

Міністерство освіти і науки України  
Національний університет «Києво-Могилянська академія»  
Факультет правничих наук  
Кафедра міжнародного та європейського права

**Кваліфікаційна робота**  
освітній ступінь – магістр

на тему: **«ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ КОМАНДУВАННЯ: ОКРЕМИЙ  
ЗЛОЧИН ЧИ ФОРМА СПІВУЧАСТІ? ПРОБЛЕМИ ПЕРЕСЛІДУВАННЯ  
ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ В УКРАЇНІ»**

**«COMMAND RESPONSIBILITY: A SEPARATE CRIME OR A MODE OF  
LIABILITY? PROBLEMS OF PROSECUTING COMMAND RESPONSIBILITY  
IN UKRAINE»**

Виконала: студентка 2-го року навчання,  
Спеціальності 081 Право  
Бакай Катерина Андріївна  
Керівник Коваль Дмитро Олександрович  
кандидат юридичних наук, доцент  
Рецензент Габрелян Гоар Валеріївна  
доктор філософії, Право

Магістерська робота захищена  
з оцінкою \_\_\_\_\_  
Секретар ЕК \_\_\_\_\_  
«\_\_» \_\_\_\_\_ 2025 р.

Київ – 2025

## Декларація академічної доброчесності

Я, Бакайт Катерина Андріївна, студентка другого року навчання магістерської програми за спеціальністю "Право" факультету правничих наук НаУКМА протверджую таке:

- написана мною кваліфікаційна робота на тему "Відповідальність командувачки: окремий злочин чи форма співучасті? Проблеми переслідування врівноваженості командувачки в Україні" відповідає вимогам академічної доброчесності та не містить порушень, передбачених п. 3.1. Положення про академічну доброчесність здобувачів освіти у НаУКМА, з яким я ознайомена;

- я заявляю, що наразі мною для перевірки електронна версія роботи є оригінальною її друкованою версією.

8 травня 2025 року



Бакайт К.А.

## ЗМІСТ

<b>ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ .....</b>	<b>5</b>
<b>ВСТУП .....</b>	<b>6</b>
<b>РОЗДІЛ 1. АНАЛІЗ ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ .....</b>	<b>10</b>
1.1. Витоки концепції відповідальності командування у період до Другої світової війни .....	11
1.1.1. Перші спроби встановити відповідальність командирів за дії підлеглих – період з XV по XX століття.....	11
1.1.2. Принцип «відповідального командування» у Четвертій Гаазькій конвенції 1907 року.....	15
1.1.3. Розвиток концепції відповідальності командування після Першої світової війни.....	17
1.2. Розвиток концепції відповідальності командування після Другої світової війни. Судова практика .....	20
1.2.1. Суд над Генералом Ямашітою.....	20
1.2.2. Суд над Вільгельмом фон Лібом та Вільгельмом Лістом.....	23
1.3. Перший Додатковий протокол 1977 року до Женевських конвенцій як перше закріплення відповідальності командування зі сформульованими елементами.....	27
<b>РОЗДІЛ 2. ЕЛЕМЕНТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ .....</b>	<b>35</b>
2.1. Роль командира, ієрархічні стосунки між командиром та підлеглим, ефективний контроль командира над підлеглим .....	39
2.2. Вимога обізнаності та бездіяльності командира .....	44

### **РОЗДІЛ 3. ОСНОВНІ ПІДХОДИ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ: ФОРМА СПІВУЧАСТІ, ОКРЕМИЙ ЗЛОЧИН ЧИ ОСОБЛИВЕ ПОНЯТТЯ ..... 52**

3.1. Відповідальність командування як форма співучасті ..... 52

3.2. Відповідальність командування як окремий злочин..... 66

3.3. Відповідальність командування як право *sui generis*..... 71

### **РОЗДІЛ 4. ЗАСТОСУВАННЯ ДОКТРИНИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ В УКРАЇНІ ДО ТА ПІСЛЯ РАТИФІКАЦІЇ РИМСЬКОГО СТАТУТУ ..... 80**

4.1. Стан кримінального законодавства України до ратифікації Римського статуту та потенційна можливість охоплення відповідальності командування існуючими складами злочинів ..... 81

4.1.1. Аналіз кримінально-правового законодавства України щодо можливості охоплення відповідальності командування статтею 438 Кримінального кодексу України ..... 86

4.1.2. Відповідність принципу законності ..... 89

4.1.3. Застосування підходу переслідування відповідальності командування як окремого злочину в Україні..... 93

4.2. Застосування відповідальності командування після ратифікації Римського Статуту та внесення змін до Кримінального кодексу України ..... 95

4.2.1. Запропоновані зміни для удосконалення регулювання відповідальності командування як форми співучасті в Україні ..... 97

4.2.2. Можливість переслідування триваючих чи минулих злочинів відповідно до відповідальності командування ..... 101

**ВИСНОВКИ..... 107**

**СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ .....113**

**ПЕРЕЛІК УМОВНИХ ПОЗНАЧЕНЬ**

<b>ККУ</b>	Кримінальний кодекс України
<b>МГП</b>	Міжнародне гуманітарне право
<b>МКП</b>	Міжнародне кримінальне право
<b>МКС</b>	Міжнародний кримінальний суд
<b>МКТР</b>	Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди
<b>МКТЮ</b>	Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії
<b>РС</b>	Римський статут

## ВСТУП

Станом на початок 2025 року, в Україні було відкрито понад 140 тисяч кримінальних проваджень, які стосуються злочинів, пов'язаних із збройним конфліктом в Україні внаслідок нападу Російської Федерації.<sup>1</sup> Така кількість проваджень створила величезний виклик для правоохоронної системи України, змушуючи слідчих та прокурорів працювати з міжнародними злочинами, які ще до 2014 року були невідомими національним правоохоронним органам. З моменту 24 лютого 2022 року і до закінчення 2024 року сумарно було видано 257 повідомлень про підозру за вчинення воєнних злочинів за статтею 438 Кримінального кодексу України, а також видано вироків 64 особам за цією ж статтею.<sup>2</sup> За даними вироків було засуджено лише 35 представників військового командування Збройних Сил Російської Федерації,<sup>3</sup> при цьому жоден з даних вироків не стосувався обвинувачення на підставі встановлення відповідальності командування. Після ратифікації Римського статуту, до Кримінального кодексу України було внесено ряд змін, зокрема додано окрему статтю 31-1, яка передбачає підстави для притягнення командирів та інших начальників до відповідальності на підставі застосування відповідальності командування. Втім, питання застосування даного положення на практиці викликає ряд питань та проблем через особливість правової природи відповідальності командування, яку складно правильно застосувати у системі національного кримінального права, що затримує притягнення до відповідальності військового керівництва Збройних сил Російської Федерації.

*Актуальність наукової проблеми, яка досліджується у даній роботі, продиктована збройним конфліктом в Україні внаслідок нападу Російської Федерації, який спричинив необхідність застосовувати концепцію міжнародного кримінального права під назвою «відповідальність командування».*

---

<sup>1</sup> Міністерство внутрішніх справ України, "Російські воєнні злочини: оновлені дані станом на 31 січня 2025 року", 31 січня 2025, <https://mvs.gov.ua/news/zlocini-vcineni-viiskovimi-rf-pid-cas-povnomasstabnogo-vtorgnennia-v-ukrayinu-standom-na-31012025>.

<sup>2</sup> Офіс Генерального Прокурора, "Результати роботи з протидії злочинам, вчиненим в умовах збройного конфлікту, за 2024 рік", 31 січня 2025, <https://gp.gov.ua/ua/posts/rezultati-roboti-z-protidiyi-zlocinam-vcinenim-v-umovax-zbroinogo-konfliktu-za-2024-rik-english>.

<sup>3</sup> Офіс Генерального Прокурора, "Результати роботи з протидії злочинам, вчиненим в умовах збройного конфлікту, за 2024 рік".

Відповідальність командування дозволяє притягувати до відповідальності військових командирів або інших начальників, які не брали безпосередньої участі у вчиненні міжнародного злочину, але не вжили дій відповідно до своєї повноважень для запобігання чи припинення вчинення злочину підлеглим або не повідомили про такий злочин відповідним органам для проведення розслідування і притягнення військових до відповідальності. Відповідальність командування є важливим інструментом для застосування у ситуаціях, коли неможливо довести безпосереднє віддання наказу або залученість командира до вчинення злочину, і допомагає переслідувати весь «ланцюжок командування», а не лише підпорядкованих командуванню солдатів. Відповідальність командування забезпечує притягнення до відповідальності військове керівництво, яке робить вчинення таких злочинів можливим.

*Дослідницьке питання* даної роботи полягає у дослідженні правової природи відповідальності командування, а саме отримання відповіді на питання про те, чим є відповідальність командування: окремим злочином, формою співучасті або ж унікальним правовим поняттям, яке неможливо вписати у вже існуючі концепції кримінального права? Отримана відповідь допоможе проаналізувати реальні шляхи застосування відповідальності командування в Україні та напрацювати ряд рекомендацій щодо формулювання положення про відповідальність командування у національному законодавстві.

*Об'єктом* дослідження визначається відповідальність командування як підстава для притягнення командирів до відповідальності за злочини підлеглих. *Предметом* дослідження є правова природа відповідальності командування, яка впливає на застосування даної концепції.

*Метою* дослідження є аналіз правової природи відповідальності командування за допомогою здійснення комплексного дослідження даного поняття, його історичного походження, практики його застосування, необхідних елементів для його доведення заради правильного застосування відповідальності командування в рамках кримінального права і процесу в Україні.

*Значимість* даного дослідження полягає у забезпеченні правової визначеності під час практичного застосування відповідальності командування. *Наукове значення* відображається через дослідження практичних та теоретичних підходів до визначення відповідальності командування, наводячи судження та аргументи щодо кожної з встановлених теорій. *Практичне значення* полягає у використанні отриманої інформації для удосконалення положень про відповідальність командування у національне законодавство.

*Завдання дослідження* розкривається через виконання наступних етапів роботи:

- встановлення перших історичних згадок про відповідальність командування та використаних формулювань для пояснення передумов застосування, вивчення історичного становлення концепції;

- аналіз перших конвенційно закріплених положень, що стосувалися принципу «відповідального командування», який слугував передумовою для подальшого розвитку можливості притягнення командирів до відповідальності за злочини підлеглих;

- тлумачення тексту статей 86 та 87 Першого Додаткового протоколу від 1977 року до Женевських конвенцій 1949 року;

- аналіз елементів відповідальності командування для встановлення підстав притягнення до відповідальності та їхньої подібності до елементів звичайного злочину чи форми співучасті;

- аналіз судових рішень Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії, Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди, Міжнародного кримінального суду на предмет інтерпретації та безпосереднього застосування положень про відповідальність командування;

- тлумачення статті 438 Кримінального кодексу України на можливість застосування відповідальності командування через положення про воєнні злочини, аналіз практики та відповідності такого застосування принципу законності;

- аналіз статті 31-1 Кримінального кодексу України, яка передбачає застосування відповідальності командування як форми співучасті, напрацювання рекомендацій щодо вдосконалення даного положення.

Дослідження здійснено з використанням ряду наукових методів, включно з юридичними, філософськими, загальнонауковими та спеціальними. Протягом усієї роботи використано діалектичний підхід аналізу явища відповідальності командування шляхом протиставлення даної концепції як окремого злочину і як форми співучасті. Застосовано загальнонаукові методи, зокрема антропологічний, аксіологічний, системний, методи порівняння, індукції та дедукції. Порівняльно-історичний метод дозволив проаналізувати попередні ситуації, пов'язані з притягненням командирів до відповідальності на засадах відповідальності командування. Окремі питання аналізувалися за допомогою спеціальних наукових методів. Наприклад, контекстуалізація еволюції відповідальності командування та окреслення її сучасної архітектури ґрунтується на порівняльно-історичному, системно-структурному, інституціональному, функціональному, аналітичному та феноменологічному методах. Аналіз елементів відповідальності командування вимагав застосування аксіологічного, формально-логічного, гіпотетичного методів. Різні підходи до тлумачення природи відповідальності командування аналізувалися з використанням феноменологічного, формально-юридичного, інтерпретаційного методів.

Наприкінці кожного розділу аналізу узагальнюються основні висновки та міркування про практичне застосування дослідженої інформації. Наведений нижче аналіз слугує підґрунтям для теоретичних дебатів над найскладнішими аспектами концепції відповідальності командування, з високим потенціалом для напрацювання практичних рекомендацій щодо застосування відповідальності командування в Україні.

## РОЗДІЛ 1

### АНАЛІЗ ВИНИКНЕННЯ ТА РОЗВИТКУ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ

Концепція відповідальності командування віддавна і дотепер залишається одним із найбільш неоднозначних положень у міжнародному та національному праві. Хоч вважається, що вперше вона була застосована у суді над Ямашітою після Другої світової війни, а пізніше закріплена у Першому Додатковому протоколі 1977 року до Женевських конвенцій від 1949 року, погляди на природу цієї концепції досі викликають дискусії. Однак більш небезпечним є досі існуюче нерозуміння того, як правильно застосовувати відповідальність командування на практиці.

Відповідальність командування тісно пов'язана з особливим статусом командира у міжнародному гуманітарному праві, а також у національних структурах збройних сил. Це виражається у покладенні на командира окремих обов'язків щодо дотримання дисципліни серед підлеглих йому військових і, у свою чергу, призводить до додаткових підстав щодо притягнення командира до відповідальності. Особливістю є те, що такі підстави наступають навіть у тому випадку, коли командир безпосередньо не брав участі у вчиненні злочину. Таким чином, суть відповідальності командування полягає у переслідуванні командира, який знав, або міг знати про те, що його підлеглий вчинив або планує вчинити міжнародний злочин, і не застосував усіх розумних та необхідних заходів для запобігання, припинення або покарання за вчинення такого порушення підлеглим.<sup>4</sup> Розвиток концепції відповідальності командування можна вважати послідовним, адже він взяв свій початок у національних юрисдикціях і їхніх військових статутах або інших дисциплінарних документах, а згодом був відображений у міжнародному праві через накладення на держави обов'язку дотримуватись правил та звичаїв ведення війни, який на полі бою безпосередньо виконувався командирами.<sup>5</sup> В

---

<sup>4</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Стаття 86.

<sup>5</sup> *Prosecutor v. Zdravko Mucić aka "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo aka "Zenga", Zejnil Delalić*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 листопада 1998, IT-96-21-T, п. 335; *Prosecutor v.*

даному розділі буде продемонстровано послідовний прогрес у розвитку відповідальності командування, з акцентом на тому, як після Першої світової війни дана концепція закріпилась у міжнародному праві, а після Другої світової війни дозволила безпосередньо притягати командирів до індивідуальної кримінальної відповідальності за злочини підлеглих.

Для того, щоб краще зрозуміти сутність відповідальності командування, варто звернутися до найперших історичних витоків, в яких згадується роль командира, його відповідальність за незаконні дії та накази, які встановлюють відсутність імунітету за порушення правил ведення війни. Більшість дослідників починають цей аналіз з суду над Ямашітою, втім, перші формулювання можна знайти ще під час епохи Середньовіччя, в часи постійних війн та, як може помилково здаватися, абсолютної відсутності правил війни. Даний розділ спрямований на дослідження зародження відповідальності командування через призму історичного аналізу. Висновки, отримані після встановлення ключових історичних подій, будуть використані для визначення первісної правової природи відповідальності командування.

## 1.1. Витоки концепції відповідальності командування у період до Другої світової війни

### 1.1.1. Перші спроби встановити відповідальність командирів за дії підлеглих - період XV по XX століття

Розуміння природи відповідальності командира бере свій розвиток ще з 15 століття і підтверджується Ординансом французького короля Карла VII Орлеанського від 1439 року, що був сформульований під час Столітньої Війни. У цьому документі зазначалося, що капітан або лейтенант повинні притягувати своїх підопічних до відповідальності, якщо отримують повідомлення чи скаргу про

---

*Halilović*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 листопада 2005, IT-01-48-T, п. 42.

вчинення ними порушення чи зловживання.<sup>6</sup> Якщо такий підопічний не понесе покарання, то командир буде змушений взяти на себе відповідальність за вчинене підопічним порушення, так наче це командир сам його вчинив.<sup>7</sup> На жаль, достеменно невідомо, чи приймалися будь-які рішення щодо командирів на підставі порушення цього Ординансу, однак навіть за відсутності практики, закріплення такого положення офіційно уже свідчить про досить серйозне ставлення до переслідування командирів.

Більш суттєвою віхою розвитку та формулювання природи відповідальності командира за злочини своїх підопічних свідчить суд над Петером фон Хагенбахом. Швидше за все, судді Петера не надихалися Ординансом короля Карла VII, а сформулювати підстави для засудження виходячи із власних правових міркувань, оскільки жодного посилання на Ординанс під час вирішення справи не було знайдено. Пітер фон Хагенбах протягом чотирьох років служив губернатором Брейзаха для герцога Бургундського і під час свого правління встановив режим терору на підконтрольних йому територіях, чим «розтоптав закони Божі і людської природи».<sup>8</sup> Коли у 1474 році Хагенбах постав перед першим так званим «трибуналом», в якому засідало 28 суддів,<sup>9</sup> одним з 4 обвинувачень щодо Хагенбаха було вчинення зґвалтувань великої кількості жінок в регіоні.<sup>10</sup> Втім, не лише Хагенбах вчиняв гвалтівництво щодо жінок у підконтрольному йому регіоні, але й також допускав вчинення зґвалтувань своїми підопічними лейтенантами, які обшукували монастирі і вчиняли насильство над монашками.<sup>11</sup> Окрім того, під

<sup>6</sup> Brian Finucane, "A Commander's Duty to Punish War Crimes: Past U.S. Recognition", *Just Security*, 4 грудня 2020, <https://www.justsecurity.org/72915/a-commanders-duty-to-punish-war-crimes-past-u-s-recognition/>.

<sup>7</sup> Leslie C. Green, "War Crimes, Crimes against Humanity, and Command Responsibility", *Naval War College Review* 50, № 2 (1997): 26, <https://www.jstor.org/stable/44637880>; Див. також: Brian Finucane, "A Commander's Duty to Punish War Crimes: Past U.S. Recognition", *Just Security*, 4 грудня 2020, <https://www.justsecurity.org/72915/a-commanders-duty-to-punish-war-crimes-past-u-s-recognition/>.

<sup>8</sup> Georg Schwarzenberger, "A Forerunner of Nuremberg: The Breisach War Crime Trial of 1474", *Manchester Guardian*, 28 вересня 1946, 4.

<sup>9</sup> Carol T. Fox, "Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders' Duty to Punish Known Past Offenses Commanders' Duty to Punish Known Past Offenses", *Case Western Reserve Law Review* 55, № 2 (2004): 447, <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&context=caselrev>.

<sup>10</sup> Gregory S. Gordon, "The Trial of Peter von Hagenbach: Reconciling History, Historiography and International Criminal Law", у *The Hidden Histories of War Crimes Trials* (Oxford Academic, 2013), 33, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671144.003.0002>.

<sup>11</sup> Johannes Knebel, *Chronicle of the Chaplain Johannes Knebel from the Time of the Burgundian Wars* (Bahnmaier, 1851), 49.

керівництвом Хагенбаха його солдати займали місця в будинках жителів та жорстоко поводитися з ними під час свого перебування там, тоді як самі жителі були позбавлені будь-якого фізичного чи юридичного захисту.<sup>12</sup> Таким чином, обвинувачення Хагенбаха базувалися не лише на діях, які вчиняв безпосередньо він, але й на підставі того, що він, як губернатор регіону, дозволяв своїм підопічним розповсюджувати режим терору та вчиняти злочини щодо його жителів.<sup>13</sup> Хагенбах був засуджений і позбавлений свого титулу, оскільки порушив зобов'язання попередити скоєні злочини чи покарати за них.<sup>14</sup>

Втім, справа Хагенбаха цікава не лише цим висновком. Під час судових дебатів, сторона захисту наводила аргумент того, що Хагенбах слідував наказам герцога Бургундського, від яких Хагенбах не міг відступити, але був зобов'язаний їх виконати.<sup>15</sup> Втім, суд встановив, що навіть якщо Хагенбах і отримував такі накази, він повинен був розуміти, що вони є злочинними та неправомірними, а тому не повинен був їх вчиняти.<sup>16</sup> Дана історична подія може вважатися першим проявом тлумачення природи посади командира, відсутності презумпції щодо правомірності його наказів, а також відповідальності за вчинки своїх підопічних. Цей факт також вказує на те, що концепція заборони віддання злочинних наказів підлеглим також непрямо доклалася до розвитку відповідальності командування.

Наступна згадка про відповідальність командирів з'явилася у 1621 році, у Військовому статуті Густава Адольфа Шведського.<sup>17</sup> В пункті 46 документу зазначається, що капітан не може віддавати команди своїм солдатам щодо вчинення незаконних дій, а капітан, який віддасть такий наказ, буде покараний на розсуд суддів.<sup>18</sup> Хоч в цій нормі йдеться про віддання неправомірних наказів, а не про

<sup>12</sup> Johannes Knebel, *Chronicle of the Chaplain Johannes Knebel from the Time of the Burgundian Wars* (Bahnmaier, 1851), 49.

<sup>13</sup> Fox, "Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders' Duty to Punish Known Past Offenses Commanders' Duty to Punish Known Past Offenses", 447.

<sup>14</sup> Major William H. Parks, "Command Responsibility For War Crimes", *Military Law Review* 62, № 27(100) (1973): 5, [https://maint.loc.gov/law/mlr/Military\\_Law\\_Review/27508F~1.pdf](https://maint.loc.gov/law/mlr/Military_Law_Review/27508F~1.pdf).

<sup>15</sup> Georg Schwarzenberger, *The Law of Armed Conflict*, т. 2, *International Law* (Stevens, 1968), 462–6, 466.

<sup>16</sup> Georg Schwarzenberger, *The Law of Armed Conflict*, т. 2, *International Law* (Stevens, 1968), 462–6, 466.

<sup>17</sup> Andrew D. Mitchell, "Failure to Halt, Prevent or Punish: The Doctrine of Command Responsibility for War Crimes", *Sydney Law Review* 22, № 381 (2000): 383.

<sup>18</sup> William Winthrop, *Military Law and Precedents*, 2-ге вид. (Washington Government printing office, 1920), 910, п. 46, <https://lccn.loc.gov/2011525304>.

відповідальність командира за неправомірні дії своїх підопічних, таке формулювання все ще свідчить про розвиток концепції, за якою командир є фактично відповідальним за поведінку та діяння своїх підопічних та їхні неправомірні вчинки. Як і в ситуації з Хагенбахом, з цього можна встановити те, що вже на той момент право не передбачало презумпції щодо легітимної природи будь-яких наказів командира, а також не надавало начальникам імунітет в разі віддання неправомірних наказів чи вчинення неправомірних дій підопічними.

Наступна віха розвитку відбувається через століття, уже на іншому континенті, засвідчуючи міжнародне поширення даної правової думки. У 1775 році, під час Війни за незалежність США, Другий Континентальний конгрес своїм рішенням створив Континентальну армію, для якої розробив Військовий статут від 30 червня 1775 року.<sup>19</sup> У статті 12 було визначено, що офіцер, під командуванням якого перебувають інші солдати, повинен слідкувати за зловживанням або порушеннями (заворушеннями або жорстоким поводженням) з їхнього боку. Якщо такий офіцер не може забезпечити здійснення правосуддя над порушником, то він має бути покараний таким чином, наче це він сам вчинив порушення.<sup>20</sup>

Загалом, усі вищенаведені згадки про відповідальність командирів були внутрішніми регулюваннями та не стосувалися періоду ведення збройних конфліктів, а були розроблені і застосовувалися радше для підтримки порядку всередині збройних формувань. Дані згадки ще не можна назвати передумовами виникнення концепції відповідальності командування у тій формі, як вона була пізніше сформульована у Першому Додатковому протоколі до Женевських конвенцій, оскільки на ранніх етапах розвитку йшлося швидше про правомірність дій воєначальників, їхнє слідкування за порядком і дисципліною серед підопічних. Втім, деякі з досліджених документів, а саме Ордонанс Карла VII Орлеанського та Військовий статут Континентальної армії від 1775 року дозволяють послідувати виникнення певного стандарту дій командира під час несення його служби та віддання наказів підлеглим. Зокрема, важливим є той факт, що тлумачення даних

---

<sup>19</sup> "Avalon Project - Journals of the Continental Congress - Articles of War, June 30, 1775", Avalon Project - Documents in Law, History and Diplomacy, [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/contcong\\_06-30-75.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/contcong_06-30-75.asp).

<sup>20</sup> "Avalon Project - Journals of the Continental Congress - Articles of War, June 30, 1775".

документів дозволяє встановити відсутність імунітету командирів в силу їхньої посади, а навпаки накладає на них додатковий тягар щодо слідкування за правомірністю поведінки підлеглих. Аналіз даного періоду дозволяє встановити, що народження концепції відповідальності командування, яке ми знаємо в його сучасному вигляді через Женевські конвенції та застосування у міжнародних трибуналах, взяло свій логічний розвиток ще з XV століття – звісно ж, у тій формі, яка відповідала тогочасним обставинам. Конкретизуючи, межі відповідальності командира охоплювали дисципліну і порядок серед підопічних та недопускання вчинення ними правопорушень. Таке розуміння створює логічні передумови для закріплення принципу «відповідального командування», про який йдеться нижче.

#### 1.1.2. Принцип «відповідального командування» у Четвертій Гаазькій конвенції 1907 року

Регулювання відповідальності командира в міжнародних документах, а не лише у військових статутах на національному рівні, вперше з'являється наприкінці XIX століття. У 1864 році було ухвалено Женевську конвенцію, де передбачався обов'язок командира забезпечити виконання і застосування даної Конвенції своїми підлеглими.<sup>21</sup> Тоді до даної конвенції долучилися лише 12 держав, і вона є більш відомою за своє закріплення недоторканності цивільних під час війни, певний досить обмежений захист поранених, і нейтральність військових шпиталів.<sup>22</sup> Втім, не зважаючи на свій досить короткий зміст обсягом у 10 статей, одне з положень все таки присвячується обов'язку командувача щодо виконання положень Конвенції своїми арміями, тобто підопічними.<sup>23</sup> Очевидно, що дана Женевська Конвенція не встановлювала переліку воєнних злочинів, а слугувала первісним зводом правил

---

<sup>21</sup> International Committee of the Red Cross, *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field*, ухвалено 22 серпня 1864. Стаття 8.

<sup>22</sup> International Committee of the Red Cross, *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field*, ухвалено 22 серпня 1864.

<sup>23</sup> Otto Triffterer, "Article 28", у *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3-тє вид., ред. Otto Triffterer та Kai Ambos (С.Н. Beck, Hart, Nomos, 2016), 1063.

гуманності. Згадка про командирів у даному документі свідчить про важливість цієї ролі для забезпечення дотримання базових правил під час збройних конфліктів.

Звісно ж, у цей період йдеться лише про певні конвенційні зобов'язання командира, які важко назвати нововведенням чи прогресивним розвитком, адже слідкування за дотриманням порядку серед підопічних першочергово завжди було завданням командира у військових формуваннях, незалежно від того відбувається це на полі бою чи під час несення військової служби. Про кримінальну відповідальність командира за недотримання такого обов'язку ще не може йтися, адже, по-перше, обов'язок сформульований занадто загально, щоб можливо було встановити випадки його недотримання. По-друге, ще не існує списку порушень правил війни, за які б могла наступати кримінальна відповідальність.

Подібно до Женевської конвенції 1864 року, згодом з'являється положення про зобов'язання командира у Женевській конвенції 1906 року про поліпшення стану поранених і хворих в польових умовах в арміях.<sup>24</sup> У статті 25 йдеться про зобов'язання головнокомандувачів забезпечити виконання положень і принципів даної Конвенції.<sup>25</sup> Дану норму не можна тлумачити в світлі передбачення відповідальності командира, а варто розуміти лише як окреслення обов'язків командира щодо дотримання норм поведіння, оскільки саме командир має можливість забезпечити їх виконання на полі бою.

У 1907 році відповідальність командира за дії своїх підлеглих закріплюється в Додатку до Четвертої Гаазької конвенції про закони і звичаї сухопутної війни.<sup>26</sup> Деякі науковці характеризують це положення як закріплення принципу "відповідального командування".<sup>27</sup> На відміну від Женевської конвенції 1864 року, тут вже йдеться не про обов'язок командира забезпечити виконання правил щодо захисту цивільних, медиків та поранених під час бойових дій, а відповідальність

---

<sup>24</sup> Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 6 July 1906.

<sup>25</sup> Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 6 July 1906. Стаття 25.

<sup>26</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Regulations: Article 1(1).

<sup>27</sup> Ann Ching, "Evolution of the Command Responsibility Doctrine in Light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia", *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 25, № 1 (1999): 167, <https://ssrn.com/abstract=3904190>.

