

МІНІСТЕРСТВО ОСВІТИ І НАУКИ УКРАЇНИ  
НАЦІОНАЛЬНИЙ АВІАЦІЙНИЙ УНІВЕРСИТЕТ  
ФАКУЛЬТЕТ МІЖНАРОДНИХ ВІДНОСИН  
Кафедра міжнародного права та порівняльного правознавства

ДОПУСТИТИ ДО ЗАХИСТУ  
Завідувач кафедри  
\_\_\_\_\_ Стрельцова О.В.  
« \_\_\_\_ » \_\_\_\_\_ 2022 р.

**ДИПЛОМНА РОБОТА**  
ВИПУСКНИКА ОСВІТНЬОГО СТУПЕНЯ  
«БАКАЛАВР»  
спеціальності 293 «Міжнародне право»

**Тема: ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУД ЯК  
ВОЄННИЙ ЗЛОЧИН У МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ  
ПРАВІ**

Виконавець: Ільченко Валерія Володимирівна  
Науковий керівник: к.ю.н. Короткий Тимур Робертович  
Нормоконтролер: Головатенко М.Ю.

Київ, 2022

## ЗМІСТ

<b>ВСТУП.....</b>	<b>3</b>
<b>РОЗДІЛ 1. ДОКТРИНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД В МІЖНАРОДНОМУ ГУМАНІТАРНОМУ ПРАВІ.....</b>	<b>7</b>
1.1.Гарантії права на справедливий судовий розгляд за міжнародним гуманітарним правом.....	7
1.2.Права на справедливий судовий розгляд в статті 8 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду.....	31
<b>РОЗДІЛ 2. РОЗГЛЯД ЕЛЕМЕНТІВ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД В МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ.....</b>	<b>41</b>
2.1.Контекстуальний та матеріальні елементи порушення права на справедливий судовий розгляд.....	41
2.2.Ментальні елементи порушення права на справедливий судовий розгляд.....	49
<b>РОЗДІЛ 3. РОЗГЛЯД ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ У ФОРМІ ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД.....</b>	<b>55</b>
3.1.Практика міжнародних кримінальних судів та трибуналів щодо розгляду складу воєнних злочинів з порушення права на справедливий судовий розгляд.....	55
3.2.Практика правоохоронних органів України щодо кримінальних проваджень за ст. 438 з порушення права на справедливий судовий розгляд на тимчасово окупованих територіях України.....	63
<b>ВИСНОВКИ.....</b>	<b>77</b>
<b>СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....</b>	<b>84</b>

## ВСТУП

**Актуальність обраної теми дослідження.** Актуальність теми обумовлюється фактом початку повномасштабного вторгнення Російської Федерації в Україну з 24 лютого 2022 року, що є продовжучою частиною російсько-української війни з 2014 року. У звітах правоохоронних органів та міжнародних організацій протягом усього збройного конфлікту на тимчасово окупованих територіях з 2014 року фіксуються численні випадки систематичного порушення прав осіб, які відстоюють українську позицію, прав на справедливий та неупереджений суд,

Женевські конвенції 1949 року та Додаткові протоколи до них значно розширили положення попередніх Гаазьких конвенцій 1899 і 1907 років, а також Женевських конвенцій 1929 року, доповнивши та розширивши права військовополонених та охоронюваних осіб на справедливий судовий процес, встановлюючи міжнародно-правові стандарти.

Право на справедливий судовий процес над військовополоненими та охоронюваними особами тісно пов'язане з іншими правами, такими як: право на публічний судовий процес незалежним і неупередженим судом в розумний термін, право на захисника, перекладача, на допит свідків, на апеляцію та інше.

Проблема незалежності та неупередженості досить розповсюджена серед судових процесів, позаяк 69% суддів в тимчасово окупованому Криму та 36% суддів в так званих «ДНР» та «ЛНР» є колишніми українськими суддями, які присягнули на вірність Російській Федерації в 2014 році. Випадки позбавлення військовополонених права на справедливі судові процеси, після 24 лютого 2022 російською стороною на тимчасово окупованих територіях України збільшуються з кожним днем, настає нагальна потреба у більше детальному дослідженні та аналізі даної теми, вважаю тему дипломної роботи за актуальну та важливу.

Недостатній рівень дослідженості теми та факт відкритого воєнного нападу Російської Федерації на Україну 24 лютого 2022 року, який вже

спричиняє та ще спричинить велику кількість нових судових процесів, у яких присутні факти позбавлення права на справедливий судовий процес, вказують на необхідність проведення детального аналізу проблеми позбавлення права на справедливий судовий процес Російською Федерацією на тимчасово окупованих територіях України.

Під час написання дипломної роботи теоретичні та практичні аспекти питання позбавлення права на справедливий судовий процес були висвітлені у праці українських вчених та юристів:

С. В. Бурова, С. А. Зайця, С. Остафи, Д. Свиридової, М. Ясенівської, Т. Печончик — “Кримський процес: проблеми дотримання стандартів справедливого правосуддя у політично мотивованих справах”;

Р.В. Смалюк – “Судочинство» в окремих районах сходу України (аналітичний огляд ситуації на тимчасово окупованому Донбасі у 2014-2018 роках)”.

**Мета і завдання виконання дипломної роботи.** Мета роботи - дослідити встановлення та застосування норм міжнародного права щодо відповідальності за воєнний злочин у формі порушення права на справедливий судовий розгляд.

**Для досягнення цієї мети поставленні наступні завдання:**

- проаналізувати гарантії права на справедливий судовий процес відповідно міжнародному гуманітарному праву;
- проаналізувати право на справедливий судовий процес у розрізі статті 8 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду;
- визначити та проаналізувати матеріальні і контекстуальні елементи воєнного злочину у формі порушення права на справедливий судовий процес у міжнародному кримінальному праві;
- визначити та проаналізувати ментальні елементи воєнного злочину у формі порушення права на справедливий судовий процес у міжнародному кримінальному праві;

- дослідити та охарактеризувати практику міжнародних кримінальних судів і трибуналів щодо теми дипломної роботи;
- проаналізувати практику правоохоронних органів України щодо порушення права на справедливий судовий процес на тимчасово окупованих територіях України;

**Об'єктом дослідження в дипломній роботі виступають** міжнародні відносини, що складаються у процесі встановлення заборони щодо порушення права на справедливий судовий розгляд у міжнародному гуманітарному праві.

**Предметом дослідження дипломної роботи є** норми міжнародного гуманітарного права щодо позбавлення права на справедливий судовий процес протилежною стороною у збройному конфлікті.

**Методологічну основу роботи склали:**

Метод узагальнення - визначення головного та основного з праць видатних науковців відповідно темі роботи в теоретичній та практичній частині. Дослідження та узагальнення елементів складу воєнного злочину навмисного позбавлення права на справедливий судовий процес, узагальнення прав та гарантій особам які знаходяться під захистом Женевських конвенцій 1949 року.

Аналіз та систематизація як основа аналітичного методу дослідження був використаний задля відібраного матеріалу, Статуту, Конвенцій, звітів та документів, судових рішень з приводу позбавлення права на справедливий судовий процес військовополонених та цивільних осіб.

Особливого значення у дослідженні набули спеціально-наукові методи, зокрема: метод тлумачення юридичних норм, використаний для дослідження змісту Женевських Конвенцій 1949 р., Римського статуту Міжнародного Кримінального Суду і змісту рішень міжнародних кримінальних судів та військових трибуналів і метод узагальнення судової практики.

**Структура та обсяг дипломної роботи.** Структура дипломної роботи зумовлена предметом, метою та завданнями дослідження. Дипломна робота складається із переліку умовних скорочень, вступу, трьох розділів, якими

охоплюються шість підрозділів, висновків та списку використаних джерел (69 найменувань). Загальний обсяг дипломної роботи 92 сторінки, у тому числі список використаних джерел – 10 сторінки.

# **РОЗДІЛ 1. ДОКТРИНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ АНАЛІЗ ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД В МІЖНАРОДНОМУ ГУМАНІТАРНОМУ ПРАВІ**

## **1.1. Гарантії права на справедливий судовий розгляд за міжнародним гуманітарним правом**

XIX століття було періодом, коли світ прагнув замінити неточні норми звичаєвого права війни точними правилами, зафіксованими у міжнародних договорах між керівними державами, прикладом є Женевська конвенція 1864 року, Паризька декларація 1856 року.

Ліберський кодекс вважається першою кодифікованою інструкцією права війни. У кодексі дуже стисло зазначаються права та гарантії військовополонених на справедливий судовий процес. В основному закріплювалися і пояснювалися хто може бути військовополоненими, як правильно ставитися до військовополонених, заборонялося заподіяння будь-яких страждань, жорстокого ув'язнення, смерті або будь-які інші варварства. Ув'язнення військовополоненого можливе лише за умови, що ув'язнення є необхідним з міркувань безпеки і відповідно ставитися до ув'язнених військовополонених потрібно з повагою та надавати їм нормальні умови для життя. Також зазначалося, що військовополонений є полоненим країною, а не окремими особами. У статті 148 Кодексу Лібера зазначається, що закони війни не дозволяють вбивати воєнних злочинців без суду та слідства, це, мабуть, єдине конкретне положення у Кодексі, яке вказує право військовополоненого на суд за вчинення злочину, і що за порушення цього положення є санкція.

Подальший розвиток прав військовополонених на справедливий суд та міжнародного права в цілому призводить до започаткування Гаазьких конференцій миру 1899 та 1907 років. Саме на них було розроблено основні норми міжнародного гуманітарного права. Поряд із Женевськими конвенціями, Гаазькі конвенції були одними з перших офіційних положень

законів про війну та воєнні злочини в системі міжнародного права. Поряд із Женевськими конвенціями, Гаазькі конвенції були одними з перших офіційних положень законів про війну та воєнні злочини у системі міжнародного права. Гаазькі конвенції 1899 і 1907 років були першими багатосторонніми договорами, які стосувалися ведення війни і значною мірою ґрунтувалися на Ліберському кодексі.

Конвенція про закони і звичаї сухопутної війни 1899 містить закони, що визначають поводження з військовополоненими, що включає положення Женевської конвенції 1864 року. У цій конвенції закріплюються положення щодо того, хто може бути військовополоненими, уточнюється, що не лише солдати армії воюючих сторін підпадають під дію цієї конвенції, а й ополченці та добровольчий корпус, а також населення, яке не перебуваючі під окупацією, але за підходом противника спонтанно бере у руки зброю, щоб протистояти військам, що вторглися, не маючи часу організуватися - мають право на статус військовополоненого після захоплення.

Відповідно Конвенції, на військовополонених поширюються закони, постанови та накази, що діють в армії держави, до рук якої вони потрапили, тобто судові процеси над військовополоненими мають відбуватися відповідно внутрішнього законодавства держави, що тримає у полоні. Чітких положень щодо здійснення судових процесів над військовополоненими у даній конвенції не вказується, є лише уточнення, що шпигун, якого спіймали не може бути засудженим без попереднього судового розгляду.

Конвенція про закони та звичаї сухопутної війни 1907 року підкріплює, з незначними змінами, положення Конвенції (II) про закони та звичаї сухопутної війни 1899 року.

«У 1906 р. найперша Женевська конвенція була доповнена в інтересах хворих і поранених солдатів, і в 1907 р. у Гаазькому положенні стосовно законів та звичаїв сухопутної війни були сформульовані основні правила, що регулювали надання статусу комбатанта та військовополоненого, застосування засобів і методів ведення війни та захист жителів окупованих



територій від жорстокого поводження. Після жахів хімічної війни та трагічного досвіду мільйонів полонених солдат під час Першої світової війни ці інструменти були доповнені Протоколом про заборону застосування на війні задушливих, отруйних або інших подібних газів та бактеріологічних засобів (1925 р.) та кількома роками пізніше - окремою Женевською конвенцією, що стосується поводження з військовополоненими (1929)» [1, с. 42].

Гарантії щодо прав військовополонених на справедливий суд також не вказуються відкрито, як і у Конвенції 1899 року, положення щодо розповсюдження національного законодавства, засудження шпигуна, лише після судового розгляду зберігаються у тій же формі в Конвенції 1907 року. Гаазькі конвенції стали головними міжнародними актами, що регулюють право війни і миру і діють досі. Гаазькі конвенції про закони та звичаї війни 1899 і 1907 років не містили положень про військовополонених в очікуванні суду, але вимагали, щоб держава, що тримає у полоні, підпорядковувала військовополонених законам, які є чинним для членів своїх власних збройних сил.

Запровадження у 1929 році Конвенції про військовополонених обумовлюється фактами відсутності положень в Гаазьких конвенціях 1899 та 1907 років положень, які б регулювали надання ув'язненим представників, організацію роботи ув'язнених військовополонених, заборону репресій під час Першої світової війни. Конвенція не замінює, а лише доповнює положення Гаазьких конвенцій.

Результати Другої світової війни ознаменували новий етап у розвитку міжнародного гуманітарного права, цим результатом стали чотири Женевські конвенції 1949 року.

«Після катастрофи Другої світової війни з її масовими звірствами, скоєними щодо не тільки поранених, полонених і комбатантів, що здалися в полон, а й мільйонів цивільних осіб на окупованих територіях, Дипломатична конференція 1949 р. прийняла переглянутий та повний комплект чотирьох

Женевських конвенцій: Конвенцію про поліпшення долі поранених та хворих у діючих арміях (Женевська конвенція I), Конвенцію про покращення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі (Женевська конвенція II), Конвенцію про поводження з військовополоненими (Женевська конвенція III) та Конвенцію про захист цивільного населення під час війни (Женевська конвенція IV). Чотири Женевські конвенції 1949 року. все ще діють і сьогодні...» [1, с. 42].

Нюрнберзькі процеси розширили та оновили попередні Женевські конвенції 1929 року та Гаазькі конвенції 1899 та 1907 років, в результаті якого з'явилися 4 Женевські конвенції 1949 року. Найгучніша справа щодо навмисного позбавлення права на справедливий судовий процес, яка відбулась у Нюрнберзі є справа «Сполучені Штати проти Йозефа Альтштеттера та інших» - «United States v Altoetter et al. (The Justice Case), Case № 3, Military Tribunal III, 3 Nuremberg Subsequent Proceedings». 13 лютого 1947 року уряд США для Німеччини створив Військовий трибунал III для розгляду справ щодо справедливості. У даній справі 17 суддів нацистської доби були звинувачені у навмисному позбавленні військовополонених права на справедливий судовий процес.

Після Нюрнберзького процесу був проведений Токійський процес – судовий процес над головними японськими воєнними злочинцями, у Токіо з 3 травня 1946 року по 12 листопада 1948 року у Міжнародному військовому трибуналі для Далекого Сходу.

«...лише 1977 р. було прийнято два Додаткові протоколи до Женевських конвенцій 1949 року, які розвивали договірне МГП. Додатковий протокол I, «що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів», не тільки вдосконалює та прояснює положення про захист, який вже надає Женевські конвенції, — він вперше систематично кодифікує МГП, що регулює ведення військових дій» [1, с. 43].

І.О. Рабцевич: «Право на справедливий судовий розгляд займає важливе місце серед інших прав людини, оскільки основний принцип захисту його прав

полягає в тому, що будь-яке порушене право може бути відновлене за допомогою певної процедури» [2, с. 3].

Конвенція про поводження з військовополоненими, або III Женевська конвенція 1949 року регулює поводження з військовополоненими, державою, що тримає у полоні. Точного визначення, що порушення права на справедливий судовий розгляд є воєнним злочином в Женевських Конвенціях та Додаткових протоколах до них не має, натомість позбавлення права на справедливе, офіційне та належне судове розслідування, відповідно до ст. 130 III Женевської конвенції про поводження з військовополоненими та ст. 147 IV Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни, визначається як серйозне порушення, на рівні з умисним вбивством, тортурами, нелюдським поводженням, умисним заподіянням тяжких страждань тощо.

Додатковий протокол I ст. 85, п. 4, пп. е) вказує, що позбавлення особи, яка знаходиться під захистом Женевських Конвенцій права на неупереджене та нормально судочинство розглядається як серйозне порушення, якщо вони вчиняються навмисно, відповідно до даного протоколу і Конвенцій.

Загальною статтею 3 усіх Женевських конвенцій проголошується, що дані Конвенції застосовуються в усіх випадках міжнародного конфлікту, за умовою, що одна із воюючих країн ратифікувала положення конвенцій. Відповідно до ст. 84, п. 2 Женевської конвенції про захист військовополонених 1949 р. право на незалежний та неупереджений суд є обов'язковим мінімальним правом та загальновизнаною гарантією військовополоненого. Статті 102-107 третьої Женевської конвенції 1949 року чітко описують вимоги щодо справедливості судових процесів над військовополоненими.

Стаття 102 - військовополонений може бути засуджений лише тими самими судами, відповідно до тієї ж процедури, що й у випадку членів власних сил держави, що тримає у полоні.

У своїй праці Говард С. Леві, «Військовополонені в міжнародному збройному конфлікті», 1978 року пояснює термін “засуджений лише тими самими судами”:

«...військовополонені повинні підпорядковуватися тим же судам і тій самій процедурі, що й військовослужбовці держав, що тримає у полоні. Умова «одні й ті самі суди» означає, що вирок може бути винесений військовополоненому лише судами, які мають компетенцію та юрисдикцію судити військовослужбовця держави, що тримає у полоні за той самий злочин. Це виключає суд над військовополоненими у судах, створених їхніми колегами-ув'язненими» [3, с. 336].

Оскільки національні кримінальні процеси та суди варіюються від країни до країни і можуть не відповідати міжнародним стандартам правосуддя та справедливого судового розгляду, стаття 102 додає критичне застереження, що інші правила III розділу «Судове переслідування» також повинні дотримуватися. З метою дотримання статті 102 держави повинні забезпечити, щоб суди, які переслідують членів своїх власних збройних сил, надавали суттєві гарантії незалежності та неупередженості та щоб законодавство, яке застосовується до членів їх власних сил, надавало мінімальні гарантії, викладені у статтях 82-108 третьої Женевської конвенції. Якщо якийсь із цих положень ігнорується при судовому переслідуванні військовополоненого, можуть бути підстави для апеляції відповідно до статті 106 Конвенції. Гаазькі конвенції про закони та звичаї війни 1899 і 1907 років кодифікували правило, згідно з яким на військовополонених поширюються закони, що діють в армії держави, яка тримає під вартою. Це закріплюється у розділі II ст. 8 Конвенції про закони та звичаї сухопутної війни. Стаття 63 Женевської конвенції про військовополонених 1929 року додала до цього положення те, що вирoki за кримінальні злочини можуть виноситися лише тими ж судами і відповідно до тієї ж процедури, як і у випадку з особами, які належать до збройних сил держави, яка тримає в полоні. Це положення було інтерпретовано як таке, що стосується лише злочинів, скоєних після захоплення. Щодо воєнних злочинів

та інших злочинів, скоєних до захоплення, військовополонених міг судити інший суд із застосуванням інших процедурних правил, ніж для членів збройних сил держави, що тримає в полоні. Стаття 85 третьої Конвенції чітко визначає, що військовополонені, яких судила держава, що тримає в полоні, за злочини, скоєні до захоплення, залишаються під захистом Конвенції, включаючи застосування цієї статті. Крім того, стаття 102 розширює статтю 63 Конвенції 1929 року, вимагаючи, крім рівного ставлення, дотримання інших положень цієї глави.

«Термін «вирок» зазвичай має два значення: «вирок, який суд офіційно виносить після визнання обвинуваченого винним» і «покарання, накладене на злочинця» [4, с. 1636].

Отже, якщо військовополонений засуджений без належного дотримання умов статті 102, як засудження, так і будь-яке покарання, що накладається на підставі цього засудження, будуть вважатись недійсними. Якщо визнання провини виноситься відповідно до статті 102 та правова система держави, що тримає у полоні вимагає окремого рішення про винесення вироку обвинуваченому, рішення також має бути винесене відповідно до умов статті 102, щоб покарання було дійсним. І як ми пам'ятаємо, відповідно до статті 130, умисне позбавлення військовополоненого права на справедливий і регулярний судовий процес є серйозним порушенням Третьої Конвенції.

Стаття 103 - містить досудові гарантії для військовополонених, які підозрюються або звинувачуються у кримінальних злочинах. Стаття передбачає, що ув'язнення військовополонених, які ще чекають на суд, допускається лише у двох випадках: якщо члени власних сил держави, що тримає у полоні, самі будуть піддані цій мірі у зв'язку з аналогічним злочином, або якщо існують вагомні підстави для національної безпеки щодо обґрунтування досудового ув'язнення у кожному окремому випадку. Крім того, правило обмежує застосування заходу максимальною тривалістю три місяці.

В основі положення лежать два принципи справедливого судового розгляду: право обвинуваченого на якнайшвидший судовий розгляд і його право вважатися невинуватим доти, доки його вину не буде доведено.

