І саме контекст – вчинення відповідного кримінально караного діяння в умовах, з використанням умов збройного конфлікту й впливає на зміну кримінально-правової оцінки вчиненого.

У цій статті послідовно зупинимося на таких групах питань: яке місце контекстуального елемента серед класичних елементів складу кримінального правопорушення, у чому проявляється контекстуальний елемент та яким чином необхідно доводити його наявність.

Загальновідомо, що доктрина кримінального права у складі кримінального правопорушення виокремлює чотири елементи складу: об'єкт, об'єктивна сторона, суб'єкт і суб'єктивна сторона. Тож цілком підставно у практиків виникало запитання, у межах якого з цих чотирьох елементів складу злочину слід встановлювати контекстуальні ознаки. Однак контекст вчинення діяння буде частково проявлятися через ознаки різних елементів складу кримінального правопорушення: і через обстановку, в якій діяння було вчинено, яка є ознакою об'єктивної сторони, і через суб'єкта, який є представником ворожої армії, і через усвідомлення ним факту збройного конфлікту. Тож можна констатувати, що контекстуальний елемент фактично вплітається в інші елементи складу кримінального правопорушення.

Для застосування норм міжнародного гуманітарного права не потрібно будь-якого рішення щодо наявності того чи іншого збройного конфлікту, воно застосовується з фактичного початку збройного конфлікту³.

Зі змісту всіх чотирьох Женевських конвенцій 1949 р. випливає, що Конвенція використовується 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.

Відповідно до міжнародного кримінального права будь-яка поведінка, яка являє собою воєнний злочин, вимагає, щоб діяння виконавця мали місце у контексті збройного конфлікту та були пов'язані з таким конфліктом.

³ В Гутник, 'Збройний конфлікт у колишній Югославії: до проблеми правової кваліфікації' (2020) 23 Альманах міжнародного права 165.

Контекстуальними елементами воєнних злочинів, які застосовні до міжнародного збройного конфлікту, є те, що, по-перше, поведінка виконавця мала місце в контексті та була пов'язана з міжнародним збройним конфліктом, а по-друге, виконавець усвідомлював фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту⁴. Тобто у конкретному кримінальному провадженні потрібно з'ясувати поведінку винної особи, яка мала місце в контексті та була пов'язана зі збройним конфліктом.

Якщо зупинитися на першій з ознак, тобто на тому, що поведінка виконавця мала місце в контексті та була пов'язана з міжнародним збройним конфліктом, то виникає запитання як простежити такий зв'язок, наскільки він має бути очевидним? Адже відомо, що російські військовослужбовці на початку повномасштабного вторгнення розповідали, що не знали, що беруть участь у війні, що думали, що йдеться про якісь навчання тощо. Варто дати відповідь на запитання: як вбивства чи катування цивільного населення, масові згвалтування і насильницькі дії росіян на окупованих територіях пов'язані зі збройним конфліктом, чи впливають вони на досягнення військових цілей так званої спецоперації?

У низці наукових праць, які плавно перекочували у процесуальні документи у провадженнях, що стосуються воєнних злочинів, можна прочитати історичний екскурс про прийняття статуту Організації Об'єднаних Націй, проголошення незалежності України, укладення Будапештського меморандуму, Конституцію України, захоплення Автономної Республіки Крим і т. д.

Зокрема, у судових рішеннях дослівно прописують такий фрагмент:

24.10.1945 набув чинності Статут Організації Об'єднаних Націй, підписаний 26.06.1945, яким фактично створено Організацію Об'єднаних Націй. До складу ООН увійшли Українська Радянська Соціалістична Республіка (з 24.08.1991 змінено назву на Україна), Союз Радянських Соціалістичних Республік (з 24.12.1991 змінено назву на Російська Федерація) та ще 49 країн-засновниць, а в подальшому до вказаної міжнародної організації були прийняті інші країни світу <...>⁵.

Виникає запитання щодо доцільності копіювання цього історичного екскурсу з процесуального документа у процесуальний документ та його ролі у визначенні контекстуального елемента.

Дозволимо собі стверджувати, що такий екскурс є абсолютно непотрібним. Адже ніхто у цивілізованому світі не сумнівається у тому, що Україна є самостійною державою і що її кордони чітко визначені. Не сумнівається у тому, що здійснює напад на незалежну, суверенну державу й РФ. Адже дії її можновладців, які приймають нікчемні рішення про приєднання до

⁴ Антонюк (н 2).