командира за дії своїх підлеглих. Як зазначається у Коментарі Трифферера до Римського статуту Міжнародного кримінального суду, це положення встановило, що командири можуть бути притягнені до відповідальності на національному рівні за порушення, вчинені їхніми підлеглими, а вид такої відповідальності може бути як дисциплінарним, так і кримінальним.<sup>28</sup> Більше того, у статті 43 Додатку до Четвертої Гаазької конвенції на командира під час окупації територій покладається зобов'язання забезпечити громадський порядок і безпеку під час окупації.<sup>29</sup> Таким чином, у 1907 році вперше закріплюється принцип «відповідального командира» на конвенційному рівні. Втім, дані формулювання ще далекі від концепції відповідальності командування у її сучасному розумінні та застосуванні. Особливо якщо розглядати такі положення через призму статті 3 Четвертої Гаазької конвенції, яка передбачає матеріальну відповідальність воюючої сторони, якщо вона або члени її збройних сил порушують свої зобов'язання щодо даної Конвенції.<sup>30</sup> Таким чином, на етапі 1907 року, відповідальність командування у міжнародному праві все ще залишається концепцією, яка тісно пов'язана з відповідальністю держав, а не з обов'язками командира.

### 1.1.3. Розвиток концепції відповідальності командування після Першої світової війни

Говорячи про наслідки Першої світової війни для розвитку концепції відповідальності командування, можна згадати два фундаментальних документи – Звіт Комісії з питань відповідальності винуватців війни та виконання покарань від 1919 року та Версальський мирний договір. Комісія з питань відповідальності була створена союзними державами на Попередній мирній конференції для розробки рекомендацій щодо судового переслідування переможених німецьких лідерів та

---

<sup>28</sup> Triffterer, "Article 28", 1063.

<sup>29</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Regulations: Стаття 43.

<sup>30</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Стаття 3.

військових.<sup>31</sup> 29 березня 1919 року група експертів у складі Комісії видала свій звіт з рядом рекомендацій, зокрема, там містилися описи вчинених порушень щодо звичаїв ведення війни, необхідності збору всієї доступної інформації про такі порушення, створення спеціального трибуналу для переслідування тих, хто вчиняв дані злочини.<sup>32</sup> В контексті зародження концепції відповідальності командування варто звернути увагу на Розділи III і IV(b).<sup>33</sup> У Розділі III йдеться про невідворотність відповідальності Генерального Штабу та інших високопосадовців за вчинені зліства під час Першої Світової Війни.<sup>34</sup> У цій частині експерти фокусуються радше на тому, що у випадках порушення норм міжнародного права, імунітет не буде захищати високопосадовців, чи навіть глав держав, оскільки такий привілей захищає лише від переслідування національними судами. Натомість, в рамках міжнародного права таке застосування буде інакшим, оскільки експерти рекомендують створити трибунал, який включатиме суддів з різних держав, тобто носитиме міжнародний характер.<sup>35</sup> Як приклад наводиться особа Кайзера Вільгельма II, який мав би постати перед судом для забезпечення відновлення принципів законів і звичаїв війни, оскільки судовий процес буде вважатися неповним, якщо інші порушники будуть посилятися на його неправомірні накази, за які щодо нього не буде вжито жодних заходів.<sup>36</sup> Окрім того, зазначається, що Кайзер та інші високопосадовці безсумнівно мали знати про вчинені порушення, і мали можливість їх пом'якшити «своїм словом».<sup>37</sup> Хоч у цій частині Звіту йдеться про те, що високопосадовці країни-агресора не повинні бути захищені імунітетом за вчинення порушення звичаїв ведення війни, тут водночас згадується про їхню «обізнаність» щодо вчинюваних порушень та можливість пом'якшити такі порушення, якби вони віддали відповідний наказ.<sup>38</sup> Тобто йдеться не лише про безпосередньо віддані злочинні накази, а й про відповідальність за дії своїх

---

<sup>31</sup> Howard S. Levie, ред., *Documents on Prisoners of War*, т. 60, *International Law Studies* (Naval War College Press, 1979), Document №43.

<sup>32</sup> Levie, *Documents on Prisoners of War*, Document №43.

<sup>33</sup> Levie, *Documents on Prisoners of War*, Document №43, 160-163.

<sup>34</sup> Levie, *Documents on Prisoners of War*, Document №43, 160.

<sup>35</sup> Levie, *Documents on Prisoners of War*, Document №43, 160.

<sup>36</sup> Levie, *Documents on Prisoners of War*, Document №43, 160.

<sup>37</sup> Levie, *Documents on Prisoners of War*, Document №43, 161.

<sup>38</sup> Levie, *Documents on Prisoners of War*, Document №43, 160-161.

підлеглих та можливості вчинити певні дії для запобігання порушень. Таке формулювання Комісії у Звіті є наближеним, втім, максимально спрощеним міркуванням про підґрунтя відповідальності командирів за вчинки їхніх підлеглих під час ведення бойових дій.

Водночас варто звернути увагу на ті міркування, які містяться в Розділі IV Звіту Комісії, що стосується певних процедурних аспектів створення трибуналу для переслідування за вчинені порушення звичаїв війни.<sup>39</sup> Зокрема, там виділяється ряд конкретних звинувачень, які мають бути розглянуті таким трибуналом. Звинувачення у пункті (с) стосується цивільних та військових посадовців, які віддали накази або «знаючи і маючи повноваження втрутитися, утрималися від запобігання або вжиття заходів для запобігання, припинення або придушення порушень законів і звичаїв війни».<sup>40</sup> Дане формулювання є максимально наближеним до концепції відповідальності командування. Втім, знадобиться вчинення ще однієї світової війни, щоб зрозуміти важливість того, що командири та інші посадовці повинні переслідуватися за злочини, вчинені їхніми підлеглими.

Дані прогресивні правові ідеї зі Звіту Комісії залишилися лише зафіксованим на папері, оскільки рекомендації зі створення спеціального трибуналу не були виконані. Звісно, що на момент 1919 року необхідність встановлювати відповідальність високопоставлених осіб стає більш очевидною, але дані міркування все ще пов'язуються з необхідністю позбавлення їх імунітету перед переслідуванням, і меншою мірою йдеться про зв'язок між командувачами та підлеглими. Наприклад, не зважаючи на рекомендації, надані Комісією, у статті 227 Версальського мирного договору, Вільгельм II обвинувачується в «найвищому злочині проти міжнародної моралі та святості договорів».<sup>41</sup> Ймовірно, йдеться про те, що пізніше називатиметься злочином агресії.

Хоча ідея зі створення міжнародного трибуналу не була реалізована і залишилась лише рекомендацією від Комісії, цей період можна відзначити як важливий етап для першого формулювання основи відповідальності осіб, які

---

<sup>39</sup> *Levie, Documents on Prisoners of War*, Document №43, 161-162.

<sup>40</sup> *Levie, Documents on Prisoners of War*, Document №43, 162.

<sup>41</sup> Philander C. Knox, "Treaty of Versailles" (Washington, Government printing office, 1919), Стаття 227.

займали ієрархічні посади під час бойових дій і не були безпосередніми виконавцями. Завдяки тому, що вже у 1919 році зафіксовано такий підхід до необхідності переслідування посадовців за те, що вони не вчинили дій задля відвернення вчинення порушень правил ведення війни, це свідчить про вибудову нового підходу до відповідальності в міжнародному праві.

1.2. Розвиток концепції відповідальності командування після Другої світової війни. Судова практика

### 1.2.1. Суд над Генералом Ямашітою

Прийнято вважати, що саме після Другої світової війни, а конкретніше під час суду над Генералом Ямашітою, вперше була детально сформульована та застосована концепція відповідальності командування.<sup>42</sup> Генерал Томоюкі Ямашіта служив Командиром Японської армії на Філіппінських островах, провівши там останній рік Другої світової війни – з 9 жовтня 1944 року до 2 вересня 1945.<sup>43</sup> Під час перебування на острові Лусон, він розосередив свою армію на три групи, щоб мати змогу контролювати всю територію острова.<sup>44</sup> Сам же Ямашіта залишився безпосередньо з однією з груп, яка контролювала північну частину.<sup>45</sup> Під час цього періоду перебування на острові та битви за Манілу з армією США, на території острова Лусон сталося щонайменше 500 випадків згвалтування та 25 тисяч випадків убивства цивільного населення,<sup>46</sup> а деякі джерела вказують навіть про 100 тисяч убитих цивільних осіб.<sup>47</sup> Вчинки японських солдат були настільки

---

<sup>42</sup> Guénaél Mettraux, *The Law of Command Responsibility* (Oxford University Press, 2009), 6; Mitchell, "Failure to Halt, Prevent or Punish: The Doctrine of Command Responsibility for War Crimes", 388.

<sup>43</sup> Jenny S. Martinez, "Understanding Mens Rea in Command Responsibility: From Yamashita to Blaskic and Beyond", *Journal of International Criminal Justice* 5, № 3 (2007): 648, <https://doi.org/10.1093/jicj/mqm031>.

<sup>44</sup> Richard L. Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility* (Wilmington, Delaware, Scholarly Resources, 1982), 6.

<sup>45</sup> Mitchell, "Failure to Halt, Prevent or Punish: The Doctrine of Command Responsibility for War Crimes", 388.

<sup>46</sup> Lael, *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*, 140.

<sup>47</sup> Ann Marie Prévost, "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita", *Human Rights Quarterly* 14, № 3 (1992): 314, <https://doi.org/10.2307/762369>.

жорстокими, що цей період назвали Манільською різаниною або «згвалтуванням Маніли».<sup>48</sup>

Уже 3 вересня 1945 року, Генерал Ямашіта здався армії США, а 25 вересня того ж року проти нього були висунуті обвинувачення. Дуглас МакАртур, головнокомандувач союзних військ на Тихоокеанському театрі воєнних дій, вирішив, що справа Ямашіти не може чекати до створення Токійського трибуналу, тож Ямашіта постав перед Військовою комісією Сполучених Штатів та Верховним судом США.<sup>49</sup>

Ямашіта був обвинувачений в тому, що не виконав свій обов'язок як командувач армії щодо контролю за діями своїх і військ, і таким чином дозволив їм вчинити звірства проти цивільного населення.<sup>50</sup> Звісно ж, що найцікавішими в даній справі є аргументи сторони обвинувачення, а саме використана ними нормативно-правова база, оскільки на той час відповідальність командування ще не була розроблена настільки детально, щоб передбачити чітко встановлені елементи, необхідні для доведення. Сторона обвинувачення посилалась на Додаток до Четвертої Гаазької Конвенції від 1907 року, яка вже була згадана вище, а саме твердження про те, що армія має перебувати під командуванням особи, яка відповідальна за своїх підлеглих.<sup>51</sup> Схожим чином стороною обвинувачення була також протрактована Десята Гаазька Конвенція, в якій у 19 статті зазначено, що головнокомандувачі воюючих кораблів «повинні стежити за тим, щоб вищезгадані статті виконувалися належним чином».<sup>52</sup> Також було використано Женевську Конвенцію Червоного Хреста від 1929 року, стаття 26 якої передбачає, що командири відповідальні за виконання вищезазначених статей конвенції, включно з непередбачуваними випадками.<sup>53</sup> Окрім того, щодо права окупації в рішенні було

---

<sup>48</sup> Prévost, "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita", 314.

<sup>49</sup> Prévost, "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita", 315.

<sup>50</sup> Trial of General Tomoyuki Yamashita, United States Military Commission, Manila, (8th October-7th December, 1945), and the Supreme Court of the United States, 4 грудня 1946, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 4, [https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llmlp/Law-Reports\\_Vol-4/Law-Reports\\_Vol-4.pdf](https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/llmlp/Law-Reports_Vol-4/Law-Reports_Vol-4.pdf).

<sup>51</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Regulations: Стаття 1(1).

<sup>52</sup> Convention (X) for the Adaptation to Maritime Warfare of the Principles of the Geneva Convention. The Hague, 18 October 1907. Стаття 19.

<sup>53</sup> Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 27 July 1929. Стаття 26.

зацитовано статтю 43 Додатку до Четвертої Гаазької Конвенції, яка вимагає, щоб командувач військами під час окупації вживав усіх заходів для забезпечення громадського порядку і безпеки, поважаючи закони, які діють в країні.<sup>54</sup> Щодо релевантності останньої статті можна посперечатися, оскільки в даній статті йдеться радше про підтримання правопорядку в сенсі розуміння та застосування національного права, а також продовження дії тих національних нормативних актів, які діяли на окупованій території до цього. Втім, видається, що ціллю сторони обвинувачення в даному випадку було саме зібрати всю релевантну нормативно-правову базу, яка стосується меж відповідальності командирів армії. І на такому прикладі їм вдалося продемонструвати перед судом, що відповідальність командирів є значно ширшою, і охоплює не лише їхні безпосередні дії чи неправомірні накази. Їхня відповідальність поширюється також і на здійснення відповідного контролю за підлеглими.

Справа Ямашіти в контексті розвитку концепції відповідальності командування найбільше відома за критику, яку спричинила недостатньою мірою доведена обізнаність Ямашіти про вчинені звірства його підлеглими, адже, як сказано вище, він розділив свою армію на три розосереджені групи і очолював лише одну з груп на острові. Як стверджувала сторона обвинувачення під час розгляду справи перед Комісією, вчинених звірств на острові було так багато, і вони охопили таку велику територію, що Ямашіта «мав би про них знати».<sup>55</sup> Втім, на думку сторони захисту, недостатньо лише чийогось твердження про те, що особа «повинна була знати», а цей факт «знання» має бути доведеним поза розумним сумнівом.<sup>56</sup> Серед свідчень, наданих Ямашітою, він стверджував, що не міг знати про вчинювані звірства своїми підопічними через ускладнену бойову ситуацію під час протистояння армії США.<sup>57</sup> Зокрема, він не мав можливості проводити особисті розслідування, координувати своє командування над усією армією, комунікувати з

---

<sup>54</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Regulation: Стаття 43.

<sup>55</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 26.

<sup>56</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 26-27.

<sup>57</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 27.

усіма підопічними, які розосередилися по території острову.<sup>58</sup> Втім, Ямашіті не повірила ані Комісія, ані Верховний суд США.

Під час винесення вироку, Президент Комісії звернув увагу на те, що вчинені злочини були настільки масштабними, що мали би бути дозволені обвинуваченим, або навіть бути відданими у секретному наказі.<sup>59</sup> Також було зазначено, що роль командувача є нерозривно пов'язаною з широкими повноваженнями та великою відповідальністю, і якщо командувач не здійснює жодних ефективних спроб для виявлення і контролю вчинюваних неправомірних дій його підлеглих, то командир може бути притягнений до відповідальності за такі дії.<sup>60</sup> Генерала Ямашіту було засуджено до смерті через повішання за звірства, вчинені під його командуванням, які не були випадковими, а вчинялися систематично, а він, як командир, не зміг забезпечити ефективного контролю за своїми підопічними.<sup>61</sup>

Хоч доведення елемента обізнаності залишилося незадовільним у даній справі, у своєму вирокі Комісія використала посилення саме на вимогу ефективного контролю, який мав здійснювати Генерал Ямашіта. Ефективний контроль за декілька років стане невід'ємною частиною концепції відповідальності командування і викличе багато проблем щодо свого застосування і доведення.

### 1.2.2. Суд над Вільгельмом фон Лібом та Вільгельмом Лістом

6 серпня 1945 року було підписано Лондонську Угоду, яка визначала Статут Міжнародного воєнного трибуналу.<sup>62</sup> Зокрема, в статті 6 Статуту встановлювалося, що «керівники, організатори, підбурювачі та пособники, які брали участь в розробці чи виконанні спільного плану або змови з метою вчинення злочинів проти миру, воєнних злочинів, злочинів проти людяності, несуть відповідальність за всі

---

<sup>58</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 27.

<sup>59</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 34.

<sup>60</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 35.

<sup>61</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 35.

<sup>62</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 8 August 1945.

дії, вчинені будь-якими особами на виконання такого плану».<sup>63</sup> Таке формулювання можна вважати суто визначенням виду чи форми співучасті, де, на відміну від національного кримінального права, додається роль керівника. Водночас, йдеться про відповідальність за дії, що були вчинені будь-якими особами, тобто дане формулювання дає підстави для переслідування командирів за дії, що були вчинені їхніми підлеглими. Втім залишається незрозумілою необхідність доведення активної залученості керівника до розробки чи виконання злочинного плану.

Незважаючи на складність формулювання, концепція відповідальності командування отримала свій розвиток у справі проти Вільгельма фон Ліба, більш відомої як «*The High Command Trial*» («Суд над верховним головнокомандуванням»). Дана справа увійшла до списку так званих Наступних Нюрнберзьких процесів, що відбувалися не перед Міжнародним військовим трибуналом, а перед Нюрнберзьким військовим трибуналом США, де прокурорами та слідчими були американці.<sup>64</sup> Таким чином, в даній справі можна прослідкувати подальший розвиток тієї концепції відповідальності командування, яка була сформульована американськими прокурорами в справі проти Ямашіти. Водночас це може викликати питання щодо того, чи можуть вважатися визначені засади для доведення у даних справах загальноприйнятими для подальшого застосування в міжнародному праві, оскільки видається, що тлумачення концепції здійснювалося лише однією державою-переможницею.

Вільгельм фон Ліб був засуджений за імплементацію Декрету Барбаросса, який призвів до вчинення воєнних злочинів його підлеглими.<sup>65</sup> Декрет Барбаросса дозволяв знищувати радянське цивільне населення без помилування, використовуючи екстремальні заходи, а партизанів дозволялося знищувати під час битви чи у спробах втечі, надавалося право німецьким офіцерам страчувати осіб, які підозрювалися у ворожому ставленні до німців без попереднього судового

---

<sup>63</sup> Agreement for the Prosecution and Punishment of the Major War Criminals of the European Axis, and Charter of the International Military Tribunal. London, 8 August 1945, Article 6.

<sup>64</sup> *The German High Command Trial. Trial of Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others*, United States Military Tribunal, Nuremberg, 28 жовтня 1948, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 12, 1, [https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/lmlp/Law-Reports\\_Vol-12/Law-Reports\\_Vol-12.pdf](https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/lmlp/Law-Reports_Vol-12/Law-Reports_Vol-12.pdf).

<sup>65</sup> *The German High Command Trial. Trial of Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 12, 1, 106.

рішення, а також такі німецькі солдати звільнялися від подальшої кримінальної відповідальності за вчинення злочинів проти людяності щодо радянського народу та військовополонених.<sup>66</sup>

Перед судом сторона захисту стверджувала, що Вільгельм фон Ліб не знав про виконання даного Декрету Барбаросса, окрім однієї масової ліквідації у Каунасі проти місцевої організації самооборони литовців.<sup>67</sup> Більше того, після даного інциденту фон Ліб начебто вжив заходів, щоб запобігти виникненню таких ситуацій в подальшому.<sup>68</sup> Такі погроми переважно здійснювалися айнзатцгрупами, які не звітували фон Лібу, а надсилали інформацію безпосередньо своєму керівництву у Берліні.<sup>69</sup> Втім, суд встановив, що відсутні жодні докази про те, що фон Ліб висловив щось більше, аніж незадоволення даним Декретом, і то лише через те, що такий наказ міг порушити внутрішню дисципліну.<sup>70</sup> Такий наказ був переданий від фон Ліба вниз по ланцюгу командування без жодних роз'яснень щодо того, як запобігати його незаконному виконанню.<sup>71</sup> Зважаючи на вагу авторитету фон Ліба, такої ж ваги набув і цей наказ, який був переданий до його підлеглих.<sup>72</sup>

В даному рішенні суд надає важливу інтерпретацію щодо випадків застосування відповідальності командира. Зазначається, що така відповідальність не виникає на підставі самого факту зайнятої посади. Для встановлення персональної відповідальності має існувати персональна недбалість. Для цього необхідно, щоб діяння було безпосередньо пов'язане з командиром, наприклад шляхом нездатності належним чином контролювати дії своїх підлеглих. Така недбалість щодо незаконних дій своїх підлеглих буде дорівнювати мовчазній згоді щодо скоюваних злочинів.<sup>73</sup> На відміну від суду проти Ямашіти, відповідальність

---

<sup>66</sup> *The German High Command Trial. Trial of Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 12, 1, 106.

<sup>67</sup> *The German High Command Trial. Trial of Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 12, 31-32.

<sup>68</sup> *The German High Command Trial. Trial of Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 12, 31-32.

<sup>69</sup> *The German High Command Trial. Trial of Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 12, 31-32.

<sup>70</sup> *United States of America, vs. Wilhelm von Leeb, et al. (High Command Case)*, United States Military Tribunal at Nuremberg, 27 жовтня 1948, 560, <https://www.legal-tools.org/doc/c340d7/pdf>.

<sup>71</sup> *United States of America, vs. Wilhelm von Leeb, et al. (High Command Case)*, 560.

<sup>72</sup> *United States of America, vs. Wilhelm von Leeb, et al. (High Command Case)*, 560.

<sup>73</sup> *United States of America, vs. Wilhelm von Leeb, et al. (High Command Case)*, 543-544.

була встановлена не на підставі потенційного знання про вчинення масштабних звірств, а на підставі того, що фон Лееб знав про Декрет Барбаросса і своїми діями спричинив його виконання, щодо чого не вжив жодних дій стосовно своїх підлеглих.

Ще одна справа перед Нюрнберзьким військовим трибуналом відбулася за обвинуваченням Вільгельма Ліста, більше відома як «*The Hostages Trial*» («Справа про заручників»). Ця справа стосувалася високопоставлених німецьких офіцерів, які були обвинувачені в порушеннях, що вчинили їхні підлегли під час окупації.<sup>74</sup> Вільгельм Ліст був командувачем під час окупації Балканського півострова, де опір серед цивільного населення був настільки сильним, що німецьких полонених піддавали катуванням у полоні, а військовим позиціям постійно створювалася загроза.<sup>75</sup> Як засіб для придушення опору використовувалися розстріли цивільного населення.<sup>76</sup> Внаслідок цього Гітлер віддав наказ про придушення повстанського руху, а Ліст, в свою чергу, доручив генералу Францу Беме встановити свою виконавчу владу в Сербії та зайнятися наведенням порядку.<sup>77</sup> Беме віддав наказ розстрілювати сто полонених за одного виявленого вбитого німецького солдата, а також розстрілювати п'ятдесят полонених за одного пораненого німецького солдата.<sup>78</sup> Через місяць Ліст видав і свій наказ про розстріл чоловічого населення, що чинить опір на зачищеній території.<sup>79</sup>

Суд встановив, що командир високого рангу не може дозволити собі не знати про події, які трапляються в зоні його відповідальності та командування під час ведення бойових дій чи окупації.<sup>80</sup> Якщо командир віддав наказ, то він буде нести відповідальність за дії, що спрямовані на виконання такого наказу, навіть якщо він був відсутній у штабі.<sup>81</sup> Якщо ж йдеться про генерала, який здійснює виконавчу владу над окупованою територією, то його сфера контролю є загальною та не

---

<sup>74</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, United States Military Tribunal, Nuremberg, 19 лютого 1948, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 38, <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/Hostages-Trial.pdf>.

<sup>75</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 38.

<sup>76</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 38.

<sup>77</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 39.

<sup>78</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 39.

<sup>79</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 40.

<sup>80</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 70.

<sup>81</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 70.

охоплює лише відповідні підрозділи.<sup>82</sup> Якщо командир не вимагає отримання повної інформації та звітування від своїх підлеглих, або ж не бажає знати зміст отриманих доповідей, то він не виконує свої обов'язки належним чином, оскільки він несе відповідальність не лише за порушення, про які знає, але й за дії, про які він повинен був би знати.<sup>83</sup> Ліст, який отримував постійні повідомлення про вбивства цивільного населення, жодного разу не припинив такі дії, не покарав за них і не вжив заходів задля їх запобігання.<sup>84</sup> Такі дії є серйозним порушенням його обов'язків та встановлюють його кримінальну відповідальність.

В справі проти Ліста уже значно чіткіше встановлюється, як саме має виглядати обізнаність командувача щодо вчинених злочинів. Більше того, в цій справі обізнаність навіть пояснюється як один з обов'язків командира, який наглядає за окупованою територією і здійснює виконавчі функції. Також судом окреслюється, які саме дії мав би вжити командувач, який дізнався про такі порушення, а саме відвернути, припинити, або покарати. На даному етапі розвитку концепція відповідальності командування вже більше набуває форми окремої доктрини кримінального права, оскільки починають встановлюватися її чіткі елементи. Втім, у 1949 році відповідальність командування не зайняла свого місця у Женевських конвенціях, а тому довелося чекати ще декілька десятиліть до її закріплення у Першому Додатковому протоколі.

1.3. Перший Додатковий протокол 1977 року до Женевських конвенцій як перше закріплення відповідальності командування зі сформульованими елементами

Першою кодифікацією концепції відповідальності командування прийнято вважати статті 86 та 87 Першого Додаткового протоколу до Женевських конвенцій,<sup>85</sup> який було прийнято у 1977 році, тобто через десяток років після

---

<sup>82</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 71.

<sup>83</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 89.

<sup>84</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 71.

<sup>85</sup> Chantal Meloni, "Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?", *Journal of International Criminal Justice* 5, № 3 (2007): 623, <https://doi.org/10.1093/jicj/mqm029>.

засудження командирів перед трибуналами після Другої світової війни. Те, як ця правова концепція сформульована у Додатковому протоколі, відрізняється від принципу «відповідального командира», чи інтерпретацій суддів у справах проти Ямашіти, Ліба і Ліста, і становить, радше, узгоджений варіант того, на що погодилися держави-підписанти. Перш за все, стаття 86 Додаткового протоколу спрямована на дотримання тих правил ведення війни, які закріплені у Женевських конвенціях 1949 року, адже вона передбачає обов'язок Високих Договірних Сторін вживати дій для припинення порушень даних Конвенцій та протоколів.<sup>86</sup> У другій частині цієї статті деталізується, що на полі бою таку діяльність здійснює саме командир і на ньому лежить обов'язок щодо запобігання або припинення порушення.<sup>87</sup> Частина друга статті 86 Першого Додаткового протоколу є найбільш наближеною до подальшого відображення концепції відповідальності командування у статутах трибуналів та національному законодавстві і звучить наступним чином:

2. Той факт, що порушення Конвенцій або цього Протоколу було скоєно підлеглим, не звільняє його начальників від кримінальної або дисциплінарної відповідальності, залежно від обставин, якщо вони знали або мали інформацію, яка за тодішніх обставин повинна була дозволити їм зробити висновок, що він здійснює або збирається здійснити таке порушення, і якщо вони не вжили всіх можливих заходів у межах своїх повноважень для запобігання або припинення цього порушення.<sup>88</sup>  
(Переклад – мій, Бакай К. А.)

У статті 87 Першого Додаткового протоколу йдеться більш детально про безпосередні обов'язки командирів,<sup>89</sup> такі як запобігання і припинення порушень норм Женевських конвенцій, повідомлення компетентним органам про такі порушення, ініціювання дисциплінарних або кримінальних заходів проти тих підлеглих, які порушують Женевські конвенції, а також вимога бути обізнаним про такі зобов'язання.<sup>90</sup>

---

<sup>86</sup> Protocol Additional to the Geneva Conventions of 12 August 1949, and relating to the Protection of Victims of International Armed Conflicts (Protocol I), 8 June 1977. Стаття 86(1).

<sup>87</sup> Protocol I. Стаття 86(2).

<sup>88</sup> Protocol I. Стаття 86(2).

<sup>89</sup> ICRC, Claude Pilloud та ін., *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949* (International Committee of the Red Cross: Martinus Nijhoff Publishers, 1987), 1011, п. 3541.

<sup>90</sup> Protocol I. Стаття 87.

Як впливає із статті 86 Першого Додаткового протоколу, те, що командир може ініціювати дисциплінарні або кримінальні заходи проти своїх підлеглих свідчить про те, що дане положення передбачає дотримання не лише правил, які передбачають грубі порушення, але й більш загальних дисциплінарних положень під час ведення війни, за які кримінальна відповідальність не встановлена. З цього також впливає і логічне пояснення формулювання у статті 86 Першого Додаткового протоколу, яка встановлює, що командир не звільняється від «кримінальної або дисциплінарної відповідальності», а отже, від відповідальності командира залежить від того, яке саме порушення вчинив підлеглий і яку він має понести відповідальність за таке діяння.<sup>91</sup> Таке формулювання статті 86 Першого Додаткового протоколу вказує на те, що за міжнародним гуманітарним правом порушення поділяються на звичайні (правила, яких потрібно дотримуватися), серйозні та грубі, і останні окремо закріплюються у відповідних статтях Женевських конвенцій.<sup>92</sup> Відповідно, від відповідальності буде залежати від виду скоєного підлеглим порушення. Якщо підлеглий вчинив звичайний проступок, а командир не відреагував на це належним чином, то наступатиме дисциплінарна відповідальність, а якщо підлеглий вчинив грубе порушення норм Женевських конвенцій, тоді командир, у разі бездіяльності, буде притягнений до кримінальної відповідальності.<sup>93</sup>

Те, що стаття 86 Першого Додаткового протоколу охоплює не лише грубі порушення, але й інші порушення також, впливає також із формулювання першої частини даної статті, оскільки щодо грубих порушень встановлюється обов'язок «запобігати/припиняти» грубі порушення, а щодо інших порушень встановлюється обов'язок «вживати необхідних заходів щодо припинення».<sup>94</sup> Як було погоджено державами під час прийняття даного положення, такі формулювання відображають

---

<sup>91</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, 1011, п. 3542.