Стаття 103 міститься в розділі Конвенції, що стосується судового розгляду, хоча в самій статті 103 майже нічого не йдеться про фактичну процедуру. Статтю 103 слід читати разом із статтею 82, яка вимагає, щоб держава, яка тримає в полоні, застосовувала до військовополонених ті самі правила та регламент, які застосовуються до членів її власних збройних сил, і статтею 102, яка вимагає, щоб військовополонені підлягали тим же судам і тим самим процедурам, що й члени власних сил держави, що тримає в полоні. Під час перебування в попередньому ув'язненні з військовополоненими повинні поводитися відповідно до статей 97 і 98 Конвенції, які знаходяться у розділі, що регулює дисциплінарне провадження та покарання. Перший регулює тип і стан приміщень, у яких військовополонені можуть проходити досудове ув'язнення, тоді як другий визначає додаткові суттєві гарантії щодо поводження з ними під час ув'язнення.

Гаазькі конвенції про закони та звичаї війни 1899 і 1907 років не містили положень про військовополонених в очікуванні суду, але вимагали, щоб держава, що тримає у полоні, підпорядковувала військовополонених законам, які є чинним для членів своїх власних збройних сил. Цей принцип пізніше знайшов своє місце у статті 45 Женевської конвенції 1929 року про військовополонених і нині закріплений у статті 82 третьої Женевської конвенції 1949 року. Стаття 103 бере свій початок у другому та третьому пунктах статті 47 Конвенції 1929 року. Стаття 103 передбачає лише те, що ув'язнення в очікуванні суду не може бути використане як обмеження свободи військовополоненого на тій підставі, що він становить загрозу безпеці без пов'язаного з цим кримінального розгляду. Три місяці є максимальним строком попереднього ув'язнення. Той факт, що військовополонений не може утримуватись у досудовому ув'язненні понад трьох місяців, не означає, що він має бути звільнений наприкінці цього періоду. Підозрюваний, з якого зняли

звинувачення, як і раніше залишається як військовополонений, не зазнаючи тюремного ув'язнення. Час, проведений в ув'язненні в очікуванні суду, повинен бути повністю вирахований з терміну ув'язнення, до якого особа засуджена. Останній пункт статті 103 включає гарантію, яка була відсутня в Конвенції 1929 року, вимагаючи, щоб до військовополонених, які перебувають у досудовому ув'язненні, відносились відповідно до статей 97 і 98 Третьої Конвенції. Стаття 97 забороняє державі, що тримає у полоні переводити військовополонених, які перебувають у попередньому ув'язненні до в'язниці, а військовополонені, які ув'язнені і які ще не були засуджені за злочин, не повинні утримуватися разом з засудженими особами.

Оперативність судового процесу є одним із елементів, які необхідно враховувати при визначенні того, чи можна вважати її справедливою.

«Тривалість судового розгляду може бути врахована при оцінці справедливості розгляду (наприклад, дуже короткий судовий розгляд може вказувати на те, що обвинувачений не мав достатньо часу для підготовки адекватного захисту). Аналогічним чином, міжнародне право прав людини вимагає, щоб обвинувачені постали перед судом без невинувачених затримок. Ця гарантія стосується не лише відкриття судового розгляду за результатами розслідування, а й строків його завершення» [5, с. 105].

Стаття 104 - описує конкретний процесуальний крок, який держава, яка тримає у полоні повинна зробити, перш ніж вона може розпочати судовий процес над будь-яким військовополоненим. Держава, яка тримає у полоні повинна надати докладне повідомлення про розгляд, державі, яка захищає військовополоненого, що містить відомості про обвинуваченого військовополоненого, інформацію про місце його інтернування або ув'язнення, висунуті проти військовополоненого звинувачення, а також час і місце, встановлені для судового розгляду. Представники підозрюваного або обвинуваченого військовополоненого повинні бути також повідомлені. Якщо будь-яка зі сторін не отримають повідомлення, принаймні, за три тижні до початку судового розгляду, судовий процес не може відбутися і повинен бути

відкладений. Таким чином, стаття 104 є дуже важливою процесуальною гарантією для обвинувачених військовополонених.

Стаття 104 сходить і за своїми основами аналогічна статті 60 Женевської конвенції 1929 про військовополонених. Стаття 104 встановлює ключову процесуальну гарантію для військовополонених, які є підозрюваними або обвинуваченими. Стаття закріплює, що держава, яка тримає у полоні повідомила державу, що захищає військовополоненого, про те, що проти військовополоненого було порушено судову справу. Статті 104 починається з того, що вимагає, щоб держава, яка тримає у полоні повідомила державу, що захищає, про конкретний випадок застосування статті 8, яка передбачає, що Конвенція застосовується у співпраці та під пильним контролем обох держав. Повідомлення, відповідно до статті 104, призначене насамперед для своєчасного надання відповідної інформації державі, що захищає, для того, щоб вона могла діяти для захисту інтересів обвинуваченого військовополоненого. Держава, що захищає, забезпечує, щоб обвинувачений військовополонений міг отримати доступ до юридичної допомоги для підготовки свого захисту. Повідомлення має бути надіслано якнайшвидше після того, як буде вирішено, що стосовно військовополоненого буде порушено справу. Також передбачається, що між повідомленням та відкриттям судового розгляду має пройти не менше трьох тижнів. Демонструється намір надати одержувачам повідомлення достатньо часу для підготовки до судового розгляду. Тритижневий термін, згаданий у статті 104, пов'язаний із проміжком часу, згаданими у статтях 105, п. 2 та п. 3. Через те, що у статті 105, п. 2 йдеться, що у держави, що захищає має бути у розпорядженні не менше одного тижня, щоб знайти адвоката для обвинуваченого, а у статті 105, п. 3 у адвоката захисту має бути не менше двох тижнів для підготовки захисту. Текст статті 60 Конвенції 1929 року щодо термінів повідомлення про розгляд був заплутаним і, можливо, суперечливим, оскільки в першому абзаці не було згадано жодних термінів, тоді як тритижневий термін був прямо згаданий лише стосовно «додаткового



повідомлення», що міститься в п. 3, ст. 60 Конвенції 1929 року. Текст 1949 року виправляє це, чітко застосовуючи тритижневий термін до всіх аспектів повідомлення.

Стаття 104, п. 2 перераховує чотири категорії інформації, яку держава, що тримає у полоні зобов'язана надати у своєму повідомленні. По-перше, повідомлення має містити докладну інформацію, яка дає змогу встановити особу обвинуваченого військовополоненого. Ці дані значною мірою відповідають інформації, яку військовополонений повинен надати під час допиту після захоплення. Ця інформація перерахована у статті 17, п. 1: прізвище та ім'я, звання, дата народження, а також армійський, полковий, особистий чи серійний номер. Стаття 104 також обумовлює, що слід зробити посилання на професію військовополоненого, якщо така є. По-друге, в повідомленні має бути зазначено, де ув'язнений інтернується або, якщо він перебуває в очікуванні суду, місце ув'язнення, якщо держава, що захищає, бажає здійснювати індивідуальний нагляд, про місце та дату, встановлені для судового розгляду. Це положення таке саме, як і у відповідному пункті Конвенції 1929 року, за винятком того, що відповідно до цієї Конвенції обов'язковий тритижневий період застосовується не лише до цих відомостей, а й до всієї інформації, яка має бути подана у повідомленні.

Мета вказання суду, місця та строків судового розгляду в повідомленні обумовлюється, по-перше, тим, що це дозволяє державі, що захищає з'ясувати, чи є призначений суд, а також розслідування, що передує судовому розгляду, незалежним і неупередженим. Якщо є підстави вважати, що це не так, держава, що захищає, має поставити це до відома держави, що тримає військовополоненого. Незалежність і неупередженість суду є важливими елементами права на справедливий та неупереджений судовий розгляд. Відповідно до статті 130, умисне позбавлення військовополоненого прав на справедливий та регулярний судовий розгляд є серйозним порушенням Конвенції. Щодо призначення суду, стаття 102 вимагає, щоб судовий орган, який виносить вирок військовополоненому, був таким самим, як і для

військовослужбовців, держави що тримає у полоні. По-друге, інформація дозволяє державі, що захищає, відправити одного зі своїх представників на суд. Початок судового розгляду повинен бути відкладений у тих випадках, коли повні відомості, які вимагаються відповідно до статті 104, п. 2, не включені до повідомлення.

Відсутність Держави-покровительки або заміни не звільняє державу, яка тримає в полоні, від її зобов'язання своєчасно повідомляти про розгляд справи відповідно до цього положення.

Тому, вже після прийняття Женевських конвенцій 1949 року, щоб дотримуватися цього положення, сторони міжнародного збройного конфлікту повинні намагатися призначити державу-покровительку або заміну, або повинні іншим чином забезпечити, щоб повідомлення, передбачене статтею 104, надавалося неупередженій гуманітарній організації, наприклад, МКЧХ, що може інформувати сторону обвинуваченого, а також захищати інтереси особи, яка постала перед судом.

Стаття 104, п. 4 передбачає, що для розгляду судового процесу проти військовополоненого потрібно оголосити «доказ», що держава, яка захищає, військовополонений та представники отримали повідомлення не менше ніж за три тижні до початку слухань по справі. Відсутність повідомлення є процесуальною перешкодою для розгляду справи щодо обвинуваченого військовополоненого.

Стаття 105 - встановлює права та засоби захисту військовополоненого, який перебуває під слідством. Разом із сукупністю положень розділу про судовий розгляд (статті 99-108) стаття встановлює гарантії справедливого судового розгляду, якими має скористатися обвинувачений військовополонений.

П. 1, ст. 105 встановлює права, якими має користуватися обвинувачений військовополонений у разі обвинувачення. До них належать право на отримання допомоги від співкамерника, право на захист кваліфікованого

адвоката, право викликати свідків та право користуватися послугами компетентного перекладача.

У цьому положенні зазначено, що обвинувачений має право на «допомогу» з боку іншого обвинуваченого. Хоча цей термін не визначений, його слід відрізнити від захисту. Законодавство деяких країн може не дозволяти колегі-ув'язненому мати аудієнцію у військовому суді. Термін «допомога» слід тлумачити широко як той, що охоплює різні види діяльності, які допомогли б військовополоненому, проти якого було порушено судовий розгляд. Така діяльність може включати, наприклад, роботу як посередника між обвинуваченим та його адвокатом, допомога у розгляді або наданні обвинуваченому послуг з усного перекладу.

Військовополонений в жодному разі не може бути судимий без допомоги адвоката, чи то за вибором військовополоненого, чи призначений судом адвокат. Якщо обвинуваченому не призначають кваліфікованого адвоката або захисника, у тексті чітко зазначено, що або держава, що захищає, або держава, що тримає у полоні повинні забезпечити наявність захисника, незалежно від тяжкості передбачуваного злочину або потенційного покарання. Друге право, зазначене у статті 105, п. 1, полягає у захисті кваліфікованим юристом. Це право згадується в Конвенції у статті 99, п. 3, і важливо нагадати, що хоча стаття 105 стосується судового розгляду, право на адвоката застосовується від початку розслідування, а не лише на етапі судового розгляду. Стаття 105 не передбачає самопредставництва, оскільки військовополонений навряд чи матиме достатнє володіння знаннями судової системи держави, що тримає у полоні.

Адвокат має бути «кваліфікованим» і, отже, офіційно мати право звертатися до суду та представляти та захищати клієнтів у ході судового розгляду в судах держави, яка судить обвинуваченого військовополоненого, оскільки в іншому випадку вони не зможуть провести належний захист свого клієнта. Таким чином, виключаються можливість участі юристів-аматорів, оскільки вони не володіють достатніми знаннями про внутрішню

законодавство або судову практику та процедуру. Стаття 105 надає кожному військовополоненому право мати окремого адвоката, забезпечуючи ефективний захист на суді. У виняткових обставинах один адвокат, що діє від імені групи військовополонених, може бути прийнятним за умови, що це жодним чином не завдає шкоди їхньому захисту.

«Термін «адвокат» або «радник» стосується «одного або кількох адвокатів, які, маючи на це повноваження, дають поради з правових питань; зокрема, адвокат у залі суду» [4, с. 439–440].

Обвинувачений військовополонений і, отже, адвокат, що діє від імені обвинуваченого військовополоненого, має право викликати свідків, включаючи, наприклад, інших військовополонених, охоронців табору та медичних чи судово-медичних експертів, які можуть давати свідчення на захист обвинуваченого.

Обвинувачені військовополонені можуть не знати мови, якою проводиться судовий розгляд. Щоб військовополонені могли повною мірою ефективно брати участь у слуханнях і захищати себе, стаття 105 передбачає, що вони мають право на послуги компетентного перекладача. Держави, що тримають у полоні, зобов'язані надавати послуги усного перекладу тільки в тому випадку, якщо військовополонений визнає їх необхідними. Це контрастує з положеннями статей 104, 105, п. 4 та 107, п. 1, які вимагають, щоб держава, що тримає у полоні надавала відповідні повідомлення мовою, яку розуміє військовополонений, незалежно від того, чи запитує військовополонений письмовий або усний переклад. Гарантування права на допомогу перекладача у тому випадку, якщо обвинувачений не розуміє мови, якою відбувається судовий розгляд також передбачено у IV Женевських конвенціях - ст. 123, п. 2.

Право обвинуваченого бути присутнім на процесі вважається неодмінною частиною права на самооборону. Про це свідчить той факт, що присутність на суді включена до переліку гарантій відповідно до статті 75, п. 4 Додаткового протоколу I. Право бути присутнім на судовому процесі може

бути тимчасово обмежено, якщо обвинувачений порушує судовий розгляд до такого ступеню, що суд вважатиме за недоцільне продовжити судовий розгляд в присутності обвинуваченого.

Стаття 105, п. 1 встановлює обов'язок держави, що тримає у полоні інформувати обвинувачених військовополонених про їхні права відповідно до цього пункту до початку судового розгляду. Загальна справедливість судового розгляду має бути оцінена з урахуванням достатнього часу на підготовку захисту.

Положення вимагає, щоб обвинуваченому було повідомлено «в належний час до суду». Щоб інтерпретувати цю фразу, корисно послатися на формулювання статті 104, яка вимагає, щоб повідомлення було надано «якнайшвидше і не менше ніж за три тижні до початку судового розгляду». Конвенція передбачає абсолютний суворий мінімум, і внутрішнє законодавство може передбачати більш тривалий період залежно від багатьох факторів, включаючи, зокрема, складність справи. Достатній час для підготовки захисту є частиною загальної справедливості судового розгляду за змістом статті 130.

Державі, що захищає, надається принаймні один тиждень для забезпечення адвоката для захисту обвинуваченого. Формулювання положення ясно показує, що один тиждень належить до мінімальної кількості часу, що має бути надано для цієї мети, хоча неясно, з якого моменту цей мінімум має бути розрахований. Не можна просто сказати, що тижневий період починається в той момент, коли держава, що захищає, отримує повідомлення за статтею 104. Швидше, що захищає державі має бути надано достатньо часу для проведення необхідних розслідувань, а мінімальний період в один тиждень повинен тривати з моменту встановлення того, що обвинувачений військовополонений не призначив собі адвоката захисту.

На відміну від кількох інших положень Конвенції, які передбачають роль держави, що захищає, стаття 105 особливо важлива тим, що вона містить конкретні інструкції про те, як діяти, якщо держава, яка захищає не може

виконувати свої обов'язки. В п. 2, ст. 105 зазначається, що у випадку, якщо ні військовополонений, ні держава, що захищає, не оберуть адвоката для захисту обвинуваченого, держава, що тримає у полоні повинна сама призначити його.

П. 3, ст. 105 вимагає, щоб адвокати захисту мали не менше двох тижнів до початку судового розгляду для підготовки своєї справи. Це є суттєвою судовою гарантією, терміни, згадані у статтях 105, п. 2 та п. 3, пов'язані один з одним та з вимогою повідомлення, що міститься у статті 104.

П. 3, ст. 105 визначає право адвоката захисту вільно відвідувати та проводити співбесіди з обвинуваченим. Зустрічі обвинувачених та адвокатів захисту мають вирішальне значення для того, щоб останній міг належним чином виконувати свої функції та здійснювати ефективний захист. Формулювання цього положення вимагає, щоб адвокат міг відвідувати обвинуваченого «вільно», вказуючи на те, що такі відвідування не можуть бути довільно обмежені, і ще раз демонструючи, що частота відвідувань здійснюється на розсуд адвоката та обвинуваченого. Адвокат може також проконсультуватися з будь-якими свідками для захисту, включаючи інших військовополонених.

Стаття 105, п. 4 вимагає, щоб військовополонений, а також адвокат захисту були поінформовані про подробиці звинувачень та отримати інші відповідні документи. Конвенція 1929 року не містила такого положення. Це має вирішальне значення для забезпечення того, щоб обвинувачений військовополонений та його адвокат могли підготувати адекватний захист.

Для контролю за застосуванням правил Конвенції та забезпечення справедливого судового розгляду стаття 105, п. 5 зобов'язує державі, яка тримає у полоні дозволяти представникам державі, що захищає бути присутніми на судових процесах над військовополоненими. Присутність на суді представників, держави, що захищає має забезпечити, що судовий процес буде проводитися незалежним і неупередженим органом, щоб військовополонений підпорядковувався тим самим правилам, положенням і

процедурам, як і члени власних сил держави, що тримає у полоні, і щоб дотримувалися правил Конвенції, що стосуються суду і винесення вироку.

Стаття 105, п. 5 передбачає важливе виключення із права держави, що захищає, бути присутнім на суді. Якщо цього вимагає інтереси державної безпеки країни яка тримає у полоні, то суд може бути проведений за зачиненими дверима. Повинні існувати надзвичайні обставини для того, щоб держава, що тримає у полоні військовополоненого, законно виключила державу яка захищає з судового розгляду.

Стаття - 106 передбачає, що військовополонені, яким загрожує судовий розгляд, мають право користуватися так само, як і військовослужбовці держав, яка тримає у полоні, правом на апеляційну або касаційну скаргу стосовно будь-якого вироку винесеного проти них. Право на апеляцію є важливим елементом справедливого судового процесу.

Право військовополонених оскаржити вироки, винесені проти них, було вперше сформульовано у статті 64 Женевської конвенції 1929 про військовополонених, яка говорить: «Кожен військовополонений має право оскаржити будь-який вирок проти нього так само, як і особи, що належать до збройних сил держави, що тримає у полоні» [6, с. 64].

Гарантії справедливого судового розгляду, включаючи гарантії незалежності та неупередженості, згадані у статті 84, а також права та засоби захисту, згадані у статті 105, однаково застосовні до апеляційного розгляду. Матеріальне право на апеляцію є основною процесуальною гарантією міжнародного права, яка також має бути доступна військовополоненим. Відсутність такого права може призвести до того, що військовополонений буде неправомірно засуджений за серйозний злочин, що може призвести до тривалого ув'язнення без можливості апеляційного перегляду. У статті 106 не згадуються клопотання про помилування або пом'якшення вироку, але якщо такі заяви відкриті для військовослужбовців держави, що тримає у полоні, то вони також мають бути доступні і військовополоненим.

Вимога про те, щоб військовополонений був повністю проінформований про право на апеляцію, передбачає, що повідомлення про це право має містити всю необхідну інформацію для правильного та своєчасного початку апеляційного розгляду. Зокрема, повідомлення має включати відповідну правову основу для оскарження та необхідні строки. Як і у випадку з повідомленням, відповідно до статті 105, п. 4 для того, щоб вважатися ефективним, повідомлення про право на апеляцію відповідно до статті 106 має бути зроблене мовою, зрозумілою засудженому. У IV Женевській конвенції та в обох Додаткових протоколах передбачається, що засуджений має бути проінформований щодо свого права на подання апеляцій або оскарження рішення, а також бути проінформованим протягом якого часу він може це зробити на рівні з особами, які належать до складу збройних сил держави, що тримає в полоні, відповідно до в ст. 73, п. 1. Одним із ключових елементів права на справедливий судовий розгляд є право на подання апеляцій або оскарження рішення під час збройних конфліктів.

«...можна стверджувати, що власне право на апеляцію – а не лише право бути поінформованим, чи є апеляція – стало основним компонентом справедливого права на судовий розгляд у контексті збройного конфлікту» [7, с. 369-370].

У статті 106 також не уточнюється, коли має бути зроблено повідомлення про право на апеляцію. Стаття також не передбачає мінімального терміну подання апеляцій. Ці питання регулюються законодавством держави, що затримує, відповідно до принципу рівності.