⁵ Вирок Солом'янського районного суду м. Києва у справі № 760/5257/22 <<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104432094>> (дата звернення: 05.05.2023).

РФ окупованих територій, це чітко демонструють⁶. Вони розуміють, що намагаються захопити чужу територію – територію України.

Тож екскурсу в історію і констатації того факту, що Україна є самостійною державою, писати не слід. Він є загальновідомим фактом.

Точно таким самим загальновідомим фактом є й факт ведення агресивної війни РФ проти України. Якщо період із 2014 р. ще потребував більшої аргументації, оскільки необхідно було продемонструвати існування саме міжнародного збройного конфлікту (далі – МЗК), то починаючи із 2022 р. сумніви щодо існування МЗК зникли в усіх.

Чи впливає на той факт, що РФ веде агресивну війну проти України те, що фактично держава-агресор стверджує про проведення спеціальної військової операції? Відповідь однозначна – не впливає. Як би собі не іменували росіяни війну, як би не приховували реальні назви за вигаданими лозунгами, все одно факт залишається фактом – триває війна РФ проти України.

З подібних приводів є низка рішень міжнародних трибуналів. Так, у справі Босковські та Тарцеловські (*Boskoski and Tarculovski*), яку розглядав Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії (далі – МКТЮ), констатовано, що неважливо, як саме органи влади називають операції. Навіть якщо операції називають “антитерористичними” або насильницькими актами “терористів”, це не впливає на кваліфікацію збройного конфлікту і застосовність міжнародного гуманітарного права та воєнних злочинів до ситуації (§ 185 рішення першої інстанції, § 33 рішення апеляційної інстанції)⁷.

Тож можна підсумувати, що на існування міжнародного збройного конфлікту не впливає той факт, що одна із воюючих держав називає війну спеціальною військовою операцією чи будь-як інакше. Важливим є те, що держави використовують свої збройні сили для ведення бойових дій.

У справі Д. Тадича (*D. Tadic*) МКТЮ підкреслив, що ‘збройний конфлікт існує завжди, коли є звернення до збройних сил між державами або зтяжні збройні насильства між державними органами й організованими збройними групами або між такими групами в межах держави’⁸.

Тобто існування чи відсутність міжнародного збройного конфлікту залежать не від назви, якою позначають цей конфлікт держави-учасниці, а від суті конфлікту, яка передусім полягає у використанні хоча б однією із держав збройних сил. Так само не має значення факт введення на території воюючих держав режиму воєнного стану. Якщо такий стан і не введений, однак фактично бойові дії тривають, – за умови викори-

⁶ Йдеться про рішення Державної Думи РФ про приєднання окупованих областей до складу РФ.

⁷ *Prosecutor v. Boskoski and Tarculovski (Trial Judgment)*, IT-04-82-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 July 2008 <<https://www.refworld.org/cases/ICTY,48ac30e22.html>> (accessed: 05.05.2023).

⁸ *Prosecutor v. D. Tadic: Case No.: IT-94-1: Judgement*, 7 May 1997 <<https://www.icty.org/x/cases/tadic/tjug/en/tad-ts/70507JT2-e.pdf>> (accessed: 05.05.2023).

стання збройних сил якоюсь із держав, – має місце міжнародний збройний конфлікт.

Тож можемо підсумувати, що існування в Україні МЗК є очевидним і цей факт визнаний не лише законодавчим органом України, а й міжнародними інституціями (ООН) та парламентами іноземних держав.

Для констатації наявності контекстуального елементу необхідно встановити *факт пов'язаності вчиненого кримінально караного діяння зі збройним конфліктом*.

У наукових працях часто посилаються на те, що діяння має бути спрямоване на виконання певних цілей збройного формування у конфлікті або ж якимось чином допомагати виконанню таких цілей, або, як мінімум, відбуватись одночасно зі збройним конфліктом (також бути певним чином схожим на інші операції у рамках збройного конфлікту)⁹.

Однак на практиці виникають складніші запитання. Зокрема, щодо пов'язаності агресивної війни РФ із діями її військових щодо викрадення майна, згвалтування, вбивств, катувань цивільного населення тощо. І пов'язаність зі збройним конфліктом потребує доказування.

У значній кількості рішень міжнародних трибуналів ішлося про встановлення зв'язку між вчиненим воєнним злочином і збройним конфліктом.