<sup>92</sup> Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949. Стаття 50; Convention (II) for the Amelioration of the Condition of Wounded, Sick and Shipwrecked Members of Armed Forces at Sea. Geneva, 12 August 1949. Стаття 51; Convention (III) relative to the Treatment of Prisoners of War. Geneva, 12 August 1949. Стаття 130; Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949. Стаття 147; Protocol I. Стаття 11(4).

<sup>93</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, 1011, п. 3542.

<sup>94</sup> Michael Bothe та ін., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 2-ге вид., т. 1, *Nijhoff Classics in International Law* (Martinus Nijhoff Publishers, 2013), 594.

різну природу дій, які можуть бути викликані тим чи іншим порушенням підлеглого.<sup>95</sup>

Елементи відповідальності командування, що закріплюються статтею 86 Першого Додаткового протоколу, були сформульовані на основі аргументації суду під час розгляду справи проти Ямашіти, де необхідно було встановити обізнаність командира про порушення його підлеглим, його повноваження відреагувати на таке порушення, але повну бездіяльність щодо цього.<sup>96</sup> Як було вказано у рішенні проти Ямашіти, встановлення факту командування над військовими робить командира відповідальним за дії його підлеглих.<sup>97</sup> Відповідно, цей підхід відображено і у статті 86 Першого Додаткового протоколу, яка вимагає встановлення підпорядкованості підлеглого своєму командиру, який здійснює контроль над діями підлеглого, і саме з цього факту випливає його обов'язок вчиняти дії щодо дотримання порядку в межах своїх повноважень.<sup>98</sup>

Також, ще під час погодження тексту статті 86 Першого Додаткового протоколу, делегатами вперше було обговорено питання щодо відсутності важливого елементу, а саме умислу командира щодо вчиненого порушення.<sup>99</sup> Це, загалом, підтверджує думку про те, що відповідальність командування є концепцією міжнародного права, адже за своїми характеристиками не відповідає жодній відомій правовій концепції у національному кримінальному праві.<sup>100</sup> Відповідальність командування стала відповіддю на динамічний розвиток міжнародного гуманітарного права після Другої світової війни, пройшовши еволюціонування від принципу «відповідального командира» та військових стандартів, що закріплювали контроль керівників над підлеглими у збройних формуваннях до чітко визначеної підстави для притягнення командира до індивідуальної кримінальної відповідальності.<sup>101</sup> На думку деяких делегатів, у

---

<sup>95</sup> Bothe та ін., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 594.

<sup>96</sup> Bothe та ін., *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, 595.

<sup>97</sup> *Trial of General Tomoyuki Yamashita*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 4, 32.

<sup>98</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, 1013, п. 3544.

<sup>99</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, 1013, п. 3541.

<sup>100</sup> Antonio Cassese, *International Criminal Law*, 2-ге вид. (Oxford University Press, 2008), 242.

<sup>101</sup> Cassese, *International Criminal Law*, 242.

випадку з командирами, їхня бездіяльність щодо вчинених підлеглими злочинами може бути настільки шкідливою у своїх наслідках, що є рівносильною до злочинного умислу.<sup>102</sup> Питання щодо умислу командира у таких ситуаціях може свідчити про те, що бездіяльність командира сприймалася як окремий злочин на момент погодження тексту Першого Додаткового протоколу. Однак щодо цього немає жодного іншого підтвердження з тексту статей 86 чи 87, оскільки не вказується, що бездіяльність командира сама по собі є грубим порушенням Женевських конвенцій, чи що командир прирівнюється до виконавця злочину, який вчинив його підлеглий.

Якщо звернутися до історії погодження тексту Першого Додаткового протоколу, то можна зробити висновок, що на етапі закріплення даних положень відповідальність командування у статтях 86 та 87 ще досі сприймалась як принцип, спрямований на переслідування порушень Женевських конвенцій та Протоколів,<sup>103</sup> адже саме командир має достатні повноваження для того, щоб слідкувати за дотриманням правил ведення війни безпосередньо на місцях.<sup>104</sup> Делегати таких країн як Іспанія,<sup>105</sup> Великобританія,<sup>106</sup> Швеція,<sup>107</sup> Нідерланди<sup>108</sup> погоджувалися, що відповідальність командира за порушення підлеглих є важливим *принципом* міжнародного права, що встановлює індивідуальну відповідальність. Водночас деякі делегати також підтримали думку про те, що варто відрізнити ситуації, в яких командир лише *міг* знати про вчинене порушення, адже тоді він буде відповідальним лише за недбалість щодо виконання своїх обов'язків щодо підлеглих.<sup>109</sup> Делегати не змогли досягти консенсусу і надати чітке визначення природі відповідальності командування через те, що на той момент не було

---

<sup>102</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, 1013, п. 3541.

<sup>103</sup> Howard S. Levie, ред., *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, т. 4, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions* (New York, Oceana Publications, 1981), 315.

<sup>104</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 313-314.

<sup>105</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 316.

<sup>106</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 316.

<sup>107</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 310.

<sup>108</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 304.

<sup>109</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 307.

зрозуміло, чи можна прирівняти бездіяльність командира до безпосереднього виконання злочину підлеглим.<sup>110</sup>

Коли у статті 86 Першого Додаткового протоколу вказується, що командир не звільняється від дисциплінарної чи кримінальної відповідальності у випадку, якщо порушення було вчинено його підлеглим, це дає простір для тлумачення можливості притягнення командира до відповідальності за той злочин, вчинення якого він допустив своїм підлеглим.<sup>111</sup> Така позиція також підкріплюється тим, що під час погодження тексту статті делегати обговорювали питання умислу командира щодо злочину підлеглого.<sup>112</sup> Водночас, стаття 87 Першого Додаткового протоколу, яка встановлює обов'язки командирів діяти у ситуаціях вчинення порушень їхніми підлеглими, дає підстави вважати, що порушення таких обов'язків може тлумачитися як окремий злочин порушення обов'язків щодо дотримання звичаїв і правил ведення війни. Таким чином, були аргументи на користь обох підходів до відповідальності командування. Однак через відсутність сформованої позиції Делегатів на момент узгодження положень, можна вважати, що на той момент відповідальність командування сприймалася лише як принцип, який кристалізувався під час Нюрнберзьких процесів,<sup>113</sup> однак шляхи для впровадження такого принципу у національні системи переслідування залишалися досі незрозумілими.<sup>114</sup>

\*\*\*

Концепція відповідальності командування бере свої витoki з XV століття, коли вперше було визначено широту повноважень військового командування, яке має слідкувати не лише за внутрішньою дисципліною, але й за протиправними діями, які вчиняють підлегли. Відтоді і до кінця XIX століття відповідальність командування визначалася виключно внутрішнім регулюванням держав, яке містилося у відповідних наказах або військових статутах, будучи одним зі шляхів окреслення широких повноважень командира, який має постійно здійснювати

---

<sup>110</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 305.

<sup>111</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 310.

<sup>112</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, 1013, п. 3541.

<sup>113</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 310.

<sup>114</sup> Levie, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*, 302, 305, 306.

нагляд за порядком серед підлеглих. Прикладами таких документів є Ординанс французького короля Чарльза VII, військовий статут Густава Адольфа Шведського, військовий статут Континентальної армії. Уже в XIX столітті з'являється перше міжнародне закріплення даного підходу до визначення відповідальності командира, у вигляді забезпечення дотримання серед підлеглих базових правил гуманності, що закріплюються Женевською конвенцією 1864 року. Однак дана норма ще не передбачала притягнення командира до відповідальності за порушення підлеглих. У 1907 році у Гаазьких Конвенціях відбулося закріплення принципу «відповідального командування», де уже встановлювалася можливість притягнення командирів до дисциплінарної або кримінальної відповідальності за порушення підлеглих. Після Першої світової війни вперше було закріплено необхідність переслідування високопосадовців та командирів, які хоч і не вчиняли злочинів, але знали про них і утрималися від вжиття заходів щодо їхнього відвернення. Перше правозастосування відповідальності командування відбулося після Другої світової війни у справах проти Генерала Ямашіти, Вільгельма фон Ліба та Вільгельма Ліста, які були засуджені за те, що знаючи про порушення своїх підлеглих, не вчинили жодних дій для відвернення таких дій, хоча мали відповідні повноваження. Під час цього періоду вперше починають формуватися елементи відповідальності командування. Втім, кодифікація відповідальності командування відбувається аж у 1977 році у Першому Додатковому протоколі до Женевських конвенцій, який деталізує підстави відповідальності командира, його безпосередні обов'язки щодо підлеглих, вимогу обізнаності та вживання необхідних заходів. Ще під час узгодження тексту відповідних статей підіймається важливе питання встановлення умислу командира щодо злочинів, які він не вчиняв, однак делегати не знаходять консенсусу. Історичний аналіз підтверджує те, що сучасна концепція відповідальності командування базується на широті повноважень командування, і потребує активної залученості командира до слідкування за діями своїх підлеглих. Роздуми щодо умислу командира свідчать про те, що він прирівнюється до співвиконавця скоєного порушення. Втім, відсутність консенсусу щодо цього

питання є першою ознакою того, що дану концепцію неможливо порівняти з класичним злочином або формою співучасті.

## РОЗДІЛ 2

### ЕЛЕМЕНТИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ

Для дослідження природи відповідальності командування важливим аспектом є аналіз встановлених елементів, які необхідні для доведення вини командира за даною концепцією. Елементи, зокрема в частині суб'єктивного ставлення до протиправного діяння, дозволяють дослідити форму співучасті командира щодо порушення підлеглим, що у свою чергу сприяє визначенню відповідальності командування як форми співучасті або окремого злочину.

Через те, що кодифікований варіант концепції відповідальності командування у Першому Додатковому протоколі до Женевських конвенцій відрізняється від криміналізації бездіяльності командирів за статутами Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії (МКТЮ) і Міжнародного кримінального трибуналу щодо Руанди (МКТР), а також Римського статуту Міжнародного кримінального суду (МКС), це певним чином також вплинуло і на встановлення необхідних елементів для доведення. Так, відповідно до статті 86 Першого Додаткового протоколу, передбачається лише три елементи для доведення відповідальності командування, а саме встановлення ієрархічної вищості командира на підлеглим; обізнаність про те, що злочин вчиняється, або буде вчинений; а також невжиття заходів для запобігання або припинення цього злочину.<sup>115</sup> Натомість МКТЮ визначив відповідні елементи у справі щодо подій у концтаборі Челебічі, яка є першою справою щодо відповідальності командування перед даним Трибуналом і першою справою по відповідальності командування після судових розглядів щодо Другої світової війни.<sup>116</sup> Так, МКТЮ для доведення відповідальності командирів також було зазначено саме три елементи, більш розгорнуті, ніж ті, які містяться у Додатковому протоколі, а саме: встановлення безпосереднього чи опосередкованого командування або контролю (фактичного

---

<sup>115</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols*, 1011, п. 3543.

<sup>116</sup> Elies Van Sliedregt, "13 Command Responsibility at the ICTY—Three Generations of Case-Law and Still Ambiguity", у *The Legacy of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, ред. Bert Swart та ін. (Oxford Academic, 2011), 378, <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199573417.003.0014>.

або юридичного) командира над підлеглим, який вчинив злочин; обізнаність командира або наявність підстав знати, включно із незнанням внаслідок нездатності належним чином контролювати дії своїх підлеглих, про те, що порушення мали бути вчинені чи були вчинені; а також те, що командир не вжив усіх розумних і необхідних заходів, які знаходяться у його розпорядженні, щоб запобігти вчиненню злочинів або покарати підлеглих.<sup>117</sup> За своєю суттю елементи у рішенні МКТЮ відповідають тим загальним визначенням, що викладені у Першому Додатковому протоколі, адже вони дають більш ґрунтовне роз'яснення того, які саме ситуації підпадають під переслідування за відповідальністю командування. МКТЮ розкриває важливість ролі командира та підпорядкування для встановлення відповідальності командування, уточнюючи у першому елементі, що важливо встановити не просто посаду (ієрархічну вищість), а саме існування реального контролю над підлеглими особами. Те саме стосується і елементу обізнаності, який уточнюється у рішенні МКТЮ шляхом охоплення як випадків звичайного знання, так і випадків ігнорування інформації, що вказує на вчинення порушення підлеглим. Таким чином, елементи у Першому Додатковому Протоколі є більш загальними та теоретичними, тоді як МКТЮ шляхом тлумачення конкретизує ті ж поняття ієрархічної вищості та обізнаності, роблячи їх більш чіткими для практичного застосування.

Інший підхід до елементів відповідальності командування відображено у рішенні Міжнародного кримінального суду проти Бемби, беручи за основу статтю 28 Римського статуту, яка своїм формулюванням відрізняється від визначення елементів за Додатковим протоколом.<sup>118</sup> Так, МКС потребує доведення шести елементів для відповідальності командування.<sup>119</sup> Зокрема, передумовою для застосування відповідальності командування необхідно вчинення злочину, на який поширюється юрисдикція МКС, а також те, що вчинення такого злочину стало результатом неспроможності командира здійснювати необхідний контроль над

---

<sup>117</sup> *Prosecutor v. Zdravko Mucić aka "Pavo", Hazim Delić, Esad Landžo aka "Zenga", Zejnil Delalić (Čelebići)*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 листопада 1998, IT-96-21-T, п. 344.

<sup>118</sup> *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Trial Chamber. International Criminal Court (ICC), 21 березня 2016, ICC-01/05-01/08, п. 170.

<sup>119</sup> *Bemba*, Trial, п. 170.

своїми силами.<sup>120</sup> Елемент щодо керівної посади командира розбитий на дві складові, а саме на те, що обвинувачений має бути або військовим командиром за посадою, або ефективно діяти як військовий командир, а також має здійснювати ефективне командування і контроль або мати ефективні повноваження і контроль над військовими, що вчинили злочин.<sup>121</sup> Щодо обізнаності, командир має знати або, зважаючи на тогочасні обставини, повинен був знати про те, що його підлеглий вчиняє або збирається вчинити злочин.<sup>122</sup> Щодо бездіяльності, командир має не вжити усіх необхідних та розумних заходів, які мав у своїй компетенції, щоб запобігти або припинити вчинення таких злочинів або передати справу компетентним органам для розслідування та кримінального переслідування.<sup>123</sup>

Варто також звернути увагу на відмежування відповідальності командування від інших форм співучасті у міжнародному кримінальному праві, зокрема від пособництва та підбурювання, а також трьох форм спільної злочинної діяльності («joint criminal enterprise»). Щодо пособництва, вимагається вчинення конкретних діянь, які спрямовані на «сприяння, заохочення або моральну підтримку» виконавця злочину, що спричинило б істотний вплив на вчинення злочину.<sup>124</sup> У зв'язку з цим, навіть сама присутність військового командира чи іншого начальника поблизу підлеглого під час вчинення ним злочину може бути індикатором щодо необхідності дослідження пособництва у формі моральної підтримки.<sup>125</sup> Водночас, пособництво вимагає доведення причинно-наслідкового зв'язку між діями командира і підлеглого в таких ситуаціях, адже таке одобрення має суттєво вплинути або посприяти вчиненню злочину.<sup>126</sup> Натомість, відповідальність командування не потребує доведення причинно-наслідкового зв'язку між бездіяльністю командира та вчиненням злочину підлеглим, адже такий елемент відсутній у концепції відповідальності командування. Дане питання буде також

---

<sup>120</sup> *Bemba*, Trial, п. 170, a, f.

<sup>121</sup> *Bemba*, Trial, п. 170, b, c.

<sup>122</sup> *Bemba*, Trial, п. 170, d.

<sup>123</sup> *Bemba*, Trial, п. 170, e.

<sup>124</sup> *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 29 липня 2004, IT-95-14-A, пп. 45-46.

<sup>125</sup> *Blaškić*, Appeal, п. 47.

<sup>126</sup> *Blaškić*, Appeal, п. 48.

окремо розглянуте у Розділі 3 даної роботи. Щодо відмінності відповідальності командування від спільної злочинної діяльності слід зазначити важливу особливість останньої, а саме існування стійкого злочинного об'єднання, яке має спільний план і умисел щодо виконання злочинного плану.<sup>127</sup> Залежно від форми спільної злочинної діяльності, виділяється звичайна форма, за якою кожен учасник поділяє умисел щодо злочинної поведінки;<sup>128</sup> систематична форма, за якою злочини відбуваються в контексті виконання спільного злочинного плану з єдиною метою (прикладом є місця утримання, в якому особи з різними посадами та обов'язками вчиняють дії, спрямовані на незаконне утримання цивільних осіб);<sup>129</sup> а також розширена форма, яка охоплює вихід виконавця за межі домовленостей щодо злочинного плану, якщо такі його дії могли бути передбачені в ході реалізації плану (наприклад, потерпілу особу вбили під час депортації).<sup>130</sup> Об'єктивна сторона усіх трьох форм спільної злочинної діяльності передбачає існування єдиного злочинного плану, а також активну участь кожного учасника такого об'єднання з метою сприяння досягнення цілей злочинного плану.<sup>131</sup> Натомість, відповідальність командування не передбачає залученості командира до реалізації злочинного плану. Дії командира щодо невідвернення злочинів у межах такого плану не можуть трактуватися як розширена форма спільної злочинної діяльності, оскільки з самого початку командир не входив до об'єднання, яке розробило такий план. Таким чином, основною відмінністю є те, що відповідальність командування впливає з ієрархічної посади командира і його можливості здійснювати ефективний контроль над підлеглими, внаслідок чого він зобов'язаний відвертати, припиняти або повідомляти про злочини, скоєні підлеглими. Інші ж форми співучасті вимагають причинно-наслідкового зв'язку між діями командира та вчиненням злочину, або встановлення залученості командира до злочинного плану.<sup>132</sup>

---

<sup>127</sup> Kai Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", *Journal of International Criminal Justice* 5, № 1 (2007): 160, <https://doi.org/10.1093/jicj/mql045>; *Prosecutor v. Dusko Tadić*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 15 липня 1999, IT-94-1-A, п. 196.

<sup>128</sup> *Tadić*, Appeal, п. 196.

<sup>129</sup> *Tadić*, Appeal, п. 202.

<sup>130</sup> *Tadić*, Appeal, пп. 204, 206.

<sup>131</sup> *Tadić*, Appeal, п. 220; Ambos, "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility", 160.

<sup>132</sup> *Tadić*, Appeal, п. 199.

## 2.1. Роль командира, ієрархічні стосунки між командиром та підлеглим, ефективний контроль командира над підлеглим

В основі відповідальності командування лежить зв'язок між начальником і підлеглими, що є першим необхідним елементом для доведення. Такий зв'язок має визнаватися обома суб'єктами такої ієрархічної ланки.<sup>133</sup> Умови відповідальності командування передбачають, що командир усвідомлює своє вище службове становище, яке робить його здатним і відповідальним за запобігання злочинам своїх підлеглих і покарання за них.<sup>134</sup>

Доведення такого субординаційного підпорядкування починається з необхідності встановлення фактичної або юридичної посади командира.<sup>135</sup> Для цього командир повинен бути або призначеним, або уповноваженим на роль начальника за посадою для цілей командування або виконання ролі лідера щодо своїх підлеглих в ієрархічній структурі.<sup>136</sup> Назва такої посади, а також процедура призначення на неї буде різною для кожної держави і навіть підрозділу чи цивільного формування.<sup>137</sup> Це також може бути доведено непрямыми доказами, якщо у відкритому доступі відсутні документи або усні накази про призначення особи начальником, але факт такого призначення очевидний з комунікацій особи та її обов'язків. Проте, як було зазначено МКТЮ, має значення саме фактичне ефективне здійснення влади і контролю, а не лише присвоєння певного статусу.<sup>138</sup> Формальне зайняття позиції може створювати лише формальні передумови для запобігання або покарання, однак не свідчить про достатні повноваження для

<sup>133</sup> Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 139.

<sup>134</sup> Timothy Wu та Yong-Sung (Johnathan) Kang, "Criminal Liability for the Actions of Subordinates — The Doctrine of Command Responsibility and its Analogues in United States Law", *Harvard International Law Journal* 38, № 272 (1997): 290.

<sup>135</sup> *Bemba*, Trial, п. 176.

<sup>136</sup> *Prosecutor v. Pavle Strugar*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 31 січня 2005, IT-01-42-T, п. 142.

<sup>137</sup> *Bemba*, Trial, п. 176; *The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze*, Appeal Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 28 листопада 2007, ICTR-99-52-A, п. 787.

<sup>138</sup> *Prosecutor v. Zdravko Mucić aka "Pavo", Hazim Delić, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalić*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 20 лютого 2001, IT-96-21-A, пп. 197, 306; *Prosecutor v. Blagojević and Jokić*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 9 травня 2007, IT-02-60-A, п. 302.

здійснення цих дій.<sup>139</sup> Іншими словами, це передбачає встановлення реального контролю щодо тих, хто перебуває у підпорядкуванні.

У військових формуваннях реальний контроль може існувати як факт або як продукт міжособистісної взаємодії.<sup>140</sup> Це призводить до існування поняття фактичної влади, яка здійснюється начальником на основі його фактичної здатності це робити, а не на основі закріпленої посади.<sup>141</sup> Така фактична влада має забезпечувати можливість отримувати регулярні звіти від підлеглих, запобігати випадкам вчинення ними злочинів і карати підлеглих за скоєні правопорушення.<sup>142</sup> І навпаки, сприйняття підлеглими також важливе для встановлення фактичної влади. Коли підлеглі підкоряються наказам і звітують перед начальником лише через те, що він має владні повноваження, навіть якщо для цього немає правових передумов, така поведінка сприяє встановленню фактичної влади.<sup>143</sup> Міра фактичних повноважень має бути такою ж, як і міра юридичних повноважень, або, принаймні, співставною з тим контролем, який мав би здійснювати командир за посадою.<sup>144</sup>

Встановивши ієрархічні стосунки між начальником і підлеглим, необхідно довести «ефективний контроль» командира над тими підлеглими, які вчинили порушення.<sup>145</sup> Для притягнення до відповідальності командира повноваження повинні здійснюватися ефективно, що підводить до аналізу основного матеріального елемента. Водночас, обсяг таких повноважень має бути чітко визначеним. З цієї причини обвинувачений командир повинен усвідомлювати свої

<sup>139</sup> *Prosecutor v. Naser Orić*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 липня 2008, IT-03-68-A, пп. 91-2; *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 квітня 2008, IT-01-47-A, пп. 20-1; *Prosecutor v. Halilović*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 жовтня 2007, IT-01-48-A, п. 85.

<sup>140</sup> *Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor*, Appeals Chamber. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 7 липня 2006, ICTR-2001-64-A, п. 85.

<sup>141</sup> *Bemba*, Trial, 183.

<sup>142</sup> *Čelebići*, Appeal, пп. 190-198, 256; *The Prosecutor v. Ignace Bagilishema*, Appeal Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 3 червня 2002, ICTR-95-1A-A, п. 51.

<sup>143</sup> *The Prosecutor v. Jose Cardoso Ferreira*, Special Panels for Serious Crimes (District Court of Dili), East Timor, 5 квітня 2003, 04c/2001, п. 516; *Prosecutor v. Alić*, The Court of Bosnia and Herzegovina, 11 квітня 2008, X-KR-06/294, п. 46.

<sup>144</sup> *Čelebići*, Appeal, п. 197; *Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Čerkez*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 26 лютого 2001, IT-95-14/2-T, п. 416; *Bagilishema*, Appeal, пп. 51-5.

<sup>145</sup> *Bagilishema*, Appeal, пп. 61; *Čelebići*, Appeal, пп. 197-8.

обов'язки щодо додержання дисципліни і належним чином визнавати їх.<sup>146</sup> Найголовнішим для встановлення такої субординації є високий ступінь контролю, який не обмежується звичайними ієрархічними стосунками, коли особа просто займає нижчу посаду, але не є підзвітною керівництву.<sup>147</sup> До прикладу, командир здійснює ефективний контроль, коли він здатен реально запобігти порушенням або покарати винних.<sup>148</sup> Іншими словами, така реальна можливість передбачається повноваженням щодо здійснення контролю та певного впливу на підлеглого, що забезпечує сталий взаємозв'язок між командиром та підлеглим.<sup>149</sup>

Здатність здійснювати такий контроль засновується на повноваженнях щодо прийняття рішень, очікування підкорення. Такі повноваження можуть стосуватися не лише запобігання порушенням міжнародного гуманітарного права або покарання за них, але й інших операційних завдань.<sup>150</sup> Повноваження командира не можуть поширюватися лише на одну визначену сферу відносин, як от дотримання норм міжнародного права, а стосуються усіх організаційних питань, що свідчить про ефективний контроль.<sup>151</sup> Крім того, для ефективного контролю мають значення часові рамки. Командир може бути притягнутий до кримінальної відповідальності лише в тому випадку, якщо його ефективний контроль існував до того, як йому стало відомо про вчинення або підготовку злочину, або до того, як він не виконав свій обов'язок щодо запобігання або покарання.<sup>152</sup>

Проте найскладніше в оцінці поняття ефективного контролю було підкреслено Апеляційною палатою МКТЮ у справі щодо Блашкіча. МКТЮ визнав, що при оцінці елементів ефективного контролю потрібно більше покладатися на докази, ніж на «нормативні приписи».<sup>153</sup> Наявність ефективного контролю буде значною мірою залежати від обставин кожної окремої справи і контексту, які мають

<sup>146</sup> *Prosecutor v. Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać and Zoran Vuković*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 22 лютого 2001, IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, п. 397; *Halilović*, Appeal, п. 61.

<sup>147</sup> Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, п. 145.

<sup>148</sup> *Bagilishema*, Appeal, п. 50.

<sup>149</sup> *Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Čerkez*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 17 грудня 2004, IT-95-14/2-A, п. 840, *Čelebići*, Trial, п. 377.

<sup>150</sup> *Prosecutor v. Rašević and Todović*, The Court of Bosnia and Herzegovina, 28 лютого 2008, X-KR/06/275, п. 148.

<sup>151</sup> *Bemba*, Trial, para. 188

<sup>152</sup> *Kunarać*, Trial, пп. 399, 626-8.

<sup>153</sup> *Blaškić*, Appeal, п. 69.

вказувати на двосторонню залученість суб'єктів, тобто не лише можливість віддавати накази, але й очікувати їхнього виконання.<sup>154</sup> Наприклад, у справі Спеціального суду щодо Сьєрра-Леоне «Прокурор проти Фофана», було встановлено, що командир здійснював ефективний контроль лише над бійцями на певній території, а не над кожним бійцем і кожним командиром нижчої ланки.<sup>155</sup> Таким чином, має бути встановлено реальну можливість командира запобігати або припиняти злочини підлеглих, або звертатися до компетентних органів для розслідування ситуації.<sup>156</sup>

Міжнародне гуманітарне право не передбачає чіткого переліку ознак ефективного контролю, а вже наявні в практиці приклади таких ознак є невичерпними та умовними, оскільки встановлюються для кожної окремої ситуації.<sup>157</sup> Водночас, будь-які докази, що вказують на саму можливість відсутності ефективного контролю, будуть використовуватися для доведення того, що у командира були відсутні відповідні повноваження.<sup>158</sup>

Приклади випадків ефективного контролю найкраще відображені саме у судовій практиці. Наприклад, Апеляційною палатою МКТЮ у справі Хаджихасановича було встановлено такі ознаки ефективного контролю: можливість віддавати накази та обґрунтоване очікування того, що такі накази будуть виконуватися підлеглими,<sup>159</sup> перебування на посаді командира протягом конкретних військових операцій, під час яких підлеглими були вчинені порушення.<sup>160</sup> У справі Оріча МКТЮ звернув увагу на підпорядкування безпосередніх виконавців,<sup>161</sup> можливість покарання підлеглого за скоєний злочин, застосовуючи дисциплінарні заходи та ініціювання розслідування,<sup>162</sup> здатність

---

<sup>154</sup> *Blaškić*, Appeal, п. 69.

<sup>155</sup> *The Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa*, Trial Chamber. Special Court for Sierra Leone, 2 серпня 2007, SCSL-04-14-T, п. 819.

<sup>156</sup> *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 24 березня 2000, IT-95-14/1-A, п. 76.

<sup>157</sup> *Blaškić*, Appeal, п. 69; *Prosecutor v. Dragomir Milošević*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 12 листопада 2009, IT-98-29/1-A, п. 280.