Стаття 107 - вимагає, щоб держава, що тримає у полоні надала державі, що захищає два типи повідомлень про будь-які судові рішення та вирокі, винесені обвинуваченому військовополоненому. Перший тип - це коротке повідомлення, яке має бути надіслано відразу після будь-якого ухвалення рішення містити резюме рішення та вироку, та повинно вказувати, чи має ув'язнений право на апеляцію, як це передбачено у статті 106. Таке ж повідомлення має бути також надіслане представнику обвинуваченому



військовополоненому, якщо останній не був присутній на момент винесення вироку. Другий тип - це докладне повідомлення, яке має бути зроблено у разі остаточного засудження або якщо було винесено смертну кару. Детальне повідомлення має включати точне формулювання висновку та вироку, підсумковий звіт про будь-яке попереднє розслідування та судовий розгляд, а також повідомлення про установу, де відбуватиме покарання військовополонених.

Два типи повідомлень, відповідно до статті 107, є важливими процедурними кроками, що дозволяють державі, що захищає військовополоненого, виконувати свою роль у нагляді за застосуванням Конвенції як під час судового розгляду над обвинуваченим військовополоненим, так і при винесенні вироку. Детальне повідомлення особливо важливе, якщо було винесено смертний вирок.

Згідно зі статтею 101, смертна кара не може бути виконана, поки не пройде щонайменше шість місяців з дати, коли держава, що захищає отримує детальне повідомлення, передбачене статтею 107, п. 2.

Таким чином, повідомлення, про яке йдеться у статті 107, п. 1, має містити короткий зміст рішення чи вироку, що є предметом повідомлення. У короткому резюме також має бути зазначено, чи має право засуджений на апеляцію з метою скасування вироку або відновлення судового розгляду. Це положення зміцнює право на апеляцію, що міститься у статті 106. Зі свого боку, стаття 107, п. 1 вимагає, щоб держава, що тримає у полоні, інформувала державу, що захищає, та представника про право обвинуваченого оскаржити рішення або вирок. Разом статті 106 і 107 спрямовані на забезпечення того, щоб обвинувачені військовополонені були проінформовані про їхнє право на апеляцію і щоб держава, що захищає, та представник могли допомогти їм у цьому.

Згідно зі статтею 107, повідомлення має бути негайно відправлене до держави, що захищає. Таким чином, держава, що захищає, повинна бути повідомлена, як тільки буде винесено вирок або рішення щодо обвинуваченого

військовополоненого. Це тлумачення підтверджується ще раз у статті 107, що держава, що тримає у полоні, має надати таке ж повідомлення військовополоненому, але тільки в тому випадку, якщо вирок не був винесений у його присутності.

Стаття 107 вимагає, щоб такий вид повідомлення було зроблено і представнику військовополоненого. Стаття 104, п. 3 містить аналогічну вимогу повідомляти представника військовополоненого про судовий розгляд. Хоча в деяких країнах вирок або рішення можуть бути винесені за відсутності обвинуваченого, право на публічне рішення є судовою гарантією у міжнародному гуманітарному праві та закріплене у законодавстві багатьох держав.

Детальне повідомлення має містити точне формулювання виведення та пропозиції. Таким чином, він відрізняється від короткого повідомлення, яке вимагається відповідно до пункту 1, яке вимагає лише резюме виведення/рішення та пропозиції. Держава, що захищає, має бути точно повідомлена про місце, де ув'язнений буде відбувати покарання, оскільки ця держава зобов'язана здійснювати нагляд відповідно до статей 108, п. 3 і ст. 126. Отже, стаття 107 вимагає, щоб ця інформація була включена в повідомлення.

Останній пункт статті 107 вимагає, щоб держава, що тримає у полоні надіслала повідомлення державі, що захищає, за адресою, яку остання повинна надати, коли вона погоджується виконувати функції, покладені на неї відповідно до конвенцій. Це положення аналогічне до положення, що міститься у статті 104, п. 1.

Відсутність Держави-покровительки або заміни не зменшує зобов'язання Держави, яка тримає в полоні, надавати стислі та детальні повідомлення, які вимагаються цим положенням. Для дотримання цього положення сторони міжнародного збройного конфлікту повинні намагатися призначити державу-покровительку або її заміну. Якщо цього не зробити, вони повинні гарантувати, що ціль залучення держави-покровительки все ще може бути досягнута. Для цього вони можуть запросити неупереджену

гуманітарну організацію, таку як МКЧХ, для виконання функцій держави-покровительки. Хоча МКЧХ прямо не згадується як альтернатива Державі-покровительці згідно зі статтею 107, як до, так і після 1949 року він, але діючи відповідно до свого права на гуманітарну ініціативу, закріпленого у статті 9, допомагав державам у цьому відношенні.

На практиці: у річному звіті 1970 року, Міжнародного Комітету Червоного Хреста сказано:

«У 1970 році, за відсутності держави-покровительки, влада Республіки В'єтнам передала МКЧХ акти обвинувачення, повідомлення про судові засідання та вирoki щодо військовополонених. Так, делегати МКЧХ були присутні на різноманітних судових засіданнях, на яких військовополонених обвинувачували у злочинах за законодавством країни під час перебування в полоні. Делегати мали змогу розмовляти з ув'язненими без присутності свідків, як під час розгляду справи, так і після винесення вирoku» [8, с. 39].

Щодо інших, не менш важливих положень Конвенції, то вони гарантують обвинуваченому військовополоненому справедливий та регулярний судовий процес, суд створений належним чином, захист усіх прав військовополоненого, а також незалежність та неупередженість суду.

Стаття 75, п. 4 пп. г) Додаткового протоколу I та ст. 6, п. 2, пп. д) Додаткового протоколу II проголошує, що кожен, хто є обвинуваченим вважається невинним до тих пір, поки його вина не буде доказана за законом - презумпція невинуватості. Даний принцип захищає кожного і є одним із головних принципів судочинства. Для винесення рішення провину обвинуваченого необхідно довести, причому його власні визнання як єдиний доказ братися до уваги не можуть. Усі неточності на основі доказів, сумніви, повинні трактуватися судом на користь обвинуваченого. Не можна виносити вирок лише основі сумнівів, без зібраної доказової бази.

Зобов'язання інформувати обвинуваченого про характер та причину звинувачення передбачено у III та IV Женевських конвенціях, а також у Додаткових протоколах I та II. Ці гарантії закріплені в ст. 96, п. 4, III

Женевської конвенції як такі, що забезпечують обвинуваченому право знати в чому його звинувачують, також надається право на пояснення своєї поведінки та захист, аналогічні положення також закріплені в ст. 71, п. 2 IV Женевської конвенції, що забезпечує обвинувачених правом бути проінформованим, на зрозумілій їм мові, щодо обвинувачень, які проти них висувуються та бути притягнутим до відповідальності у розумні строки. Це положення має надзвичайне значення під час окупації, коли затримки попереднього слідства можуть призвести до подовження терміну перебування під арештом в очікуванні суду. Обвинуваченому військовополоненому мають бути надані усі відомості правопорушень, у яких він є обвинуваченим, а також надається право на пояснення своєї поведінки та захист. Гарантується право виклику свідків, користування послугами кваліфікованого перекладача.

Викликати та допитувати свідків є одним із основних засобів захисту. Формулювання статті ст. 72, п. 1 IV Женевської конвенції чітко вказує на те, що обвинувачений може використовувати всі інші методи доказування, такі як пред'явлення документів чи інших письмових доказів. На додаток до цього права він має не менш важливе право - допомога кваліфікованого адвоката на свій вибір. Судові органи повинні надати адвокату усі засоби та свободу дій, необхідні для підготовки захисту. Насамперед йому має бути дозволено вивчити письмові докази у справі, відвідати обвинуваченого та допитувати його без свідків, а також зв'язуватися зі свідками. Неможливість допитати або наполягання на допиті свідків обвинувачення є ознакою порушення права на справедливий судовий розгляд воєнних злочинів. Якщо обвинувачений не вибирає адвоката, і держава, що захищає, не змогла надати його військовополоненому, то держава, що окупує, сама повинна надати адвоката. Військовополонений завжди має право відмовитись від допомоги адвоката, якому він не довіряє, і сам вести свій захист. Адвокат, призначений державою, що захищає, або державою, що окупує, повинен користуватися всіма правами і прерогативами, необхідними для підготовки захисту на тих же умовах, як і адвокат обраний самим обвинуваченим. Право звернутися до перекладача

застосовується як під час попереднього слідства, і під час слухання у суді. Якщо обвинувачений у будь-який час вважає, що перекладач через відсутність професійних навичок чи об'єктивності більше не заслуговує на його довіру, він може заперечити або попросити про його заміну.

Відповідно до ст. 86, III Женевської конвенції: «військовополонені та інтерновані цивільні особи, відповідно, не можуть бути покарані більше одного разу за те саме діяння або за одним і тим самим обвинуваченням» [9, ст. 86].

«Жодний інтернований не може бути покараним більше, ніж раз за один і той самий вчинок, або з того самого приводу» [10] - п. 3, ст. 117 IV Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни. В I Додатковому протоколі ст. 75, п. 4, пп. з) зазначено, що ніяка особа не має переслідуватися і не може бути засудженою той же стороною і по тій же справі, за якою вже була або засуджена, або виправдана.

«Non bis in idem - принцип юридичної відповідальності, який полягає в тому, що особа не може бути притягнута до юридичної відповідальності двічі за одне й те саме правопорушення» [11].

«Одночасно практика держав викликала до життя значне за обсягом зведення звичайного МГП, що застосовується до всіх збройних конфліктів, а прецедентне право Нюрнберзького і Токійського трибуналів, МС та спеціальних трибуналів по колишній Югославії та Руанді та суду по Сьєрра-Леоні, а в останній час ще й Міжнародного кримінального суду внесло значний внесок у роз'яснення та погоджену інтерпретацію як звичайного, так і договірною МГП» [1, с. 44].

Отже, XIX ст. був періодом, коли світ прагнув змінити неточні та хаотичні норми звичаєвого права війни точними правилами, зафіксованими у міжнародних договорах між керівними державами. Ліберський кодекс вважається світовою спільнотою першою кодифікованою інструкцією права війни. У кодексі дуже стисло зазначаються права та гарантії військовополонених на справедливий судовий процес - закріплювалися хто

може бути військовополоненими, як правильно ставитися до військовополонених, забороняється вбивати воєнних злочинців без суду та слідства, це, мабуть, єдине конкретне положення у Кодексі, яке вказує право військовополоненого на суд за вчинення злочину, і що за порушення цього положення є санкція.

Подальший розвиток прав військовополонених на справедливий суд та міжнародного права в цілому призводить до започаткування Гаазьких конференцій миру 1899 та 1907 років, на який було розроблено основні норми міжнародного гуманітарного права, конвенції були одними з перших офіційних положень законів про війну та воєнні злочини в системі міжнародного права.

Гарантії щодо прав військовополонених на справедливий суд також не вказуються відкрито, ні у Конвенції 1899 року, ні у Конвенції 1907 року, зазначаються положення щодо розповсюдження національного законодавства над військовополоненими, засудження шпигуна, лише після судового розгляду.

Запровадження у 1929 році Конвенції про військовополонених значно розширили попередні Гаазькі конвенції 1899 та 1907 років. Причиною цього були факти відсутності положень, які б регулювали надання ув'язненим представників, організацію роботи ув'язнених військовополонених, заборону репресій під час Першої світової війни, тому Конвенція не замінює, а лише доповнює положення Гаазьких конвенцій.

Нюрнберзькі процеси розширили та оновили попередні Женевські конвенції 1929 року та Гаазькі конвенції 1899 та 1907 років, в результаті якого з'явилися 4 Женевські конвенції 1949 року.

Положення Женевських конвенцій 1949 років та Додаткових протоколів застосовуються лише у випадках міжнародних конфліктів, обов'язковою умовою для застосування Конвенцій яких, є те, що б хоча одна сторона конфлікту ратифікувала положення Конвенцій.

Позбавлення права на справедливий судовий процес розглядається на одному рівні з умисним вбивством, примусом людини до служби у збройних силах супротивника, умисним заподіянням великих страждань, серйозних тілесних ушкоджень чи шкоди здоров'ю, нелюдським поведінням, це визначається як серйозне правопорушення відповідно до ст. 130 III Женевської конвенції про поведіння з військовополоненими та ст. 147 IV Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни.

Третя Женевська конвенція чітко описує гарантії справедливого судового розгляду, які надаються військовополоненим - право обвинуваченого бути судимим незалежним і об'єктивним судом, право бути проінформованим про характер і причини обвинувачення, право не свідчити проти себе, право не бути примушеним визнати вину, право викликати та допитувати свідкі.

## **1.2. Права на справедливий судовий розгляд в статті 8 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду**

Позбавлення права на справедливий судовий процес у міжнародному гуманітарному праві – це навмисне та свідоме порушення права особи, яка знаходиться під захистом Женевських конвенцій, на справедливе та неупереджене судочинство, дане обмеження прав відбувається у контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним. Відповідно загальноновизнаним Женевським конвенціям кожен військовополонений або охоронювана особа має право на незалежний та неупереджений суд.

Право на справедливий суд є основним правом людини і є необхідним для запобігання зловживанню всіма іншими правами людини.

Проаналізуємо історію. Досліджуючи питання права на справедливий судовий розгляд, вчені зазвичай проводять межу з кінця 1600 років, саме з цього моменту починається стала фіксація поняття. Протягом кількох сотень років справедливий суд означав судовий розгляд, який проводиться відповідно до “правильної процедури”. Поняття права на справедливий судовий розгляд

змінилося на межі 20 століття, відтоді право на справедливий судовий розгляд вважається за таким: «...розгляд, у якому дотримуються прав сторони» [12, с. 37].

Такі права сторони, як право на публічне слухання та в розумний термін, право на неупереджений та безсторонній суд, ознайомлення з обвинуваченням та право на допит свідків.

Сам феномен права на справедливий судовий розгляд є дискусійним, адже одні схиляються до думки, що право на справедливий судовий процес є універсальним і є притаманним людині, інші, такі як Ян Ленгфорд, автор праці “Справедливий суд: історія ідеї” схиляється до думки, що це право є новим, непритаманним людині, тому малоімовірно, що воно є універсальним.

«Право на справедливий судовий процес це культурний експорт, який поширився по всьому світу, коли англійська стала світовою мовою, а англійське право стало однією з двох основних систем юриспруденції світу» [12, с. 37].

Вільям Шульц, у своїй праці “Проблеми світської сакральності” вірно сказав, що права людини – це «...найкращий спосіб, який ми знаємо на даний момент, щоб протистояти жорстокості та будувати гідне суспільство...» [13, с. 251-252].

Перші судові справи, у яких взагалі згадується термін справедливості датуються 1667-1680 роками.

«...п'ятнадцять чоловіків і одна жінка, засуджені відповідно справедливому суду за відповідні злочини, були засуджені до страти...

...один із них за обвинуваченням визнав себе винним, а вина іншого була доведена на справедливому судовому розгляді...» [12, с. 44].

Сенс використання терміну «справедливий суд» не пояснюється, можна лише передбачити, що насправді малось на увазі.

А ось наступна справа, суд над Метью Кроуном, яка датується 1690 роком, вже має більш-менш чіткі пояснення терміну «справедливий судовий процес» — «...докази були чіткими та безсумнівними проти обвинуваченого,



які стосуються кожного пункту обвинувачення, і він (обвинувачений) мав усі переваги справедливого судового розгляду...» [12, с. 44-45].

У коментарях до цієї справи вказано, що тривалість судового розгляду вказує на справедливість судового засідання, обидві сторони мали достатньо часу для обґрунтування своєї позиції, адже в той час судові процеси дивували своєю швидкістю. Сила доказів знову розглядається як показник справедливого судового розгляду, тому що засудження за слабкими доказами буде означати, що обвинувачений не мав справедливого судового розгляду.

У 17-18 століття термін «справедливий судовий процес» має наступні риси: чіткі та безсумнівні докази, тривалість судового процесу, неупередженість суду, право на дачу показів. Критерії справедливого судового розгляду прив'язувалися до окремого підсудного, а не до судового процесу в цілому.

«Мені здається, що право людини на справедливий суд виникло із залів судів Англії та Уельсу, а не з “чогось, притаманного людям”» [12, с. 50].

Нинішнє юридичне використання справедливого судового розгляду включає поняття “регулярна процедура”, або те, що частіше називають «процесуальною справедливістю». Під терміном «процесуальна справедливість» розуміється сукупність прав підсудного під час судового процесу: справедливий та публічний розгляд у розумний строк незалежним і безстороннім судом, презумпція невинуватості, право знати обвинувачення проти себе, час та можливість для підготовки захисту, право захищати себе особисто або за допомогою адвоката, право на допит свідків, а також право на доступ до перекладача - усе це є основними права, якими володіє обвинувачений.

Тому, ми бачимо, що зачатки поняття «право на справедливий судовий процес» уходить далеко корінням у минуле, поняття та зміст права на справедливий суд формувалося давно та довго, перші судові процеси у яких взагалі згадується термін справедливості датуються 17 століттям, поняття

вводиться на прикладах порівняння того що і як було, та того, що по іншому відбулось.

«Визначення воєнних злочинів, зазначене у статті 8 Римського статуту, не ідентичне визначенню серйозних порушень Женевських конвенцій 1949 років та Додаткового протоколу I 1977 року. Справді, оскільки Додаткові протоколи не були ратифіковані всіма державами, вважається, що воєнний злочин у формі навмисного позбавлення права на справедливий судовий процес не має універсального характеру, яке вказує на приналежність до звичаєвого права, на відміну від Женевських конвенцій» [14].

Позбавлення особи права на справедливий судовий розгляд зазначено як воєнний злочин у Статуті Міжнародного кримінального суду, Міжнародних кримінальних трибуналів по колишній Югославії та Руанді та Спеціального суду по Сьєрра-Леоне.

У статуті Міжнародного кримінального суду вперше був наведений найбільш повний перелік воєнних злочинів, які підлягають покаранню. Статут відіграє провідну роль у відповідності визначень злочинів на національному та міжнародному рівні.

Тому, кримінальна юрисдикція Римського статуту ґрунтується на визначенні серйозних порушень Женевських конвенцій та на власному визначенні воєнних злочинів, що впливає із норм звичаєвого права, що застосовується під час збройних конфліктів. У Женевських конвенціях 1949 року та Додатковому протоколі I 1977 року термін «воєнний злочини» не використовується. Дається визначення як прості і серйозні порушення. Тому ми бачимо, що вперше Римський статут відносить позбавлення права на справедливий судовий процес до воєнного злочину.

Право на справедливий судовий розгляд – це концепція, яка включає сукупність певних специфічних прав, але водночас, вважається окремим правом.

Стаття 8 Римського Статуту визначає, що Міжнародний кримінальний суд володіє юрисдикцією щодо воєнних злочинів, які були скоєні під час

збройного конфлікту, міжнародного та неміжнародного характеру, які вчиняються в рамках плану або політики та при широкомасштабному вчиненні таких злочинів. Стаття 8 містить вичерпний перелік дій, що саме є воєнними злочинами у збройних конфліктах. Відповідно до статті 8 п. 2 пп. vi Римського Статуту, навмисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, що охороняється, права на справедливе і нормальне судочинство є воєнним злочином:

«Стаття 8 Римського Статуту Міжнародного кримінального суду. Воєнні злочини.

1. Суд має юрисдикцію щодо воєнних злочинів, зокрема, коли вони скоєні в рамках плану чи політики або при великомасштабному скоєнні таких злочинів...

vi) умисне позбавлення військовополоненого або іншої охоронюваної особи права на справедливе та нормальне судочинство» [15].

Визначення “права на справедливий суд” тлумачиться дуже широко, адже воно застосовується не тільки до винесення засудженій особі вироку без судового розгляду, але і до будь-якого порушення положень Женевських конвенцій III і IV, що регламентують судовий розгляд справ щодо осіб, які знаходяться під захистом Женевських конвенцій (це знаходить своє відображення у III Женевській конвенції ст. 99-108, у Женевській конвенції IV, ст. 64-78, 117-118, 126).

Відповідно до ст. 8 п. 2 Римського статуту, елементи воєнного злочину мають тлумачитися у відповідних рамках норм міжнародного права збройних конфліктів, які застосовуються і до збройних конфліктів на морі. До того ж не існує ніяких вимог щодо правової оцінки виконавцем факту існування збройного конфлікту або його характер як міжнародного або неміжнародного. Існує лише вимога, що виконавець має знати фактичні обставини, які визначають існування збройного конфлікту.

Відповідно до ст. 8 (2) (a) (vi) Воєнний злочин у вигляді позбавлення права на справедливе судочинство має 5 елементів.

1. Виконавець позбавив одну або кількох осіб права на справедливе та нормальне судочинство, відмовивши в судових гарантіях, які також визначені, зокрема, у третій та четвертій Женевських конвенціях 1949 року.

2. Особа або особи, права яких були порушені перебували під захистом однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року.

3. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про статус осіб під захистом.

4. Позбавлення права на справедливе судочинство відбулося у контексті міжнародного збройного конфлікту і була пов'язана з ним.

5. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що засвідчували існування збройного конфлікту.

Під словом “зокрема” у першому пункті ст. 8 Елементів злочину позбавлення права на справедливе судочинство розуміється, що перелік гарантій, які прямо вказані в ЖК та Додаткових протоколах не є вичерпним, тому додали слово “зокрема”, що б показати, що перелік судових гарантій може і поповнюватися в залежності від обставин справи.

Історичний аспект. Ще у 1946 році у справі «Харукей Ісайма та Сім Інших» було визнано, що підсудні, серед іншого, винні в навмисному, незаконному та неправомірному позбавленні військовополонених прав на справедливий судовий процес, відповідно до коментарів до справи в роботі Кнута Дьорманна “Елементи воєнних злочинів за Римським статутом Міжнародного кримінального суду” вказано критерії за якими суд визначав навмисність, незаконність та неправомірність дій підсудних:

«1. докази були сфальсифіковані;

2. мало або нема доказів зв'язку між обвинуваченими та вчинення ними злочинів, за які їх судили;

3. відмова підсудним або свідкам давати свідчення;

4. більша частина судового не була перекладена на мову обвинувачених;

5. судові процеси завершувалися за один день» [5, с. 103].

У справі “Т. Хісакасу та П’ять Інших” відповідно до коментарів К. Дьорманна, несправедливість судових процесів відображалась у:

- «1. відмова у наданні захисника судом, так як обвинувачений не був в змозі оплачувати послуги адвоката сам;
2. недостатньо часу для підготовки для захисту;
3. свідки не з’явилися на засіданні та ігнорування свідчень на захист обвинуваченого;
4. судовий процес відбувся за дві години» [5, с. 103].

У справі “Х. Латц та Двоє Інших” під час перегляду справи, через скасування попереднього рішення були визначені необхідні критерії для справедливого судового розгляду:

- «1. суд має бути неупередженим та необмеженим з “верхівки”;
2. обвинувачений має бути ознайомлений з конкретними пунктами обвинувачення про нього;
3. обвинуваченому має бути надана можливість пояснити, вільно викласти свою позицію та заперечити кожен пункт обвинувачення;
4. надані докази повинні бути явно достатніми для підтвердження вироку;
5. обвинуваченому має бути надана можливість висунути та подати свої контрдокази» [5, с. 104].

Під час розгляду апеляції у Верховному суді Норвегії у справі “Х. Латц та Двоє Інших” було встановлено, що порушення єдиного критерії справедливого судового розгляду, які були зазначені раніше, не завжди та не обов’язково призводять до несправедливого судового розгляду, суд має враховувати обставини у кожній конкретній справі, спираючись на обставини та факти.

Тобто, основні гарантії, які є необхідними для забезпечення справедливого судового розгляду, перелік яких не обмежений для доповнення, є:

- право на захисника, адвоката;

- право підготувати захист (це право містить в собі право викликати свідків та надавати докази);
- право бути проінформованим про висунуті обвинувачення;
- право на незалежний та неупереджений суд, створений відповідно закону;
- право на перекладача та переклад документів у справі;
- розумний термін судового провадження;
- презумпція невинуватості;
- право на оскарження рішення та апеляцію.

Воєнний злочин у формі навмисного позбавлення військовополоненого або іншої охоронюваної особи права на справедливе та нормальне судочинство ст. 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду заснований на ст. 137 Женевської Конвенції про поводження з військовополоненими та ст. 147 Женевської Конвенції про захист цивільного населення під час війни, тому судові гарантії обвинувачених, які згадані в цих Женевських конвенціях та Додаткових протоколах до них мають вирішальне значення для визначення справедливості судового розгляду.

Воєнні злочини – це порушення міжнародного гуманітарного права, що передбачають кримінальну відповідальність відповідно до міжнародного права. Воєнний злочин визначається як порушення основних законів та звичаїв війни.

Здійснення кримінальної юрисдикції Міжнародним кримінальним судом починається лише тоді, коли встановлюється факт, що відповідна держава не бажає або не в змозі сама притягнути до кримінальної відповідальності осіб на національному рівні. МКС не має переваги над внутрішньою юрисдикцією країн, і його юрисдикція носить лише додатковий характер. Римський статут окреслює структуру та сфери юрисдикції МКС, у свою чергу МКС може переслідувати окремих осіб, але не держави чи організації. У справах щодо воєнних злочинів, у нашому випадку це позбавлення права на справедливе судочинство, Суд може прийняти справу до

провадження лише після прийняття його юрисдикції державою, громадянином якої є злочинець або на території якої було вчинено злочин, це положення окреслено у статті 12 Римського статуту. Статут Суду вніс значні нововведення до визначення що є воєнними злочинами. Як ми вже зазначали раніше, відповідно до Третьої і Четвертої Женевських конвенцій воєнними злочинами є особливо тяжкі правопорушення, а умисне позбавлення людини, що захищається, права на судовий захист / права справедливого судового розгляду у разі скоєння ним воєнного злочину відносять до тяжких правопорушень. Тому ми бачимо, що вперше Римський статут відносить позбавлення права на справедливий судовий процес до воєнного злочину.

МКС має юрисдикцію щодо воєнного злочину позбавлення права на справедливе судочинство у трьох випадках:

1. якщо скоєння цього злочину відбулося на території держави-учасниці;
2. якщо даний злочин скоєний громадянином держави-учасниці Римського статуту;
3. якщо злочин був переданий прокурору Радою Безпеки ООН.

Єдиний тип імунітету, який визнає МКС, полягає в тому, що він не може переслідувати осіб молодших 18 років на момент скоєння злочину. Зокрема, жодна посадова особа – навіть глава держави – не застрахована від судового переслідування.

Особа підлягає кримінальній відповідальності та покаранню за воєнний злочин позбавлення права на справедливий судовий розгляд лише за ознакою того, що цей злочин був здійснений навмисно та свідомо. Наявність ознак навмисності та свідомості встановлюється на основі відповідних фактів та обставин. В елементах даного воєнного злочину не вказано підстави, які виключають кримінальну відповідальність або звільняють від неї. Термін «виконавець», який далі буде вживатися, має нейтральний характер з точки зору винуватості або невинуватості. Відповідно до статті 25 та 28 Римського статуту надається перелік осіб, які можуть бути притягнуті до кримінальної

відповідальності за скоєння злочину позбавлення військовополоненого чи охоронюваної особи права на справедливий судовий процес.

Отже, відповідно до статті 8 п. 2 пп. ві Римського Статуту, навмисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, що охороняється, права на справедливе і нормальне судочинство є воєнним злочином. Вперше Римський статут відносить позбавлення права на справедливий судовий процес до воєнного злочину.

Позбавлення права на справедливий судовий процес у міжнародному гуманітарному праві – це навмисне та свідоме порушення права особи, яка знаходиться під захистом Женевських конвенцій, на справедливе та неупереджене судочинство, дане обмеження прав відбувається у контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.

Питання універсальності права на справедливий судовий розгляд й досі залишається дискусійним, одні вчені вважають, що дане право є притаманним людині, інші вчені схиляються до думки, що дане право малоімовірно є універсальним. Бачимо, що походження поняття «право на справедливий суд» глибоко вкорінене в минуле. Поняття та зміст права на справедливий суд формувалися давно, і цей процес відбувається і зараз. Перші судові процеси у яких взагалі згадується термін справедливості датуються 17 століттям, поняття вводиться на прикладах порівняння того що і як було, та того, що по іншому відбулось.

Основними гарантіями, які необхідні для забезпечення справедливого судового розгляду є: право на захисника, адвоката, право на підготовку захисту, право бути проінформованим про висунуті обвинувачення, право на незалежний та неупереджений суд, право на перекладача, право на апеляцію.

Особа підлягає кримінальній відповідальності та покаранню за воєнний злочин позбавлення права на справедливий судовий розгляд лише за ознакою того, що цей злочин був здійснений навмисно та свідомо.



## **РОЗДІЛ 2. РОЗГЛЯД ЕЛЕМЕНТІВ СКЛАДУ ЗЛОЧИНУ ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД В МІЖНАРОДНОМУ КРИМІНАЛЬНОМУ ПРАВІ**

### **2.1. Контекстуальний та матеріальні елементи порушення права на справедливий судовий розгляд**

Розглянемо контекстуальний елемент воєнного злочину навмисне позбавлення права на справедливе судочинство.

Розберемо даний елемент на практиці міжнародних суддів. Для того, щоб кваліфікувати діяння особи як воєнний злочин потрібно, по-перше, встановити наявність міжнародного збройного конфлікту - у справі Міжнародного суду щодо колишньої Югославії, «Прокурор проти Тадіча», в рішенні на подання проміжної апеляції стороною захисту щодо юрисдикції від 2 жовтня 1995 року, у параграфі 70 говориться:

«...ми приходимо до висновку, що збройний конфлікт відбувається щоразу, коли має місце застосування збройної сили між державами або зтяжне збройне насильство між державними органами та організованими збройними групами або між такими групами всередині держави» [16, с. 24, § 70].

Тобто, перший крок для кваліфікації діяння як воєнний злочин має бути наявний факт того, що діяння у вигляді позбавлення права на справедливий судовий процес особи, яка знаходиться під захистом Женевських конвенцій 1949 року, відбулося у контексті міжнародного збройного конфлікту.

Наявність збройного конфлікту є передумовою для того, щоб кваліфікувати діяння у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд як воєнний злочин, відповідно до Женевських конвенцій.

На прикладі України - тимчасова окупація АР Крим та частини Донецької та Луганської областей, відповідно міжнародним стандартам, тотожна міжнародному збройному конфлікту, тому вдовольняє умови

наявності збройного конфлікту, що є передумовою для притягнення осіб до кримінальної відповідальності за воєнний злочин у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд.

Друге - це встановити діяння, діяння, яке вчиняється під час збройного конфлікту та було пов'язано з ним.

Це є ще однією передумовою для притягнення до кримінальної відповідальності особи, яка вчинила воєнний злочин у формі навмисного позбавлення права на справедливий судовий розгляд. Має бути доведений зв'язок між злочинними діями та збройним конфліктом.

Можемо розібрати на прикладі судових процесів над В. Балухою, ці судові процеси відбулися в тимчасово окупованому Криму у період з 2016 по 2017 роки. Зв'язок між злочинним діями та збройним конфліктом очевидний - суддів, які навмисно позбавили підсудного права на справедливий судовий розгляд були пов'язані з окупаційною владою - українські судді присягнули на вірність РФ, вони висловлювати відкрити підтримку діям окупаційної влади, відбувалося переслідування обвинуваченого за його відкрити проукраїнську позицію. З цього можна зробити висновок, що дії суддів прямо пов'язанні зі збройним конфліктом.

У справі Міжнародного суду щодо колишньої Югославії, «Прокурор проти Кунарач та інші», рішення Апеляційної палати від 12 червня 2002 року, у параграфі 57 говориться:

«Закони війни застосовуються на всій території держав, що воюють або, у разі внутрішніх збройних конфліктів, на всій території, яка знаходиться під контролем сторони в конфлікті, незалежно від того, ведуться там бойові дії чи ні, і закони продовжують застосовуватися доти, доки загального укладання миру або, у разі внутрішніх збройних конфліктів, до мирного врегулювання.... достатньо того, що злочини були тісно пов'язані з бойовими діями, що мали місце в інших частинах територій, контрольованих сторонами конфлікту» [17, с. 16-17, § 57].

По-третє, об'єктом посягання є особи, які знаходяться під захистом Женевських Конвенцій, тобто їх права на справедливий судовий процес - у справі Міжнародного суду щодо колишньої Югославії, «Прокурор проти Тадіча» рішення Апеляційної палати від 15 липня 1999 року, у параграфі 80 йдеться:

«(ii) статус жертви. Серйозні порушення мають бути скоєні стосовно осіб чи майна, визначених як «захищені» в будь-якій із чотирьох Женевських конвенцій 1949 року. Щоб встановити, чи особа під «захистом», необхідно зробити чітке посилання на відповідні положення цих конвенцій» [18, с. 33, § 80].

Тобто ще однією необхідною передумовою для притягнення до кримінальної відповідальності за воєнний злочин у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд є встановлення об'єкта посягання - особи, яка знаходиться під захистом Женевських конвенцій 1949 року.

В цілому, судова практика зазначає, що є за необхідне доведення матеріального елемента по відношенню до контекстуального елемента в усвідомленні виконавцем злочину реальних обставин, які засвідчують існування збройного конфлікту.

Матеріальні елементи позбавлення права на справедливий судовий розгляд умовно можна розділити на дві складові - це дія, яка криміналізується, вона описана в першому пункті статті 8, ч. 2 п. А, пп. ві Елементів злочину Римського статуту МКС та об'єкт, на який посягає виконавець - об'єкти описані у другому пункті статті 8, ч. 2 п. А, пп. ві в Елементах злочинів. Actus reus з латинського перекладається як злочинне діяння або винне діяння та є основним матеріальним елементом для притягнення особи до індивідуальної кримінальної відповідальності. Матеріальний елемент позбавлення права на справедливий судовий розгляд передбачає, що засудження особи можливе лише за її матеріальні дії, а не за злочинні думки, бо злочинні думки не наносять реальної шкоди охоронюваним правам осіб. Кожен елемент складу

злочину у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд є обов'язковими без виключення.

Воєнним злочином у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд не є дія, яка відбулась під впливом психічного або фізичного примусу, позаяк не можна стверджувати, що в цьому проявляється воля виконавця.

Позбавлення права на справедливий судовий процес виражається у формі матеріальної дії або бездіяльності, навмисно та свідомо і є сукупністю ознак, що характеризують діяння та настаючі в результаті його наслідки. Наслідки, такі як час, місце, засоби, спосіб вчинення воєнного злочину є обов'язковим матеріальним елементом злочину. Даний вид злочину скоюється у формі дії - коли особи, відповідальні за належність судового процесу, перевищують свої повноваження - відмовляють у праві на захисника, на підготовку до захисту, на апеляцію, бути проінформованим про висунуті обвинувачення та інше.

Або ж умисне обмеження прав військовополонених у формі бездіяльності - умисне невиконання або умисне неналежне виконання своїх обов'язків щодо справедливого та чесного судового процесу, в результаті якого настають певні наслідки. Але на практиці ми бачимо, що майже в усіх випадках злочин скоюється у вигляді навмисної дії відповідальних осіб, для прикладу візьмемо справу «Prosecutor v. Kaing Guek Eav alias Duch» - «Прокурор проти Каінг Гук Ів», яка розглядалась у Надзвичайних Палатах в судах Камбоджі.

Обвинувачений був головою секретної в'язниці, де незаконно тримав підозрюваних противників правлячої Комуністичної партії Кампучії. Він навмисно позбавляв військовополонених та цивільних осіб права на справедливий судовий процес, сама відсутність судових процесів була визнана серйозним порушенням Женевських конвенцій, а призначення покарань відбувалось в довільній формі та за розсудом обвинуваченого.

Перший матеріальний елемент це дія яка криміналізується, вона описана в першому пункті статті 8, ч. 2 п. А, пп. ві Елементів злочину Римського статуту МКС і зазначає яка дія є злочином:

«Виконавець позбавив одну або кількох осіб права на справедливе та нормальне судочинство, відмовивши в судових гарантіях, як вони визначені, зокрема, у третій та четвертій Женевських конвенціях 1949 року» [19, с. 140].

Для того, щоб воєнний злочин у формі навмисного позбавлення права на справедливий судовий процес вважався злочинним, злочин має містити докази винного діяння, в тому що виконавець дійсно відмовив особі чи особам в судових гарантіях.

Перше - це докази того, що суд не був незалежним і неупередженим.

«Trial of Captain Eitaro Shinohara and Two Others (Australian Military Court, Rabaul)» У справі над капітаном Ейтаро Сінохарою та двома іншими, в Австралійському воєнному суді, судді були переконані у винності обвинуваченого ще до початку судового розгляду. Ейтаро Сінохара, Тойодзі Немето і Такеясу Седзі були звинувачені в порушенні законів та звичаїв війни. У травні 1945 року, коли члени Воєнного суду зібралися для суду, щоб судити двох тубільців Канбангуру, ці троє не змогли забезпечити справедливий і належний судовий процес. Ейтаро Сінохара був головою Суду і повідомив про винність полонених ще до початку судового розгляду над ними. Троє суддів, які винесли смертний вирок полоненим, були визнані винними в тому, що вони не змогли забезпечити справедливий та належний судовий розгляд.

«Trial of Hans Paul Helmuth Latza and Others, by the Eidsivating Lagmannsrett (Court of Appeal) and the Supreme Court of Norway». У справі над Гансом Паулем Хельмутом Латцом та іншими Верховним судом Норвегії було встановлено, що підсудний Ганс Латц усвідомлював, що судовий процес був актом репресій і свідомо брав участь у цьому.

Наступною судовою гарантією, якою виконавець може позбавити осіб права на справедливе та нормальне судочинство, є гарантія бути негайно поінформованим про злочини, в яких особі було пред'явлено звинувачення.

Обвинувачені повинні бути негайно поінформовані в письмовій формі зрозумілою їм мовою про подробиці передбачуваних проти них звинувачень і повинні якнайшвидше постати перед судом. Держава, що захищає, інформується про всі розгляди, ініційовані державою, що окупує проти захищених осіб за звинуваченням, пов'язаних зі смертною карою або позбавленням волі на строк від двох років або більше.

На практиці - «Case № 25. Trial of Lieutenant-General Shigeru Sawada and Three Others». Суд над генерал-лейтенантом Сігер Савадою і трьома іншими. Чотирьох осіб звинувачували зокрема в тому, що вони позбавили 8 військовополонених льотчиків ЗС США, серед іншого, в праві бути поінформованим про висунуті проти них звинувачення, а також льотчикам не були пред'явлені документи, які були використані як докази проти них. В цій справі також порушується і наступна гарантія, гарантія якої осіб може позбавити виконавець - право на захист та перекладача.

Восьми льотчиків ЗС США було також позбавлено права на адвоката, їм не було надано права на переклад на зрозумілу їм мову, право надати докази, необхідні для їх захисту, та не була надана можливість захищати себе. Воєнна Комісія США у своєму рішенні постановила, що хоча і не можливо перелічити усі аспекти судового процесу, які сприяють кримінальному характеру, але факти позбавлення права бути поінформованим про висунуті проти них звинувачення, право надати докази, права на захист та перекладача були враховані інкримінуючими.

Ще однією судовою гарантією, якої виконавець може позбавити осіб права на справедливе та нормальне судочинство, є право викликати свідків. «Case № 32. Trial of Lieutenant General Harukei Isayama and Seven Others» - «Справа Харукей Ісайма та Сім Інших». Суд над генерал-лейтенантом Харукеєм Ісаєю та сімома іншими відбувся у Шанхаї Воєнною Комісією США 1-25 липня 1946 року. Комісія встановила, що обвинувачені сфальсифікували записи про допит 14 американських льотчиків, льотчикам не було надано можливості отримати докази або викликати свідків від свого імені, їм не

дозволили бути представленими адвокатом і в результаті вони були страчені. Комісія визнала генерал-лейтенанта Ісаяму та сімох інших обвинувачених винними за всіма пунктами.

Матеріальні елементи злочину позбавлення права на справедливий суд містить ознаки, які характеризують як саме діяння, так і наслідки, які настають у результаті. Даний вид злочину вимагає відповідних наслідків цієї поведінки. Наслідок може полягати у заподіянні шкоди підозрюваному чи обвинуваченому, а саме у не правильності винесення вироку, строку вироку, виду покарання.

Другий матеріальний елемент це об'єкт, на який посягає виконавець - об'єкти описані у другому пункті статті 8, ч. 2 п. А, пп. ві в Елементах злочинів:

«2. Така особа або такі особи перебували під захистом однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року» [19, с. 140].

Тлумачення цього пункту означає, що серйозне порушення відбувається стосовно осіб, які охороняються положеннями Женевських конвенцій. Це стосується осіб, зазначених у статтях 13, 24, 25 та 26 Женевської конвенції I, статтях 13, 36, 37 Женевської конвенції II, статті 4 Конвенції III, та статтях 4 та 20 Конвенції IV про цивільних осіб.

У судовій практиці Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії у справі «Прокурор проти Ядранка Прлич» від 29 травня 2013 року у пунктах 97-108 документа дається тлумачення застосування цього пункту, а саме, що застосування пункту 2 вимагає, щоб серйозні порушення Женевських конвенцій відбувалися стосовно осіб, що охороняються положеннями відповідною Женевською конвенцією. Особи, які не користуються захистом відповідно до перших трьох Женевських конвенцій, підпадають під сферу застосування четвертої Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни за дотримання статті 4 четвертої Женевської конвенції. Будь-яка особа, яка не є комбатантом, вважається цивільною особою, як це визначено у статтях 4 (а) (1), (2), (3) та 6 третьої Женевської конвенції, а також у статті 43

Додаткового протоколу I. У разі сумнівів особа розглядається стороною в конфлікті або державою, що окупує, як цивільна особа.