Так, у справі Кунараца (*Kunarac AJ*) Апеляційна палата МКТЮ зазначила, що 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 (п. 58)¹⁰. Обвинувачені у справі Кунараца були комбатантами та вчинили згвалтування осіб, яких переміщували під час військової кампанії.

Проте якщо навіть комбатанти й не здійснювали переміщення цивільного населення, однак скористалися їхнім вразливим становищем і здійснили щодо них згвалтування чи інші насильницькі дії, то вочевидь зв'язок зі збройним конфліктом є прямим. Передусім не варто забувати, що вбивства, застосування насильства, зокрема й сексуального, катування та інші подібні дії вселяють страх у цивільне населення, дозволяють зламати чи попередити опір ворогу. Такі наслідки вочевидь сприяють воєнній операції.

У справі Галіловіч (*Halilovic*) МКТЮ вказав, що самого факту того, що солдати були “розквартировані” у певному конкретному районі під час “підготовки до воєнних дій”, було достатньо для встановлення при-

⁹ Д Коваль, Р Авраменко, *Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних в контексті збройного конфлікту на Донбасі* (ГО Truth Hounds, Фенікс 2019) 19.

¹⁰ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radimir Kovac and Zoran Vukovic* (Appeal Judgment), IT-96-23 & IT-96-23/1-A, ICTY, 12 June 2002 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,3debaafe4.html>> (accessed: 05.05.2023).

чинно-наслідкового зв'язку зі збройним конфліктом у випадку злочинів, скоєних такими солдатами в тому ж районі¹¹.

У справі Аль Хассан (*Omar Hassan Ahmad Al Bashir*) вимога щодо причинно-наслідкового зв'язку зі збройним конфліктом вважалася задоволеною у випадку тих злочинів, скоєних у Тімбукту, які мали місце після того, як виконавці взяли під свій військовий контроль місто та мали необхідний авторитет і можливість застосовувати силу й обмеження щодо осіб¹².

У справі Рутаганда (*Rutaganda*) Апеляційна палата Міжнародного трибуналу щодо Руанди визнала вимогу щодо причинно-наслідкового зв'язку задоволеною лише на підставі визнання статусу виконавців як комбатантів і "цивільного" статусу постраждалих осіб¹³.

Щодо наступної ознаки контекстуального елементу – того, що виконавець усвідомлював фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту, варто наголосити на таких аспектах.

Для доведення факту усвідомлення виконавцем існування збройного конфлікту не потрібно чіткого розуміння ним причин конфлікту, доцільності проведення військових дій. Достатньо лише факту розуміння, що ведеться збройний конфлікт між двома державами. Тож росіяни, які заходили на територію іншої держави (України) з військовою технікою, чітко розуміли факт перетину ними кордону іншої незалежної держави. Вони бачили, що їм чинять опір Збройні Сили України. Та й навіть у тих випадках, коли вони скористалися елементом раптовості і фактично окупували частину території України без опору, все одно має місце застосування збройних сил РФ на території іншої держави і комбатанти держави-агресора усвідомлювали цей факт.

К. Дорманн із цього приводу зазначав, що злочинець має знати про фактичні обставини, що вказують на наявність збройного конфлікту¹⁴.

У справі Лубанги (*Lubanga*) МКС висловив думку, що збройний конфлікт є конфліктом міжнародного характеру, якщо він відбувається між двома чи більше державами (п. 209). При цьому про МЗК ідеться й тоді, коли має місце часткова чи цілковита окупація території іншої держави, і незалежно від того, чи така окупація зустрічає збройний спротив¹⁵.

Таким чином, необхідно констатувати той факт, що комбатанти держави-агресора усвідомлювали, що між РФ та Україною мають місце

¹¹ *Prosecutor v. Halilovic (Trial Judgment)*, IT-01-48-T, ICTY, 16 November 2005 <<https://www.refworld.org/cases,ICTY,48ac3a6c2.html>> (accessed: 05.05.2023).

¹² *Prosecutor v. Omar Hassan Ahmad Al Bashir*, (Case No. ICC-02/05-01/09), ICC PT. Ch. I, Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad al Bashir, 4 March 2009 <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-02/05-01/09-3>> (accessed: 05.05.2023).