<sup>158</sup> *Mettraux*, *The Law of Command Responsibility*, 164; *Bemba*, Trial, para. 190.

<sup>159</sup> *Hadžihasanović*, Appeal, п. 199.

<sup>160</sup> *Hadžihasanović*, Appeal, п. 851.

<sup>161</sup> *Prosecutor v. Naser Orić*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 30 червня 2006, IT-03-68-T, п. 312.

<sup>162</sup> *Orić*, Appeal, п. 142.

начальника представляти інші органи влади на місцях,<sup>163</sup> постійне керівництво та влада над підлеглими.<sup>164</sup> Судова та Апеляційна палати МКТЮ у справі Галіловича звертали увагу на видачу наказів та їх виконання,<sup>165</sup> застосування дисциплінарних заходів та здійснення ефективного розслідування,<sup>166</sup> підготовку звітів для вищого керівництва щодо обстановки на місці,<sup>167</sup> повноваження створювати зобов'язання або віддавати обов'язкові до виконання накази підлеглим,<sup>168</sup> виконання безпосередньої ролі командира під час вчинення порушення підлеглим.<sup>169</sup> Серед менш очевидних доказів здійснення ефективного контролю можна також виділити факт видачі зброї та боєприпасів підлеглим, вербування та підготовку військових, контроль над фінансами у підрозділі.<sup>170</sup> Поруч з можливістю ініціювати розслідування важливим доказом також є повноваження щодо підвищення підлеглих, їхнє звільнення, накладення дисциплінарних стягнень.<sup>171</sup>

Проте суди також беруть до уваги докази, які суперечать існуванню ефективного контролю над підлеглим.<sup>172</sup> Наприклад, Апеляційна палата МКТЮ у справі Хаджихасановича визнала таким інцидентом невиконання підлеглими наказів,<sup>173</sup> отримання інструкцій або консультацій від інших осіб щодо того, як забезпечити дотримання міжнародних норм,<sup>174</sup> відсутність залучення начальника до військових операцій та звітування про події.<sup>175</sup> У той же час, здатність проводити слідчі дії щодо підлеглих не є достатньою підставою для встановлення ефективного контролю, так само як і непроведення розслідування не є свідченням відсутності повноважень, що було підкреслено МКТЮ у справі проти Галіловича.<sup>176</sup>

<sup>163</sup> Orić, Trial, п. 703.

<sup>164</sup> Orić, Trial, п. 702.

<sup>165</sup> Halilović, Appeal, п. 207.

<sup>166</sup> Halilović, Appeal, п. 60.

<sup>167</sup> Halilović, Appeal, п. 182.

<sup>168</sup> Halilović, Appeal, п. 190.

<sup>169</sup> *Prosecutor v. Halilović*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 16 листопада 2005, IT-01-48-T, п. 58.

<sup>170</sup> *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*(2005), пп. 111, 113, 115, 121.

<sup>171</sup> *Čelebići*, Trial, п. 62; ICTY, *Strugar*, Trial, пп. 406, 408.

<sup>172</sup> *Bemba*, Trial, п. 190.

<sup>173</sup> *Hadžihasanović*, Appeal, п. 225.

<sup>174</sup> *Hadžihasanović*, Appeal, п. 227.

<sup>175</sup> *Hadžihasanović*, Appeal, п. 226.

<sup>176</sup> *Halilović*, Appeal, пп. 177, 182, 194.

Таким чином, ефективний контроль командира над підлеглими є ключовим елементом відповідальності командування і слугує відправною точкою для визначення того, чи можливе взагалі застосування концепції відповідальності командування в конкретному випадку. Проте, щоб оцінити рівень ефективного контролю, не можна лише розглядати сам факт зайняття посади. Щоб довести ефективний контроль, першим кроком є встановлення юридичних та/або фактичних повноважень. Фактична влада може існувати без юридичної посади командира, в той час як юридична влада не завжди свідчить про реальну владу, якщо вона передбачає лише посаду без будь-яких зобов'язань та реальних повноважень. З цієї причини слід завжди досліджувати факти та обставини кожної окремої справи. Ознаки ефективного контролю не ґрунтуються на жодному юридичному тесті, а приклади відповідних ознак можна знайти лише в судовій практиці. Це дозволяє зробити висновок, що визначеного та вичерпного переліку ознак ефективного контролю не існує. При доведенні ефективного контролю необхідно використовувати холістичний підхід для оцінки всіх фактів справи, застосовуючи як загальні принципи міжнародного права, норми МГП та МКП, так і посилаючись на існуючу судову практику.

## 2.2. Вимога обізнаності та бездіяльності командира

Для встановлення вини командира недостатньо лише його посади, хоч вона і є відправною точкою для аналізу. Сторона обвинувачення має довести наявність умислу щодо злочинної бездіяльності. Умисел для відповідальності командира – це двокомпонентний елемент, що включає в себе обізнаність та намір утриматися від покарання або запобігання вчиненню злочину. Такі вимоги до встановлення злочинності діяння є одним із аргументів на користь того, що відповідальність командування є самостійним злочином, який передбачає умисел і конкретне діяння, за яке командир притягується до відповідальності. Його посада ще не є підставою для притягнення до відповідальності за злочини підлеглих.

Вимога щодо обізнаності за міжнародним звичаєвим правом складається з альтернативних вимог. Командир або фактично знав, що підлеглий вчинив або збирається вчинити правопорушення, або мав підстави знати, тобто мав доступ до достатньої інформації про ризик вчинення такого правопорушення з наявних у нього відомостей.<sup>177</sup> Необхідно розрізнати вимогу щодо обізнаності за міжнародним звичаєвим правом та стандартами Римського статуту Міжнародного кримінального суду. Згідно зі звичаєвим міжнародним правом, яке використовувалося трибуналами, командир повинен бути фактично обізнаним про те, що військові вчинили або збираються вчинити правопорушення, або командир мав підстави знати з наявної у нього інформації про можливість такого порушення з боку підлеглих,<sup>178</sup> тоді як відповідно до Римського статуту елемент обізнаності передбачає, що командир знав або повинен був знати про правопорушення.<sup>179</sup> Фактична обізнаність може бути доведена за допомогою прямих або непрямих доказів і повинна свідчити про те, що обвинувачений отримав відповідну інформацію, однак не вчинив жодних дій щодо цього.<sup>180</sup> Стандарт «мав підстави знати» вимагає загальної обізнаності про порушення підлеглими.<sup>181</sup> Якщо порушення ще не відбулося, то така інформація повинна вказувати на високу ймовірність порушень, що було б достатнім для того, аби командир почав вживати заходів для запобігання.<sup>182</sup> Проте факт недбалості щодо отримання інформації, або неможливості отримати інформацію від військ не може бути використаний для доведення стандарту «мав підстави знати».<sup>183</sup> Простими словами, «мав підстави знати» можна пояснити як заборону ігнорування, коли отримано інформацію про

<sup>177</sup> *Čelebići*, Appeal, пп. 223-6; *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 15 березня 2002, IT-97-25-T, п. 94; *Bagilishema*, Appeal, пп. 26-38.

<sup>178</sup> *Čelebići*, Appeal, пп. 223-6; *Krnojelac*, Trial, п. 94; *Bagilishema*, Appeal, пп. 26-38.

<sup>179</sup> International Criminal Court, *Rome Statute of the International Criminal Court*, ухвалено 17 липня 1998, стаття 28.

<sup>180</sup> *Prosecutor v. Tihomir Blaškić*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 березня 2000, IT-95-14-T, п. 308; *Prosecutor v. Zlatko Aleksovski*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 25 червня 1999, IT-95-14/1-T, п. 80.

<sup>181</sup> *Čelebići*, Appeal, п. 236.

<sup>182</sup> *Kordić*, Trial, п. 437; *Čelebići*, Appeal, пп. 238, 241.

<sup>183</sup> *Kordić*, Trial, п. 432; *The Prosecutor vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu*, Trial Chamber. Special Court for Sierra Leone, 20 червня 2007, SCSL-04-16-T, п. 796.

саму лише можливість порушень.<sup>184</sup> Командир у таких ситуаціях повинен почати збирати додаткову інформацію, запитувати звіти, ініціювати зустрічі.<sup>185</sup>

Водночас, згідно з Римським статутом вимагається, щоб військовий командир знав або повинен був знати про те, що його підлеглі скоїли правопорушення.<sup>186</sup> На відміну від вимог звичаєвого права, про які йшлося вище, Римський статут зосереджується не лише на інформації, доступній командирі, а на непрямих ознаках, які вказують на вчинення правопорушення.<sup>187</sup> У цьому сенсі Міжнародний кримінальний суд аналізує не важкодоступні докази щодо обізнаності, а нездатність командира бути поінформованим або вжити розумних заходів для отримання такої інформації, коли обставини вказують на таку необхідність.<sup>188</sup> Тлумачення стандарту гіпотетичної обізнаності за Римським статутом більше стосується недбалості щодо отримання додаткової інформації, а не обов'язку отримувати та аналізувати інформацію від підлеглих як таку, виключно на підставі повноважень командира та його здатності здійснювати ефективний контроль.<sup>189</sup> Окрім того, Римський статут вводить абсолютно інший стандарт обізнаності для інших (цивільних) начальників, вимагаючи від них лише «знати, або свідомо проігнорувати інформацію», що стосувалася вчинення злочину підлеглим.<sup>190</sup> Такий стандарт є вищим за той, що застосовується до військових командирів, і ще більше фокусується на недбалості начальника.<sup>191</sup> Втім, досі залишається нерозрізненим у судовій практиці, як саме ігнорування отриманої інформації про порушення відрізняється від бездіяльності щодо злочину підлеглого, адже така недбалість завжди буде нерозривно пов'язаною між собою. До того ж, ігнорування інформації в більшості випадків передбачатиме, що начальник мав реальні знання про обставини, тобто задовольнив елемент безпосередньої обізнаності.

---

<sup>184</sup> *Čelebići*, Appeal, п. 238.

<sup>185</sup> *Čelebići*, Appeal, пп. 232.

<sup>186</sup> *Rome Statute*, стаття 28(a)(i).

<sup>187</sup> Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, п. 211.

<sup>188</sup> Kai Ambos, "Superior Responsibility", у *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, ред. Antonio Cassese та ін. (Oxford, 2002), 3: 847.

<sup>189</sup> Ambos, "Superior Responsibility", 849.

<sup>190</sup> *Rome Statute*, стаття 28(b)(i).

<sup>191</sup> Ambos, "Superior Responsibility", 852.

Водночас, простого передбачення того, що підлеглі можуть вчинити правопорушення, недостатньо, оскільки під час збройних конфліктів така можливість є постійною і неминучою.<sup>192</sup> По-перше, командир повинен розуміти, яке саме порушення міжнародного гуманітарного права скоїв підлеглий.<sup>193</sup> Крім того, командир повинен знати про елементи цього злочину. Наприклад, якщо мав місце злочин проти людяності, командир повинен також продемонструвати свою обізнаність про широкомасштабний і систематичний характер такого нападу на цивільне населення.<sup>194</sup> По-друге, командир повинен знати, що саме його підлеглі були причетні до правопорушень або вчинили їх.<sup>195</sup> Загальних відомостей про те, що злочин було скоєно в районі бойових дій, розташуванні частини або під час військової операції, недостатньо.<sup>196</sup> Командир не несе відповідальності за злочини інших військовослужбовців, хіба що він діяв як фактичний начальник по відношенню до них.<sup>197</sup> По-третє, командир повинен також знати, що його бездіяльність у відповідь на отриману інформацію є протиправною відповідно до міжнародного права і підіймає необхідність застосування відповідальності командування.<sup>198</sup>

Описаний вище потрібний тест допомагає встановити, що командир володів достатньо точною і конкретною інформацією, а ймовірність вчинення злочину була суттєвою. Командир не може бути притягнутий до відповідальності за загальну поінформованість про ситуацію або лише на підставі своєї посади.<sup>199</sup>

Хронологія подій не менш важлива для встановлення знання. За аналогією з часовими рамками щодо ефективного контролю, обізнаність також має передувати обов'язку діяти. Як було зазначено Апеляційною палатою МКТЮ у декількох рішеннях, такий обов'язок командира може бути реалізований лише після того, як

<sup>192</sup> *Alić*, Trial, п. 48.

<sup>193</sup> *Prosecutor v. Milorad Krnojelac*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 17 вересня 2003, IT-97-25-A, п. 155, 178-9; *Prosecutor v. Mladen Naletilić aka "Tuta", Vinko Martinović aka "Stela"*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 3 травня 2006, IT-98-34-A, п. 114.

<sup>194</sup> *Naletilić*, Appeal, п. 114.

<sup>195</sup> *Orić*, Appeal, пп. 52, 55–60, 169–174.

<sup>196</sup> *Bagilishema*, Appeal, п. 42.

<sup>197</sup> *Blagojević*, Appeal, п. 287.

<sup>198</sup> *Naletilić*, Appeal, п. 117.

<sup>199</sup> Joseph Goldstein та ін., ред., *The My Lai Massacre and Its Cover-Up: Beyond the Reach of Law? The Peers Commission Report With a Supplement and Introductory Essay on the Limits of Law*. (The Free Press, 1976), 467.

йому стало відомо про порушення.<sup>200</sup> З цих тверджень можна зробити висновок, що обов'язок запобігати виникає лише після отримання достатньої інформації про можливе правопорушення, в той час як обов'язок карати виникає лише після моменту вчинення злочину, про що командиром стало відомо. Ці обов'язки не можна застосовувати як взаємозамінні.

Проте найскладнішим завданням є не аналіз елементів обізнаності, а збір доказів для цього. Ситуація багато в чому схожа на процес збору доказів для ефективного контролю, оскільки необхідно буде значною мірою покладатися на загальний контекст ситуації та її відповідні обставини.<sup>201</sup> Найважливіші факти, на які повинні звернути увагу сторони у справі, включають наступні чотири елементи: комунікація з підлеглими та здатність її здійснювати; здатність запитувати та отримувати звіти від підконтрольних військ; ієрархічна структура підрозділу; можливість дізнаватися про вчинені злочини.<sup>202</sup> Важливими доказами є регулярні доповіді підлеглих начальнику не безпосередньо про злочини, а про загальну інформацію про бойові дії; планомірне і послідовне виконання військових операцій за участі командира. Однак доказом може бути не лише документація, а й безпосередня присутність командира. Наприклад, регулярне вчинення злочинів солдатами і присутність командира на місці злочину, відвідування командиром місць, де утримуються цивільні особи.<sup>203</sup>

Відповідальність командування завжди вимагатиме низки елементів, які слід розглядати в цілому або в комбінації.<sup>204</sup> Доведення відповідальності командира нагадує пазл, який потрібно скласти з різних дрібних шматочків інформації, щоб лише в кінці зрозуміти, чи зібрано образ командира, який насправді несе відповідальність за нездатність діяти у відповідь на скоєне правопорушення.

У випадку, коли вимога щодо обізнаності задоволена, можна переходити до встановлення елементу невжиття усіх необхідних та розумних заходів які

---

<sup>200</sup> *Aleksovski*, Appeal, п. 76; *Hadžihasanović*, Appeal, п. 260.

<sup>201</sup> ICRC, Commentary on the Additional Protocols, п. 3545.

<sup>202</sup> *Brima*, Trial, п. 793.

<sup>203</sup> *Prosecutor v. Mladen Naletilić aka "Tuta", Vinko Martinović aka "Stela"*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 31 березня 2003, IT-98-34-T, п. 72.

<sup>204</sup> *Orić*, Trial, п. 319; *Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al.*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 28 лютого 2005, IT-98-30/1-A, п. 156; *Čelebići*, Appeal, п. 239.

знаходяться в його можливостях, щоб запобігти злочину або покарати підлеглих за вчинені правопорушення.<sup>205</sup> Це є третім необхідним елементом для доведення відповідальності командування, який свідчить про порушення командиром свого обов'язку, який виник у нього на підставі здійснення ефективного контролю та обізнаності щодо злочинної поведінки підлеглих. Для доведення такого умислу, у справі «*Hostages Trial*» Суд шукав схвалення незаконних дій підлеглих з боку командира, що включало б як активні акти схвалення, так і пасивні акти непритягнення до відповідальності або покарання.<sup>206</sup> Невжиття командиром заходів має бути подібним до «мовчазної участі» у скоєнні злочину, щоб задовольнити стандарт доведення поза розумним сумнівом.<sup>207</sup> При цьому, буде оцінюватися невиконання саме тих дій, які були в межах фізичних можливостей командира, а не тих, щодо яких у нього існує закріплений юридичний обов'язок.<sup>208</sup> Під необхідними та розумними заходами мається на увазі вжиття тих дій, які були можливими, зважаючи на контекст ситуації і беручи до уваги пропорційність вжитих заходів до тяжкості порушення підлеглим, тобто оцінка буде здійснюватися на підставі кожної окремої ситуації.<sup>209</sup> Практика МКТЮ також свідчить про те, що обов'язок про «запобігання або покарання» не є класичною альтернативною вимогою, а тому не має сприйматися як спектр дій, серед яких командир може обрати, наприклад, покарання підлеглого, хоча він дізнався про злочин ще до або під час його вчинення, допустив його вчинення, і лише потім покарав.<sup>210</sup> Натомість, обов'язок щодо запобігання або покарання має сприйматися як реакція, що залежить від моменту, коли командир став обізнаний про поведінку підлеглого і відображати своєчасну реакцію на злочин.<sup>211</sup> Якщо командир допустив вчинення злочину і покарав підлеглого лише опісля, такі дії все одно будуть підпадати під застосування

---

<sup>205</sup> *Čelebići*, Trial, п. 344.

<sup>206</sup> *United States v. Wilhelm List et al. (Hostage Case)*, US Military Government for Germany, 19 лютого 1948, 1260, [https://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19\\_United\\_States\\_v\\_List1.pdf](https://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf).

<sup>207</sup> *United States v. Wilhelm List et al. (Hostage Case)*, 1286.

<sup>208</sup> *Čelebići*, Trial, п. 395.

<sup>209</sup> *Blaškić*, Trial, пп. 333-334; *The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana*, Trial Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 21 травня 1999, ICTR-95-1-T, п. 231.

<sup>210</sup> *Blaškić*, Trial, п. 336.

<sup>211</sup> *Blaškić*, Trial, п. 336.

відповідальності командування, оскільки командир мав вчинити дії, які спрямовані на запобігання або припинення вчинення злочину.

На основі сформульованої державної практики, вимога щодо умисного невжиття заходів була схвалена Комісією експертів з питань колишньої Югославії. Комісія сформулювала даний елемент як серйозне і «особисте недбальство», вчинене начальником, що свідчить про «свідоме і навмисне» ігнорування наслідків.<sup>212</sup> Даний елемент є важливим в контексті дослідження природи відповідальності командування, адже вказує, на що саме має бути спрямований умисел командира і в чому проявляється його злочинна поведінка.

Зрештою, командир повинен усвідомлювати, що його бездіяльність є злочинною під час збройного конфлікту.<sup>213</sup> Неможливо вимагати від кожного командира однакового обсягу дій для припинення злочину. Командир буде нести відповідальність лише за невчинення тих дій, які він мав можливість застосувати.<sup>214</sup> Це призводить до одного з найскладніших бар'єрів у доведенні відповідальності командира, а саме до презумпції невинуватості. Якщо сторона захисту зможе довести суду сумлінну помилку командира в оцінці ситуації або те, що його нездатність діяти не була умисною, а лише зумовлена обставинами, які не дозволяли йому вчинити будь-які дії щодо запобігання або покарання, такий командир не може бути покараний.<sup>215</sup>

Таким чином, суб'єктивна сторона у відповідальності командира є суворою і нечіткою водночас. Вона вимагає як обізнаності командира щодо правопорушення, так і його умисного рішення утриматися від запобігання або покарання в межах своїх повноважень. Обидва ці поняття не мають єдиного значення, але створюють спектр можливих доказів для доведення суворих вимог поза розумним сумнівом.

---

<sup>212</sup> United Nations Security Council, *Report of the Commission of Experts Established Pursuant to United Nations Security Council Resolution 780* (1994), п. 58.

<sup>213</sup> *United States of America, vs. Wilhelm von Leeb, et al. (High Command Case)*, 545.

<sup>214</sup> *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Appeal Chamber. International Criminal Court (ICC), 8 червня 2018, ICC-01/05-01/08-3636-Red, п. 170.

<sup>215</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 58.

\*\*\*

Аналіз елементів відповідальності командування, які були сформульовані у Першому Додатковому протоколі 1977 року й розтлумачені судовою практикою, дозволяє краще зрозуміти правову природу даної концепції. Як видно з досліджених вище елементів, велика увага приділяється ролі командира, його ієрархічної вищості та можливості здійснювати ефективний контроль над підлеглими. Саме ці умови мають бути досліджені в першу чергу, адже роль командира є передумовою для виникнення у нього зобов'язань щодо слідкуванню за порядком серед підлеглих. Елемент обізнаності засвідчує, що для доведення чи спростування вини недостатньо встановити лише безпосереднє знання командира. Обізнаність в багатьох випадках вимагає від командира активної залученості, ознайомлення зі звітами, спілкування з підлеглими, запитування щодо детальної інформації. Будучи обізнаним про вчинені порушення підлеглими, у командира виникає зобов'язання діяти – відвернути, перепинити або покарати підлеглого за злочин. При цьому злочинний умисел командира має бути спрямований лише на власну бездіяльність, а встановлення умислу щодо злочину підлеглого не вимагається. Такий аналіз дає підстави вважати, що відповідальність командування не є формою співучасті у її класичному розумінні, адже відсутнє суб'єктивне ставлення командира до злочинної дії. Натомість, елементи, що підлягають встановленню, більше свідчать про відповідальність командування як окремий злочин, де об'єктом є правила і звичаї ведення війни, об'єктивною стороною – свідоме допускання вчинення порушення правил і звичаїв ведення війни або непокарання за такі порушення, незважаючи на повноваження, а суб'єктивною стороною – умисел щодо власної злочинної бездіяльності щодо вчиненого порушення, шляхом недотримання своїх повноважень та обов'язків запобігти або зупинити порушення, або вжити заходів для покарання підлеглого. Таким чином, аналіз елементів свідчить про наближеність відповідальності командування до окремого злочину.

### РОЗДІЛ 3

## ОСНОВНІ ПІДХОДИ ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВОЇ ПРИРОДИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ: ФОРМА СПІВУЧАСТІ, ОКРЕМИЙ ЗЛОЧИН ЧИ ОСОБЛИВЕ ПОНЯТТЯ

У даному розділі аналізується судова практика та доктринальні підходи щодо тлумачення природи відповідальності командування та подальшого застосування для доведення вини командира. Особлива увага звертається на можливість доведення причетності командира до злочину, вчиненого підлеглим. Зважаючи на розбіжні правові думки щодо цього питання, виділяється три окремі підходи до відповідальності командування: форми співучасті, окремого злочину або особливого поняття у міжнародному праві.

### 3.1. Відповідальність командування як форма співучасті

Після того, як концепція відповідальності командування була сформульована у Першому Додатковому Протоколі до Женевських конвенцій, її правова природа все ще довгий час залишалася невизначеною. Судді у справах, що стосувалися Другої світової війни, не підходили до вирішення питання природи відповідальності командування настільки детально, оскільки на тому етапі вони не вдавалися у дослідження онтогенезу відповідальності командування. Серед деяких спроб підійти до аналізу природи відповідальності командування як форми співучасті можна згадати лише справи проти Вільгельма Ліста та окрему думку судді з Токійського трибуналу.<sup>216</sup> Так, у справі проти Ліста, аналізуючи поведінку ще одного підсудного в цій справі офіцера Фьорча, суд зазначив, що вчинення злочину підлеглим має бути наслідком дії чи бездіяльності командира, і такий вплив не може презюмуватися лише із обізнаності офіцера.<sup>217</sup> В Токійському трибуналі ж була висловлена схожа думка про те, що необхідно встановити причинно-

<sup>216</sup> B. Röling *ma* C. Rüter, *ред.*, *The Tokyo Judgment. The International Military Tribunal for the Far East: (I.M.T.F.E.) 29 April 1946–12 November 1948. Volumes I and II.* (University Press Amsterdam, 1977), 482, 492.

<sup>217</sup> *Trial of Wilhelm List and Others*, Law Reports of Trials of War Criminals, Том 7, 76–7.

наслідковий зв'язок між бездіяльністю командира та злочином підлеглого, що не є простим завданням, оскільки аналізується поведінка і вплив одразу двох суб'єктів.<sup>218</sup> Однак це можна довести шляхом встановлення того, чи міг командир своїми діями запобігти вчиненню злочину і його шкідливим наслідкам.<sup>219</sup> Така аргументація дозволяє зробити висновок, що відповідальність командування ще на етапі розгляду судових справ після Другої світової війни визначалась ближче до форми співучасті, аніж окремого злочину.

Вперше природу відповідальності командування було детально проаналізовано у 1998 році, в справі, що більше відома як «Справа щодо Челебічі», яка розглядалася Міжнародним кримінальним трибуналом щодо колишньої Югославії. Двоє з підозрюваних, Зейніл Делаліч та Здравко Мучіч були наглядачами в таборі Челебічі, де утримували сербів у період розпаду Югославії.<sup>220</sup> Відповідно до обвинувального акту, Делаліч та Мучіч мали у своєму безпосередньому підпорядкуванні охоронців даного табору, які неодноразово катували ув'язнених та заподіювали їм різного року фізичну та психологічну шкоду.<sup>221</sup> Зважаючи на систематичність такого поводження із ув'язненими, Делаліч та Мучіч знали, або повинні були знати про скоєння даних порушень міжнародного гуманітарного права щодо ув'язнених, втім, не вжили жодних дій щодо цього.<sup>222</sup> За обсягом своїх обов'язків та загальною характеристикою займаних посад, Делаліч і Мучіч підпадали під поняття «командирів» під час своєї служби в таборі Челебічі, а тому МКТЮ проаналізував застосування до них концепції відповідальності командування. Зважаючи на те, що на той момент ця концепція не застосовувалася уже півстоліття,<sup>223</sup> тобто з моменту завершення трибуналів щодо Другої світової війни, МКТЮ довелося здійснювати свій аналіз з самого початку.

---

<sup>218</sup> Röling та Rüter, *The Tokyo Judgment. The International Military Tribunal for the Far East: (I.M.T.F.E.) 29 April 1946–12 November 1948. Volumes I and II*, 482, 492.

<sup>219</sup> Röling та Rüter, *The Tokyo Judgment. The International Military Tribunal for the Far East: (I.M.T.F.E.) 29 April 1946–12 November 1948. Volumes I and II*, 482, 492.

<sup>220</sup> *Čelebići*, Trial, п. 21.

<sup>221</sup> *Čelebići*, Trial, п. 21.

<sup>222</sup> *Čelebići*, Trial, п. 21.

<sup>223</sup> *Čelebići*, Trial, п. 340.

Варто зазначити, що формулювання відповідальності командування у Статуті МКТЮ значною мірою відрізняється від формулювання відповідних статей у Першому Додатковому протоколі, а також у Римському Статуті. У Статуті МКТЮ, підстави для притягнення до відповідальності командирів сформульовано у статті 7(3):<sup>224</sup>

Стаття 7

Індивідуальна кримінальна відповідальність

[...]

3. Той факт, що будь-яке з діянь, зазначених у статтях 2–5 цього Статуту, було вчинено підлеглим, не звільняє його начальника від кримінальної відповідальності, якщо він знав або мав підстави знати, що підлеглий збирався вчинити такі діяння або вже вчинив їх, і начальник не вжив необхідних і розумних заходів для запобігання таким діянням або покарання винних.

[...]. (Переклад – мій, Бакай К.А.)

Водночас, стаття 7(1) встановлює загальні підстави для притягнення до індивідуальної кримінальної відповідальності, якщо особа спланувала, підбурювала, наказала, вчинила, або іншим способом посприяла плануванню, підготовці або скоєнню грубих порушень Женевських конвенцій від 1949 року, звичаїв і правил ведення війни, геноциду, злочинів проти людяності.<sup>225</sup> Тобто можна вважати, що усі можливі форми співучасті передбачені у першій частині даної статті, оскільки в другій частині цієї статті йдеться уже про незастосування персональних імунітетів державних службовців та очільників держав чи урядів за вчинення вищезазначених злочинів.<sup>226</sup> Зважаючи на це, не можна стверджувати, що стаття 7 Статуту МКТЮ спрямована суто на визначення форм співучасті. Третя частина цієї статті не привносить більшої визначеності щодо загального змісту статті, оскільки там йдеться про те, що якщо підлеглий вчинив злочин, начальник не звільняється від кримінальної відповідальності якщо він знав або мав підстави знати, що підлеглий збирається вчинити такі дії або вже вчинив їх, а начальник не вжив необхідних і розумних заходів для запобігання таким діям або для покарання винних осіб.<sup>227</sup> Незрозуміло, від якої саме кримінальної відповідальності не звільняється командир, оскільки відсутня безпосередня вказівка на те, що він буде

<sup>224</sup> *Statute of the ICTY*, стаття 7(3).

