

**CRIMINAL PROCEDURE AND CRIMINALISTICS**DOI <https://doi.org/10.30525/978-9934-26-324-8-26>**COMMAND RESPONSIBILITY FOR RUSSIAN COMMANDERS  
BASED ON ARTICLE 438 OF THE CRIMINAL CODE OF  
UKRAINE AND ARTICLES 86, 87 OF THE FIRST ADDITIONAL  
PROTOCOL TO THE GENEVA CONVENTIONS: PROSPECTS  
FOR USING THE CROATIAN EXPERIENCE****КОМАНДНА ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ ДЛЯ РОСІЙСЬКИХ  
КОМАНДИРІВ НА ПІДСТАВІ СТ. 438 КК УКРАЇНИ  
ТА СТ. СТ. 86, 87 ПЕРШОГО ДОДАТКОВОГО ПРОТОКОЛУ  
ДО ЖЕНЕВСЬКИХ КОНВЕНЦІЙ: ПЕРСПЕКТИВИ  
ВИКОРИСТАННЯ ХОРВАТСЬКОГО ДОСВІДУ****Pashkovskyi M. I. Пашковський М. І.**

*Candidate of Legal Science,  
Associate Professor,  
Researcher at the Department of Criminal  
Procedure and Judicial System Research  
Academician Stashis Scientific Research  
Institute for the Study of Crime Problems  
of the National Academy of Law Sciences  
Kharkiv, Ukraine*

*кандидат юридичних наук, доцент,  
науковий співробітник відділу  
дослідження проблем кримінального  
процесу та судоустрою  
Науково-дослідний інститут вивчення  
проблем злочинності імені академіка  
В. В. Сташиса Національної академії  
правових наук України  
м. Харків, Україна*

Після повномасштабного збройного вторгнення російської федерації в Україну 24 лютого 2022 року світ став свідком широкомасштабних і систематичних нападів російських військових на цивільних осіб на окупованих територіях, катування українських військовополонених, що ставить питання про існування в російській армії відповідального командування чи, навпаки, потурання або підбурювання командирами своїх підлеглих до такої жорстокості.

В міжнародному кримінальному праві в ХХ ст. сформувалася концепція командної відповідальності або, відповідальності начальника (англ. Superior Responsibility), що покладає на начальника (командира) відповідальність за бездіяльність, спрямовану на запобігання злочинним діям своїх підлеглих, як зазначають дослідники, охоплює, з одного боку,

пряму відповідальність за відсутність нагляду, а з іншого – опосередковану відповідальність за злочинні дії інших осіб [1, с. 824].

Кримінальний кодекс України (КК України) [2] передбачає кримінальну відповідальність лише для командирів – військовослужбовців України (ст.ст. 425, 426). Закон України, який встановлює кримінальну відповідальність військових командирів, інших осіб, що фактично діють як військові командири та інших начальників, був прийнятий Верховною Радою України, однак до цього часу не підписаний Президентом України [3].

З іншого боку Україна є учасницею Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), ст.ст. 86, 87 якого визначають командну відповідальність [4].

Існування переконливої іноземної юриспруденції притягнення до командної відповідальності на підставі бланкетної норми національного закону про кримінальну відповідальність, схожої за конструкцією зі ст. 438 КК України, з посиланням на ст.ст. 86, 87 Протоколу I було б серйозним аргументом до застосування такого підходу в Україні.

У зв'язку з цим показовою є хорватська справа про засудження одним з окружних судів Хорватії на підставі ч. 1 ст. 120 у поєднанні з ч. 2 ст. 28 Основного кримінального кодексу Хорватії (ОКК Хорватії), а також відповідних положень Третьої та Четвертої Женевських конвенцій і Додаткових протоколів, зокрема статей 86 і 87 Протоколу I Владіміра Міланковича (Vladimira Milankovića) серед іншого за бездіяльність, яка полягала в тому, що він, як командир місцевого підрозділу міліції, не запобіг вчиненню підлеглими злочинів проти цивільного населення під час збройного конфлікту, хоча як командир підрозділів міліції, які вчинили ці злочини, він був зобов'язаний зробити це.