Захищеними особами є, по-перше, цивільні особи на ворожій чи окупованій території або в зоні бойових дій, які не є громадянами воюючої держави, яка перебуває при владі, в руках якої вони перебувають, або є особами без громадянства.

Як цивільні особи, які перебували на території до початку конфлікту чи окупації, так і ті, хто прибув пізніше, користуються захистом, наданим четвертою Женевською конвенцією. Стаття 4, п.А третьої Женевської конвенції поширює захист на військовополонених, тобто на осіб, які потрапили до влади ворога і є членами однієї з шести категорій, визначених у цій статті. Відповідно до статті третьої Женевської конвенції, військовополоненими є члени збройних сил, члени «нерегулярних» збройних сил, які належать до сторони конфлікту, ополченці, добровольчий корпус, уповноважені супроводжувати збройні сили під час конфлікту, такі як підрядники з постачання, військові кореспонденти, а також члени торгового флоту, включаючи капітанів, лоцманів, юнг та екіпажі цивільних літаків.

Отже, щоб кваліфікувати дію як воєнний злочин потрібно встановити наявність міжнародного збройного конфлікту, діяння, що складає матеріальну сторону воєнного злочину, а також вчиняється під час збройного конфлікту та неодмінно було пов'язано з ним, і встановити сам об'єкт посягання - особи, що знаходяться під захистом Женевських конвенцій.

Матеріальні елементи воєнного злочину навмисне позбавлення права на справедливий судовий процес має дві складові: перше - це акт, злочинне діяння за вчинення якого настає кримінальна відповідальність, це навмисне позбавлення права охоронюваної особи на справедливий суд, це діяння криміналізується Римським Статутом. А друге - це об'єкт, який знаходиться під захистом Женевських конвенцій.



## 2.2. Ментальні елементи порушення права на справедливий судовий розгляд

Воєнний злочин позбавлення права на справедливий судовий процес слід розглядати як єдність матеріальних і ментальних елементів. Основною умовою, для визначення того, що це діяння є злочинним є встановлення ментального елемента.

Ментальний елемент міжнародного злочину описано в ч. 1 ст. 30 Римського статуту МКС у наступному вигляді:

«1. Якщо не передбачено інше, особа підлягає кримінальній відповідальності та покаранню за злочин, що підпадає під юрисдикцію Суду, лише в тому випадку, якщо за ознаками, що характеризують об'єктивну сторону, вона скоєна навмисно та свідомо» [15, с. 19].

У ст. 30 Римського статуту також вказано, що кримінальній відповідальності підлягають лише фізичні особи, які скоюють злочин навмисно та свідомо. Вимагається наявність вольового та інтелектуального компонентів. Тобто, лише фізичні особи можуть бути покарані за воєнний злочин у формі навмисного позбавлення права на справедливий судовий процес.

Вольовий компонент або навмисність позбавлення особи права на справедливий судовий розгляд означає, що особа, яка навмисно вчиняє цей злочин розуміє, що характер його діяння є суспільно небезпечним, і завбачає фактичну можливість настання наслідків та бажає їх настання. Наслідки такого злочинного діяння можуть бути різними - не правильність винесення вироку, строку та виду покарання. З етичного боку наслідками позбавлення права на справедливий суд для особи може бути знущання або погрози в місцях відбування покарання, смертна кара, смерть від рук співкамерників, тортури від охоронців у в'язницях, зіпсована репутація тощо.

Інтелектуальний компонент або ж «свідомість» з суб'єктивної сторони злочину позбавлення права на справедливий судовий розгляд означає, що

особа розуміє, що настануть наслідки відповідно до його дій. Також особа, яка вчиняє злочин щодо позбавлення військовополоненого або охоронюваної особи права на справедливий суд, усвідомлює реальні обставини, що засвідчували про статус військовополоненого або охоронюваної особи, що такі особи перебувають під захистом однієї чи кількох Женевських конвенцій 1949 року. Необережність в міжнародному кримінальному праві – явище виняткове, до того ж ми пам'ятаємо, що позбавлення права на справедливий суд може бути лише навмисне, тому необережності буде недостатньо для констатації наявності складу цього воєнного злочину.

У своїй праці «Елементи воєнних злочинів згідно з Римським статутом Міжнародного кримінального суду – джерела та коментарі» Кнут Дьорманн дає пояснення відповідно воєнному злочину у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд:

«Що стосується ментального елемента, злочин у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд має бути скоєно “навмисно та свідомо”, це зазначено у вироках у справах над особами, які позбавляли військовополонених права на справедливий судовий процес:

- Справа С. Савада та Три Інші – “...свідомо, незаконно та навмисно...”;
- Справа Й. Альтштеттер та Інші — “...mens rea злочину було “незаконне, свідоме та навмисне...”;
- Справа Х. Ісайма та Сім Інших – “...навмисно, незаконно та свідомо...”» [3, с. 105].

Психічне ставлення виконавця до обставин є важливим ментальним елементом, те що виконавець усвідомлював, що особа або особи, яких він позбавляє права на справедливий судовий процес знаходяться під захистом однієї з Женевських конвенцій. Це є третім пунктом статті 8, ч. 2 п. А, пп. vi Елементів злочину Римського статуту МКС:

«3. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що свідчили про охоронюваний статус» [19, с. 140].

У своїй праці «Елементи воєнних злочинів згідно з Римським статутом Міжнародного кримінального суду – джерела та коментарі» Кнут Дьорманн дає змістовне пояснення щодо цього пункту:

«Існували певні побоювання, що цей ментальний елемент може створити занадто високий поріг щодо проблеми громадянства. У цьому контексті слід підкреслити, що трибунали *ad hoc* завжди визначали захищений статус осіб на суто об'єктивній основі. Що стосується необхідних фактичних знань, то підготовчий комітет у примітці вказав, що зловмиснику достатньо знати, що потерпілий належав до протилежної сторони. Знання про громадянство жертви або тлумачення поняття громадянства не потрібні. Що стосується громадянства, то розуміється, що обвинувачений повинен знати лише, що потерпілий належав до протилежної сторони конфлікту.

...Крім того, згаданий елемент визнає взаємодію між статтями 30 і 32 Статуту МКС, підкреслюючи загальне правило, що хоча незнання фактів може бути виправданням, незнання закону (у цьому випадку незнання Женевських конвенцій та їх визначення захищених осіб або майна) не може бути виправданням. Хоча можна було б стверджувати, що це явне твердження є самоочевидним і, отже, зайвим, Підготовчий комітет вважає, що таке роз'яснення було б корисним» [5, с. 21].

Четвертий пункт статті 8, ч. 2 п. А, пп. ві Елементів злочину Римського статуту МКС говорить, що:

«4. Діяння відбувалося у контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним» [19, с. 140].

У судовій практиці Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії у справі «Prosecutor v. Prlić» - «Обвинувач проти Ядранка Прлич» у пункті 84 документа говориться, що збройний конфлікт існує щоразу, коли відбувається застосування збройної сили між державами або затяжне збройне насильство між державними органами та організованими збройними групами або між такими групами всередині держави. Судова Палата вважає, що конфлікт має міжнародний характер, коли він протиставляє дві або більше

держав одна одній. Крім того, збройний конфлікт, який, на перший погляд, є внутрішнім, може стати міжнародним або демонструвати міжнародний характер, коли інша держава втручається в цей конфлікт через свої війська.

У справі «Обвинувач проти Ядранка Прлич» у пункті документу 109 від 29 травня 2013 року ми бачимо тлумачення цього пункту, а саме те, що міжнародне гуманітарне право застосовується на всій території, яку контролює сторона, або на території воюючих держав, незалежно від того, продовжується чи фактичні бойові дії. Таким чином, щодо зв'язку між збройним конфліктом і передбачуваними злочинами, немає потреби доводити, що бойові дії мали місце в місцях, де, ймовірно, були скоєні злочини. Досить встановити, що передбачувані злочини були пов'язані з військовими діями, які в інших частинах територій, контрольованих сторонами у конфлікті. Крім того, принцип індивідуальної відповідальності вимагає, щоб обвинувачення довело, що кожен із обвинувачених знав про фактичні обставини, що демонструють міжнародний характер збройного конфлікту.

У судовій практиці Міжнародного Кримінального Суду у справі «The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gomb» - «Прокурор проти Жана-П'єра Бемби Гомбоу» у пункті документа 223 Палата попереднього провадження дійшла висновку, що міжнародний збройний конфлікт існує у разі збройних дій між державами через їх відповідні збройні сили або інші суб'єкти, що діють від імені держави.

У судовій практиці Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії у справі «Prosecutor v. Dusko Tadic» - «Прокурор проти Душко Тадича» у пункті документа 84 зазначено, що збройний конфлікт є міжнародним, якщо він відбувається між двома чи більше державами. Крім того, у разі внутрішнього збройного конфлікту, який спалахнув на території держави, він може стати міжнародним (або, залежно від обставин, бути міжнародним за своїм характером поряд із внутрішнім збройним конфліктом), якщо інша держава втручається у цей конфлікт через свої війська, або якщо

деякі з учасників внутрішнього збройного конфлікту діють від імені цієї іншої держави.

У ще одній судовій практиці Міжнародного трибуналу щодо колишньої Югославії у справі «Prosecutor v. Dusko Tadic and Goran Borovnica» - «Прокурор проти Душко Тадич і Горан Боровніца» у пункті документа 572 сказано, що для того, щоб злочин підпадав під юрисдикцію Міжнародного трибуналу, необхідно встановити достатній зв'язок між передбачуваним злочином та збройним конфліктом, що породжує застосовність міжнародного гуманітарного права.

П'ятий пункт статті 8, ч. 2 п. А, пп. ві Елементів злочину Римського статуту МКС уточнює, що:

«5. Виконавець усвідомлював фактичні обставини, що засвідчували існування збройного конфлікту» [19, с. 140].

Через те, що склад злочину у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд вимагає настання певних наслідків, необхідно встановити наявність причинно-наслідкового зв'язку між поведінкою суб'єкта та конкретним наслідком, щоб це діяння могло бути визнано злочинним. Воєнний злочин вчиняється лише у разі наявності зв'язку злочинної поведінки до збройного конфлікту. Ось цим ці дії, які розглядаються, і відрізняються, від схожих кримінальних злочинів, які вчиняються у мирний час під час судового процесу цивільних осіб від воєнного злочину у вигляді позбавлення права на справедливий судовий процес підозрюваних або обвинувачених у скоєнні воєнного злочину під час збройного конфлікту.

Немає вимог до юридичної оцінки виконавцем наявності збройного конфлікту або його характеру як міжнародного чи неміжнародного, існує лише вимога для усвідомлення фактичних обставин, які встановили існування збройного конфлікту, що мається на увазі у попередньому пункті у терміні «відбувся в контексті і був пов'язаний з ним». Тобто виконавець має лише розуміти та усвідомлювати зв'язок між своїми діями, що він позбавляє особу права на справедливий суд та наявністю збройного конфлікту.

Отже, основною умовою, для визначення того, що діяння у формі позбавлення права на справедливий судовий розгляд є злочинним є встановлення ментального елемента. Ментальний елемент міжнародного злочину описано в ч. 1 ст. 30 Римського статуту МКС. У ст. 30 Римського статуту також вказано, що кримінальній відповідальності підлягають лише фізичні особи, які скоюють злочин навмисно та свідомо. Психічне ставлення виконавця до обставин є важливим ментальним елементом, те що виконавець усвідомлював, що особа або особи, яких він позбавляє права на справедливий судовий процес знаходяться під захистом однієї з Женевських конвенцій. Збройний конфлікт існує щоразу, коли відбувається застосування збройної сили між державами або зтяжне збройне насильство між державними органами та організованими збройною групами або між такими групами всередині держави. Виконавець має лише розуміти та усвідомлювати зв'язок між тим, що він позбавляє особи права на справедливий суд та наявністю збройного конфлікту.

## **РОЗДІЛ 3. РОЗГЛЯД ВОЄННИХ ЗЛОЧИНІВ У ФОРМІ ПОРУШЕННЯ ПРАВА НА СПРАВЕДЛИВИЙ СУДОВИЙ РОЗГЛЯД**

### **3.1. Практика міжнародних кримінальних судів та трибуналів щодо розгляду складу воєнних злочинів з порушення права на справедливий судовий розгляд**

У кількох судових процесах, які відбулися після Другої світової війни, але ще до прийняття Женевських конвенцій у 1949 році, підсудних визнали винними у відмові військовополоненим або цивільним особам у праві на справедливий суд.

1. Case № 3. The Almelo Trial. Trial of Otto Sandrock and Three Others. Суд над Отто Сандроком та Трьома Іншими (судовий процес “Альмело”). Судовий процес відбувся в Британському воєнному суді в Алмело, Голландія, 24-26 листопада 1945 року.

Обвинувачених Георга Отто Сандрока, Людвіга Швайнбергера Франца Йозефа Гегеманн та Гельмута Вейгнера звинуватили в скоєнні воєнного злочину 21 березня 1945 року, в тому, що вони порушуючи закони та звичаї війни, вбили британського військовополоненого льотчика Джеральда Худа.

У своєму рішенні у справі «Отто Сандрок та Три Інші» в 1945 році Воєнний суд Великобританії в Альмело ухвалив, що вбивство захоплених членів протидержавних сил або цивільних жителів окупованих територій, підозрюваних у шпигунстві, якщо тільки їхня вина не була встановлена судом, рівносильна воєнному злочину. Виходячи з цього Суд визнав обвинувачених винним у вбивстві без суду британського військовополоненого, який, як стверджується, був шпигуном. Георг Отто Сандрок, Людвіг Швайнбергер були засуджені до страти і страчені 13 грудня 1945 року, Франца Йозефа Гегеманн та Гельмута Вейгнера було засуджено до 15 років позбавлення волі.

2. Case № 2. The Dostler case. Trial of General Anton Dostler, Commander of the 75th German Army Corps.

«Справа Дострела». Суд над генералом Антоном Достлером, командувачем 75-го Німецького Армійського корпусу. Судовий процес проводився Воєнною Комісією США у Римі, 8-12 жовтня 1945 року.

У справі А. Достлера у Воєнній Комісії США в Римі в 1945 році обвинувачений, командувач корпусом німецької армії, був визнаний винним у тому, що наказав розстріляти 15 американських військовополонених 24 березня 1944 року в околицях Спеції, Італія, винний у порушенні Гаазьких конвенцій і встановлених законів та звичаїв війни. Захист стверджував, що американські солдати не носили відмітної емблеми і що їхню місію було вжито з метою саботажу. Тому захист вважає, що вони не мають права на привілеї законної воюючої сторони, хоча було визнано, що вони мають право на законний судовий розгляд, навіть якщо з ними поводяться як зі шпигунами. На закритому засіданні та на таємному письмовому голосуванні дві третини всіх членів Комісії визнали А. Дострела винним та засудили до страти.

### 3. Case № 25. Trial of Lieutenant-General Shigeru Sawada and Three Others.

«Справа Сігеру Савада та Три Інші». Судовий процес над Генерал-лейтенантом Японської Імператорської 13-ї Експедиційної Армії Китаю, Сігеру Савада та іншими відбувся 27 лютого - 15 квітня 1946 року у Шанхаї Воєнною Комісією США.

Обвинуваченому Сігеру Савада було пред'явлено звинувачення в тому, що він свідомо, незаконно та навмисно у серпні 1944 року відмовив у статусі військовополоненого восьми військовослужбовцям збройних сил США, які були засуджені японським Воєнним трибуналом, порушуючи цим закони війни.

Обвинувачений старший лейтенант Окада Рюхей і лейтенант Вако Юсей Японської Імператорської 13-ї Експедиційної Армії Китаю обвинувачені у тому, що вони свідомо, незаконно і навмисно намагалися притягнути до відповідальності та засудити 8 військовослужбовців збройних сил Сполучених Штатів Америки до страти.



Проти Тацуті Сотодзіро, капітана японської імператорської 13-ї експедиційної армії Китаю було висунуто звинувачення, що він у Шанхаї, Китай, свідомо, незаконно і навмисно виконував незаконний наказ японського Військового трибуналу, і таким чином спричинив смерть військовослужбовців збройних сил Сполучених Штатів Америки, які законно та по праву були військовополоненими. В якості командувача воєнної в'язниці Кіанван, Шанхай, Китай, Тацута Сотодзіро, у період з 28 серпня 1942 року по 17 квітня 1943 року в Кіанвані в воєнній в'язниці, чинив тортури ув'язнених військовослужбовців збройних сил США, тримання їх у тривалій ізоляції, не надання їм адвоката на свій вибір та використання закону *ex post facto* для засудження.

Троє військовослужбовців збройних сил США, були страчені за рішенням Військового трибуналу Китаю без чесного та неупередженого суду, а решта були ув'язнені на час війни, піддані тортурам і часто утримувалися в нелюдських умовах під керівництвом Тацута Сотодзіро.

Встановлено, що обвинувачені винні у тому, що вони не ставились справедливо до ворожих воєнних злочинців відповідно до міжнародного права. Всі обвинувачені були засуджені до жорсткого тюремного ув'язнення, і судові процеси зрештою допомогли сформувати основу Женевських конвенцій 1949 року, які забороняли тортури і вимагали, щоб усі кримінальні вироки виносилися регулярно створеним судом, надаючи всі судові гарантії, які визнані необхідними цивілізованими народами.

#### 4. Case № 32. Trial of Lieutenant General Harukei Isayama and Seven Others.

«Справа Харукей Ісайма та Сім Інших». Суд над генерал-лейтенантом Харукеєм Ісаєю та сімома іншими відбувся у Шанхаї Воєнною Комісією США 1-25 липня 1946 року.

Було звинувачено генерал-лейтенант Харукей Ісая, полковника Сейчі Фурукава, підполковника Нарітака Сугіура, Кап Йошіо Накано, капітана Тадао Іто, капітана Масахару Мацуї, першого-лейтенанта Джіцуо Дате, Кендзі Бо Фор Дате і першого-лейтенанта Фуджі Лі Фор у тому, що вони навмисно,

незаконно і протиправно, вчиняли нелюдські та жорстокі звірства та інші злочини проти військовополонених американських військ, дозволяючи та беручи участь у незаконному суді та незаконному вбивстві зазначених військовополонених, порушуючи закон та звичаї війни.

Комісія встановила, що обвинувачені сфальсифікували записи про допит 14 американських льотчиків, американським льотчикам не було надано можливості отримати докази або викликати свідків від свого імені, їм не дозволили бути представленими адвокатом і в результаті вони були страчені. Комісія визнала генерал-лейтенанта Ісаяму та сімох інших обвинувачених винними за всіма пунктами.

5. *United States v Altsoetter et al. (The Justice Case), Case № 3, Military Tribunal III, 3 Nuremberg Subsequent Proceedings.* Справа «Сполучені Штати проти Йозефа Альтштеттера та інших». Судовий процес відбувся у Нюрнберзі, Німеччина, Воєнним трибуналом США 4 грудня 1947 року.

13 лютого 1947 року уряд США для Німеччини створив Воєнний трибунал III для розгляду справ щодо справедливості.

У даній справі дев'ять посадових осіб з Німецького Міністерства Юстиції та сім членів Народного та Спеціального судів нацистської доби були звинувачені у судових спотвореннях та інших звірствах, які вони вчинили, знищивши закон і правосуддя в Німеччині, вчинивши переслідування, поневолення та знищення у великих масштабах.

Судові процеси, які чинили підсудні Йозеф Альтштеттер, Вільгельм фон Аммон, Пауль Барніккель, Карл Вестфаль, Рудольф Йоші, Гюнтер Йоель, Герберт Клем, Герман Кухорст, Ернст Лауц, Вольфганг Фрідріх Вільгельм Меттгенберг, Гюнтер Небелунг, Ганс Петерсен, Курт Ротенбергер, Освальд Ротхауг, Франц Шлегельбергер, Карл Енгерт з вересня 1939 по квітень 1945 років не були наближені до справедливого судового розгляду чи правосуддя. Обвинувачені були заарештовані і таємно перевезені до Німеччини та інших країн для суду. Вони утримувалися без зв'язку із зовнішнім світом. У багатьох випадках їм відмовляли у праві подавати докази, допитувати свідків проти них

або висувати свідків від своєї сторони. Їх таємно судили та відмовляли у праві на адвоката на свій вибір, а іноді й відмовляли у допомозі будь-якого адвоката. У багатьох випадках не було пред'явлено жодного звинувачення, і обвинувачений дізнався всього за кілька хвилин до суду про характер передбачуваного злочину, за який він мав постати перед судом.