<sup>225</sup> *Statute of the ICTY*, стаття 7(1).

<sup>226</sup> *Statute of the ICTY*, стаття 7(1).

<sup>227</sup> *Statute of the ICTY*, стаття 7(1).

нести відповідальність за той же злочин, що вчинив його підлеглий. Це також не впливає зі статті 7(1) Статуту МКТЮ, оскільки командир не є безпосередньо причетним до вчинення такого злочину у будь-якій згаданій формі участі чи співучасті.

Як зазначає МКТЮ в рішенні Судової палати щодо Челебічі, стаття 7(3) Статуту МКТЮ не відображає концепції відповідальності командування, а лише інкорпорує відповідні принципи у дане положення.<sup>228</sup> Ймовірно, мається на увазі те, що ця стаття не відображає змісту статей 86 і 87 Першого Додаткового протоколу до Женевських конвенцій, оскільки у ній йдеться не лише про обов'язок командира слідкувати за дотриманням звичаїв і правил ведення війни серед своїх підлеглих, а встановлюється кримінальна відповідальність за вчинене порушення. Втім, МКТЮ не надав роз'яснення щодо того, що саме від розуміє під концепцією відповідальності командування і чим вона відрізняється від того, що зазначається у статті 7(3) МКТЮ.

МКТЮ у своєму рішенні щодо Челебічі підходить до відповідальності командирів в цілому, зазначаючи, що вона буває «безпосередня» і «опосередкована».<sup>229</sup> Безпосередня відповідальність охоплює усі активні дії командира, що спрямовані на вчинення злочину, а опосередкована відповідальність командування настає у випадку злочинної бездіяльності.<sup>230</sup> МКТЮ зазначає, що основна відмінність між даними формами відповідальності полягає в тому, що якщо безпосередня відповідальність командира настає внаслідок активної дії, що і становить зв'язок із злочином, то опосередкована відповідальність настає через те, що командир не дотримався свого обов'язку вчинити певні дії.<sup>231</sup> Використовуючи звернення до практики трибуналів після Другої світової війни, формулювань у Першому Додатковому протоколі, а також національних регулюваннях, МКТЮ встановлює, що командир є відповідальним саме за злочини своїх підлеглих, які були вчинені внаслідок того, що командир не зміг виконати

---

<sup>228</sup> *Čelebići, Trial*, п. 331.

<sup>229</sup> *Čelebići, Trial*, п. 333.

<sup>230</sup> *Čelebići, Trial*, п. 333.

<sup>231</sup> *Čelebići, Trial*, п. 333.

належним чином свій обов'язок, який сформульований у статті 86 Першого Додаткового протоколу.<sup>232</sup> Таким чином, в даному рішенні МКТЮ прослідковується бажання Трибуналу розглядати відповідальність командування через призму форми співучасті, не вдаючись у аналіз того, чи могло би невиконання обов'язків бути окремим злочином. Втім, таке питання не підіймалося, адже Статут МКТЮ чітко визначає перелік діянь, які переслідуються даним Трибуналом, і бездіяльності командира серед таких дій не було. Водночас Трибунал не визначає, яким чином співвідноситься відповідальність командира із зазначеними формами відповідальності у статті 7(1) Статуту, і чи вважається командир виконавцем злочину, який вчинив його підлеглий. Важливий нюанс, на який варто звернути увагу, це те, що на момент формулювання даного судового рішення, уже було складено Римський Статут,<sup>233</sup> в якому відповідальність командування носить характер саме форми співучасті, а не окремого злочину, що також могло вплинути на сформульований висновок.<sup>234</sup>

МКТЮ в справі щодо Челебічі визнає, що для настання відповідальності командира, передумовою є вчинення одного з тих злочинів, що перелічені в статтях 2-5 Статуту.<sup>235</sup> Окрім того, Трибунал аналізує необхідність встановити причинно-наслідковий зв'язок між бездіяльністю командира та вчиненням злочину.<sup>236</sup> Саме це питання стане центральним у всіх суперечках щодо природи відповідальності командування.

В справі щодо Челебічі Трибунал встановив, що причинно-наслідковий зв'язок справді є важливим принципом кримінального права, однак немає жодних підтверджень тому, що він становить один із елементів відповідальності командування.<sup>237</sup> Незрозуміло, чому Трибунал аналізує це через призму тих елементів, які були сформульовані в звичаєвому праві чи доктрині, а не досліджує саму суть настання відповідальності за вчинений злочин та принцип індивідуальної

---

<sup>232</sup> *Čelebići, Trial*, п. 340.

<sup>233</sup> *Čelebići, Trial*, п. 342.

<sup>234</sup> *Rome Statute*, стаття 28(2).

<sup>235</sup> *Čelebići, Trial*, п. 346.

<sup>236</sup> *Čelebići, Trial*, п. 347.

<sup>237</sup> *Čelebići, Trial*, п. 398.

відповідальності. Втім, Трибунал стверджує, що певний зв'язок між бездіяльністю та вчиненим злочином, все ж, вимагається, в тому сенсі, що якби командир здійснив активну дію з відвернення злочину, то його б не сталося.<sup>238</sup> Водночас такий зв'язок не вимагається між відсутністю покарання та уже вчиненим злочином, тож загальний висновок Трибуналу такий, що причинно-наслідковий зв'язок у його класичному розумінні для відповідальності командування не вимагається.<sup>239</sup> Варто також зазначити, що таким міркуванням Трибунал, фактично, підтримав аргументацію Сторони обвинувачення у даній справі, які також стверджували про відсутність вимоги причинно-наслідкового зв'язку,<sup>240</sup> адже зрозуміло, що вони б не змогли його довести, бо відповідальність командування не передбачає можливості зібрати докази, які би підтверджували таку інформацію. Апеляційна палата не відходить від цього тлумачення в своєму рішенні щодо Челебічі і встановлює, що доведення ефективного контролю над підлеглими і визначає цю можливість командира відвернути вчинення злочинів його підлеглими, а якщо він не зможе цього зробити, то буде нести таку ж відповідальність, як і виконавець злочину.<sup>241</sup>

В наступних справах МКТЮ дещо розширює своє тлумачення відповідальності командування, виходячи з текстуального тлумачення Статуту МКТЮ та аргументації сторін. В справі проти Златко Алексовскі, Трибунал прирівнює ті форми співучасті, що перелічені в статті 7(1) Статуту (а саме планування, підбурювання, відання наказу, вчинення, або іншого способу сприяння плануванню, підготовці або скоєнню злочину) до бездіяльності командира, таким чином встановлюючи, що через особливість суб'єкта, в даному разі підставою для індивідуальної відповідальності виступає невиконання своїх власних обов'язків.<sup>242</sup> В справі Блашкіча, МКТЮ зайняв таку ж позицію, як і в справах щодо Челебічі та Алексовскі, відкинувши аргументи сторони захисту про те, що нездатність командира виконати свої обов'язки вплинула на вчинення злочину підлеглим, або

---

<sup>238</sup> *Čelebići*, Trial, п. 399.

<sup>239</sup> *Čelebići*, Trial, п. 400.

<sup>240</sup> *Čelebići*, Trial, п. 397.

<sup>241</sup> *Čelebići*, Appeal, п. 198.

<sup>242</sup> *Aleksovski*, Trial, п. 67.

що такий злочин був безпосереднім результатом бездіяльності командира.<sup>243</sup> В справі проти Блашкіча варто звернути увагу, що МКТЮ уже навіть не робить спроб пояснити, чому відповідальність командування є особливою формою співучасті, що не вимагає доведення навіть мінімального причинно-наслідкового зв'язку, як це вимагається щодо «активних» форм співучасті.

Найближче у своєму визначенні відповідальності командування як форми співучасті Трибунал підійшов у справі проти Хаджіхасановіча. Трибунал встановив, що для встановлення відповідальності командира необхідний «відповідний та суттєвий» зв'язок між скоєним злочином та бездіяльністю командира.<sup>244</sup> Як пояснює Трибунал, бездіяльність командира мала створити або збільшити реальний і передбачуваний ризик вчинених злочинів, і командир має добровільно прийняти такий ризик, який пізніше матеріалізується у вчиненні злочинів підлеглим.<sup>245</sup> Створюючи такий ризик, командир у свою чергу відіграє значну роль у вчиненні злочину.<sup>246</sup> Найцікавіше, що на думку МКТЮ, такий зв'язок командира і вчинюваного злочину презюмується і не підлягає доведенню стороною обвинувачення, а навпаки має бути спростованим стороною захисту.<sup>247</sup> Тобто тягар доказування в такому випадку переходить на сторону захисту, що не є притаманним кримінальному праву, однак Трибунал жодним чином не пояснює, чому в даному випадку створення такого ризику презюмується. Ймовірно, така аргументація засновується на тому, що створення ризику в даному випадку пов'язано одночасно з особою «командира» та його здійсненням «ефективного контролю» над підлеглими, що і тягне за собою створення такого ризику.

Значний внесок у застосування відповідальності командування як форми співучасті вносить Римський статут і рішення «*Прокурор проти Бемби*», яке було розглянуто Міжнародним кримінальним судом. Саме завдяки оригінальному підходу Міжнародного кримінального суду до встановлення причинно-наслідкового зв'язку закріпилося сприйняття та імплементація у національні

---

<sup>243</sup> *Blaškić*, Trial, п. 293.

<sup>244</sup> *Hadžihasanović*, Trial, п. 192.

<sup>245</sup> *Hadžihasanović*, Trial, п. 193.

<sup>246</sup> *Hadžihasanović*, Trial, п. 193.

<sup>247</sup> *Hadžihasanović*, Trial, п. 193.

законодавства відповідальності командування саме як форми участі у злочині, а не окремого злочину.

У Римському статуті Міжнародного кримінального суду, стаття 28, що встановлює відповідальність командирів, знаходиться у Розділі 3, який стосується загальних принципів кримінального права. Таке розміщення не дозволяє одразу зробити висновок про те, що буде йтися про форму співучасті, однак одразу можна презюмувати те, що відповідальність командування не потрапила до переліку злочинів, що належать до юрисдикції Міжнародного кримінального суду, а тому становить або загальний принцип, або окрему форму співучасті. Аналізуючи текст статті 28 Римського статуту, можна визначити декілька маркерів, які встановлюють, що тут відповідальність застосовується як форма співучасті командира у злочині підлеглого:<sup>248</sup>

### **Стаття 28**

#### **Відповідальність командирів та інших начальників**

На додаток до інших підстав кримінальної відповідальності за цим Статутом за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду:

1. Військовий командир або особа, яка фактично виконує функції військового командира, несе кримінальну відповідальність за злочини, що підпадають під юрисдикцію Суду, вчинені силами, які перебувають під його ефективним командуванням і контролем або, залежно від обставин, під його ефективною владою і контролем, внаслідок неналежного здійснення ним контролю над такими силами, якщо:

- (а) цей військовий командир або особа знали або, з огляду на обставини на той час, повинні були знати, що ці сили вчиняють або збираються вчинити такі злочини; та
- (б) цей військовий командир або особа не вжили всіх необхідних і розумних заходів, що були в їхніх силах, щоб запобігти вчиненню таких злочинів або придушити їх, або передати справу до компетентних органів для розслідування та притягнення до відповідальності.

[...]. (Переклад – мій, Бакай К.А.)

Зокрема в преамбулі статті зазначається, що вона застосовується «на додаток до інших підстав кримінальної відповідальності»,<sup>249</sup> тобто тих, що зазначені у статті 25 Римського статуту і встановлюють такі форми як виконання, наказування, пособництво та інші форми співучасті.<sup>250</sup> Також в преамбулі статті 28 Римського статуту зазначається, що відповідальність настає за злочини, які віднесені до

<sup>248</sup> *Rome Statute*, стаття 28.

<sup>249</sup> *Rome Statute*, стаття 28.

<sup>250</sup> *Rome Statute*, стаття 25.

юрисдикції даного Суду,<sup>251</sup> тобто до воєнних злочинів, злочинів проти людяності, геноциду та злочину агресії, як це встановлюється у 5 статті Римського статуту.<sup>252</sup> Підтвердженням цього також є формулювання у частині 1 статті 28 Римського статуту, за якою командир несе відповідальність за злочини, що вчинені його військовослужбовцями, що були вчинені як наслідок нездатності належним чином здійснювати контроль над своїми силами.<sup>253</sup> Навіть виходячи з текстуального тлумачення норми, що закріплює відповідальність командування у Римському статуті, уже можна очікувати, що вона була сконструйована таким чином, аби застосовуватися як форма кримінально-правової відповідальності за вчинені злочини. Це підтверджується і судовою практикою Міжнародного кримінального суду.

Міжнародний кримінальний суд детально проаналізував застосування відповідальності командування у справі проти Жан-П'єра Бемби Гомбо. Жан-П'єр Бемба був очільником Визвольного руху Конго і діяв як командир відносно учасників цього руху, здійснюючи ефективний контроль над ними. Під час неміжнародного збройного конфлікту, його підлеглі вчиняли злочини проти людяності вбивства та зґвалтування, а також воєнні злочини вбивства, зґвалтування та розграбування у Центральноафриканській Республіці.<sup>254</sup> В даній справі Бемба переслідувався за співучасть у вчиненні даних злочинів, і також за концепцією відповідальності командування.<sup>255</sup> При цьому, Міжнародний кримінальний суд зазначив, що відповідальність командування може бути встановлена лише у тому випадку, якщо будуть відсутні достатні докази відповідальності Бемби за статтею 25(3)(а) Римського статуту як співучасника.<sup>256</sup> Це важливе твердження для дослідження природи відповідальності командування загалом, оскільки воно встановлює, що доведення відповідальності командування носить додатковий характер, коли відсутні докази, які би дозволили встановити безпосередню

---

<sup>251</sup> *Rome Statute*, стаття 28.

<sup>252</sup> *Rome Statute*, стаття 5.

<sup>253</sup> *Rome Statute*, стаття 28(1).

<sup>254</sup> *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Pre-Trial Chamber. International Criminal Court (ICC), 15 червня 2009, ICC-01/05-01/08, п. 446.

<sup>255</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 402.

<sup>256</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 402.

причетність командира. Було б логічно також зазначити, що в такому разі відповідальність командування не вимагає встановлення причинно-наслідкового зв'язку, адже його, швидше за все, також неможливо буде довести. Однак Міжнародний кримінальний суд встановлює свій окремий підхід до доведення причетності командира в такому випадку.

Як було ще раніше встановлено МКТЮ, в справі проти Бемби (на досудовому етапі) МКС наголошує на відмінності відповідальності командування від інших форм співучасті, адже вона настає за невиконання власного правомірного обов'язку вчинити певні дії із відвернення злочину, зважаючи на свій статус командира.<sup>257</sup>

МКС встановив, що преамбула статті 28 Римського статуту справді вимагає, щоб злочин підлеглого був вчинений в результаті бездіяльності командира, що своєю чергою встановлює вимогу щодо доведення причинно-наслідкового зв'язку між даними діями.<sup>258</sup> Втім, такий причинно-наслідковий зв'язок не повинен застосовуватися до обов'язку припинити злочин або передати його до компетентних органів для розслідування і покарання, адже такий обов'язок виникає вже після вчинення злочину.<sup>259</sup> Тож вимога щодо встановлення причинно-наслідкового зв'язку буде поширюватися лише на обов'язок запобігання вчиненню злочину, тоді як щодо двох інших обов'язків може йтися лише про ймовірне збільшення ризику вчинення нових злочинів у майбутньому.<sup>260</sup> Дана інтерпретація дещо суголосна з підходом МКТЮ у справі проти Хаджіхасановича.<sup>261</sup>

Зважаючи на те, що стаття 28 Римського статуту не встановлює, який саме причинно-наслідковий зв'язок має існувати між бездіяльністю командира і вчиненням злочину, Міжнародний кримінальний суд пропонує використовувати спеціальний тест «*якби не*» для встановлення такого зв'язку.<sup>262</sup> Відповідно до цього тесту, необхідно перевірити гіпотезу про те, що *якби командир не порушив свій обов'язок щодо вжиття розумних і необхідних заходів для запобігання злочинам*, то

---

<sup>257</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 405.

<sup>258</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 423.

<sup>259</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 424.

<sup>260</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 424.

<sup>261</sup> *Hadžihasanović*, Trial, п. 193.

<sup>262</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 425.

такі злочини не настали б.<sup>263</sup> Водночас МКС визнає, що неможливо з точністю дослідити наслідки такої гіпотетичної ситуації, оскільки в даному випадку відсутній безпосередній зв'язок між злочином і бездіяльністю.<sup>264</sup> Тож для доведення відповідальності командування буде достатньо довести лише те, що бездіяльність командира збільшила ризик вчинення тих злочинів, які вчинили його підлеглі, і за які переслідується сам командир.<sup>265</sup> Таким чином, ми можемо прослідкувати, що Міжнародний кримінальний суд здійснив спробу створити свій спеціальний тест для встановлення причинно-наслідкового зв'язку, але дійшов до таких же висновків, як і МКТЮ у справі Хаджіхасановіча, зосередившись на збільшенні ризику скоєння злочинів внаслідок бездіяльності.

Судова палата МКС підтвердила аргументацію досудової палати у справі проти Бемби, встановивши, що стаття 28 Римського статуту не вимагає застосування тесту «якби не»,<sup>266</sup> оскільки таку гіпотетичну оцінку ситуації неможливо застосувати послідовно та об'єктивно.<sup>267</sup> Звісно, застосування такого тесту однозначно задовольнило б встановлення причинно-наслідкового зв'язку, однак норма права не вимагає доведення цього елемента в такій формі.<sup>268</sup> Така інтерпретація Суду схиляє до думки, що відповідальність командування сприймається як особлива форма співучасті у вчиненні злочину, де причинно-наслідковий зв'язок не потребує окремого доведення, оскільки він впливає з великої кількості інших елементів, необхідних для встановлення, щоб притягнути командира до відповідальності за злочини його підлеглих. Всі ці обставини та елементи в сукупності і створюють причетність командира до скоєного злочину. Однак Суд не зазначає цього прямо у своїх рішеннях, навіть незважаючи на те, що згадує загальний принцип кримінального права, відповідно до якого особа не може нести індивідуальну кримінальну відповідальність за злочин, до якого вона не є особисто причетною.<sup>269</sup> Проте немає жодних сумнівів, що відповідальність

---

<sup>263</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 425.

<sup>264</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 425.

<sup>265</sup> *Bemba*, Pre-Trial, п. 425.

<sup>266</sup> *Bemba*, Trial, п. 211.

<sup>267</sup> *Bemba*, Trial, п. 212.

<sup>268</sup> *Bemba*, Trial, п. 213.

<sup>269</sup> *Bemba*, Trial, п. 211.

командування розглядається саме як форма співучасті, а не щось інше, відображаючи особливий контроль командира над своїми підлеглими.<sup>270</sup>

Хоч Апеляційна палата у справі проти Бемби не аналізувала питання права, а зосередилася виключно на фактах, змістовною для ознайомлення є Окрема думка суддів Ван ден Вінгарта і Моррісона.<sup>271</sup> Ця окрема думка відкриває завісу того, чому Міжнародному кримінальному суду не вдалося належним чином сформулювати вимогу причинно-наслідкового зв'язку для даної форми співучасті, хоч вона і впливає з текстуального тлумачення статті 28 Римського статуту.<sup>272</sup> Виявляється, судді в даній справі розділилися у своїх міркуваннях щодо того, в якому ж форматі має бути доведений такий зв'язок, і більшість суддів не підтримала аргумент того, що варто розглядати гіпотетичну ситуацію того, що якби командир втрутився і виконав свій обов'язок, то злочин би не був вчинений.<sup>273</sup> Однак такий причинно-наслідковий зв'язок мав би застосовуватися до усіх форм обов'язків командира, тобто і до припинення та передачі інформації про скоєний злочин до компетентних органів для розслідування, але це не видається можливим, адже причинно-наслідковий зв'язок не може виникнути постфактум.<sup>274</sup> Це працювало б лише в тому випадку, якби унеможлиблювалася відповідальність командира за перший злочин із серії злочинів підлеглих, на які він не зміг зреагувати після їхнього вчинення, проте право не встановлює цієї вимоги,<sup>275</sup> адже тоді такий зв'язок поширювався би лише на всі наступні злочини, які б вчиняли підлеглі з розумінням про те, що їм не будуть перешкоджати.<sup>276</sup> Це поклало би на сторону обвинувачення тягар довести те, що підлеглі знали про попередній або перший злочин, бездіяльність командира щодо такого злочину, і саме через ці обставини підлеглі вирішили вчинити новий злочин.<sup>277</sup> Судді також критикують підхід, який встановлює, що бездіяльність командира збільшує ризик щодо вчинення злочину його підлеглими. Ризик не може

---

<sup>270</sup> *Bemba*, Trial, пп. 171, 172.

<sup>271</sup> *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Appeal Chamber. International Criminal Court (ICC). Separate Opinion of Judge Van den Wyngaert and Judge Morrison., 8 червня 2018, ICC-01/05-01/08-3636-Anx2.

<sup>272</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 51.

<sup>273</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 51.

<sup>274</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 52.

<sup>275</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 52.

<sup>276</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 54.

<sup>277</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 53.

бути збільшеним через бездіяльність командира, оскільки він уже існує, впливаючи з умислу підлеглого на вчинення такого злочину.<sup>278</sup> Дії, які вимагаються від командира, покликані на те, щоб зменшити вже наявний ризик, але не навпаки.<sup>279</sup> Лише такий підхід до тлумачення статті 28 Римського статуту буде узгоджуватися із вимогою вузького тлумачення, як того вимагає Римський статут у статті 22(2).<sup>280</sup>

Ймовірно, що визнавши відповідальність командування формою кримінально-правової відповідальності, Міжнародний кримінальний суд був змушений розмірковувати над такими елементами, які не є притаманними для цієї особливої форми. Встановлення причинно-наслідкового зв'язку між бездіяльністю особи і вчиненням злочину іншою особою видається занадто ідеалістичним підходом та побажанням, яке не є реалістичним у таких ситуаціях. Однак судді були обмежені статтею 22(2) Римського статуту, яка зобов'язує їх до звуженого тлумачення, а тому вони зверталися передусім до тексту статті 28 Римського статуту та попередньої судової практики. В жодному з цих інструментів не йшлося про вимогу встановлювати причинно-наслідковий зв'язок, але від цього відповідальність командування не переставала бути формою співучасті.

Варто також розуміти, що Римський статут не відображає міжнародного звичаєвого права, про що неодноразово згадують судді Міжнародного кримінального суду.<sup>281</sup> Тож хоч звичаєвий характер відповідальності командування і підтверджується практикою держав, але вимогу щодо встановлення причинно-наслідкового зв'язку МКС встановлював, виходячи з тексту власного документу, а не з тлумачення підготовчих робіт до Першого Додаткового протоколу до Женевських конвенцій, чи інших джерел права.<sup>282</sup>

Якщо ж звернутися до практики держав, то відповідальність командування визнавалася як окрема форма співучасті у таких країнах як Франція<sup>283</sup> і Велика

<sup>278</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 55.

<sup>279</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 55.

<sup>280</sup> *Bemba*, Appeal, Separate opinion Judge Christine Van den Wyngaert and Judge Howard Morrison, п. 56.

<sup>281</sup> *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Trial Chamber. International Criminal Court (ICC). Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner, 21 березня 2016, ICC-01/05-01/08-3343-AnxI, п. 6.

<sup>282</sup> *Bemba*, Trial, Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner, п. 6.

<sup>283</sup> France, *Ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre*, ухвалено 28 серпня 1944, Стаття 4.

Британія.<sup>284</sup> Положення у законодавстві Франції щодо відповідальності командування, зважаючи на те, що воно було сформульоване ще у 1944 році, може відображати те розуміння даної концепції, яке існувало на етапі його зародження. Так, відповідно до статті 4 Наказу про боротьбу з воєнними злочинами, якщо ієрархічні начальники підлеглого не можуть бути притягнені до відповідальності як співвиконавці злочину, тоді вони можуть бути переслідувані як співучасники в тій мірі, в якій вони організували або толерували злочини своїх підлеглих.<sup>285</sup> Пізніше такий підхід був відображений і у Кримінальному кодексі Франції.<sup>286</sup> Таке формулювання не можна зустріти у жодному міжнародному документі, однак воно відображає одразу декілька важливих моментів. Перший стосується того, що спершу завжди аналізується безпосередня причетність командира до вчинення злочину, а саме його співвиконавство, віддання наказу чи інша безпосередня форма співучасті. Лише за неможливості встановити такі обставини, запасним шляхом є звернення до концепції відповідальності командування, яка дозволяє встановити опосередковану причетність. Другий важливий момент стосується того, що відповідальність командування розглядається як форма співучасті, що наближена до співучасті шляхом толерування виконання злочину. Відповідальність командирів за злочини їхніх підлеглих, де командир визнається винуватим у такому злочині в разі невиконання свого обов'язку щодо запобігання чи покарання, також міститься у законодавстві таких держав як Сполучені Штати Америки,<sup>287</sup> Австралія,<sup>288</sup> Бангладеш,<sup>289</sup> Філіппіни,<sup>290</sup> Південна Африка.<sup>291</sup> Загалом, встановлення співучасті командира у злочині, який вчинив його підлеглий, більше притаманний англо-американській правовій сім'ї,<sup>292</sup> зважаючи на той істотний вплив, який мала справа

<sup>284</sup> United Kingdom, Regulation 8(ii) of the British Royal Warrant of 14 June 1945 (Army Order 81/45) for military courts; UK, ICC Act, 2001, as amended in 1 September 2009, секція 65.

<sup>285</sup> France, *Ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre*, Стаття 4.

<sup>286</sup> France, *Penal Code*, 1992, as amended in 2010, Article 462-7.

<sup>287</sup> United States, *Military Commissions Act*, 2009, п. 950q.

<sup>288</sup> Australia, *Criminal Code Act*, 1995, as amended to 2007, Chapter 8, пп. 268.115, 379.

<sup>289</sup> Bangladesh, *International Crimes (Tribunal) Act*, 1973, секція 4(2).

<sup>290</sup> Philippines, *Act on Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide, and Other Crimes Against Humanity*, 2009, секція 10.

<sup>291</sup> South Africa, *Implementation of the Geneva Conventions Act*, 2012, секції 5(1)–(4), 6(1)–(2) and (4).

<sup>292</sup> Darryl Robinson, "How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, Its Obfuscation, and a Simple Solution", *Melbourne Journal of International Law* 13, № 1 (2012): 8.

Ямашіти, слугуючи першим правовим прецедентом, хоча наразі через ратифікацію країнами Римського статуту, таке розуміння поширилось і на романо-германські системи.

На даному етапі розвитку міжнародного кримінального права, відповідальність командування знаходить своє відображення саме як форма співучасті за встановлені міжнародні злочини. Як зазначала суддя Озакі з Міжнародного кримінального суду у справі проти Бемби, відповідальність командування як окремий злочин не зміг би досягнути того рівня тяжкості, який вимагається для усіх міжнародних злочинів, оскільки сама по собі бездіяльність командира не завжди завдає шкоди під час збройного конфлікту, в той час як МКС має сфокусуватися на найбільш серйозних порушеннях міжнародного порядку, а не на простому невиконанні обов'язків командира.<sup>293</sup> Найбільшою проблемою в підході до відповідальності командування як форми співучасті залишається те, що загальні принципи кримінального права вимагають причетності особи до злочину. І всі намагання вписати відповідальність командування до такої вимоги наразі не увінчалися успіхом, оскільки у міжнародній спільноті відсутній консенсус про те, чи має бути встановлена така причетність командира до вчиненого злочину, чи існує причинно-наслідковий зв'язок між його бездіяльністю та злочином підлеглого, а якщо й існує, то в якій саме формі він має бути відображений.

### 3.2. Відповідальність командування як окремий злочин

Зважаючи на особливу природу відповідальності командування, її відображення через накладення обов'язку на командира, якого він зобов'язаний дотримуватися, а також існування окремої об'єктивної та суб'єктивної сторони, яка підлягає доведенню щодо кожної окремої бездіяльності командира, в додаток до доведення складу злочину підлеглого, багато суддів та науковців схильні вважати, що відповідальність командування становить окремий злочин невиконання

---

<sup>293</sup> *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo*, Trial Chamber. International Criminal Court (ICC). Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki, 21 березня 2016, ICC-01/05-01/08-3343-AnxI, п. 5.

командиром своїх обов'язків. У даній частині буде проаналізовано випадки, коли відповідальність командування застосовувалась або інтерпретувалась як окремий злочин, а також те, як це впливає на її доведення.

Формулювання відповідальності командування у статті 7(3) Статуту Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії надавало можливість для тлумачення цієї концепції як окремого злочину, тож саме МКТЮ у низці своїх рішень сформулював погляд на те, чому командир несе відповідальність саме за свою бездіяльність, а не за злочин підлеглого.