¹³ *The Prosecutor v. Georges Anderson Nderubumwe Rutaganda (Judgement and Sentence)*, ICTR-96-3-T, ICTR, 6 December 1999 <<https://www.refworld.org/cases,ICTR,48abd5880.html>> (accessed: 05.05.2023).

¹⁴ Knut Dörmann, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary* (Cambridge University Press 2003) 359.

¹⁵ *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo* (Case No. ICC-01/04-01/06), ICC PT. Ch. I, Decision on the confirmation of charges, 29 January 2007 <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2007_02360.PDF> (accessed: 05.05.2023).

збройні дії. А розуміння юридичної оцінки таких дій як міжнародного збройного конфлікту – це вже площина юриспруденції і для військового, який бере участь у бойових діях, правова оцінка конфлікту не змінює суті розуміння його існування.

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

У рішенні МКС у справі Катанга (*Katanga*) судом звернуто увагу на додаткові фактори, які можуть вказувати на зв'язок між злочином і відповідним збройним конфліктом: виконавець є комбатантом; постраждала особа не є комбатантом чи членом протилежної сторони; можна сказати, що злочин був спрямований на досягнення кінцевої мети воєнної кампанії; факт, що злочин скоюється як частина або в контексті офіційних обов'язків виконавця (рішення першої інстанції, § 382)¹⁶.

Проте цей перелік не є обов'язковим. Це орієнтовний перелік, який є вказівником для встановлення зв'язку між вчиненим діянням і збройним конфліктом.

Висновки. Під час кримінально-правової кваліфікації воєнних злочинів обов'язково слід встановлювати наявність контекстуального елемента. Він повинен бути відображений як у обвинувальному акті, так і в ухвалених судових рішеннях. Якщо контекстуальний елемент не встановлено, то діяння повинно кваліфікуватись як загальнокримінальний злочин. Саме контекстуальний елемент є тією ознакою, яка диференціює кримінальну відповідальність за воєнні злочини.

Контекстуальний елемент воєнного злочину полягає у встановленні того, що поведінка виконавця мала місце в контексті та була пов'язана з міжнародним збройним конфліктом, і того, що виконавець усвідомлював фактичні обставини, які встановлювали існування збройного конфлікту.

¹⁶ Prosecutor v. Germain Katanga (Case No. ICC-01/04-01/07), ICC PT Ch. I, Decision on the Evidence and Information Provided by the Prosecution for the Issuance of a Warrant of Arrest for Germain Katanga, 5 November 2007 <<https://www.icc-cpi.int/court-record/icc-01/04-01/07-55>> (accessed: 05.05.2023).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Dörmann Knut, *Elements of War Crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: Sources and Commentary* (Cambridge University Press 2003) (in English).
2. Koval D, Avramenko R, *Voenni zlochyny. Osoblyvosti rozsliduvannia mizhnarodnykh zlochyniv, skoienykh v konteksti zbroinoho konfliktu na Donbasi* (HO Truth Hounds, Feniks 2019) (in Ukrainian).

Journal articles

3. Hutnyk V, 'Zbroinyi konflikt u kolyshnii Yuhoslavii: do problemy pravovoi kvalifikatsii' (2020) 23 Almanakh mizhnarodnoho prava 165 (in Ukrainian).

Websites

4. Antoniuk N, 'Naiavnist kontekstualnoho elementu vidrizniaie voenni zlochyny vid "zahalnokryminalnykh"' <<https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/news/1339593>> (accessed: 05.05.2023).

Natalia Antoniuk

CONTEXTUAL ELEMENT OF WAR CRIMES: CONTENT AND NECESSITY OF ASCERTAINMENT

Abstract. This article examines the concept of the contextual element as a mandatory characteristic of a war crime. The differentiating value of this element and its role in distinguishing general criminal and war crimes are analyzed.

It is suggested that the contextual element of a war crime should be understood through two signs: establishing that the perpetrator's behavior took place in the context and was connected with an international armed conflict, and that the perpetrator was aware of the actual circumstances that established the existence of an armed conflict. This understanding corresponds to generally accepted international approaches used during the criminal legal assessment of acts as war crimes under international criminal law.

Also, the practice of international tribunals was separately studied and those factors that could indicate the fact that a person committed a war crime, and not a general criminal crime, were singled out.

It is emphasized that the contextual element must necessarily be reproduced in procedural decisions in specific criminal proceedings.

KEYWORDS: war crime; differentiation; contextual element; criminal liability.