Весь розгляд, який відбувся у Нюрнберзі від початку до кінця був таємним, і не було зроблено жодних публічних записів. Суд дійшов висновку, що судові процеси, які проводили обвинувачені, були “несправедливими”. Десять обвинувачених були визнані винними та чотири були виправдані. Двоє обвинувачених не були включені в рішення, оскільки один помер до початку судового розгляду, а інший був звільнений через стан здоров'я, він не міг бути присутнім на більшій частині судового розгляду. Суд оголосив про свої вирoki 4 грудня, відправивши чотирьох винних обвинувачених у довічне ув'язнення та шістьох у в'язницю на строк від п'яти до десяти років.

Наступні справи, які ми розглянемо щодо позбавлення права на справедливий судовий процес над військовополоненими, будуть справи які відбулися після ухвалення Женевських конвенцій 1949 року, укладені після Другої світової війни.

Перша справа це “Co-Prosecutors v. Ieng Sary, Case 002”.

Справа “Співпрокурори проти Ієнг Сарі, 002” від 2007 року знаходилась на розгляді Надзвичайної палати у судах Камбоджі, також відомий як Процес над Червоними кхмерами - це спеціалізований орган, створений в результаті угоди між урядом Камбоджі та Організацією Об'єднаних Націй для кримінального переслідування лідерів червоних кхмерів.

«Закон про створення Надзвичайних палат у судах Камбоджі для судового переслідування за злочини, скоєні в період Демократичної Кампучії, встановлює перелік злочинів, щодо яких Суд має юрисдикцію. Юрисдикція Надзвичайних палат поширюється на серйозні порушення камбоджійського кримінального права, міжнародного гуманітарного права та звичаїв війни, порушення міжнародних конвенцій, визнаних Камбоджею. Надзвичайна

палата у судах Камбоджі є змішаним (гібридним) кримінальним судом, оскільки вона була створена спільно Королівським урядом Камбоджі та ООН, але формально залишається незалежною від них» [20, с. 43].

Суд, як і всі інші трибунали, засновані Організацією Об'єднаних Націй, не має права виносити смертну кару.

У справі Ієнг Сарі, яка перебувала на розгляді Надзвичайної палати у судах Камбоджі, 12 листопада 2007 року обвинуваченому, колишньому міністру закордонних справ Камбоджі та старшому керівнику Центрального та Постійного комітетів Комуністичної партії Кампучії, були пред'явлені обвинувачення, серед іншого, зокрема, у навмисному позбавленні прав військовополонених на справедливий судовий розгляд, як серйозне порушення ст. 130 III Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 року. Обвинувачений навмисно та свідомо позбавляв військовополонених прав бути судимим незалежним і неупередженим судом, бути негайно поінформованим про обвинувачення, право не бути покараним більше одного разу за те саме діяння або по одному й тому пункту, право бути поінформованим про право на апеляцію і право не бути засудженим або страченим без попереднього рішення, винесеного регулярно створеним судом.

14 березня 2013 року колишній Міністр закордонних справ Демократичної Кампучії Ієнг Сарі помер, не дочекавшись вироку суду, справу стосовно нього припинено. Оскільки Ієнг Сарі помер до завершення судового розгляду проти нього, не було прийнято жодного визначення його провини або невинності за висунутими проти нього звинуваченнями.

Ще одна справа, яка прямо пов'язана з попередньою справою Ієнга Сарі - «Co-Prosecutors v. Khieu, Case 002». Справа «Співпрокурори проти Кхієу Самфан, 002» щодо навмисного позбавлення права військовополонених на справедливий та неупереджений судовий процес. У справі Кхієу Самфан, яка перебувала на розгляді Надзвичайної палати у судах Камбоджі, у 2007 році, обвинуваченому, колишньому главі держави Камбоджі та старшому лідеру

Комуністичної партії Кампучії, було пред'явлено звинувачення, зокрема, у навмисному позбавленні прав військовополонених - цивільних службовців та військових офіцерів з колишнього режиму на справедливий судовий розгляд як серйозне порушення ст. 130 III Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 року. 7 серпня 2014 року Кхієу Самфан був визнаний винним у злочинах проти людяності, серед іншого у навмисному позбавленні прав військовополонених, засуджений до довічного ув'язнення. Як і Ієнг Сарі, Кхієу Самфан навмисно та свідомо позбавляв військовополонених прав бути судимим незалежним і неупередженим судом, бути негайно поінформованим про обвинувачення, право не бути покараним більше одного разу за те саме діяння або по одному й тому пункту, бути поінформованим про право на апеляцію і право не бути засудженим або страченим без попереднього рішення, винесеного регулярно створеним судом.

Отже, на початку третього розділу ми розглянули судові процеси, які відбулися до прийняття Женевських конвенцій у 1949 році. Перша справа стосувалася страти без суду британського військовополоненого льотчика, його звинувачували у шпигунстві, воєнний суд Великобританії ухвалив, що вбивство захоплених членів протидержавних сил, підозрюваних у шпигунстві, якщо тільки їхня вина не була встановлена судом, рівносильна воєнному злочину.

Друга справа, яку ми розглянули стосувалась розстрілу американських військовополонених, яких підозрювали у шпигунстві. Американських військовополонених також було розстріляно без суду, винного у страті без справедливого суду А. Достлера засудили до страти.

Третья справа стосувалась Генерал-лейтенанта Японської Імператорської Армії Сігеру Савада. Обвинуваченому Сігеру Савада було пред'явлено звинувачення в тому, що він свідомо, незаконно та навмисно у серпні 1944 року відмовив у статусі військовополоненого восьми військовослужбовцям збройних сил США, які були засуджені японським Воєнним трибуналом, порушуючи цим закони війни. Суд визнав Сігеру

Савада винним у позбавленні військовополонених права на суд створений належним чином і був засуджений до тюремного ув'язнення. Ці судові процеси зрештою допомогли сформуванню основи Женевських конвенцій 1949 року, які забороняли тортури і вимагали, щоб усі кримінальні вироки виносилися регулярно створеним судом, надаючи всі судові гарантії, які визнані необхідними цивілізованими народами.

Четверта справа стосувалась генерал-лейтенанта Харукея Ісаю та сімох інших. Вони звинувачувались у тому, що вони навмисно, незаконно і протиправно, вчиняли нелюдські та жорстокі звірства та інші злочини проти військовополонених американських військ, дозволяючи та беручи участь у незаконному суді та незаконному вбивстві зазначених військовополонених, порушуючи закон та звичаї війни. Їх було засуджено до тюремного ув'язнення.

І, мабуть, найрезонантніша справа пов'язана з позбавленням права на справедливий суд у Нюрнберзі відбулась над шістнадцятьома суддями нацистської доби - Йозефом Альтштеттером та іншими. Обвинуваченні суді відмовляли військовополоненим у праві на адвоката, у праві на подання доказів, у праві на допит свідків. У багатьох випадках не було пред'явлено жодного звинувачення, і обвинувачений дізнався всього за кілька хвилин до суду про характер передбачуваного злочину, за який він мав постати перед судом. Десять обвинувачених були визнані винними та чотири були виправдані, один інший обвинувачений був звільнений від суду через стан здоров'я, інший помер до винесення вироку.

Також ми розглядали справи, які стосувалися порушення права на справедливий судовий процес після прийняття Женевських конвенцій 1949 року. Це справи «Співпрокурори проти Іенг Сарі, 002» щодо навмисного позбавлення прав військовополонених на справедливий судовий розгляд, і пов'язана з нею справа «Співпрокурори проти Кхіеу Самфан, 002» щодо аналогічних порушень. Обвинувачені навмисно та свідомо позбавляли військовополонених прав бути судимим незалежним і неупередженим судом,

бути негайно поінформованим про обвинувачення, право не бути покараним більше одного разу за те саме діяння або по одному й тому пункту, право бути поінформованим про право на апеляцію і право не бути засудженим або страченим без попереднього рішення, винесеного регулярно створеним судом. Ієнг Сарі помер, не дочекавшись вироку суду, справу стосовно нього припинено. Кхієу Самфан був визнаний винним та засуджений до довічного ув'язнення.

### **3.2. Практика правоохоронних органів України щодо кримінальних проваджень за ст. 438 з порушення права на справедливий судовий розгляд на тимчасово окупованих територіях України**

Стаття 438 Кримінального кодексу України стосується порушень законів та звичаїв війни. Криміналізується жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням та інших порушень та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами.

Стаття 438 Кримінального кодексу України є бланкетною, так як відсилає до порушення законів та звичаїв війни, передбачених у міжнародних договорах, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України. Україна ратифікувала ряд важливих договорів міжнародного гуманітарного права, зокрема IV Гаазька конвенція про закони і звичаї сухопутної війни 1907 року, Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року, Додаткові протоколи 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року. Список договорів, які ратифіковані Україною, не є абсолютним, а лише зазначає ключові договори, до яких відсилає норма статті 438 ККУ.

«Судова система в Криму, яка була створена в результаті окупації півострова, не здатна забезпечити ефективний захист від незаконних політичних переслідувань, до відправлення правосуддя були допущені переважно особи, лояльні по відношенню до влади РФ, які підтримують її політику та дії» [21, с. 7].

При окупації Автономної Республіки Крим влада Росії порушила статтю 54 Женевської конвенції IV про захист цивільного населення під час війни 1949 року, змінивши статус українських суддів, на додаток до цього, була порушена стаття 64 IV Женевської конвенції, поширивши на території Автономної Республіки Крим законодавство Російської Федерації.

Українські правозахисні організації налічують понад 70 справ політичних ув'язнених проукраїнських активістів та кримських татар, які постали перед судами, судами яких не було створено відповідно до норм міжнародного гуманітарного права. І справи деяких політв'язнів ми зараз дослідимо.

Перша справа, що стосується навмисного позбавлення права на справедливий судовий розгляд - Справа Володимира Балуха.

2016 року Володимир Балусі були пред'явлені обвинувачення щодо зберігання боєприпасів ст. 222 КК РФ та в дезорганізації діяльності установ, що забезпечують ізоляцію від суспільства відповідно ст. 321 КК РФ, як ми бачимо, що судили обвинуваченого відповідно законодавству РФ, що є прямим порушенням статті 64 IV Женевської конвенції. Обидві справи були на розгляді Роздольненським районним судом. В обох справах обвинувачений був визнаний винним судом.

Політичне переслідування В. Балухи вмотивоване його проукраїнською позицією. Він відмовився від російського громадянства, після окупації Криму Російською Федерацією, брав активну участь у проукраїнських акціях і вивішував українській прапор на свій будинок.

Судовий процес над В. Балухою не можна назвати проведеним незалежним та неупередженим судом, позаяк дана справа була розглянута колишніми українськими суддями, які присягнули на вірність Російської Федерації.

Проблема незалежності та неупередженості досить розповсюджена серед судових процесів над проукраїнськими активістами та кримськими татарами в тимчасово окупованому Криму. Важливим елементом



справедливого правосуддя, згідно з міжнародними стандартами, є гарантія розгляду справи незалежним та неупередженим судом, створеним на підставі закону. Відповідно до положень статті 8 та статті 47 IV Женевської конвенції про захист цивільного населення під час війни особи, які знаходяться під захистом цієї конвенції, не можуть бути позбавлені повністю або частково прав, які гарантовані їм Конвенцією, ні через окупування територій, ні через анексію окупаючою державою території.

У справі В. Балуха суддя неодноразово відхиляла клопотання про виклик свідків, часто суд не пояснював причин відхилення клопотань, обвинувачений був позбавлений права на допит свідків зі сторони прокурора, відсутня рівність сторін судового процесу - суд відмовляв у клопотаннях захисту щодо залучення експертних висновків, натомість, клопотання зі сторони обвинувачення задовольнялись, з цієї точки зору, сторона захисту знаходилась в більш уразливому становищі.

Був порушений принцип презумпції невинуватості - обвинувачений В. Балуха під час судового процесу знаходився у металевій клітці, що є не гуманно, також розповсюдження світлин обвинуваченого В. Балухи в клітці через ЗМІ. Відповідно до практики, перебування обвинувачених під час публічних слухань у металевій клітці, перебування у тюремній формі, конвоювання у наручниках та ін. може сприяти формуванню враження про винність особи. Неприйнятними є будь-які передчасні заяви про винність особи, зроблені чиновниками, у тому числі інформація такого характеру у державних та провладних ЗМІ.

Було порушене право обвинуваченого на публічне слухання справи - недоступні повні тексти рішень у справах, також не були опубліковані деталі проведення судових процесів. Відмова судом клопотання сторони захисту про ведення фотографічної зйомки та відеозаписів судового процесу.

Друга справа, що стосується навмисного позбавлення права на справедливий судовий розгляд - Справа Євгена Панова.

16 квітня 2018 року Верховний суд в тимчасово окупованому Криму розпочав слухання у справі громадянина України Є. Панова. Євгену Панову висунули обвинувачення за підготовку до диверсії, контрабанду боєприпасів через кордон, а також зберігання та перевезення боєприпасів, відповідно до законодавства РФ. Обвинувачений Є. Панов себе винним не визнав. Відповідно до положень ст. 5 IV Женевської конвенції, навіть у справах щодо підготовки до вчинення диверсій, особа не може бути позбавлена прав, що надаються цією Конвенцією, така особа однаково користується правом на справедливий та належний суд.

Судові процеси відбувалися у закритому форматі і вмотивовані причини закритого формату процесу були відсутні, суд не навів відповідних аргументів та передбачених законом мотивів щодо закритого режиму судових засідань. Хоча за певних обставин, будь то міркування національної безпеки чи громадський порядок, судові процеси можуть відбуватися за зачиненими дверима, але рішення по справі повинно оголошуватися публічно. Як ми вже зазначали, вмотивовані причини закритого засідання у справах були відсутні, до того ще й досі недоступні повні тексти рішень у справах, також не були опубліковані деталі проведення судових процесів.

Як і в першій справі, яку ми розглядали, в справі Є. Панова було обмежене право обвинуваченого на публічне слухання справи, судовий процес відбувався в закритому режимі, недоступні повні тексти рішень у справах, також не були опубліковані деталі проведення судових процесів.

Політичну вмотивованість ми бачимо в даній справі, Голова Республіки Крим, Сергій Аксьонов висловлював свою позицію щодо винуватості підсудного, створюючи образ винного через засоби масової інформації, коментуючи події, в участі яких звинувачують Євгена Панова, в ефірі федерального телеканалу “Росія-24”:

«З диверсантами, я вважаю, треба чинити так само, як роблять фермери з воронами, які врожай грабують. Їх вбивають і вивішують на вході кордону. Щоб іншим не кортіло. І щоб вони розуміли, що посягати на життя мирних

жителів, на військовослужбовців у Криму та Росії не дозволено нікому. Буде адекватна реакція» [22].

Це прямо порушує презумпцію невинуватості.

Політичне переслідування Є. Панова вмотивоване його проукраїнською позицією. Є. Панов був керівником Міжнародного благодійного фонду допомоги ветеранам АТО, з 09.2014 по 09.2015 року був добровольцем у складі ЗСУ в зоні антитерористичної операції на Сході України.

Справа Ахтем Чийгозі. В січні 2015 року Ахтема Чийгоза було звинувачено в організації масових заворушень, які мали проукраїнський характер і відбулись на підтримку територіальної цілісності України та проти анексії Криму.

20 червня 2016 року Верховний суд в тимчасово окупованому Криму розпочав слухання у справі громадянина України, кримського татарина Ахтема Чийгоза. Загальна кількість засідань по справі 158, лише на 70 з яких обвинувачений зміг бути присутнім. Сторона захисту майже кожного разу подавала клопотання щодо привезення Ахтема Чийгози на судові засідання, але всі клопотання були відхилені судом, причини відхилення клопотання не відомі.

Ахтем Чийгоза був позбавлений права на допит свідків зі сторони прокурора, відсутня рівність сторін судового процесу - суд відмовляв у клопотаннях захисту щодо залучення експертних висновків, натомість, клопотання зі сторони обвинувачення задовольнялись, з цієї точки зору, сторона захисту знаходилась в більш уразливому становищі. Свідки у справі зі сторони прокурора були анонімними, вони свідчили на користь сторони обвинувачення, їх анонімність ніяк не була обґрунтована судом, а поведінка судді під час допиту свідків свідчила про приналежність першої до сторони обвинувачення. У даній справі немає фактів та доказів, що пояснюють підстави кримінального переслідування, відсутні докази закликів чи здійснення насильницьких дій.

Також був порушений принцип презумпції невинуватості - створювався образ винного через засоби масової інформації. Мало місце бути грубе порушення таємниці нарадчої кімнати. Щодо принципу презумпції невинуватості, то під час судового процесу мали місце недопустимі коментарі судді в бік захисту, відкрита підтримка прокурора. Приналежність судді до сторони обвинувачення обумовлена тим, що до відповідальності не були притягнуті учасники та організатори проросійської сторони заворушень, заворушень, які відбулись одночасно з проукраїнською акцією протесту, у якій обвинувачений Ахтем Чийгоза був організатором.

Було порушене право обвинуваченого на публічне слухання справи - недоступні повні тексти рішень у справах, також не були опубліковані деталі проведення судових процесів. Відмова судом клопотання сторони захисту про ведення фотографічної зйомки та відеозаписів судового процесу. В сукупності фактів ми бачимо, що публічний характер судових процесів були неодноразово порушені, створював образ винного через місцеві та федеральні ЗМІ, перебування обвинуваченого під час публічних слухань у металевій клітці, перебування у тюремній формі, конвоювання у наручниках, грубе порушення таємниці нарадчої кімнати.

Як висновок, ми бачимо, що зі сторони Російської Федерації була порушена достатньо велика кількість норм права, розповсюдження на території півострову Крим російського законодавства - 64 стаття IV Женевської конвенції, зміна складу суду та процедури призначення суддів - стаття 54 IV Женевської конвенції, стаття 70 наголошує, що забороняється притягати до кримінальної відповідальності осіб за їх позицію до окупації.

На додаток до цього, було порушення щодо прийняття Федерального конституційного закону від 21.03.2014 р. No 6-ФКЗ «Про прийняття до Російської Федерації Республіки Крим та утворення у складі Російської Федерації нових суб'єктів – Республіки Крим та міста федерального значення Севастополя», відповідно до цього РФ поширила дію свого законодавства на територію Криму, визначивши статус суддів та порядок формування судів на

анексованій території, що є грубим порушенням норм гуманітарного права та Женевських Конвенцій.

Незалежність і безпристрасність ще раз поставлена під сумнів, оскільки при формуванні нового судового корпусу на посаду суддів обиралися за політичними поглядами, за наявністю родинних зв'язків на території України. Ми бачимо, що у справі Ахтема Чийгозі поведінка судді відверто мала проросійський характер. Судьями в анексованому Криму стали лише особи, які відмовились від українського громадянства та які присягнули на вірність РФ. Також у справі над Ахтемом Чийгозі судовий процес не можна назвати проведеним незалежним та неупередженим судом, через те що дана справа була розглянута колишніми українськими судьями, які присягнули на вірність Російської Федерації. Викладені факти свідчать про залежність та упередженість судів.

Це все призводить до висновку, що судова система на півострові Крим не відповідає принципу законності, перебіг судових процесів та рішень не мають залежати від конкретних осіб, ці обставини не відповідають поняттю незалежності та неупередженості суду.

10.10.2018 року Наталі Володимирівні Поклонській було виписано підозру прокуратурою Автономної Республіки Крим та Головним управлінням Національної поліції в Автономній Республіці Крим та місті Севастополі у порушенні законів та звичаїв війни відповідно статті 438 статті Кримінального Кодексу України, мало місце порушення Женевських конвенцій щодо умисного порушення права на справедливий судовий процес. До 2014 року працювала старшим прокурором Головного управління нагляду за дотриманням законів у кримінальному провадженні Генеральної прокуратури України. Була звільнена з посади через антиукраїнські погляди та перехід на бік Росії. З 2014 по 2016 роки працювала стала прокурором анексованої АРК за указом Президента РФ В.В. Путіна.

Причиною для висунення підозри Поклонської Н.В. стала її упередженість щодо недопустимості здійснення екстремістської діяльності

голови Меджлісу кримськотатарського народу, в 2016 році подала заяву до Верховного Суду Республіки Криму щодо заборони діяльності Меджлісу. Верховний Суд Республіки Криму розглянув та задовільнив позов Поклонської щодо визнання Меджлісу кримськотатарського народу екстремістською організацією, заборонивши її діяльність на території АРК та Російської Федерації.