У справі МКТЮ проти Галіловича було проаналізовано злочини, а саме вбивства цивільних осіб, що трапилися під час виконання операції Боснії та Герцеговини «Неретва-93», яка відбулася під командуванням Сефера Галіловича.<sup>294</sup> Перш за все, в даному рішенні Трибунал не стверджує, що відповідальність командування як підстава притягнення до відповідальності має звичайний характер у міжнародному праві, оскільки спершу вона була тісно пов'язана із зобов'язанням держав забезпечувати дотримання норм і звичаїв війни, а тогочасні судові рішення не надавали однозначної характеристики цій концепції.<sup>295</sup> Більше того, якщо звернутися до першої кодифікації концепції відповідальності командування у Першому Додатковому протоколі до Женевських конвенцій, то санкції накладаються саме за невиконання обов'язку, а не за злочин.<sup>296</sup> Роз'яснення Генерального Секретаря також не надало правової визначеності для правильного тлумачення відповідальності командування відповідно до Статуту МКТЮ, оскільки містило формулювання, що командир несе відповідальність за нездатність запобігти злочину або припинити протиправну поведінку підлеглого, що може бути розтлумачено по різному.<sup>297</sup> Таким чином, в даному рішенні МКТЮ відходить від тлумачення у справі щодо Челебічі, і встановлює, що відповідальність командування є відповідальністю за бездіяльність щодо тих обов'язків, які

---

<sup>294</sup> *Halilović, Trial*, п. 2.

<sup>295</sup> *Halilović, Trial*, п. 42.

<sup>296</sup> *Halilović, Trial*, п. 49.

<sup>297</sup> *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808. UN doc. S/25704* (United Nations, 1993), 15.

накладені на командира відповідно до міжнародного права.<sup>298</sup> Це означає, що командир не несе таку ж відповідальність за скоєний злочин, як його підлеглі, а радше він є відповідальним за власну бездіяльність через злочини, вчинені підлеглими.<sup>299</sup> Зважаючи на це, покарання командира має бути пропорційним до тяжкості вчиненого злочину, але не таке, що наступило би, якби він самостійно вчинив цей злочин.<sup>300</sup> Відповідно, причинно-наслідковий зв'язок в такому разі також не буде вимагатися, адже це призвело би до видозмінення підстави притягнення командира до відповідальності, а саме встановлення його залученості до вчинення злочину,<sup>301</sup> що не відповідає концепції відповідальності командування ані в звичаєвому міжнародному праві, ані в статуті МКТЮ. В даному випадку МКТЮ не намагався суперечити загальному принципу кримінального права щодо причетності, але також і не намагався вписати відповідальність командування у рамки форм співучасті, розмірковуючи про можливість збільшення ризику щодо вчинення злочину підлеглим внаслідок бездіяльності командира. Такий підхід відобразив звужене тлумачення, яке застосовується у кримінальному праві, а також був підтриманий у деяких наступних справах МКТЮ.

До прикладу, у справі проти Оріча, МКТЮ зазначив, що командири несуть кримінальну відповідальність за нездатність припинити або покарати за злочини, вчинені підлеглими,<sup>302</sup> і через це не можна вважати, наче командир вчинив злочин особисто, а радше порушив своє зобов'язання щодо такого злочину.<sup>303</sup> В даному рішенні Трибунал доповнює свої твердження зі справи проти Галіловича, зазначаючи, що якщо для відповідальності командира вимагатиметься встановлення причинно-наслідкового зв'язку, тоді це завадить розрізненню між безпосередньою участю у вчиненні злочину та порушенням командиром своїх обов'язків.<sup>304</sup> В такому разі, відповідальність командування втратить свою суть як окремої концепції у міжнародному кримінальному праві. Такої ж думки МКТЮ

---

<sup>298</sup> *Halilović*, Trial, п. 54.

<sup>299</sup> *Halilović*, Trial, п. 54.

<sup>300</sup> *Halilović*, Trial, п. 54.

<sup>301</sup> *Halilović*, Trial, п. 78.

<sup>302</sup> *Orić*, Trial, пп 290, 293.

<sup>303</sup> *Orić*, Trial, п. 293.

<sup>304</sup> *Orić*, Trial, п. 338.

притримується і у справі Хаджіхасановича під час розгляду в Апеляційній палаті, встановивши, що доведення причинно-наслідкового зв'язку не вимагається для цілей застосування відповідальності командування.<sup>305</sup> Більше того, таке доведення в жодному разі не може бути покладене на сторону захисту, оскільки це суперечить презумпції невинуватості.<sup>306</sup> Суддя Шахабуддін у своїй Частково незгодній думці зазначає, що відповідальність командира за бездіяльність відрізняється від його відповідальності за безпосередні дії, які також можуть відбутися, а тому характер відповідальності командира у випадку бездіяльності має залишатися у межах свого обсягу.<sup>307</sup> Суддя Хант також погодився, що командир несе відповідальність не за злочинні дії підлеглого, а за власне порушення обов'язку щодо протидії такій злочинній поведінці.<sup>308</sup>

Ще одним підтвердженням того, що відповідальність командування становить окреме порушення міжнародного права є особливе тлумачення елементу обізнаності щодо злочинів, які вчиняє підлеглий. Так, відповідно до судової практики МКТЮ, командир не обов'язково бути обізнаним про певний конкретний злочин, який вчинив його конкретний підлеглий у конкретний час. Для того, щоб застосувати обов'язок командира запобігти злочинам його підлеглих, командир достатньо отримати загальну інформацію про те, що існує високий ризик скоєння злочинів.<sup>309</sup> Наприклад, командир буде достатньо отримати лише певне «хвилююче» повідомлення про те, що його підлеглі вчиняють злочин катування чи убивають цивільних, щоб розпочати внутрішнє розслідування даної ситуації.<sup>310</sup> Відповідно, це також означає, що командир є непричетним не лише до об'єктивної сторони злочину підлеглого, але й також не є частиною суб'єктивної сторони, тобто не розділяє умислу щодо злочину, вчинюваного підлеглим. Фактично, незрозуміло, яким чином бездіяльність командира може бути пов'язана

---

<sup>305</sup> *Hadžihasanović*, Appeal, п. 34.

<sup>306</sup> *Hadžihasanović*, Appeal, п. 34.

<sup>307</sup> *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Appeal Chamber. International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY). Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, 22 квітня 2008, IT-01-47-A, п. 33.

<sup>308</sup> *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Decision On Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction In Relation To Command Responsibility. International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY). Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt, 16 липня 2003, IT-01-47-AR72, n. 9.

<sup>309</sup> *Krnojelač*, Appeal, п. 151.

<sup>310</sup> *Krnojelač*, Appeal, п. 150.

зі складом злочину підлеглого, щоб нести за нього відповідальність. Натомість відповідальність командування передбачає власну суб'єктивну та об'єктивну сторону бездіяльності командира, що ще більше прирівнює відповідальність командування до окремого повноцінного злочину невиконання обов'язків.

Кілька національних юрисдикцій також прийняли цей підхід і кодифікували відповідальність командира як окремий склад злочину у своєму законодавстві. Наступні приклади є ілюстративними та невичерпними. Законодавство Канади передбачає окремий склад злочину «порушення обов'язків командира» відповідно до статей 5 і 7 Закону про злочини проти людяності та воєнні злочини 2000 року.<sup>311</sup> Відповідно, «військовий командир вчиняє інкримінований злочин», якщо він не вживає всіх необхідних і розумних заходів для запобігання або припинення вчинення злочину або для передачі справи до компетентних органів.<sup>312</sup> Німецьке законодавство передбачає відповідальність командування як окремий злочин у секціях 13-14 Кодексу злочинів проти міжнародного права, але також і як форму відповідальності у секції 4 з досить складним розмежуванням, оскільки злочин має вищий поріг доказування.<sup>313</sup> При цьому, неповідомлення про вчинення злочину відповідним органам державної влади завжди є лише окремим злочином.<sup>314</sup> Кримінальний кодекс Сербії передбачає відповідальність командира як окремий злочин за статтею 384, яка криміналізує неспроможність запобігти злочинам проти людяності та інших принципів, захищених міжнародним правом.<sup>315</sup> Закон Литовської Республіки «Про затвердження і набуття чинності Кримінального кодексу» криміналізує «недбале виконання обов'язків командира».<sup>316</sup> Дана стаття створює окремий склад злочину, що міститься в розділі про «Злочини проти

---

<sup>311</sup> Canada, Government of Canada, *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, с. 24, ухвалено 29 червня 2000, секції 5, 7.

<sup>312</sup> Canada, Government of Canada, *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*, S.C. 2000, с. 24, ухвалено 29 червня 2000, секції 5, 7.

<sup>313</sup> Germany, *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, ухвалено 26 червня 2002, *Federal Law Gazette I*, 2254, с. 13, 14.

<sup>314</sup> Germany, *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, ухвалено 26 червня 2002, *Federal Law Gazette I*, 2254, секція 14.

<sup>315</sup> Republic of Serbia, *Serbian Criminal Code*, ухвалено 1 січня 2006, *Official Journal of the Republic of Serbia No. 85/2005*, стаття 384.

<sup>316</sup> Republic of Lithuania, *Law on the Approval and Entry into Force of the Criminal Code*, VIII-1968, ухвалено 26 вересня 2000, стаття 113-1.

людяності та воєнні злочини». Таким чином, інтерпретація відповідальності як окремого злочину порушення обов'язків більше притаманна романо-германській правовій сім'ї, де поняття співучасті є обмеженим і не поширюється на випадки, в яких неможливо довести причинно-наслідковий зв'язок.

Таким чином, через особливу природу відповідальності командування та неможливість довести причетність командира до злочину, існують правові аргументи щодо можливості переслідування відповідальності командування як окремого злочину.

### 3.3. Відповідальність командування як право *sui generis*

Через неоднозначність правової природи відповідальності командування, яку неможливо було охарактеризувати вже існуючими концепціями співучасті чи окремого злочину, Міжнародний кримінальний трибунал щодо колишньої Югославії<sup>317</sup> та деякі науковці ввели розуміння відповідальності командування як *sui generis*. З латини, *sui generis* означає щось унікальне, неповторне, єдине у своєму роді.<sup>318</sup> Така характеристика цілком відповідає відповідальності командування, яку складно вписати в рамки звичних концепцій кримінального права, оскільки дана концепція існує на межі окремого злочину і форми співучасті у ньому. Вона комбінує в собі одночасно елементи і окремого злочину, оскільки містить в собі суб'єктивну та об'єктивну сторону, і форми співучасті, адже кримінальне переслідування здійснюється не за порушення командиром своїх обов'язків, а за злочин, що вчинений підлеглим.<sup>319</sup>

Для цілей кримінального переслідування, відповідальність командування була визначена у Римському статуті, а також у Статутах МКТЮ і МКТР як форма співучасті.<sup>320</sup> Втім, як зазначає науковець Вільям Шабас, насправді відповідальність командування стоїть окремо від інших форм вчинення злочину, оскільки її суть

---

<sup>317</sup> Halilović, Trial, п. 42.

<sup>318</sup> "Sui Generis", Cambridge Dictionary, <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sui-generis>.

<sup>319</sup> Elies van Sliedregt, *Individual Criminal Responsibility in International Law* (Oxford Academic, 2012), 196.

<sup>320</sup> Rome Statute, стаття 28(1); UN Security Council, *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, ухвалено 25 травня 1993, стаття 7(3).

полягає у нездатності проконтролювати чи покарати, а не у вчиненні злочину.<sup>321</sup> Таке тлумачення небезпідставне, адже було встановлено ще Міжнародним кримінальним трибуналом щодо колишньої Югославії, однак воно є незрозумілим для практичного застосування. Якби даний підхід був перенесений з теоретичної площини в реальне правозастосування, це могло б завдати більше практичних проблем, аніж прийняття рішення щодо того, яка правова форма для відповідальності командування є ближчою.

Такі теоретичні роздуми про унікальну природу відповідальності командування були сформульовані Судовою палатою МКТЮ у справі Галіловича, де судді вказали, що сама концепція відповідальності командування у часи свого становлення була більше пов'язана із відповідальністю держав за дотриманням правил ведення війни.<sup>322</sup> Справді, таке розуміння підтверджується тим, як були сформульовані статті 86 і 87 Першого Додаткового протоколу до Женевських конвенцій, адже у них передусім йдеться про обов'язок Високих Договірних Сторін вимагати від командирів недопущення і припинення порушень Конвенцій.<sup>323</sup> За тлумаченням Судової палати в даному рішенні, унікальність відповідальності командування полягає в тому, що командир понесе кримінальну відповідальність за злочин, який вчинив його підлеглий, в той час як насправді його діяння полягало у невиконанні своїх обов'язків.<sup>324</sup> Таке ж розуміння було підтримано Судовою палатою МКТЮ у справі Хаджіхасановіча, оскільки така відповідальність настає для командира як наслідок обов'язку діяти, тобто запобігати злочинам, які вчиняють його підлеглі, або карати їх за це.<sup>325</sup> Унікальність такої форми співучасті визначається у порівнянні зі звичайною «безпосередньою» формою вчинення злочину.<sup>326</sup> Судова палата МКТЮ у справі Оріча йде далі у розмежування відповідальності командування від інших форм вчинення злочину, стверджуючи,

---

<sup>321</sup> William A. Schabas, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, 2-ге вид. (Oxford Academic, 2016), 611.

<sup>322</sup> *Halilović*, Trial, п. 42.

<sup>323</sup> Protocol I, статті 86.

<sup>324</sup> *Halilović*, Trial, п. 42.

<sup>325</sup> *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 5 грудня 2006, IT-01-47-T, п. 75.

<sup>326</sup> *Hadžihasanović*, Trial, п. 75.

що хоч командир і буде відповідальний за злочин підопічного, сам же командир не може вважатися як таким, що також вчинив даний злочин особисто.<sup>327</sup> Дане пояснення звучить парадоксально і навіть призводить до думок, що в такому випадку є некоректним кваліфікувати діяння командира за статтею, яку порушив підлеглий. Втім, саме така форма була обрана судовими органами, якою б суперечливою вона не була.

Сприйняття відповідальності командування як унікальної концепції є більш зрозумілим, якщо згадати, що вона є похідною від принципу «відповідального командира», який був вперше сформульований у 1907 році в Четвертій Гаазькій конвенції про закони і звичаї сухопутної війни.<sup>328</sup> Саме даний принцип встановлює первісний обов'язок командира слідкувати за дотриманням, передусім, дисципліни, а також правил ведення війни серед військових, які діють під його керівництвом.<sup>329</sup> Водночас, не кожне порушення норм і принципів міжнародного гуманітарного права становить злочин, а лише серйозне або грубе порушення таких норм, що впливає зі статті 147 Четвертої Женевської конвенції від 1949 року.<sup>330</sup> Таке розуміння щодо співвідношення правил міжнародного гуманітарного права і караних діянь за міжнародним кримінальним правом варто застосувати і в даній ситуації, адже не кожне порушення принципу «відповідального командира» буде досягати того порогу серйозності завдання шкоди, що дозволить переслідувати командира за злочин, який вчинив його підлеглий.<sup>331</sup> Опираючись на ті рамки, які встановлює принцип «відповідального командира», можна краще зрозуміти проблематику єдиного підходу до відповідальності командування, адже хоч і відбувається серйозне порушення власних службових обов'язків, відповідальність настає не за них, а за злочин, що вчинив підлеглий. Найімовірніше, в такому випадку командир несе відповідальність не за сам факт порушення таких обов'язків, а за наслідки, що настали через їхнє невиконання і призвели до

---

<sup>327</sup> Orić, Trial, п. 293.

<sup>328</sup> Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907. Regulation: Article 1.

<sup>329</sup> Halilović, Trial, п. 40.

<sup>330</sup> Convention (IV) relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War. Geneva, 12 August 1949, Article 147.

<sup>331</sup> Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 56.

вчинення злочину чи його непокараність. Як це було сформульовано Апеляційною судовою палатою МКТЮ у справі Хаджіхасановича, відповідальність командира настає тоді, коли наслідки, до яких призвело невиконання його обов'язків, призводять до діяння, яке є кримінального караним за міжнародним кримінальним правом,<sup>332</sup> тобто, до міжнародного злочину.

Втім, це не вичерпує проблем щодо розуміння відповідальності командування як унікальної правової фікції, адже форми співучасті у кримінальному праві мають дві невід'ємні характеристики: принцип особистої відповідальності та причинно-наслідковий зв'язок між діянням і вчиненням злочину.

Принцип особистої відповідальності (*nulla poena sine culpa*) є фундаментальним правилом у кримінальному праві, адже людина не може бути покараною за те, чого вона не вчиняла. Це застосовується також і в міжнародному кримінальному праві, адже для переслідування за злочин, особа має бути певним чином залучена до його вчинення – безпосередньо як виконавець або непрямо, як пособник.<sup>333</sup> Міжнародний кримінальний трибунал щодо Руанди намагався довести ідею того, що дане правило не застосовується до відповідальності командування.<sup>334</sup> Втім, встановлення винятку в такому фундаментальному принципі підірвало би правомірність переслідування командирів у таких ситуаціях в цілому. Унікальність відповідальності командування в даному аспекті проявляється в тому, що особиста відповідальність командира щодо злочину встановлюється не намаганням знайти його залученість до вчинення цього злочину, а через непряму відповідальність за дії свого підлеглого, на які він мав повноваження вплинути і відвернути чи зупинити вчинення злочину. Командир не є тією людиною, яка керує своїми підлеглими як «маріонетками» і вчиняє злочини з особистим умислом, але руками підлеглих солдатів, це є хибним розумінням природи відповідальності командування і залученості командира до вчинення злочину. Радше, командир має

---

<sup>332</sup> *Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura*, Decision On Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction In Relation To Command Responsibility. International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (Icty), 16 липня 2003, IT-01-47-AR72, п. 22.

<sup>333</sup> *Tadić*, Appeal, п. 186.

<sup>334</sup> *The Prosecutor v. Jean Mpambara*, Trial Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 11 вересня 2006, ICTR-01-65-T, п. 26.

достатню владу та авторитет для того, щоб своїми наказами відвернути такі злочини або покарати за них. Не відвертаючи ці злочини або толеруючи їх, командир стає, свого роду, співучасником у злочині.

Водночас, співучасть командира у злочині не є класичною в розумінні загального кримінального права, оскільки встановити причинно-наслідковий зв'язок між бездіяльністю командира і вчиненням злочину неможливо, тоді як це є невід'ємною вимогою для встановлення причетності особи. В міжнародному кримінальному праві для встановлення співучасті (в формі пособника або підбурювача) командира у вчиненні злочину було би достатньо того факту, що він би був присутнім під час вчинення злочину, що могло би сприйматися виконавцем як заохочення та одобрення щодо вчинення відповідних караних дій.<sup>335</sup> Якщо брати до уваги таке тлумачення, то можна вважати, що сама роль командира і його авторитетність серед підлеглих буде сприйматися як фактор, що зміцнює причинно-наслідковий зв'язок, оскільки в силу своїх повноважень, навіть сама присутність чи бездіяльність командира створює сприятливі обставини для вчинення злочину. Водночас, лише присутність командира не є достатньою для встановлення відповідальності командування, а до уваги мають братися усі фактичні обставини.<sup>336</sup> Але чи можливо встановити такий зв'язок в умовах, коли командир не був присутнім під час злочину, а дізнався про нього з доповідей, рапортів або уже після вчинення? У справі Оріча, Апеляційна палата МКТЮ вказала, що відповідальність командування характеризується суто бездіяльністю щодо запобігання вчиненню злочину або покарання за нього.<sup>337</sup> Тож складається враження, що причетності командира до вчинення злочину взагалі не вимагається, або ж вона базується безпосередньо на авторитеті командувача.

Втім, деякі науковці, зокрема Генаель Метро, вважають, що причетність командира все ж таки існує, просто її природа відрізняється від безпосередньої причетності.<sup>338</sup> У випадку з пособництвом чи підбурюванням, саме діяння

---

<sup>335</sup> *Aleksovski*, Trial, п. 65.

<sup>336</sup> *Aleksovski*, Trial, п. 65; *Kayishema*, Trial, п. 201; *The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda*, Trial Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 22 січня 2004, ICTR-99-54A-T, п. 600.

<sup>337</sup> *Orić*, Appeal, п. 293.

<sup>338</sup> *Mettraux*, *The Law of Command Responsibility*, п. 43.

командира має посприяти виконавцю безпосередньо в моменті вчинення ним злочину, тобто залученість командира підпадає під об'єктивну сторону злочину, адже він сприяє вчиненню дії, що охоплюється об'єктивною стороною вчинення злочину.<sup>339</sup> У випадку з відповідальністю командування командир не є залученим до об'єктивної сторони складу злочину, оскільки він може навіть безпосередньо не перебувати на місці його вчинення.<sup>340</sup> Натомість, бездіяльність командира сприяє вчиненню злочину непрямо, а у формі створення сприятливих умов для вчинення злочину, а саме не перешкоджання, не зупинення, не покарання підлеглого.<sup>341</sup> Порівнюючи з нормальними обставинами, за яких підлеглий, виконавець злочину, не повинен би був мати можливість вчинити такий злочин, а навіть якби зміг, то поніс би покарання, то у випадку бездіяльності командира, виконавець отримує необхідні сприятливі обставини для виконання злочину.

Варто, все ж, звернути увагу, що навіть таке створення сприятливих обставин для вчинення злочину не буде прирівнюватися до того, що командир зробив свій безпосередній внесок у суб'єктивну чи об'єктивну сторону вчиненого злочину. Суб'єктивна та об'єктивна сторона командира впливатимуть саме з його порушення обов'язку вчинити певні дії щодо відвернення злочину, тоді як вчинений злочин буде вважатися протиправним і кримінально караним наслідком, що настав у результаті такої бездіяльності. Як зазначає суддя Шахабуддін у своїй Окремій думці в справі Хаджіхасановіча, розумне тлумачення положення про відповідальність командира не може вказувати на те, що командир стає співучасником злочину, вчиненого підлеглим.<sup>342</sup>

Зважаючи на вищевикладене, командир не стає співучасником злочину, не є відповідальним за безпосереднє вчинення злочину як його виконавець, однак несе кримінальну відповідальність за сам факт допущення вчинення даного злочину, який він мав можливість відвернути або покарати за нього, але знехтував своїм обов'язком відповідального командира. Таке твердження відповідає основній ідеї

---

<sup>339</sup> *Hadžihasanović*, Decision On Interlocutory Appeal, Partially Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, п. 32; Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, п. 43.

<sup>340</sup> Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, п. 43.

<sup>341</sup> Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, п. 43.

<sup>342</sup> *Hadžihasanović*, Decision On Interlocutory Appeal, Partially Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, п. 32.

про те, що покараним має бути не лише безпосередній виконавець, а уся «злочинна структура», яка доклалася до вчинення злочину. В національному праві до командира найближчою відповідною роллю є організатор, однак контексти вчинення злочинів за звичайних обставин і під час бойових дій або окупації відрізняються, через що підлеглі командири мають значно більшу субординацію та можливість приймати рішення самостійно. Відповідальність командира забезпечує можливість покарати безпосередній корінь злочинності, який присутній серед підпорядкованих йому військових. Переслідування командування є першочерговим інтересом міжнародної спільноти щодо забезпечення справедливого переслідування і притягнення до відповідальності за найбільші звірства під час збройних конфліктів.<sup>343</sup>

Таким чином, у відповідальності командування прослідковується дуальність природи, адже для притягнення командира до кримінальної відповідальності, необхідно одночасно і вчинення злочину його підлеглим, так і доведення бездіяльності командира щодо такого злочину. Лише сукупність двох цих діянь призводить до застосування відповідальності командування. Суб'єктивна і об'єктивна сторона бездіяльності командира існує паралельно з суб'єктивною та об'єктивною стороною злочину, вчиненого підлеглим. Намагання вписати відповідальність командування в чіткі рамки злочину чи форми співучасті позбавило б можливості повністю зрозуміти її правову природу, яка вміщає ознаки одразу обох правових форм.<sup>344</sup> Відповідальність командування є нічим іншим, як відповідальністю за злочин, що був вчинений внаслідок неможливості командира діяти відповідно до своїх обов'язків.

\*\*\*

Найбільш ґрунтовне дослідження природи відповідальності командування відображено у рішеннях Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії, який став першим судовим органом, що здійснив детальний аналіз

---

<sup>343</sup> International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, *ICTY First Annual Report* (United Nations, 1994), п. 51.

<sup>344</sup> Mettraux, *The Law of Command Responsibility*, 43.

відповідальності командування. До визначення правової природи доклався також Міжнародний кримінальний суд у справі щодо Бемби. Буквальне тлумачення статуту МКТЮ та Римського статуту дає підстави вважати, що відповідальність командування є, все ж таки, формою співучасті, адже командири обвинувачуються саме у злочинах підлеглих, тоді як відповідальність командування не виділяється в окремий злочин. Водночас положення щодо відповідальності командування у таких статутах є лише інкорпорацією принципу, що закріплюється у Першому Додатковому протоколі, адже статuti є юрисдикційними, а не конвенційними документами. Тож інтерпретація даними судовими органами є нерозривно пов'язаною з положеннями у їхніх статутах, а не з намаганням віднайти істинну природу відповідальності командування, як вона закладена у міжнародному звичаєвому праві.

Водночас, через специфіку природи відповідальності командування, встановлення причинно-наслідкового зв'язку між бездіяльністю командира та вчиненням злочину не є очевидною, а тому у багатьох рішеннях цей зв'язок встановлювався у зворотній його формі – якби командир вчинив певні дії, злочин би не був вчиненим. Однак такий аналіз є незастосовним до обов'язку забезпечити покарання підлеглого, через що викликав критику у суддів та науковців. Через це елемент причинно-наслідкового зв'язку став найголовнішим та найскладнішим питанням у відповідальності командування, що досі залишає питання про дуальність природи відповідальності командування на поверхні і не дає зробити однозначного висновку.

Зважаючи на цю специфіку, у деяких справах МКТЮ (Галілович, Оріч, Хаджихасанович) судді розглядали відповідальність командування через призму порушення обов'язку командира вчинити певні дії щодо запобігання злочинам підлеглих. Це пояснюється тим, що командир не може бути притягненим до відповідальності за злочин, якщо він не є причетним до його суб'єктивної та об'єктивної сторони. Таке застосування суперечило б принципу особистої відповідальності.

Врешті, багато суддів стверджують про унікальність природи відповідальності командування, яка проявляється в тому, що особиста відповідальність встановлюється не намаганням довести залученість командира до вчинення злочину підлеглим, а через непряму відповідальність за дії свого підлеглого, на які він мав повноваження вплинути і відвернути чи зупинити вчинення злочину. Фактично, вона не є ані окремим злочином, ані формою співучасті. Для цілей теоретичної дискусії доречно говорити про відповідальність командування як про окремий принцип міжнародного кримінального права. Неоднозначність природи відповідальності командування дозволяє гнучкість у правозастосуванні та надає дискрецію державам під час імплементації цього принципу в національне законодавство.

## РОЗДІЛ 4

### ЗАСТОСУВАННЯ ДОКТРИНИ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ КОМАНДУВАННЯ В УКРАЇНІ ДО ТА ПІСЛЯ РАТИФІКАЦІЇ РИМСЬКОГО СТАТУТУ

Необхідність пошуку шляхів доведення відповідальності командування в Україні за національним законодавством зумовлена триваючою агресією Російської Федерації проти України. Українські правоохоронні органи усвідомлюють складність передачі матеріалів до Міжнародного кримінального суду та беруть до уваги, що Міжнародний кримінальний суд лише доповнює національну юрисдикцію.<sup>345</sup> Це означає, що українські суб'єкти володіють первинними повноваженнями розслідувати та переслідувати осіб за скоєні міжнародні злочини. Цей підхід також стосується і відповідальності командування. Однак окреслення правової рамки на національному рівні є надзвичайно важливим для належного розслідування та судового переслідування такого незвичного для національних юрисдикцій злочину.

До ратифікації Римського Статуту Україною у серпні 2024 року, у Кримінальному кодексі України відповідальність командування прямо не згадувалася ні як злочин (Розділ XX), ні як вид співучасті (Розділ IV). Враховуючи це упущення, непритягнення до відповідальності винних осіб за принципом відповідальності командування могло призвести до порушення Україною своїх зобов'язань за Першим Додатковим протоколом. Лише після ратифікації Римського Статуту, у жовтні 2024 року Кримінальний кодекс України був доповнений окремою статтею 31-1, яка криміналізує бездіяльність військових командирів, інших осіб, що фактично діють як військові командири, а також інших начальників, за вчинення злочину підлеглим.<sup>346</sup> Дана стаття розміщена в Розділі VI, який стосується співучасті у кримінальному правопорушенні. Її включення до національного законодавства України стало великим прогресом для розслідування воєнних

---

<sup>345</sup> Kevin Jon Heller, "An Overview of the Principle of Complementarity", *Opinio Juris*, 24 травня 2024, <http://opiniojuris.org/2024/05/24/an-overview-of-the-principle-of-complementarity/>.