Ст.ст. 120(1), 122 ОКК Хорватії відсилали до норм міжнародного права, під час війни, збройного конфлікту чи окупації, які порушувалися вчиненням цих злочинів, і в обвинуваченні Міланковича тлумачилася в світлі статей 86, 87 Протоколу I, та застосовувалися у поєднанні зі ст. 28(2) ОКК Хорватії, відповідно до якої «кримінальне правопорушення може бути вчинене шляхом бездіяльності лише тоді, коли особа, яка його вчинила, не діяла, коли це було обов'язком».

Одним з аргументів захисту Міланковича було те, що ОКК Хорватії не містив концепції командної відповідальності; тлумачити ст.ст. 120, 122 ОКК Хорватії в світлі статей 86, 87 Протоколу I не можна було, оскільки на момент вчинення інкримінованих діянь збройний конфлікт в Хорватії не був міжнародним; а сам Міланкович був заступником начальника місцевого відділу поліції, а не військовослужбовцем

(військовим командиром); безпосередні виконавці більшості злочинів не були встановлені, а отже вони могли бути не його підлеглими та інш. Верховний суд Хорватії за апеляціями сторін залишив без змін вказаний вирок, але збільшив покарання з 8 до 10 років позбавлення волі. Конституційний суд Хорватії відхилив конституційну скаргу засудженого, однак погодився, що збройний конфлікт у Хорватії на той момент не був міжнародним, тому ст.ст. 86, 87 Протоколу I не застосовуються, але командна відповідальність за воєнні злочини у збройних конфліктах неміжнародного характеру вже стала нормою міжнародного звичаєвого права.

Міланковіч, посилаючись на ст. 7 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (КЗПЛ), поскаржився в Європейський суд з прав людини (ЄСПЛ) серед іншого на те, що його засудження за воєнні злочини на підставі його командної відповідальності не мали правової основи в національному чи міжнародному праві на момент їх вчинення. Розглядаючи цю скаргу, ЄСПЛ застосував двоскладовий тест: (i) чи мало засудження заявника за воєнні злочини достатньо чітку правову основу; і (ii) чи міг заявник передбачити, що його нездатність запобігти воєнним злочинам, вчиненим міліцейськими підрозділами під його командуванням, призведе до його кримінальної відповідальності [5, п. 51] та рішенням від 20 січня 2022 року встановив, що порушення ст. 7 КЗПЛ у цій справі не було.

Так, ст.ст. 120(2), 122 ОКК Хорватії у поєднанні зі ст. 28(2) ОКК Хорватії, формували загальне положення, що особи, які мають обов'язок діяти, можуть вчинити воєнні злочини шляхом бездіяльності, та посилалися на відповідні норми міжнародного права [5, п. 52]. Відповідальність командирів за воєнні злочини підлеглих, вчинені під час міжнародного збройного конфлікту була чинною нормою міжнародного права за Протоколом I, і ЄСПЛ погодився з думкою Міжнародного трибуналу з колишньої Югославії (МТКЮ) у справі «Хаджіхасанович та інші», що ця концепція може однаково застосовуватися і під час внутрішнього збройного конфлікту [5, п. 60].

ЄСПЛ, підтверджуючи позицію МТКЮ в іншій справі «Челебічі», погодився, що командна відповідальність поширюється не лише на військових командирів, а й на інших, невійськових, начальників [5, п. 61].

В обґрунтування передбачуваності відповідальності ЄСПЛ послався на очевидно («кричущий») протиправний характер воєнних злочинів [5, п. 64].

Додатково ЄСПЛ взяв до уваги військову освіту Міланковіча [5, п. 65]; що він мав офіційну та фактичну командну владу над міліцейськими підрозділами, які вчинили відповідні воєнні злочини; що докази, досліджені під час судового розгляду, вказували, що ці злочини

були вчинені членами підрозділів міліції під його командуванням; і що заявник знав або знав про ці злочини [5, п. 69].