Поклонська Н.В. у 2015 році затвердила обвинувальний вирок у кримінальній справі, яку ми розбирали раніше, стосовно Ахтема Чийгозі за організацію масових заворушень, які мали проукраїнський характер і відбулись на підтримку територіальної цілісності України та проти анексії Криму, масові заворушення відбулися біля Верховної Ради Автономної Республіки Крим. Як ми пам'ятаємо, справа вважається політично вмотивованою, під час судового процесу суддя демонстрував проросійську приналежність, відверто підтримував сторону прокурора, відмовляв у клопотаннях щодо залучення експертних висновків, відмовляв у допиті свідків, відбувалося залучення анонімних свідків, без виваженого обґрунтування цих дій, створення образу винного через засоби масової інформації, обмеження публічності слухання.

Поклонська Н.В. звинувачується у політичному переслідуванні кримських татар, а її дії, які тісно пов'язані з політикою РФ, кваліфікуються як воєнний злочин, а саме навмисне позбавлення права на справедливе судочинство.

Прокуратура Автономної Республіки Крим 27.02.2019 року повідомила про підозру п'ятьом кримським суддям та прокурорам, щодо вчинення ними злочину відповідно до статті 438 Кримінального кодексу України щодо порушення законів та звичаїв війни за порушення прав військовополонених українських моряків. Відповідно 25.11.2018 року відбувся так званий "Інцидент у Керченській протоці" - українські моряки були атаковані та захоплені у полон з боку Військово-морського флоту та Берегової охорони Прикордонної служби ФСБ Російської Федерації. Вже 27 листопада 2018 року

у Криму в місті Сімферополь розпочався суд над полоненими українськими моряками, їх обвинувачували у незаконному перетині кордону РФ групою осіб за попередньою змовою - ч. 3 ст. 322 КК РФ. Київським районним судом в місті Сімферопіль 24 військовополоненим вибрано запобіжний захід у вигляді тримання під вартою, спочатку усіх військовополонених помістили до Сімферопольського СІЗО, а потім незаконно перевезли до Москви де помістили до московських СІЗО. Українські моряки є військовополоненими і згідно Третьої Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 року, українські моряки підпадають під її захист.

Кримських суддів та прокурорів обвинувачують у позбавленні військовополонених права на неупереджене та нормальне судочинство, як серйозне порушення, яке передбачене у статті 130 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 року.

З 2014 року на територіях самопроголошених республік, так званих «ДНР» та «ЛНР», почала діяти нова «судова система», так звані «суди» були створені на базі територіальної судової структури України.

«У доповіді Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини “Права людини в контексті відправлення правосуддя у кримінальних справах, пов'язаних з конфліктами в Україні квітень 2014 – квітень 2020”:

До створення цих систем військової формування, діючі у самопроголошених “республіках”, проводили ad hoc “військові трибунали” або “народні суди” для проведення показових процесів або без будь-якої правової бази, або на підставі законодавства СРСР про воєнний стан, що діяло під час Другої світової війни. Ці “судові процеси” призводили до свавільних або позасудових страт та інших порушень міжнародного права про права людини та міжнародного гуманітарного права» [23].

У 2014 році Ігор Гіркін створив так звані “Воєнно-польові” трибунали, юридичною базою цих “трибуналів” були “драконівські засоби”, які придумав Йосип Сталін після початку Другої Світової війни, саме на них посилався Ігор

Гіркін, чинивши “справедливість”, використовувавши смертну кару, як покарання за будь-які злочини.

25 травня 2014 року були заарештовані двоє місцевих жителів Слов'янська, 32-річний Дмитро Славов та 25-річний Микола Лук'янов, ці особи в 2014 році перейшли на російську сторону та воювали на стороні сепаратистів. Вони були заарештовані своїми же “колегами” по зброї та були обвинувачені у мародерстві, пограбуванні, викраденні особи, залишення військових позицій та спроби перешкодити розслідуванню. На “воєнно-польовому” трибуналі двох обвинувачених допитали, а потім розстріляли. На цих “воєнних трибуналах” були порушені всі можливі гарантії та норми щодо справедливого судочинства. В якості юридичної бази страт І. Гіркин посилався на указ Президії Верховної Ради СРСР від 22 червня 1941 року, що вводить у країні воєнний стан. З 2014 року сепаратисти оголосили Республіки незалежними від України, але в знайдених документах є докази того, що в результативній частині вироків “воєнно-польовий трибунал” посилається на КК України. Відомий лише один випадок, коли обвинуваченого виправдали “військово-польовим трибуналом”, його ім'я засекречено в цілях безпеки, особу звинувачували у зраді і піддали жорсткому допиту. У результаті його було визнано невинним і відпущено.

Відповідно закону, то окупаюча держава має право створювати на окупованій території військові трибунали для розгляду справ, але за умови, що ці трибунали знаходяться на окупованій території, носять неполітичний характер, засновані належним чином та дотримуються норм справедливого судового розгляду (Женевська конвенція IV, ст. 66, 71 і сл.). На практиці ми бачимо, що на території так званих «ДНР» та «ЛНР» більшість справ розглянуті військовими трибуналами носять політичний характер, “польові трибунали” не засновані належним чином, “судові процеси” відбуваються з порушенням усіх норм справедливого судового розгляду.

Більш конкретніше справедливо відзначив Е. Давід, що обов'язок окупаючої держави дотримуватися норм справедливого судового розгляду



впливає також із норм захисту прав людини, що застосовуються на окупованій території.

«Варвара Пахоменко, голова української місії правозахисної організації “Женевський заклик”, яка займається захистом прав громадянського населення під час збройних конфліктів, вивчила документи зі Слов'янська. Говорячи загалом про позасудові розстріли в зоні бойових дій, вона зазначила у розмові з Радіо Свобода, що “смертна кара допустима лише у виняткових випадках і лише за дуже серйозні злочини за умови проведення чесного та незалежного суду» [24].

«Смертна кара за дрібний злочин навряд чи може відповідати вимогам чесного суду, – каже Джордаш, керуючий партнер юридичної компанії Global Rights Compliance» [24].

Усе, що відбувалось на цих воєнних трибуналах не відповідає вимогам чесного та справедливого судового процесу, дії Ігоря Гірка та його соратників містяться ознаки воєнного злочину.

Судова система у так званій «ДНР» будувалась на проросійських поглядах, основним, і мабуть, єдиним критерієм відбору суддів були проросійські погляди та повний перехід на сторону РФ. З 2014 року на російській бік перейшли 42 українських судді, а також є очевидна залежність суддів від керівництва так званої «ДНР», відповідно дослідженню Романа Смалюка «Судочинство в окремих районах сходу України» [25].

У цьому дослідженні наведені декілька анонімних свідчень полонених та засуджених осіб у період з 2014 року окупаційною владою. Перша випадок. Громадянина України Х затримали співробітники Міністерства державної безпеки так званої «ДНР» та Федеральної служби безпеки РФ у місті Донецьк. Лише через 2 місяці тримання в СІЗО громадянина України Х поставили до відома, що йому інкримінують підозру у шпигунстві. Два роки особу незаконно утримували в СІЗО та після несправедливого та упередженого судового процесу особу засудили до ув'язнення. Судовий процес проходив у так званому “воєнному трибуналі”, процес не відповідав принципу

публічності, відбувався у закритому форматі, підозрюваному відмовили в основному праві - користуватися послугами адвоката. Ми бачимо, що були порушені основні гарантії справедливого судового розгляду.

Фігурантом другої справи був В. Фомічов. Йому інкримінували незаконне зберігання зброї, і участь в екстремістській на території так званої «ДНР» організації “Свобода”. Справа була очевидно сфабрикована, так як членом даної організації він ніколи не був і ніяких зв’язків з цією організацією не мав. В. Фомічова судили на основі “Кримінального кодексу” так званої «ДНР» та КПК України, але доступу до цих законодавчих актів не було. Розгляд справи у воєнному трибуналі також був в закритому форматі, що порушує принцип публічності.

У 2014 року, проголосивши незалежність, керівництво так званої «ЛНР» прийняла нову “Конституцію” у якій визначений “широкий спектр” гарантій справедливого судового розгляду.

Резонансна справа, яка відбулась на території так званої «ЛНР» щодо позбавлення права на справедливий судовий процес відповідно Четвертої Женевської Конвенції.

У березні 2018 року громадянку України заарештували незаконні правоохоронці так званої «ЛНР», в той час, коли вона намагалась перейти лінію зіткнення у Станиці Луганській, вона була піддана побиттю зі сторони правоохоронців, обшукана та одягнена в кайдани. Їй повідомили, що її підозрюють у збиранні інформації для України.

Жінці одягли мішок на голову, і вона була відвезена до Міністерства державної безпеки так званої «ЛНР», де жінку піддали жорстким катуванням, били електричним струмом, били по спині та ногам книжками. Службові особи Міністерства державної безпеки так званої «ЛНР» звинуватили жінку у роботи на українську сторону, і змушували зізнатися. Протягом 10 діб жінку допитували та піддавали тортурам, а вночі зачиняли у камері без мінімальних санітарних умов. Службові особи Міністерства державної безпеки так званої «ЛНР» погрожували насильством та розправою над нею та її родичами, після

таких тортур та залякувань жінка не мала іншого вибору, як “зійтатися” у співпраці з Україною.

На початку квітня 2018 року жінка була привезена до слідчого ізолятору, слідчий допит не проводив, самостійно записавши “її покази”. Умовою побачення з донькою було підписання документу, що засвідчували ніби “її покази у справі”. Адвотка, якого змогла найняти донька відкрито підтримував дії та погляди правоохоронців.

Під загрозою смерті жінку замусили зробити “зійтання” у її причетності до влади України та у збиранні інформації для України на лінії зіткнення на камеру, потім службовці виклали це відео до мережі Інтернет.

Лише у червні 2018 року її справу передали до “воєнного суду” у Луганську, судовий процес відбувався у закритому форматі, що порушує принцип публічності. 31 жовтня “воєнний суд” визнав жінку винною у “державній зраді” та призначив покарання у вигляді 12,5 років позбавлення волі з конфіскацією майна. 29 грудня 2019 року в рамках одночасного звільнення затриманих жінку звільнили.

Отже, стаття 438 Кримінального кодексу України стосується порушень законів та звичаїв війни. Криміналізується жорстоке поведження з військовополоненими або цивільним населенням та інших порушень та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами.

Україна ратифікувала ряд важливих договорів міжнародного гуманітарного права, зокрема IV Гаазька конвенція про закони і звичаї суходільної війни 1907 року, Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року, Додаткові протоколи 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року. Список договорів, які ратифіковані Україною, не є абсолютним, а лише зазначає ключові договори, до яких відсилає норма статті 438 ККУ.

Другий пункт третього розділу стосується практики щодо порушення права на справедливий судовий розгляд у воєнних злочинах у тимчасово окупованому Криму та під час збройного конфлікту на сході України. Ми розглянули як формувався судоустрій з 2014 року на тимчасово окупованих

Російською Федерацією територіях, нормативно-правову базу для розгляду справ, розглянули кілька резонансних справ, майже в усіх справах політичне переслідування вмотивоване проукраїнською позицією або мало етнічний характер. Порушувались майже всі судові гарантії - право на публічність провадження, право на адвоката, презумпція невинуватості, рівність сторін, незалежність та неупередженість.

Це все призводить до висновку, що судова система так званих «ЛНР» та «ДНР», на тимчасово окупованому півострові Крим, не відповідає принципу законності, перебіг судових процесів та рішень не мають залежати від конкретних осіб, всі ці обставини не відповідають поняттю незалежності та неупередженості суду. Порушуються усі можливі закони, звичаї, міжнародні та загальновизнані норми та принципи.

## ВИСНОВКИ

Отже, XIX ст. був періодом, коли світ прагнув змінити неточні та хаотичні норми звичаєвого права війни точними правилами, зафіксованими у міжнародних договорах між керівними державами. Ліберський кодекс вважається світовою спільнотою першою кодифікованою інструкцією права війни. У кодексі дуже стисло зазначаються права та гарантії військовополонених на справедливий судовий процес - закріплювалися хто може бути військовополоненими, як правильно ставитися до військовополонених, забороняється вбивати воєнних злочинців без суду та слідства, це, мабуть, єдине конкретне положення у Кодексі, яке вказує право військовополоненого на суд за вчинення злочину, і що за порушення цього положення є санкція.

Подальший розвиток прав військовополонених на справедливий суд та міжнародного права в цілому призводить до започаткування Гаазьких конференцій миру 1899 та 1907 років, на який було розроблено основні норми міжнародного гуманітарного права, конвенції були одними з перших офіційних положень законів про війну та воєнні злочини в системі міжнародного права.

Гарантії щодо прав військовополонених на справедливий суд також не вказуються відкрито, ні у Конвенції 1899 року, ні у Конвенції 1907 року, зазначаються положення щодо розповсюдження національного законодавства над військовополоненими, засудження шпигуна, лише після судового розгляду.

Запровадження у 1929 році Конвенції про військовополонених значно розширили попередні Гаазькі конвенції 1899 та 1907 років. Причиною цього були факти відсутності положень, які б регулювали надання ув'язненим представників, організацію роботи ув'язнених військовополонених, заборону репресій під час Першої світової війни, тому Конвенція не замінює, а лише доповнює положення Гаазьких конвенцій.

Були проаналізовані гарантії права на справедливий судовий процес, дослідженні Женевські конвенції 1949 року. Статті 102-107 третьої Женевської конвенції чітко регламент описуються вимоги щодо справедливості судових процесів над військовополоненими.

Позбавлення права на справедливий судовий процес у міжнародному гуманітарному праві – це навмисне та свідоме порушення права особи, яка знаходиться під захистом Женевських конвенцій, на справедливе та неупереджене судочинство, дане обмеження прав відбувається у контексті міжнародного збройного конфлікту та було пов'язане з ним.

Розглядалося питання універсальності права на справедливий судовий розгляд. Це питання й досі залишається дискусійним, адже одні вчені вважають, що дане право є притаманним людині, інші вчені схиляються до думки, що дане право малоімовірно є універсальним. Бачимо, що походження поняття «право на справедливий суд» глибоко вкорінене в минуле. Поняття та зміст права на справедливий суд формувалися давно, і цей процес відбувається і зараз. Був проведений аналіз і виявлено, що перші судові процеси у яких взагалі згадується термін справедливості датуються 17 століттям, поняття вводиться на прикладах порівняння того що і як було, та того, що по іншому відбулось.

Відповідно статті 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду навмисне позбавлення військовополоненого або іншої особи, що охороняється, права на справедливе і нормальне судочинство є воєнним злочином. Воєнний злочин позбавлення права на справедливий судовий процес це порушення основних законів та звичаїв війни. Статут Суду вніс значні нововведення до визначення що є воєнними злочинами. Як ми вже зазначали раніше, відповідно до Третьої і Четвертої Женевських конвенцій воєнними злочинами є особливо тяжкі правопорушення, а умисне позбавлення особи права справедливого судового розгляду у разі скоєння ним воєнного злочину відносять до тяжких правопорушень. Тому вперше саме Римський статут відносить позбавлення права на справедливий судовий процес до

воєнного злочину. Основними гарантіями, які необхідні для забезпечення справедливого судового розгляду є: право на захисника, адвоката, право на підготовку захисту, право бути проінформованим про висунуті обвинувачення, право на незалежний та неупереджений суд, право на перекладача, право на апеляцію.

Основною умовою, для визначення того, що діяння є злочинним є встановлення ментального елемента. Перший матеріальний елемент це дія яка криміналізується - позбавлення права на справедливе та нормальне судочинство особі або особам, відмовивши їм у судових гарантіях, які визначені у третій та четвертій Женевських конвенціях 1949 року.

Другий матеріальний елемент це особа або особи, які перебувають під захистом однієї або кількох Женевських конвенцій 1949 року. Особи про яких йдеться зазначені у статтях 13, 24, 25 та 26 Женевської конвенції I, статтях 13, 36, 37 Женевської конвенції II, статті 4 Конвенції III, та статтях 4 та 20 Конвенції IV про цивільних осіб.

Основною умовою, для визначення того, що діяння є злочинним є встановлення ментального елемента. Ментальний елемент злочину у формі навмисного позбавлення права на справедливий суд є вольовий та інтелектуальний елементи. Вольовий компонент або навмисність це розуміння особою, яка вчиняє злочин, що характер його діяння є суспільно небезпечним, і завбачає фактичну можливість настання наслідків та бажає їх настання. Інтелектуальний елемент полягає у тому, що особа, яка вчиняє злочин у формі позбавлення права на справедливий судовий розгляд розуміє, що настануть наслідки відповідно до його дій.

У третьому розділі спочатку ми проаналізували практику міжнародних кримінальних судів та трибуналів щодо порушення права на справедливий судовий розгляд до прийняття Женевських конвенцій 1949 року. Першою була справа «Отто Сандрок та Три Інших» - військовослужбовці вбили британського військовополоненого льотчика. Воєнний суд Великобританії в Альмело ухвалив, що вбивство захоплених членів протидержавних сил або

цивільних жителів окупованих територій, підозрюваних у шпигунстві, якщо тільки їхня вина не була встановлена судом, рівносильна воєнному злочину. Другою була «Справа Дострела», у якій обвинуваченого було визнано винним у розстрілі 15 американських військовополонених, позбавивши їх права на справедливий судовий процес, у підозрі у шпигунстві.

Третьою справою була «Справа Сігеру Савада та Три Інші». Чотирьом військовослужбовцям було пред'явлене звинувачення у відмові надання статусу військовополоненого американським військовослужбовцям, а також незаконне притягнення їх до відповідальності.

Наступна справа пов'язана з тортурами, ізоляцією у в'язниці, не наданням військовополоненим адвоката на свій вибір та використання закону *ex post facto* для засудження.

Ще одна справа з практики Воєнної Комісії США - «Справа Харукей Ісайма та Сім Інших». Військовослужбовці навмисно, незаконно і протиправно, вчиняли нелюдські та жорстокі звірства та інші злочини проти військовополонених американських військ, дозволяючи та беручи участь у незаконному суді та незаконному вбивстві зазначених військовополонених, порушуючи закон та звичаї війни.

Останньою була справа «Сполучені Штати проти Йозефа Альтштеттера та інших». У даній справі 16 судів нацистської доби були звинувачені у судових спотвореннях та інших звірствах, які вони вчинили, знищивши закон і правосуддя в Німеччині, вчинивши переслідування, поневолення та знищення у великих масштабах. Судді відмовляли військовополоненим у праві подавати докази, допитувати свідків проти них або висувати свідків від своєї сторони. Військовополонених таємно судили та відмовляли у праві на адвоката на свій вибір, а іноді й відмовляли у допомозі будь-якого адвоката.

Справа «Співпрокурори проти Іенг Сарі, 002» та «Співпрокурори проти Кхіеу Самфан, 002» розглядалися судом вже після прийняття Женевських конвенцій 1949 року. Їх обвинувачували у навмисному позбавленні прав військовополонених - цивільних службовців та військових офіцерів з



колишнього режиму на справедливий судовий розгляд. Військовополоненим відмовляли у праві бути негайно поінформованим про обвинувачення, право не бути покараним більше одного разу за те саме діяння або по одному й тому пункту, бути поінформованим про право на апеляцію і право не бути засудженим або страченим без попереднього рішення, винесеного регулярно створеним судом.

Другий пункт третього розділу стосувався практики правоохоронних органів України щодо порушення права на справедливий судовий розгляд у воєнних злочинах у тимчасово окупованому Криму та під час збройного конфлікту на сході України. При окупації Автономної Республіки Крим влада РФ порушила статтю 54 Женевської конвенції IV про захист цивільного населення під час війни 1949 року, змінивши статус українських суддів, на додаток до цього, була порушена стаття 64 IV Женевської конвенції, поширивши на території Автономної Республіки Крим законодавство Російської Федерації. До того ж, було порушення щодо прийняття Федерального конституційного закону від 21.03.2014 р. № 6-ФКЗ «Про прийняття до Російської Федерації Республіки Крим та утворення у складі Російської Федерації нових суб'єктів – Республіки Крим та міста федерального значення Севастополя», відповідно до цього РФ поширила дію свого законодавства на територію Криму, визначивши статус суддів та порядок формування судів на анексованій території, що є грубим порушенням норм гуманітарного права та Женевських Конвенцій.

Були проаналізовані та узагальнені судові справи, які були політично вмотивованими і відбулися на тимчасово окупованих територіях. Справи проти В. Балухи, Е. Панова, А. Чийгози були вмотивовані проукраїнською позицією обвинувачених та за підтримку української сторони в збройному конфлікті.

Обвинувачених позбавляли права на виклик свідків, допит свідків, на публічний розгляд справи, не опубліковувалися тексти рішень та деталі справ. В новиному просторі створювалися образи винних, що суперечить принципу

презумпції невинуватості. Судові процесу проводили колишні українські судді, які присягнули на вірність РФ, відповідно не можна казати про їх неупередженість та незалежність. Судова система в тимчасово окупованому Криму не відповідає принципу законності, перебіг судових процесів та рішень не мають залежати від конкретних осіб, ці обставини не відповідають поняттю незалежності та неупередженості суду.