<sup>346</sup> Україна, Верховна Рада України, *Кримінальний кодекс України*, № 2341-III, ухвалено 5 квітня 2001, стаття 31-1.

злочинів. Втім, кримінальний закон не має ретроактивної дії, а збройний конфлікт в Україні розпочався за 10 років до включення окремої статті про відповідальність командирів до українського законодавства. Таким чином, для української правоохоронної системи все ще необхідно напрацювати шлях для переслідування військових командирів за злочини, які вчинялися до жовтня 2024 року. Таку можливість пропонує стаття 438 ККУ, інтерпретація якої дозволяє переслідування відповідальності командування як окремого злочину, про що буде йтися у першому підрозділі. У другому підрозділі буде проаналізовано стан українського законодавства після внесених змін статтею 31-1 ККУ та необхідність подальших удосконалень нормативно-правової бази у даній сфері.

4.1. Стан кримінального законодавства України до ратифікації Римського статуту та потенційна можливість охоплення відповідальності командування існуючими складами злочинів

До ратифікації Римського статуту Україною існував лише один спосіб переслідування військових командирів за їхню бездіяльність щодо порушень підлеглими, а саме застосування цієї концепції через статтю 438 ККУ, яка встановлює загальну заборону щодо воєнних злочинів і містить бланкетну норму, яка відсилає на міжнародні договори, які місять у собі закони та звичаї ведення війни:<sup>347</sup>

**Стаття 438. Воєнні злочини**

1. Жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій – [...].

Цей варіант не є ідеальним з точки зору процедури чи відповідності сучасному стану міжнародного права щодо переслідування командирів, але все ж таки є юридично обґрунтованим і застосовним з ряду причин. Він дає можливість

---

<sup>347</sup> Кримінальний кодекс України, стаття 438.

переслідувати російських військових командирів, підлеглі яких вчиняли воєнні злочини на території України до жовтня 2024 року, тобто до того, як у Кримінальний кодекс України була внесена окрема стаття щодо відповідальності військових командирів. Це забезпечує послідовність застосування відповідальності командування для цілей переслідування українськими правоохоронними органами.

Для цього варіанту необхідно розглянути відповідальність командирів через призму положень міжнародного гуманітарного права та їх застосування відповідно до статті 438 ККУ. Зобов'язання забезпечити відповідальність командирів реалізовано Україною щодо українських громадян у статті 426 ККУ, що не може бути застосовано до сил супротивника. Таке тлумачення, однак, створює ключове питання для подальшої інтерпретації статті 438 ККУ: нездатність командирів відвернути злочини підлеглих саме по собі є окремим порушенням МГП і існує окремо від Римського статуту, як це закріплено в статтях 86 і 87 Першого Додаткового протоколу.

Стаття 438 ККУ забороняє «порушення законів та звичаїв війни», що включає «будь-які інші порушення законів та звичаїв війни, передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».<sup>348</sup> Женевські конвенції від 1949 року разом із Додатковими протоколами від 1977 року є одними з основних документів, які закріплюють закони та звичаї війни.<sup>349</sup> Саме Перший Додатковий протокол у статтях 86 і 87 передбачає зобов'язання командирів щодо порушень, які вчиняються підлеглими під час міжнародного збройного конфлікту.<sup>350</sup>

Україна ратифікувала Перший Додатковий протокол до Женевських конвенцій 25 січня 1990 року, і як Висока Договірنا Сторона Додаткового протоколу, Україна зобов'язується «поважати і забезпечувати повагу до цього Протоколу за будь-яких обставин».<sup>351</sup> Ратифікація Україною Додаткового протоколу I означає, що статті 86

---

<sup>348</sup> Кримінальний кодекс України, стаття 438.

<sup>349</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, пп. 52, 56; Суддя Великої Палати Верховного Суду Ольга Булейко, "Особливості кваліфікації злочинів відповідно до Римського статуту МКС", 20.

<sup>350</sup> Protocol I, статті 86, 87.

<sup>351</sup> Protocol I, стаття 1.

і 87 є обов'язковими для неї і повинні застосовуватися добросовісно. Дійсно, у Коментарі МКЧХ до Додаткових протоколів зазначено, що «сам факт приєднання до договору передбачає зобов'язання добросовісно застосовувати його з моменту набуття ним чинності».<sup>352</sup> Зважаючи на це, Україна зобов'язана застосовувати не лише ті положення, які є грубими порушеннями Женевських конвенцій та Протоколів і вважаються воєнними злочинами самі по собі, але й інші положення, що закріплені у даних документах. Таким чином, ратифікувавши Перший Додатковий протокол, Україна зобов'язана імплементувати статті 86 і 87 для забезпечення поваги до Протоколу.

Хоча ККУ у статті 3 передбачає, що «кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки [ККУ]» і що «застосування закону про кримінальну відповідальність за аналогією не допускається»,<sup>353</sup> у частині 5 статті 3 ККУ також передбачається, що «закони України про кримінальну відповідальність повинні відповідати положенням, що містяться у чинних міжнародних договорах, згоду на обов'язковість яких надано Верховною Радою України».<sup>354</sup> Це підкреслює, що внутрішнє законодавство повинно тлумачитися у світлі міжнародного права. Відповідно, якщо тлумачити статтю 438 ККУ у світлі міжнародного права, вона також буде охоплювати відповідальність командування, кодифіковану у статтях 86 і 87 Першого Додаткового протоколу.

Стаття 438 ККУ не обмежується певним переліком серйозних або тяжких порушень міжнародного гуманітарного права (наприклад, тих, що перелічені в Римському статуті). Натомість, бланкетна диспозиція даної статті передбачає, що вона може охоплювати будь-яке порушення міжнародного гуманітарного права, якщо воно стосується законів та звичаїв ведення війни, і міститься у договорах, ратифікованих Україною. Таким чином, порушення обов'язку командира запобігати злочинам підлеглих або карати за них може вважатися окремим порушенням статті 438 ККУ, подібно до будь-яких інших порушень МГП. Таким чином, якщо

---

<sup>352</sup> ICRC, *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, п. 39.

<sup>353</sup> *Кримінальний кодекс України*, статті 3(3), 3(4).

<sup>354</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 3.

застосовувати відповідальність командування через статтю 438 ККУ, то неспроможність запобігти діям підлеглого та покарати його за них саме по собі є злочином (окремим порушенням обов'язку діяти), що тягне за собою кримінальну відповідальність.<sup>355</sup> Іншими словами, коли командири порушують свій обов'язок запобігати та карати, вони порушують норми міжнародного гуманітарного права і вчиняють окремий злочин, за який мають нести кримінальну відповідальність, а не є співучасниками злочину, вчиненого підлеглими. За такого підходу, відповідальність командування як вид співучасті варто розглядати лише як логічний еволюційний розвиток цього положення, але не як відправну точку, яка має визначати правове застосування. Науковці також погоджуються з тим, що формулювання статей 86 і 87 Першого Додаткового протоколу до Женевських конвенцій «може допускати як тлумачення відповідальності командування як способу відповідальності за злочини підлеглих, так і окремого злочину невиконання обов'язків начальником».<sup>356</sup> До того ж, у Розділі 3 даної роботи було окремо проаналізовано судові рішення, у яких судді трактували положення відповідальності командування як окремого злочину.<sup>357</sup> Наприклад, Апеляційна палата МКТЮ у справі щодо Челебічі підтвердила, що «кримінальне правопорушення, що ґрунтується на відповідальності командира, визначено лише в статті 86(2)», тоді як стаття 87 стосується лише обов'язків командира або начальника.<sup>358</sup> Аналогічно, у рішенні у справі Оріча, Судова палата МКТЮ розмежувала відповідальність командира за статтею 7(3) та іншими видами співучасті, передбачені статтею 7(1), мотивуючи це тим, що начальник несе відповідальність не «за злочин, скоєний підлеглими», а «лише за своє нехтування обов'язками» щодо скоєних злочинів.<sup>359</sup>

Декілька національних юрисдикцій також прийняли цей підхід і кодифікували відповідальність командира як окремий склад злочину у своєму законодавстві.

---

<sup>355</sup> Див. *Čelebići, Appeal*, п. 334.

<sup>356</sup> Meloni, "Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?", 624.

<sup>357</sup> *Orić, Trial*, п. 293; *Halilović, Trial*, пп. 54, 78; *Hadžihasanović, Trial*, п. 75; Meloni, "Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?", 626.

<sup>358</sup> *Čelebići, Appeal*, п. 237.

<sup>359</sup> *Orić, Trial*, п. 293.

Наприклад, у Кримінальному кодексі Сербії від 2019 року міститься стаття 384, яка створює окремий склад злочину і передбачає відповідальність командира за невжиття заходів, які командир міг або зобов'язаний був вжити для запобігання вчиненню злочинів підлеглим, і це призвело до фактичного вчинення цього злочину.<sup>360</sup> Дана стаття поширюється на випадки вчинення підлеглим злочину геноциду, злочинів проти людяності та воєнних злочинів.<sup>361</sup> Кримінальний кодекс Литви передбачає у своїй статті 113-1, що особа, яка недбало ставиться до виконання своїх обов'язків командира, і це призводить до вчинення підлеглими їй особами кримінального правопорушення, несе кримінальну відповідальність за неналежне виконання обов'язків командира.<sup>362</sup> У Німеччині існує окремий нормативно-правовий акт «Про запровадження Кодексу злочинів проти міжнародного права» від 2002 року.<sup>363</sup> Даний Закон включає відповідальність командування як окреме правопорушення і як вид відповідальності. Як окремий злочин, положення розділів 13-14 криміналізують нездійснення командиром належного нагляду за підлеглими, внаслідок чого підлеглий вчиняє правопорушення, якому командир міг запобігти.<sup>364</sup> Натомість, командир є відповідальним як співучасник лише у тому випадку, коли він навмисно дозволив своєму підлеглому вчинити правопорушення.<sup>365</sup> Також, відповідно до Кримінального кодексу Вірменії, а саме статті 391, окремим злочином визнається невжиття командиром усіх можливих заходів для запобігання серйозних порушень норм гуманітарного права з боку підлеглих під час збройного конфлікту.<sup>366</sup> Зважаючи на це, стаття 438 ККУ передбачає можливість переслідування за відповідальністю командування, зважаючи на її буквальне тлумачення, міжнародні зобов'язання України і подібний підхід інших держав.

---

<sup>360</sup> *Serbian Criminal Code*, стаття 384.

<sup>361</sup> *Serbian Criminal Code*, стаття 384.

<sup>362</sup> *Law on the Approval and Entry into Force of the Criminal Code*, стаття 113-1.

<sup>363</sup> *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, секція 13.

<sup>364</sup> *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, секції 13, 14.

<sup>365</sup> *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*, секція 4.

<sup>366</sup> Republic of Armenia, *Criminal Code of the Republic of Armenia*, ухвалено 18 квітня 2003, стаття 391.

#### 4.1.1. Аналіз кримінально-правового законодавства України щодо можливості охоплення відповідальності командування статтею 438 Кримінального кодексу України

В контексті встановлення можливості переслідування командирів за їхню бездіяльність як окремого злочину, варто проаналізувати також і загальний підхід кримінального законодавства в Україні до даного типу злочинів. Як зазначалося у попередньому розділі, хоч відповідальність командування не є продуктом національного права, а радше результатом послідовної еволюції правил захисту цивільного населення під час збройних конфліктів, це не означає, що для даної злочинної поведінки відсутнє місце у національному законодавстві. Якщо звернутися до статті 11 ККУ, у ній вказано, що кримінальним правопорушенням визнається як дія, так і бездіяльність, якщо вона становить суспільну небезпеку або може заподіяти істотну шкоду.<sup>367</sup> Як зазначається деякими науковцями, злочинна бездіяльність також відображає волевиявлення особи щодо скоєння злочину, оскільки така бездіяльність настає внаслідок невиконання особою своїх обов'язків, якими вона наділена відповідно до займаної посади чи несення служби.<sup>368</sup> Натомість, якби особа діяла відповідно до своїх обов'язків, це б дозволило відвернути настання шкідливих наслідків.<sup>369</sup> Одним із таких злочинів, що вчиняються шляхом бездіяльності, визнається неприпинення військовим командиром злочинної поведінки свого підлеглого.<sup>370</sup> Таке тлумачення також підтверджується статтею 426 ККУ, яка встановлює відповідальність за «бездіяльність військової влади» як за окремий кримінальний злочин, вчинений спеціальним суб'єктом. Ця стаття міститься в Розділі XIX ККУ «Кримінальні правопорушення проти встановленого порядку несення військової служби (військові злочини)», а тому є загальним складом, на відміну від тих злочинів, що розміщені у Розділі XX ККУ і стосуються миру, безпеки людства і міжнародного

<sup>367</sup> Кримінальний кодекс України, стаття 11.

<sup>368</sup> М. І. Мельник та М. І. Хавронюк, ред., *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України*, 11-те вид. (ВД "Дакор", 2019), 48-49.

<sup>369</sup> Мельник та Хавронюк, *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України*, 48-49.

<sup>370</sup> Мельник та Хавронюк, *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України*, 48-49.

правопорядку. Хоч у статті 426 ККУ не зазначається безпосередньо командир як особливий суб'єкт злочину, натомість зроблено загальне посилення на «військову службову особу», яка відповідно до своїх обов'язків мала припинити кримінальне порушення підлеглого або звернутися до відповідних органів досудового розслідування із повідомленням про злочин підлеглого.<sup>371</sup> Положення даної статті в певній мірі відтворює статтю 87 Першого Додаткового протоколу, в якому йдеться про обсяг обов'язків військових командирів щодо реакції на вчинення злочинів підлеглими особами, зокрема в частині припинення порушень і звернення до компетентних органів для розслідування.

Безперечно, криміналізація бездіяльності командира у статті 426 ККУ, не є підставою для того, щоб застосовувати правову аналогію і переслідувати військових командирів за бездіяльність щодо порушення правил і звичаїв ведення війни під час збройного конфлікту, адже аналогія у кримінальному праві в Україні забороняється.<sup>372</sup> Однак це дає підстави для тлумачення статті 438 ККУ у світлі заборони бездіяльності командира як окремого злочину, адже така практика не буде винятковою чи незвичною для українського національного законодавства. Навпаки, таке тлумачення буде забезпечувати єдність у підходах застосування кримінального закону до військових командирів за їхнє невиконання обов'язків.

Варто також зазначити, що стаття 426 ККУ не є єдиним складом злочину, який встановлює відповідальність за бездіяльність особи, яка настає у зв'язку із скоєнням порушення іншою особою. В цьому аспекті варто звернути увагу на такий склад злочину як насильницьке зникнення у статті 146-1 ККУ.

Стаття 146-1 ККУ щодо насильницького зникнення була включена до українського законодавства у зв'язку із ратифікацією Україною Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницького зникнення.<sup>373</sup> Частина перша даної статті криміналізує дії представника держави, що спрямовані на насильницьке зникнення людини, включаючи «арешт, затримання, викрадення або позбавлення волі в іншій формі», якщо злочинець в подальшому не визнає таке

---

<sup>371</sup> Кримінальний кодекс України, стаття 426.

<sup>372</sup> Кримінальний кодекс України, стаття 3.

<sup>373</sup> 5AM Coalition, *Насильницькі зникнення: Національна практика в. міжнародні стандарти* (2024), 17.

зникнення або приховує інформацію про нього.<sup>374</sup> Частина друга даної статті криміналізує бездіяльність керівника такого представника держави, який вчинив злочин, пов'язаний із насильницьким зникненням.<sup>375</sup> Зокрема, керівник несе відповідальність за бездіяльність, якщо йому стало відомо про вчинення злочину, пов'язаного із насильницьким зникненням, але він не вжив заходів для припинення таких дій, а також не повідомив компетентні органи про вчинений злочин.<sup>376</sup> Спеціальний суб'єкт злочину, а також об'єктивна сторона у частині другій даної статті певною мірою перегукуються з елементами щодо встановлення відповідальності командування, а саме встановлення відповідальності керівника за дії підлеглого в обох випадках, необхідності доведення елемента обізнаності керівника щодо злочинного діяння, яке вчинив або продовжує вчиняти підлеглий, а також невиконання обов'язку щодо припинення такої діяльності, або щодо звернення у компетентні органи для проведення розслідування.<sup>377</sup> У свою чергу, умисел керівника представника держави буде спрямований саме на власну бездіяльність, яка є окремим складом злочину, а не на сам факт насильницького зникнення, яке скоїв підлеглий.<sup>378</sup>

Звісно, варто брати до уваги те, що дана стаття 146-1 ККУ є продуктом імплементації у законодавство України положень Міжнародної конвенції про захист усіх осіб від насильницького зникнення, а саме статей 4 та 6(b) даної Конвенції, які безпосередньо вимагають кваліфікації насильницького зникнення як окремого злочину, а також покарання начальника, який був обізнаний про діяння або наміри підлеглих, ніс відповідальність та здійснював контроль щодо їхньої діяльності та не вчинив жодних відповідних дій.<sup>379</sup> Окрім того, навіть у самій Конвенції, в статті 6(c) зазначається, що притягнення до відповідальності начальника у даній ситуації не має перешкоджати притягненню до відповідальності

---

<sup>374</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 146-1.

<sup>375</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 146-1.

<sup>376</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 146-1.

<sup>377</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 146-1; Розділ 2 даної Роботи.

<sup>378</sup> SAM Coalition, *Насильницькі зникнення: Національна практика v. міжнародні стандарти*(2024), 18.

<sup>379</sup> UN General Assembly, *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, ухвалено 20 грудня 2006, статті 4, 6.

військових командирів за міжнародним правом,<sup>380</sup> тобто здійснюється, певною мірою, порівняння та визнання подібності природи таких складів злочинів. Таким чином, якщо в Україні діяльність керівника у випадку з насильницьким зникненням імплементовано у формі окремого кримінального правопорушення, було б доречно застосовувати і відповідальність командування як окремий склад злочину, що забезпечувало б уніфікований підхід у національній кримінальній системі.

Даний підхід щодо відповідальності командування як окремого злочину використовується і Робочою групою щодо Проекту нового Кримінального кодексу України.<sup>381</sup> Відповідно до Проекту, окремими воєнними злочинами визнаються невжиття командиром заходів щодо підпорядкованих йому військових сил, а також невжиття начальником заходів щодо підлеглих, якщо підлеглі вчинили чи мали намір вчинити злочин геноциду, злочин проти людяності, злочин агресії, воєнні злочини.<sup>382</sup> Таким чином, командир несе відповідальність за власну бездіяльність, а не за злочин, вчинений підлеглим. Застосування відповідальності командування через статтю 438 ККУ забезпечило б уніфікований та послідовний підхід у національному праві щодо злочинів, що пов'язані з бездіяльністю щодо службових обов'язків.

#### 4.1.2. Відповідність принципу законності

Окремим глобальним питанням щодо застосування відповідальності командування через тлумачення положення статті 438 ККУ залишається проблема законності такого трактування. На цьому також акцентується у Методичних рекомендаціях щодо стандартів розслідування воєнних злочинів, які були затверджені Генеральним прокурором України у 2023 році.<sup>383</sup> Зокрема, там

---

<sup>380</sup> UN General Assembly, *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, ухвалено 20 грудня 2006, стаття 6(с).

<sup>381</sup> "Текст проекту нового Кримінального кодексу України/Draft of the new Criminal Code of Ukraine", EUAM Ukraine. Новий Кримінальний Кодекс, 2 квітня 2025, <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code>.

<sup>382</sup> "Текст проекту нового Кримінального кодексу України/Draft of the new Criminal Code of Ukraine", статті 11.4.5, 11.4.6.

<sup>383</sup> Україна, Офіс Генерального Прокурора, *Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина*, Методичні рекомендації, ухвалено 2023 року, 27.

зазначається, що оскільки у Кримінальному кодексі України окремо не закріплено відповідальності командирів, то притягнення їх до відповідальності шляхом застосування «окремої форми статті 438 ККУ наразі не передбачене».<sup>384</sup> Це відображає підхід українських правоохоронних органів до неможливості тлумачення статті 438 ККУ для цілей застосування відповідальності командування. Однак така позиція не узгоджується із підходом з точки зору прав людини та міжнародного права.

В цьому аспекті варто звернути увагу на рішення Європейського суду з прав людини у справі «Міланкович проти Хорватії», де досліджувалася можливість застосування відповідальності командування через бланкетну норму кримінального закону та відповідності такого застосування статті 7 Європейської конвенції з прав людини, яка забороняє кримінальне переслідування за відсутності визнання діяння кримінальним правопорушенням у національному чи міжнародному праві.<sup>385</sup> У даній справі заявник був засуджений за воєнні злочини на підставі відповідальності командування, однак Основний кримінальний кодекс Хорватії (як і ККУ) не містив жодного окремого посилання на відповідальність командирів. Натомість, положення кодексу, що стосуються «Кримінальних злочинів проти цінностей, що захищаються міжнародним правом (Глава XIII)», мали загальне посилання на порушення «норм міжнародного права».<sup>386</sup> ЄСПЛ підтвердив можливість тлумачення даних положень у світлі криміналізації відповідальності командування через загальні національні заборони воєнних злочинів, зважаючи на статус звичаєвого міжнародного права доктрини відповідальності командування. Міланкович стверджував, що такі узагальнені положення не можна тлумачити із використанням статей 86 і 87 Першого Додаткового протоколу, оскільки він застосовується лише до міжнародних збройних конфліктів (тоді як ситуація, що розглядалася, була неміжнародним збройним конфліктом). Відхиливши аргументи заявників, ЄСПЛ встановив, що

---

<sup>384</sup> Україна, Офіс Генерального Прокурора, *Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина, Методичні рекомендації*, ухвалено 2023 року, 27.

<sup>385</sup> Council of Europe, *European Convention on Human Rights*, ухвалено 4 листопада 1950, стаття 7.

<sup>386</sup> Republic of Croatia, *Basic Criminal Code of Croatia*, ухвалено 1 січня 1998, *Official Gazette of the Republic of Croatia "Narodne novine" No. 110 of October 21, 1997*, статті 120, 122.

«застосування концепції відповідальності командування до воєнних злочинів, скоєних у міжнародному збройному конфлікті, вже в 1991 році було нормою міжнародного звичаєвого права».<sup>387</sup> Таким чином, відповідно до тлумачення ЄСПЛ бланкетних положень у кримінальному кодексі, що стосується порушень норм міжнародного права, кримінальне переслідування на підставі відповідальності командування (під час міжнародного чи міжнародного збройного конфлікту) має достатні підстави, оскільки застосування відповідальності командування є усталеною нормою міжнародного звичаєвого права.<sup>388</sup>

Окрему увагу варто звернути на позицію ЄСПЛ щодо законності засудження на основі норм міжнародного звичаєвого права, які впливають із бланкетних норм кримінального законодавства. Таке тлумачення не буде порушувати принцип законності за умови, що такі норми є доступними та передбачуваними для обвинуваченого.<sup>389</sup> У своєму «Консультативному висновку щодо використання «бланкетного відсилання» або «відсилання до законодавства» при визначенні складу злочину», судді ЄСПЛ зазначили, що така передбачуваність забезпечується чітким посиленням, встановлення складових елементів злочину, а також нерозширенням сфери криміналізації.<sup>390</sup> Таке тлумачення є послідовним застосуванням підходу ЄСПЛ щодо передбачуваності застосування норм міжнародного права на підставі бланкетних положень кримінального законодавства, оскільки у рішенні ЄСПЛ «*Кононов проти Латвії*» також наголошувалося на передбачуваності застосування правил ведення війни.<sup>391</sup> На думку ЄСПЛ, передбачуваність норми впливає з того, що вона захищає основоположні права людини, такі як право на життя, і що порушення даного права

<sup>387</sup> *Case of Milanković v. Croatia*, European Court of Human Rights, 20 січня 2022, Application no. 33351/20, п. 57.

<sup>388</sup> *Milanković v. Croatia*, пп. 50, 60-61; Nicole Citeroni, "The ECtHR Reaffirms ICTY Jurisprudence on Command Responsibility: Convictions Based on Rules of Customary International Law Do Not Violate Article 7 of the Convention", *SIDIBlog*, 11 березня 2022, <http://www.sidiblog.org/2022/03/11/the-ecthr-reaffirms-icty-jurisprudence-on-command-responsibility-convictions-based-on-rules-of-customary-international-law-do-not-violate-article-7-of-the-convention/>.

<sup>389</sup> *Milanković v. Croatia*, пп. 50, 62-66; Citeroni, "The ECtHR Reaffirms ICTY Jurisprudence on Command Responsibility: Convictions Based on Rules of Customary International Law Do Not Violate Article 7 of the Convention".

<sup>390</sup> *Advisory Opinion concerning the use of the "blanket reference" or "legislation by reference" technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law*, European Court of Human Rights, 29 травня 2020, Request no. P16-2019-001, п. 73.

<sup>391</sup> *Case of Kononov v. Latvia*, European Court of Human Rights, 20 січня 2022, Application no. 36376/04, п. 236.

вступає у суперечність не тільки із національним правом, але також і з міжнародними правилами.<sup>392</sup> У справі Кононова, ЄСПЛ звертає увагу на два аспекти для підтвердження передбачуваності: вчинення звірських злочинів жорстокого поводження та вбивства дев'ятох цивільних мешканців, що не відповідало найбазовішим правилам захисту цивільного населення під час збройних конфліктів, а також високу ієрархічну позицію Кононова, який був командиром взводу, а тому був відповідальним за оцінку ризиків під час виконання військових операцій.<sup>393</sup> Для доведення елемента передбачуваності у даних випадках буде достатньо того, щоб поведінка була злочинною «у загальному розумінні».<sup>394</sup>

Якщо проаналізувати застосування відповідальності командування через статтю 438 ККУ на предмет відповідності принципу законності, то потрібно взяти до уваги чіткість формулювання даного положення, а саме конкретне посилення на порушення законів та звичаїв війни, які «передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».<sup>395</sup> Перший протокол до Женевських конвенцій є ратифікований Україною,<sup>396</sup> що відповідає вимозі про надання згоди на обов'язковість, а також безпосередньо закріплює закони та звичаї війни.<sup>397</sup> Таким чином, застосування відповідальності командування через загальну норму статті 438 ККУ є можливим та юридично правильним, а також не буде суперечити принципу законності, оскільки є передбачуваним застосуванням норми.

---

<sup>392</sup> *Kononov v. Latvia*, п. 236.

<sup>393</sup> *Kononov v. Latvia*, п. 238.

<sup>394</sup> *Milanković v. Croatia*, п. 63.

<sup>395</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 438.

<sup>396</sup> УРСР, *Про ратифікацію Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), і Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів неміжнародного характеру (Протокол II)*, Указ Президії Верховної Ради Української РСР 7960-XI, ухвалено 18 серпня 1989.

<sup>397</sup> М. І. Пашковський, "Command Responsibility For Russian Commanders Based on Article 438 Of The Criminal Code Of Ukraine And Articles 86, 87 Of The First Additional Protocol To The Geneva Conventions: Prospects For Using The Croatian Experience", у *Legal Science, Legislation And Law Enforcement: Traditions And New European Approaches* (Izdevnieciba "Baltija Publishing", 2023), 110, <https://doi.org/10.30525/978-9934-26-324-8-26>.

#### 4.1.3. Застосування підходу переслідування відповідальності командування як окремого злочину в Україні

Практика правоохоронних органів України щодо застосування відповідальності командування через статтю 438 ККУ не є поширеною, ймовірно, через згадані вище Методичні рекомендації щодо розслідування воєнних злочинів, які не передбачають таке застосування.<sup>398</sup> Наразі є лише один випадок застосування відповідальності командування як окремого злочину бездіяльності командира. У 2023 році, Управлінням Служби Безпеки України у Миколаївській області було видано повідомлення про підозру командиру 127-го полку «ДНР», Єсіпову Сергію Миколайовичу, за невчинення дій щодо припинення систематичних актів залякування цивільного населення шляхом викрадення і протиправного позбавлення волі із застосуванням актів насильства.<sup>399</sup> Як відомо з тексту повідомлення про підозру, полк Єсіпова контролював територію села Олександрівка Миколаївської області під час окупації з березня 2022 року, а підлеглі Єсіпова проводили постійні пошуки проукраїнського населення, щоб помістити таких осіб до місць утримання.<sup>400</sup> Підлеглі Єсіпова, під час утримання цивільних осіб, застосовували до них фізичне насильство і катування, сексуальне насильство, психологічний тиск.<sup>401</sup> Інші підлеглі Єсіпова, яка контролювали блокпост поблизу окупованого села, також затримували осіб із проукраїнською позицією та передавали їх до місць утримання, де над ними здійснювали фізичне насильство.<sup>402</sup> Елемент ієрархічної підпорядкованості у даній ситуації впливає безпосередньо із посади Єсіпова, а саме зайняття посади командира 127-го полку «ДНР», у підпорядкуванні якого і перебували військовослужбовці, які розшукували, затримували, незаконно утримували, катували цивільне населення.<sup>403</sup> Ієрархічне

<sup>398</sup> Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина, 27.