Викладене дозволяє зробити ряд висновків щодо цієї справи.

1. КК України також передбачає таку форму кримінально караного поведінки особи як бездіяльність (ч. 1 ст. 11).

2. Ч. 1 ст. 438 КК України як і в хорватській справі містить бланкетну норму, оскільки відсилає до порушень міжнародних договорів України. Одним з таких договорів, є Протокол I, статті 86, 87 якого передбачають командну відповідальність, а ст. 87 – відповідні обов'язки командира.

Отже, існує достатня правова основа для притягнення до кримінальної відповідальності російських командирів за невиконання (неналежне виконання) своїх обов'язків командира, передбачених ст. 87 Протоколу I.

3. Рішення ЄСПЛ у справі «Milanković v. Croatia» [5] у таких кримінальних провадженнях слід використовувати як джерело права при обґрунтуванні обвинувачення в частині вимог до правової основи та відповідності обвинувачення/засудження вимогам ст. 7 КЗПЛ.

4. Справа Міланковича надала декілька важливих орієнтирів щодо предмета доказування за командною відповідальністю та можливих джерел доказів. Значний обсяг доказів та важливість встановлення зв'язків між обставинами різних воєнних злочинів обумовлює необхідність використання відповідних інформаційних систем зі збереження та аналізу доказів, а для експертного супроводження розслідувань та судових розглядів справ про воєнні злочини – відповідних інформаційних систем – баз знань про міжнародне гуманітарне право та міжнародне кримінальне право.

Тези цієї доповіді підготовлено в рамках виконання фундаментальної теми: «Теоретико-правові проблеми цифровізації кримінального провадження в Україні» (№ державної реєстрації: 0121U114401).

### **Література:**

1. Ambos K. Superior responsibility. The Rome statute of the International criminal court: a Commentary, vol. 3 / ed. by A. Cassese, P. Gaeta, J. R. W. D. Jones. Oxford, 2002. P. 823–872.

2. Кримінальний кодекс України : Кодекс України від 05.04.2001 р. № 2341-III / Верховна Рада України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text> (дата звернення: 26.05.2023).

3. Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права Номер, дата реєстрації : Закон України від 20.05.2021 р. № 1461-

IX. / Верховна Рада України. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/759163> (дата звернення: 26.05.2023).

4. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 08.06.1977 / Верховна Рада України. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_199#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text) (дата звернення: 26.05.2023).

5. *Milanković v. Croatia* : ECtHR Judgment (Merits and Just Satisfaction) (33351/20). 20/01/2022. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-215180> (дата звернення: 26.05.2023).

DOI <https://doi.org/10.30525/978-9934-26-324-8-27>

**THE DEFINITION OF THE CONCEPT OF “EVIDENCE  
AND ITS PROPERTIES” IN CRIMINAL PROCEEDINGS  
UNDER MARTIAL LAW**

**ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ  
«ДОКАЗИ ТА ЇХ ВЛАСТИВОСТІ» У КРИМІНАЛЬНОМУ  
ПРОВАДЖЕННІ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ**

**Teslenko I. O.**    **Тесленко І. О.**

*Postgraduate Student  
Kharkiv National University  
of Internal Affairs  
Kharkiv, Ukraine*

*аспірант  
Харківський національний університет  
внутрішніх справ  
м. Харків, Україна*

**Kochura O. O.**    **Кочура О. О.**

*PhD, Associate Professor,  
Associate Professor at the Department  
of Criminal Procedure, Criminology and  
Forensic Studies of the Faculty № 6  
Kharkiv National University  
of Internal Affairs  
Kharkiv, Ukraine*

*кандидат юридичних наук, доцент,  
доцент кафедри кримінального процесу,  
криміналістики та експертології  
факультету № 6  
Харківський національний університет  
внутрішніх справ  
м. Харків, Україна*

Повномасштабне вторгнення Російської федерації в Україну та запровадження на території країни воєнного стану, має суттєвий вплив на всі сфери нашого життя. При цьому, система кримінальної юстиції не є виключенням. Правники при вирішенні питань, пов'язаних із