Стаття 438 Кримінального кодексу України стосується порушень законів та звичаїв війни. Криміналізується жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням та інших порушень та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами.

Україна ратифікувала ряд важливих договорів міжнародного гуманітарного права, зокрема IV Гаазька конвенція про закони і звичаї суходільної війни 1907 року, Женевські конвенції від 12 серпня 1949 року, Додаткові протоколи 1977 року до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року. Список договорів, які ратифіковані Україною, не є абсолютним, а лише зазначає ключові договори, до яких відсилає норма статті 438 ККУ.

Проаналізували справу Н.В. Поклонської, щодо порушення законів та звичаїв війни відповідно статті 438 статті Кримінального Кодексу України. Поклонська Н.В. звинувачується у політичному переслідуванні кримських татар, а її дії, які тісно пов'язані з політикою РФ, кваліфікуються як воєнний злочин, а саме навмисне позбавлення права на справедливе судочинство. Також ми розібрали справу, щодо підозри п'ятьом кримським суддям та прокурорам, щодо вчинення ними злочину відповідно до статті 438 Кримінального кодексу України щодо порушення законів та звичаїв війни за порушення прав військовополонених українських моряків. Українських моряків було атаковано та захоплено службовцями Російської Федерації. Військовополонених моряків було незаконно перевезено до Москви де їх помістили до московських СІЗО. Кримських суддів та прокурорів обвинувачують у позбавленні військовополонених права на неупереджене та

нормальне судочинство, як серйозне порушення, яке передбачене у статті 130 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 року.

Щодо ситуації на тимчасово окупованих територіях на сході України, то з 2014 року на території самопроголошених республік так званих «ДНР» та «ЛНР» почала діяти нова система «судової влади», були створені «військово-польові» трибунали, які діяли на підставі законодавства СРСР про воєнний стан. Єдиним покарання за будь-який злочин на цих трибуналах була смертна кара. У цьому пункті надається детальний аналіз цих незаконних «судових процесів» над військовими та цивільними. Отже, ми бачимо, що суди на тимчасово окупованих територіях не засновані належним чином та не створені на підставі закону, порушуються всілякі гарантії та права підозрюваних і обвинувачених, виявлені численні порушення прав обвинувачених на справедливий суд, на свободу та на ефективний засіб правового захисту в кримінальних провадженнях на території тимчасово окупованого Криму та території так званих Донецької та Луганської Народних Республік.

У дипломній роботі на тему «Порушення права на справедливий суд у міжнародному кримінальному праві» всі норми та теоретичні частини підкріплені міжнародною та вітчизняною практикою науковців та юристів, а також судовими процесами та рішеннями.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Мельцер Н. Международное гуманитарное право. Общий курс.: В. – МККК. 2017. – 419 с.
2. 10. Рабцевич О.И. Право на справедливое судебное разбирательство: междуна-родное и внутригосударственное правовое регулирование. – М.: Леке-Книга, 2005. – 318 с.
3. Howard S. Levie, Prisoners of War in International Armed Conflict, International Law Studies, U.S. Naval War College, Vol. 59, 1978, 529 p. URL: <https://digital-commons.usnwc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1929&context=ils> (дата звернення: 12.04.2022).
4. Bryan A. Garner, Black's Law Dictionary, 11th. // [ed. by Bryan A. Garner, Brian Barner]. – P: Thomson West, 2019, 2110 p.
5. Dörmann K. Elements of war crimes under the Rome Statute of the International Criminal Court: sources and commentary / K. Dörmann. – Cambridge, Cambridge University Press, 2003. – 524 p.
6. Женевская конвенция об обращении с военнопленными от 27.07.1929 г. Wikisource. URL: [https://ru.wikisource.org/wiki/Женевская\\_конвенция\\_об\\_обращении\\_с\\_военнопленными\\_\(1929\)](https://ru.wikisource.org/wiki/Женевская_конвенция_об_обращении_с_военнопленными_(1929)) (дата звернення: 14.04.2022).
7. J. M. Henckaerts Customary International Humanitarian Law, Cambridge University Press, Cambridge, V. 1: Rules, 2005, 628 p. URL: <https://www.icrc.org/en/doc/assets/files/other/customary-international-humanitarian-law-i-icrc-eng.pdf> (дата звернення: 14.04.2022)
8. ICRC, Annual Report 1970, ICRC, Geneva 1971, Library of International Committee of the Red Cross. URL: [https://library.icrc.org/library/docs/DOC/RA\\_1970\\_ENG.pdf](https://library.icrc.org/library/docs/DOC/RA_1970_ENG.pdf) (дата звернення: 14.04.2022).
9. Geneva Convention (III) on Prisoners of War, 1949 and its commentary, International Committee of the Red Cross. URL: <https://ihl.databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=77CB9983BE01D004C12563CD002D6B3E&action=openDocument> (дата звернення: 15.04.2022).

10. Женевська конвенція про захист цивільного населення під час війни 1949 року: Міжнародний документ від 12.08.1949 р. № 995\_154. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_154#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text) (дата звернення: 15.04.2022).
11. Принцип «Non bis in idem». Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Non\\_bis\\_in\\_idem](https://uk.wikipedia.org/wiki/Non_bis_in_idem) (дата звернення: 15.04.2022).
12. Langford I. Fair Trial: The History of an Idea, *Journal of Human Rights*, 2009. – 37-52 p.
13. Dworkin R., Perry M., The Problem of Secular Sacredness. *Human Rights Foundationalism*, 2006. – 235–256 pp.
14. Практический словарь гуманитарного права. URL: <https://slovargumanitarnogo-prava.org/content/article/4/voennoe-prestuplenie-prestuplenie-protiv-chelovechnosti/> (дата звернення: 05.05.2022).
15. Римський статут міжнародного кримінального суду: Міжнародний документ від 17.07.1998 р. № 995\_588. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_588#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_588#Text) (дата звернення: 16.04.2022).
16. Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction. PROSECUTOR v. DUSKO TADIC a/k/a «DULE» 1995. URL: <https://iow.eu.eu/wp-content/uploads/sites/28/2016/04/HR-02-dAspremont-Tadic-Case.pdf> (дата звернення: 16.04.2022).
17. Case No.: IT-96-23&IT96 23/1 A. Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic 2002. URL: <https://www.icty.org/x/cases/kunarac/acjug/en/kun-aj020612e.pdf> (дата звернення: 16.04.2022).
18. Case No.: IT-94-1-A. PROSECUTOR v. DU [KO TADI] 1999. Legacy website of the ICTY | ТРІУ | МКСЈ. URL: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> (дата звернення: 18.04.2022).
19. Элементы преступлений. Международный уголовный суд 2011. Официально-информационный ресурс Организации Объединенных Наций. URL: [https://www.un.org/ru/documents/rules/icc\\_elements.pdf](https://www.un.org/ru/documents/rules/icc_elements.pdf) (дата звернення: 18.04.2022).

20. Актуальні дослідження правової та історичної науки: матеріали міжнародної науково-практичної інтернет-конференції // Збірник тез доповідей, 7 лютого 2019 р.: Тернопіль, 2019. – Вип. 9. – 98 с.
21. Крымский процесс: проблемы соблюдения стандартов справедливого правосудия в политически мотивированных делах: [доклад] / [С. В. Бутова, С. А. Зайца, С. Остафи, Д. Свиридовой, М. Ясенівської, Т. Печончик] ; отв. ред. Д. Свиридовой. – К.: КБЦ, 2018. – 78 с.
22. Метцель М. «Глава Крыма предложил поступать с диверсантами как фермеры с воронами». Цифровая медиаплатформа ВГТРК: Вести.ru. URL: <https://www.vesti.ru/article/1587520> (дата звернення: 19.04.2022).
23. «Суди «ДНР» виносили смертні вироки». Харківська правозахисна група. Інформаційний портал «Права людини в Україні». URL: <https://khp.org/1598611578> (дата звернення: 19.04.2022).
24. Миллер К. Добрынин С. Крутов М. Палачи Славянска: [статья] / [Миллер К., Добрынин С., Крутов М. и др.]; отв. ред. С. Гуттерман, К. Шрек. Новостной сайт. Радио свобода, 2020. URL: <https://www.svoboda.org/a/30743233.html> (дата звернення: 19.04.2022).
25. Судочинство» в окремих районах сходу України (аналітичний огляд ситуації на тимчасово окупованому Донбасі у 2014-2018 роках) Centre of Policy and Legal Reform. URL: <https://www.slideshare.net/CentrePravo/20142018-140144909> (дата звернення: 05.05.2022).
26. Женевська конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали аварії корабля, зі складу збройних сил на морі Міжнародний документ від 12.08.1949 р. № 995\_152. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_152#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_152#Text) (дата звернення: 21.04.2022).
27. Geneva Convention (IV) on Civilians, 1949 and its commentary, International Committee of the Red Cross. URL: <https://ihldatabases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Treaty.xsp?documentId=AE2D398352C5B028C12563CD002D6B5C&action=openDocument> (дата звернення: 22.04.2022).

28. Додатковий протокол до Женевських конвенцій, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I): Міжнародний документ від 12.08.1949 р. № 995\_199. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_199#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text) (дата звернення: 22.04.2022).
29. Додатковий протокол до Женевських конвенцій, що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II): Міжнародний документ від 12.08.1949 р. № 995\_200. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_200#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_200#Text) (дата звернення: 25.04.2022).
30. Женевська конвенція про поліпшення долі поранених та хворих у діючих арміях: Міжнародний документ від 12.08.1949 р. № 995\_151. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_151#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_151#Text) (дата звернення: 21.04.2022).
31. База даних по МГП. Онлайн-версія дослідження МККК «Обычное международное гуманитарное право». URL: [https://ihl.databases.icrc.org/customary-ihl/ukr/docs/v1\\_rul\\_rule107](https://ihl.databases.icrc.org/customary-ihl/ukr/docs/v1_rul_rule107) (дата звернення: 25.04.2022).
32. Коваль Д. О., Авраменко Р. О. Воєнні злочини. Особливості розслідування міжнародних злочинів, скоєних у контексті збройного конфлікту на Донбасі / Д. О. Коваль, Р. О. Авраменко. - Київ: ГО Truth Hounds; Одеса: Фенікс, 2019. – 36 с.
33. Case No.: IT-04-74-T. THE PROSECUTOR v. Jadranko PRLIĆ Bruno STOJIĆ Slobodan PRALJAK Milivoj PETKOVIĆ Valentin ĆORIĆ Berislav PUŠIĆ 2013. Legal Tools Database. URL: <https://www.legaltools.org/doc/2daa33/pdf> (дата звернення: 25.04.2022).
34. International Criminal Court, Trial Chamber III, No.: ICC-01/05-01/08, Situation in the Central African Republic in the case of the Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo 2016. Site of ICC, CourtRecords. URL: [https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016\\_02238.PDF](https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2016_02238.PDF) (дата звернення: 25.04.2022).
35. International Criminal Court, No.: ICC-01/04-01/07, Situation in The Democratic Republic Of The Congo In The Case Of The Prosecutor v. Germain

- Katanga and Mathieu Ngudjolo Chu 2008. Legal Tools Database. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/67a9ec/pdf> (дата звернення: 25.04.2022).
36. Case No.: 27. Trial of Captain Eitaro Shinohara and Two Others, Australian Military Court, Rabaul 1946. Legal Tools Database. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/270cc0/pdf/> (дата звернення: 27.04.2022).
37. Case No. 001/18-07-2007 ECCC/TC. Prosecutor v. KAING Guek Eav alias Duch, Trial Chamber, Judgement. Refworld Database. URL: <https://www.refworld.org/cases,ECCC,4c56ccfb2.html> (дата звернення: 27.04.2022).
38. Муткорт: практичне вивчення міжнародного гуманітарного права: [навч. посіб.] / [С. Буров, М. Єлігулашвілі, А. Кориневич, І. Марчук, М. Тимофеев]; під ред. Д. Свиридової, О. Семенюк. – Київ, 2020. – 113 с.
39. Теорія та практика міжнародного кримінального права: підручник / [Зелінська Н. А., Андрейченко С. С., Дрьоміна-Волок Н. В., Коваль Д. О.; за ред. проф. Зелінської Н. А.]. – Одеса: Фенікс, 2017. – 582 с.
40. Принципы международного уголовного права Г. Верле: учебник / Герхард Верле; пер. с англ. С. В. Саяпина. – О. Фенікс; М. : ТрансЛит, 2011. – 910 с.
41. The Almelo Trial, Trial of Otto Sandrock and Three Others, Case No. 3, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. 1 at 35 (British Military Court, Nov. 26, 1945). WorldCourts: International Case Law Database URL: [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.11.26\\_United\\_Kingdom\\_v\\_Sandrock.htm](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1945.11.26_United_Kingdom_v_Sandrock.htm) (дата звернення: 29.04.2022).
42. Case № 2. The Dostler case. Trial of General Anton Dostler, Commander of the 75th German Army Corps, US Military Commission, Rome, Oct. 8-12, 1945. Legal Tools Database. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/18b20e/pdf> (дата звернення: 29.04.2022).
43. Case № 25. Trial of Lieutenant-General Shigeru Sawada and Three Others, US Military Commission, Shanghai, 1946. Legal Tools Database. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/e4ecf8/pdf/> (дата звернення: 29.04.2022).



44. Case № 32. Trial of Lieutenant General Harukei Isayama and Seven Other, US Military Commission, Shanghai, 1946. Legal Tools Database URL: <https://www.legal-tools.org/doc/28f905/pdf/> (дата звернення: 30.04.2022).
45. United States v Altsoetter et al. (The Justice Case), Case № 3, Military Tribunal III, 3 Nuremberg Subsequent Proceedings 1947. Database. URL: <https://www.law.umich.edu/facultyhome/drwcasebook/Documents/Documents/United%20States%20v.%20Joseph%20Alstoetter.pdf> (дата звернення: 30.04.2022).
46. Co-Prosecutors v. Nuon, Case 002, (ECCC TC, 2012). WorldCourts: International Case Law Database URL: <http://www.worldcourts.com/eccc/eng/2011.htm> (дата звернення: 30.04.2022).
47. Организация по безопасности и сотрудничеству в Европе Постоянный совет. 1321-е Пленарное заседание совета, 24 июня 2021 года. The Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE) Database. URL: <https://www.osce.org/files/f/documents/a/a/497194.pdf> (дата звернення: 01.05.2022).
48. Управління Верховного комісара Організації Об'єднаних Націй з прав людини. Права людини в контексті відправлення правосуддя у кримінальних справах, пов'язаних з конфліктами в Україні квітень 2014 – квітень 2020. Неофіційний переклад оригінального документу, написаного англійською мовою. UN Human Rights Office - OHCHR. URL: <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Countries/UA/Ukraine-admin-justice-conflict-related-cases-ukr.pdf> (дата звернення: 01.05.2022).
49. Балух В. Г. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Балух\\_Володимир\\_Григорович](https://uk.wikipedia.org/wiki/Балух_Володимир_Григорович) (дата звернення: 01.05.2022).
50. Панов Е. А. Правозащитный центр «МЕМОРИАЛ». URL: <https://memohrc.org/ru/defendants/panov-evgeniy-aleksandrovich> (дата звернення: 01.05.2022)
51. Чийгоз Ахтем Зейтуллаевич. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Чийгоз\\_Ахтем\\_Зейтуллаевич#cite\\_note-16](https://uk.wikipedia.org/wiki/Чийгоз_Ахтем_Зейтуллаевич#cite_note-16) (дата звернення: 01.05.2022).

52. Российская Федерация. Федеральный Конституционный Закон. О принятии в Российскую Федерацию Республики Крым и образовании в составе Российской Федерации новых субъектов - Республики Крым и города федерального значения Севастополя от 20 марта 2014 года. Электронный фонд правовых и нормативно-технических документов. URL: <https://docs.cntd.ru/document/499083500> (дата звернення: 01.05.2022).
53. За заборону діяльності Меджлісу та переслідування учасників мітингу 26.02.2014 року біля будівлі Верховної Ради автономії Прокуратура АР Крим повідомила про підозру Н.В. Поклонській у вчиненні воєнного злочину від 10.10.2018. Прокуратура Автономної Республіки Крим та міста Севастополя. URL: [https://ark.gp.gov.ua/ua/news.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id=238396](https://ark.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=238396) (дата звернення: 01.05.2022).
54. Інцидент у Керченській протоці. Вікіпедія. Вільна енциклопедія. URL: [https://uk.wikipedia.org/wiki/Інцидент\\_у\\_Керченській\\_протоці](https://uk.wikipedia.org/wiki/Інцидент_у_Керченській_протоці) (дата звернення: 03.05.2022).
55. Прокуратура АР Крим повідомила про підозру «суддям» та «прокурорам» за порушення прав українських військовополонених моряків від 27.02.2019. Прокуратура Автономної Республіки Крим та міста Севастополя. URL: [https://ark.gp.gov.ua/ua/news.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id=246383](https://ark.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=246383) (дата звернення: 03.05.2022).
56. Case No.: 138 «Rex v. Giuseppe and Others. South Africa, Supreme Court, Transvaal, Provincial Division. (Malan, J.) January 21, 1942 – p. 411. Annual Digest and Reports of Public International Law Case 1943-1945 (International Law Reports, Vol. 12) Grotius Publications, Cambridge University Press, 1996. – 584 p. URL: Annual Digest and Reports of Public International Law Case 1943-1945 (International Law Reports, Vol. 12) (дата звернення: 19.04.2022).
57. Чрезвычайные палаты в судах Камбоджи. Википедія. Свободная энциклопедия. URL: [https://ru.wikipedia.org/wiki/Чрезвычайные\\_палаты\\_в\\_судах\\_Камбоджи](https://ru.wikipedia.org/wiki/Чрезвычайные_палаты_в_судах_Камбоджи) (дата звернення: 05.05.2022).

58. Case № 26. Trial of the Sergeant-major Shigeru Ohashi and Six Others. Australian Military Court, Rabaul, 20th - 23rd March, 1946. Legal Tools Database. URL: <https://www.legal-tools.org/doc/bcf00d/pdf/> (дата звернення: 05.05.2022).
59. Руководство по справедливому судопроизводству. Второе издание. – Amnesty International Publications, 2014 г. – 254 с.
60. Белый И. Ю. Производство по делам о военных преступлениях в органах международного уголовного правосудия (проблемы становления и перспективы развития). – С. «Право в Вооруженных Силах – консультант». – М.: «За права военнослужащих», 2011. – 288 с.
61. Давид Э. Принципы права вооруженных конфликтов. М.: Международный Комитет Красного Креста, 2011. – 1144 с.
62. Кримінальний кодекс України. Видавництво: Центр навчальної літератури, 2021. – 175 с.
63. Hague II - Laws and Customs of War on Land: 29 July 1899 URL: [https://avalon.law.yale.edu/19th\\_century/hague02.asp](https://avalon.law.yale.edu/19th_century/hague02.asp) (дата звернення: 06.05.2022).
64. Конвенция о законах и обычаях сухопутной войны, 18 октября 1907 года URL: <https://www.icrc.org/ru/doc/resources/documents/misc/hagueconvention-iv-181007.htm> (дата звернення: 06.05.2022).
65. The Lieber Code of 1863 URL: [https://archive.org/stream/pdfyNG4E2nsEimXkB5mU/The+Lieber+Code+Of+1863\\_djvu.txt](https://archive.org/stream/pdfyNG4E2nsEimXkB5mU/The+Lieber+Code+Of+1863_djvu.txt) + (дата звернення: 06.05.2022).
66. Роза А.-Н. Ла Непростая задача для Международных уголовных трибуналов: сочетать требования международного гуманитарного права и URL: <https://international-review.icrc.org/sites/default/files/reviews-pdf/2020-11/272.pdf> (дата звернення: 06.05.2022).
67. Convention (XI) relative to certain Restrictions with regard to the Exercise of the Right of Capture in Naval War. The Hague, 18 October 1907 URL: <https://ihl-databases.icrc.org/ihl/INTRO/230> (дата звернення: 06.05.2022)

68. Case № 86 Trial of Hans Paul Helmuth Latza and Two Others. Court of Appeal and The Supreme Court of Norway 18th February, 1947 - 3rd December, 1948 URL: [http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.12.03\\_Norway\\_v\\_Latza.htm](http://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.12.03_Norway_v_Latza.htm) (дата звернення: 06.05.2022).
69. Case №33 Trial of General Tanaka Hisakasu and Five Others US Military Commission, Shanghai, 13th August - 3rd September, 1946 URL: <https://www.legal-tools.org/doc/1040b1/pdf/> (дата звернення: 06.05.2022).