<sup>399</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М., Слідчий слідчого відділу Управління СБ України в Миколаївській області, 14 липня 2023, 2202215000002036 (Україна), [https://myk.gp.gov.ua/userfiles/file/povidomlennya\\_pro\\_zminu\\_raniske\\_povidomlenovi\\_pidozri\\_yesipov\\_s.m..p df](https://myk.gp.gov.ua/userfiles/file/povidomlennya_pro_zminu_raniske_povidomlenovi_pidozri_yesipov_s.m..p df).

<sup>400</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.

<sup>401</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.

<sup>402</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.

<sup>403</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.

підпорядкування також впливає з того, що Єсіпов «періодично відвідував місця утримання, шиковав та перевіряв особовий склад».<sup>404</sup> Обізнаність Єсіпова про вчинення злочинів підлеглими обґрунтовується тим фактом, що він «особисто бачив потерпілих, які там знаходились, в якому стані, в яких умовах вони перебували та контролював вказаний процес».<sup>405</sup> Що саме мається на увазі під «контролюванням процесу» в повідомленні про підозру не пояснюється, однак очевидно, що не йдеться про віддання безпосередніх наказів на вчинення таких дій, оскільки тоді не було б необхідності застосовувати доктрину відповідальності командування, а варто було би переслідувати Єсіпова як співвиконавця у таких злочинах шляхом відання наказу. Окрім того, у підозрі вказується, що «підлеглі постійно йому доповідали про обстановку та стан утриманих».<sup>406</sup> Встановлені обставини загалом задовольняють елемент обізнаності військового командира щодо вчинення порушень його підлеглими. Також можна зробити висновки і про бездіяльність Єсіпова як командира, оскільки він не вчинив жодних дій, які були б спрямовані на припинення самого факту утримання та жорстокого поводження щодо цивільних осіб, а також не ініціював розслідування чи покарання підлеглих, які вчиняли такі дії.<sup>407</sup>

Таким чином, бездіяльність командира можна розглядати як окреме кримінальне правопорушення, за яким командир може бути притягнутий до відповідальності за свою бездіяльність щодо невиконання обов'язків командира, як це передбачається статтями 86 та 87 Першого Додаткового протоколу. Це відповідає підходу, застосованому судами щодо статті 426 ККУ.<sup>408</sup> Це також підтверджується загальними положеннями ККУ і практикою ЄСПЛ. В даному випадку варто комплексно розглядати контекст ситуації та роль командира, а саме його нагляд за скоєнням воєнних злочинів, які самі по собі є протиправною діяльністю, вчинення якої не допускається, а тому має бути припинена.<sup>409</sup>

---

<sup>404</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.

<sup>405</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.

<sup>406</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.

<sup>407</sup> Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.

<sup>408</sup> *Справа №225/3479/16-к*, Дзержинський міський суд Донецької області, 20 листопада 2017 (Україна).

<sup>409</sup> *Milanković v. Croatia*, п. 64.

#### 4.2. Застосування відповідальності командування після ратифікації Римського Статуту та внесення змін до Кримінального кодексу України

24 жовтня 2024 року набув чинності Закон України «Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього».<sup>410</sup> Пунктом третім даного Закону про ратифікацію РС МКС передбачалося одночасне набрання чинності Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього».<sup>411</sup> Внаслідок цього Розділ VI ККУ щодо видів співучасті було доповнено статтею 31-1 ККУ, яка передбачає кримінальну відповідальність військових командирів, інших осіб, які фактично діють як військові командири, та інших начальників. Відповідно до положень цієї статті, командир фактично стає співучасником до того злочину, який вчинив підлеглий, а саме злочину геноциду, злочину агресії, злочинів проти людяності, воєнних злочинів, застосування зброї масового ураження.<sup>412</sup>

Внесення даних змін до Кримінального кодексу України є важливим кроком у вдосконаленні національної законодавчої основи за переслідування порушення звичаїв та ведення війни, адже заповнює досить суттєві прогалини, як щодо притягнення до відповідальності командирів, так і щодо окремих складів злочинів, як от злочинів проти людяності. Закріплення підстав щодо відповідальності військових командирів та інших начальників за порушення їхніх підлеглих у окремій статті, робить застосування цієї правової концепції значно зрозумілішою для українських правоохоронних органів, сприяє забезпеченню принципу законності, ясності та правової визначеності, оскільки дозволяє уникати використання бланкетної норми та аналізу положень Першого Додаткового

---

<sup>410</sup> Україна, Верховна Рада України, *Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього*, Закон України 3909-IX, ухвалено 21 серпня 2024, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3909-20#Text>.

<sup>411</sup> Україна, Верховна Рада України, *Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього*, Закон України 4012-IX, ухвалено 9 жовтня 2024, <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#Text>.

<sup>412</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 31-1.

протоколу до Женевських конвенцій. Окрім того, якщо інтерпретація статті 438 ККУ означала, що відповідальність командирів застосовується лише до воєнних злочинів, то стаття 31-1 ККУ дозволяє притягувати до відповідальності командирів, якщо їхніми підлеглими були вчинені й інші злочини, такі як злочин геноциду, злочини проти людяності, злочин агресії, застосування зброї масового знищення.<sup>413</sup>

Окрім того, розміщення статті 31-1 ККУ в Розділі, який стосується видів співучасті за скоєний злочин, також відповідає сучасному підходу, який наразі використовується у міжнародному кримінальному праві і передбачає, що командир або начальник несуть відповідальність саме за злочин, скоєний підлеглим, адже своєю бездіяльністю вони допустили вчинення такого злочину, в результаті чого й настало порушення. Такий підхід розміщено у Статуті МКТЮ, Статуті МКТР, а також Римському Статуті, і було підтверджено відповідною судовою практикою, яка досліджувалась у Розділі 3 даної роботи. Зважаючи на те, що внесення статті 31-1 ККУ пов'язано із ратифікацією Римського Статуту, було перейнято саме той підхід, який застосовується у статті 28 РС і не розглядає відповідальність командира як окремий злочин, а як підставу для кримінальної відповідальності за злочини, щодо яких Міжнародний кримінальний Суд здійснює свою юрисдикцію.<sup>414</sup>

Проте стаття 31-1 ККУ потребує суттєвих доопрацювань, щоб забезпечити ефективне та юридично коректне переслідування військових командирів та начальників у відповідності з нормами міжнародного гуманітарного права.

Статтю 31-1 ККУ розміщено у Розділі VI «Співучасть у кримінальному правопорушенні», що передбачає автоматичне застосування до відповідальності командування статті 26 ККУ щодо поняття співучасті, і передбачає саме «умисну спільну участь декількох суб'єктів кримінального правопорушення у вчиненні умисного кримінального правопорушення».<sup>415</sup> Міжнародна практика не передбачає доведення умислу або причетності командира щодо того злочину, який вчинив його

---

<sup>413</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 31-1.

<sup>414</sup> *Rome Statute*, стаття 28.

<sup>415</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 26.

підлеглий,<sup>416</sup> адже це підриває усю суть доктрини відповідальності командування, яка була створена саме для тих випадків, коли неможливо встановити безпосередню причетність командира до злочину підлеглої особи.<sup>417</sup> Якби в командира існував умисел на вчинення такого злочину, тобі він міг би переслідуватися як співвиконавець, організатор, підбурювач чи пособник. Умисел командира може існувати лише щодо його власної бездіяльності та невиконання свого обов'язку діяти, а не щодо злочину підлеглого. Більше того, стаття 27 ККУ визначає вичерпний перелік форм співучасті в українському кримінальному праві, а саме виконавець (співвиконавець), організатор, підбурювач і пособник.<sup>418</sup> Натомість, статтю 31-1 ККУ фактично вводиться новий вид співучасті, який не притаманний українському законодавству. Однак доповнення Кримінального кодексу України таким положенням не супроводжується внесенням змін до статті 27 ККУ, і розширенням виду співучасників. Таким чином, це створює прогалину у регулюванні, адже хоч відповідальність командування і розміщується у розділі про співучасть, її правова природа залишається невизначеною та не вписується у національне законодавство.

#### 4.2.1. Запропоновані зміни для удосконалення регулювання відповідальності командування як форми співучасті в Україні

Для усунення описаних вище проблем, рекомендується декілька варіантів щодо внесення змін до Кримінального кодексу України. Одним із шляхів вирішення є переміщення статті щодо відповідальності військових командирів та інших начальників із Розділу VI щодо співучасті, до Розділу IV, який стосується суб'єктів кримінального правопорушення. До даного розділу можна було б внести нову категорію «особливих суб'єктів», якими б визначалися військові командири, або інші начальники, де би встановлювалося, що вони несуть відповідальність за злочини, вчинені їхніми підлеглими, на особливих підставах, передбачених їхніми

---

<sup>416</sup> Halilović, Trial, pp. 76-78.

<sup>417</sup> Halilović, Trial, p. 78.

<sup>418</sup> Кримінальний кодекс України, стаття 27.

посадовими обов'язками. Або ж така стаття про відповідальність командування могла би бути розміщеною у Розділі II щодо закону про кримінальну відповідальність, доповнивши її статтею про можливість притягнення до відповідальності командирів, які не брали безпосередньої участі в злочині. Звісно, ще одним варіантом залишається включення статті щодо відповідальності командування до Розділу XX ККУ, який стосується кримінальних правопорушень проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку у формі окремого злочину. Іншим, дещо складнішим, варіантом вирішення проблеми є внесення змін до Розділу VI щодо співучасті, залишивши статтю 31-1 ККУ в межах цього розділу. В такому випадку, у статті 26, доповнивши її другою частиною, варто передбачити, що поняття співучасті також поширюється на випадки, коли у суб'єкта не існувало безпосереднього умислу на вчинення злочину, але існував умисел на власну бездіяльність щодо невиконання своїх обов'язків командира, якщо це могло призвело до вчинення злочину підлеглим. Також необхідно було би доповнити статтю 27 новою частиною, яка передбачатиме, що військовий командир чи інший начальник є співучасником злочину у тому випадку, який описується у статті 31-1 ККУ. Впровадження таких змін не суперечили б Римському Статуту, оскільки положення про відповідальність командирів у даному документі розміщено у Частині 3 Статуту, яка стосується загальних принципів кримінального права, а не видів співучасті чи форм участі у вчинення злочину. Більше того, форми співучасті за Римським Статутом перелічуються у статті 25, і не включають відповідальність командування.<sup>419</sup>

Окрім того, якщо звернутися до Методичних рекомендацій, затверджених Генеральним прокурором України, щодо стандартів розслідування воєнних злочинів, у них встановлюється, що відповідальність командування не може розглядатися як співучасть з ряду причин.<sup>420</sup> Співучасть передбачає активну участь особи у вчиненні злочину, тоді як командир взагалі не бере участі у вчинення такого злочину, адже це б нівелювало саму суть відповідальності командування як окремої

---

<sup>419</sup> *Rome Statute*, стаття 25.

<sup>420</sup> *Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина*, 27.

підстави для притягнення до відповідальності. Також співучасть вимагає доведення умислу, що не є складовою частиною відповідальності командування. Насамкінець, співучасть передбачає притягнення до відповідальності особи, яка була безпосередньо причетна до вчинення злочину. Натомість, як зазначалося Судовою палатою МКТЮ у справі проти Галіловича, не вимагається причинно-наслідкового зв'язку між бездіяльністю командира і настанням злочину.<sup>421</sup> Міжнародний кримінальний суд, в рішенні проти Бемби також підтвердив, що застосування стандарту, який вимагатиме встановлення, що злочини б не відбулися, якби командир виконав свій обов'язок щодо вжиття необхідних та розумних заходів, не відповідає вимогам, які встановлюються статтею 28 Римського Статуту.<sup>422</sup> Таким чином, юридично виправданим було би розмістити положення про відповідальність командування у іншому розділі Кримінального кодексу України, який не стосується форм співучасті.

Наступною проблемою постає сам текст статті 31-1 ККУ, який не повною мірою відповідає ані Римському Статуту, ані нормам звичаєвого міжнародного гуманітарного права. Відповідно до частини першої статті 31-1 ККУ, елемент щодо обізнаності сформульований як «[в]ійськовий командир [...] знав, або, зважаючи на обставини, що склалися на той час, повинен був і міг знати, [...]».<sup>423</sup> Натомість, у звичаєвому міжнародному гуманітарному праві елемент щодо обізнаності сформульований як «знав, або мав підстави знати».<sup>424</sup> У Римському Статуті, елемент обізнаності сформульовано як «знав або, зважаючи на обставини, що склалися на той час, повинен був знати».<sup>425</sup> Таким чином, ані міжнародне гуманітарне право, ані положення Римського Статуту не передбачають доведення сукупної вимоги у формі «повинен був і міг знати». Таке формулювання ускладнює доведення елемента обізнаності у тих випадках, коли її неможливо встановити безпосередньо, тож вона доводиться через збір доказів щодо супутніх обставин

---

<sup>421</sup> *Halilovic*, Trial, pp. 75-78.

<sup>422</sup> *Bemba*, Pre-Trial, p. 425; *Bemba*, Trial, p. 213.

<sup>423</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 31-1.

<sup>424</sup> "Customary IHL. Rule 153. Command Responsibility for Failure to Prevent, Repress or Report War Crimes", ICRC, International Humanitarian Law Databases, <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule153>.

<sup>425</sup> *Rome Statute*, стаття 28.

справи, як от отримання командиром звітів від підлеглих. Для доведення у міжнародному праві буде достатньо того, що такі документи існували та були скеровані до командира, тоді як для цілей доведення статті 31-1 ККУ доведеться встановлювати, що командир справді ознайомлювався з такими документами, внаслідок чого міг дізнатися про скоєні порушення. У частині другій статті 31-1 ККУ, яка стосується інших начальників, формулювання елемента обізнаності також є невідповідним, оскільки воно передбачає, що начальник «знав, або повинен був знати, або свідомо проігнорував інформацію».<sup>426</sup> Натомість, відповідно до положення Римського Статуту, до інших начальників не застосовується форма обізнаності як «повинен був знати», а вимагається лише те, щоб начальник «або знав, або свідомо проігнорував інформацію».<sup>427</sup> Така невідповідність має бути усунена, адже вона розширює підстави притягнення до кримінальної відповідальності інших начальників, щодо яких на практиці неможливо довести «можливу обізнаність».

Також міститься невідповідність формулювання у статті 31-1 ККУ, де передбачається, що «[в]ійськовий командир [...] не вжив дій, які повинен був і міг вжити у межах своїх повноважень [...]».<sup>428</sup> Як у міжнародному гуманітарному праві, так і у Римському Статуті, від командира вимагається, щоб він вжив «всіх необхідних та розумних заходів в межах своїх повноважень».<sup>429</sup> У статті 31-1 ККУ фокус зроблений на тому, що командир повинен діяти відповідно до своїх повноважень, і вживати саме тих дій, які такими повноваженнями передбачаються. Натомість, у міжнародному гуманітарному праві вимагається, щоб командир вживав усіх необхідних та розумних заходів, які повинні бути в межах його повноважень, однак діяльність командира не обов'язково має базуватися на його обов'язках відповідно до повноважень, а включати й інші заходи, які не передбачені обов'язками, але є необхідними та розумними для цілей запобігання чи припинення вчинення злочину.

---

<sup>426</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 31-1.

<sup>427</sup> *Rome Statute*, стаття 28.

<sup>428</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 31-1.

<sup>429</sup> "Customary IHL. Rule 153. Command Responsibility for Failure to Prevent, Repress or Report War Crimes"; *Rome Statute*, стаття 28.

Внаслідок цього, некоректні формулювання у статті 31-1 ККУ, які фактично розширюють елементи відповідальності командування, не відповідають принципу законності, оскільки даний злочин за національним правом не узгоджується з інтерпретацією положень, які передбачають відповідальність командирів за міжнародним гуманітарним правом чи Римським статутом. Коли формулювання не відповідають суті самого злочинного діяння, це порушує принцип законності.<sup>430</sup> Це також порушує частину п'яту статті 3 ККУ, відповідно до якої закон України про кримінальну відповідальність має відповідати положенням чинних договорів, які були ратифіковані Україною.<sup>431</sup> Зважаючи на це, необхідно внести зміни до статті 31-1 ККУ, щоб положення було у відповідності із звичаєвим гуманітарним правом, а також відповідало положенням Римського Статуту щодо елементів відповідальності інших начальників, які не є військовими командирами.

Водночас, глобальною невирішеною проблемою наразі залишається співіснування статті 31-1 ККУ та статті 438 ККУ, що передбачає переслідування за воєнні злочини. Як було проаналізовано у першій частині даного розділу, існують всі підстави для того, щоб застосовувати норми щодо відповідальності командування через бланкетну диспозицію статті 438 ККУ, що підтверджується як міжнародною, так і національною практикою. Буде логічним вважати, що з моменту набрання чинності статтею 31-1 ККУ, положення статті 438 ККУ не будуть тлумачитися у світлі застосування статей 86 та 87 Першого Додаткового протоколу. Водночас, наразі такий підхід жодним чином не закріплений. Найімовірніше, дана позиція буде відображена у судовій практиці, однак це відбудеться лише тоді, коли буде скеровано перший обвинувальний вирок щодо бездіяльності командира до суду, чого наразі ще не відбулося.

4.2.2. Можливість переслідування триваючих чи минулих злочинів відповідно до відповідальності командування

---

<sup>430</sup> *Case of Jorgić v. Germany*, European Court of Human Rights, 12 липня 2007, Application no. 74613/01, п. 103.

<sup>431</sup> *Кримінальний кодекс України*, стаття 3.

Іншою суттєвою проблемою залишається неможливість ретроактивного застосування статті 31-1 ККУ, адже вона набрала чинності і вступила в силу 24 жовтня 2024 року, тоді як збройний конфлікт в Україні триває з 2014 року.<sup>432</sup> Це створює суттєву прогалину в правовому регулюванні, адже унеможливорює переслідування військових командирів та інших начальників протягом десяти років тривання збройного конфлікту на території України. Наразі залишається незрозумілим, чи можливо буде застосовувати положення статті 438 ККУ для переслідування бездіяльності військових командирів та інших начальників з 2014 року до жовтня 2024 року, адже, хоч і існують правові передумови та практика для такого застосування, позиція Офісу Генерального Прокурора не передбачає такого застосування статті 438 ККУ. Зокрема, це безпосередньо відображено у Методичних рекомендаціях «Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина», затвердженими Генеральним прокурором.<sup>433</sup> Відповідно до даних рекомендацій, «застосування командної відповідальності як окремої форми ст. 438 КК України наразі не передбачене», оскільки ця форма участі не є безпосередньо закріпленою в ККУ.<sup>434</sup> Водночас застосування відповідальності командування як форми співучасті до жовтня 2024 року також не є можливим.<sup>435</sup> На жаль, українська практика лише підтверджує даний підхід, оскільки за десять років з'явилося лише одне повідомлення про підозру щодо Єсіпова, яке аналізувалося в даному розділі вище, де відповідальність командира встановлювалась через застосування статей 86 та 87 Першого Додаткового протоколу через статтю 438 ККУ.<sup>436</sup> Позиція українських судів щодо застосування цього підходу залишається невідомою, оскільки така справа ще не розглядалася у суді.

Ретроактивне застосування статті 31-1 ККУ також не видається можливим через положення, які містяться у Конституції України та Кримінальному кодексі України. Відповідно до статті 58 Конституції України, «ніхто не може відповідати

---

<sup>432</sup> Global Rights Compliance, *International Law and Defining Russia's Involvement in Crimea and Donbas* (2022), 336, 340.

<sup>433</sup> *Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина.*

<sup>434</sup> *Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина*, 27.

<sup>435</sup> *Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина*, 27.

<sup>436</sup> *Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М.*

за діяння, які на час їх вчинення не визнавалися законом як правопорушення».<sup>437</sup> Як зазначалося Венеційською Комісією, ретроактивне застосування положень, що стосується міжнародних злочинів є можливим лише у тому випадку, якщо підстави для такого застосування безпосередньо передбачалися нормами національного законодавства.<sup>438</sup> Прикладом цього є окреме положення у кримінальному кодексі, де передбачається, що не буде суперечити принципу ретроактивності покарання за діяння, які «визнавалися злочинами відповідно до загальних принципів міжнародного права», як це, до прикладу, передбачено у Кримінальному кодексі Боснії та Герцеговини.<sup>439</sup> Втім, таке ж доповнення має отримати і стаття 58 Конституції України для уникнення колізії норм, оскільки в Конституції України наразі передбачається абсолютна заборона щодо зворотного застосування закону в часі.<sup>440</sup> Зважаючи на те, що не допускається внесення змін до Конституції України під час воєнного стану, вірогідність доповнення статті 58 Конституції України новим положенням не є реалістичним.

Зважаючи на вищевикладене, питання щодо переслідування військових командирів та інших начальників на підставі відповідальності командування за дії, що були вчинені на території України з початку збройного конфлікту у 2014 році і до 24 жовтня 2024 року потребує подальшого дослідження, адже правові механізми для їхнього переслідування в межах української національної юрисдикції є обмеженими та нечіткими. Відсутність національних механізмів для притягнення до відповідальності водночас є передумовою для застосування міжнародних чи екстратериторіальних механізмів забезпечення справедливості щодо періоду 2014-

<sup>437</sup> Кримінальний кодекс України, стаття 58.

<sup>438</sup> Venice Commission, *Amicus Curiae Brief on the case Santiago Bryson de la Barra et al (on crimes against humanity) for the Constitutional Court of Peru*, 88th Plenary Session, ухвалено 14 жовтня 2011, п. 42.

<sup>439</sup> Bosnia and Herzegovina, *Criminal Code of Bosnia and Herzegovina*, ухвалено 27 червня 2003, *Official Gazette of Bosnia and Herzegovina* No. 3/03, стаття 4(a); Case of Šimšić v. Bosnia and Herzegovina, European Court of Human Rights, 10 квітня 2012, Application no. 51552/10, пп. 23-24; Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina, European Court of Human Rights, 18 липня 2013, Application no. 2312/08, 34179/08, п. 55.

<sup>440</sup> Україна, Верховна Рада України, *Конституція України*, 254к/96-ВР, ухвалено 28 червня 1996, стаття 58; Україна, Конституційний Суд України, *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України*, Рішення Конституційного Суду України 1-п/2019, ухвалено 26 лютого 2019, (абзац четвертий пункту 6 мотивувальної частини); Arne Bardelle та Arie Mora, "“No Safe Haven” Is Not Enough – Universal Jurisdiction and Russia’s War of Aggression", *EJIL:Talk!* (блог), 26 лютого 2025, <https://www.ejiltalk.org/no-safe-haven-is-not-enough-universal-jurisdiction-and-russias-war-of-aggression/>.

2024 років. Наприклад, справи щодо відповідальності командування можуть передаватися до Міжнародного кримінального суду на підставі принципу комплементарності, який застосовується у випадку неможливості держави реально здійснювати судовий процес у справі.<sup>441</sup> Зокрема, така «неможливість держави» існує у випадку, якщо в національному кримінальному законодавстві відсутні необхідні правові приписи або процедури,<sup>442</sup> що може бути цілком застосовним у випадку з відповідальністю командування в Україні. Ще однією можливістю є переслідування військових командирів та інших начальників на підставі принципу універсальної юрисдикції в інших країнах, де норми кримінального права безпосередньо передбачають відповідальність командування.<sup>443</sup> Про можливість такого переслідування свідчить, зокрема, практика Нідерландів, де було притягнуто до відповідальності командира із Ефіопії за воєнний злочин катування.<sup>444</sup> Таким чином, проблема щодо переслідування командирів на підставі відповідальності командування потребує практичного вирішення, яке може полягати у передачі справ до Міжнародного кримінального суду або до інших країн на підставі універсальної юрисдикції.

\*\*\*

Відповідно до першої частини даного Розділу, можливим і юридично обґрунтованим є притягнення військових командирів до відповідальності за їхню бездіяльність щодо воєнних злочинів підлеглих на підставі статті 438 ККУ. Стаття 438 ККУ забороняє «порушення законів та звичаїв війни», що включає «будь-які інші порушення законів та звичаїв війни, передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України». Це положення включає Перший Додатковий протокол до Женевських конвенцій, і може тлумачитися як таке, що включає статті 86 і 87, де передбачається відповідальність командирів за порушення їхніх зобов'язань. Зважаючи на це, відповідальність командира може застосовуватися через бланкетне положення статті 438 ККУ. Цей

---

<sup>441</sup> International Criminal Court, *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice* (2003).

<sup>442</sup> International Criminal Court, *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice* (2003), 31.

<sup>443</sup> "Customary IHL. Rule 157. Jurisdiction over War Crimes", ICRC, International Humanitarian Law Databases, <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule157>.

<sup>444</sup> Open Society Foundations, *Universal Jurisdiction Law and Practice in the Netherlands* (2019), 8.

підхід підтверджується текстуальним тлумаченням статті 86 Першого Додаткового протоколу, практикою національних юрисдикцій, рішеннями міжнародних трибуналів. Таке тлумачення статті 438 ККУ не суперечить загальним підходам національного законодавства, адже Кримінальний кодекс України містить подібний склад злочину за об'єктивною стороною у статті 146-1, що передбачає відповідальність керівника представника держави, якщо останній вчинив злочин насильницького зникнення. Окрім того, стаття 426 ККУ передбачає відповідальність військової службової особи за умисне неприпинення кримінального правопорушення, що вчиняється підлеглим, і становить окремий злочин. Відповідно до рішення ЄСПЛ щодо Міланковича, таке тлумачення статті 438 ККУ не буде порушувати принцип законності, адже є чітким та передбачуваним. Зрештою, даний підхід також було застосовано Управлінням Служби Безпеки України у Миколаївській області при виданні повідомлення про підозру командирі 127-го полку «ДНР».

Водночас з 24 жовтня 2024 року до Кримінального кодексу України було внесено зміни, згідно з якими було додано статтю 31-1 ККУ, яка передбачає відповідальність військових командирів та інших начальників як окрему форму співучасті. Внесення такої зміни забезпечує правову визначеність під час переслідування воєнних злочинців. Однак наразі дане положення потребує суттєвих доопрацювань. По-перше, є неможливим розміщення даної статті у розділі, що стосується форм співучасті, адже це вимагатиме встановлення умислу командира та його безпосередньої причетності щодо злочину підлеглого, що не є вимогою в міжнародному праві. Для цього пропонується внести зміни до статті 26 ККУ, яка визначає поняття співучасті, або ж перенести положення про відповідальність командування до іншого розділу ККУ. По-друге, вимагається привести у відповідність формулювання статті 31-1 ККУ до тих формулювань, які містяться у Римському статуті або ж у звичаєвому праві, адже наразі положення у ККУ встановлює значно вищий поріг доказування. По-третє, вирішення потребує питання щодо переслідування відповідальності командування за діяння, як були вчинені до 24 жовтня 2024 року або є триваючими. Щодо таких злочинів необхідне

рішення про можливість ретроактивного застосування статті 31-1 ККУ або ж застосування екстратериторіальної юрисдикції чи передачі справ до Міжнародного кримінального суду.

## ВИСНОВКИ

Концепція відповідальності командування була сформульована у своєму сучасному вигляді у ХХ столітті в найвідоміших рішеннях над військовими командирами Ямашітою, Лібом і Лістом, підлеглі яких вчиняли кричущі звірства під час Другої світової війни. Саме в той період у міжнародному праві з'являється закріплення того, що за міжнародні злочини не можуть бути покарані суто виконавці таких діянь, тобто підлеглі солдати. Покарання має досягти самого «корень зла», тобто осіб, які допускали та одобрювали вчинення таких звірств щодо захищених осіб та об'єктів за міжнародним правом. Концепція відповідальності командування стала відповіддю на таке бажання, дозволивши переслідувати військових командирів або цивільних начальників, які не брали безпосередньої участі у злочині, однак допустили вчинення цих злочинів своїми підлеглими. До цього відповідальність командування у міжнародному праві була пов'язана із забезпеченням дотримання законів і звичаїв війни та намаганням конкретизувати широту повноважень військових командирів, в межі обов'язків яких входило також і слідкування за дотриманням правил ведення війни.

Вперше поняття відповідальності командування було закріплено у статтях 86 та 87 Першого Додаткового протоколу 1977 року до Женевських конвенцій 1949 року. Метою статті 86 Першого Додаткового протоколу було дотримання правил ведення війни шляхом зобов'язання Високих Договірних Сторін вживати дій для припинення порушень. У частині другій цієї статті деталізується, що на полі бою таку діяльність здійснює саме командир і тому на ньому лежить обов'язок щодо запобігання або припинення порушення підлеглими. У статті 87 Додаткового протоколу йдеться більш детально про безпосередні обов'язки командирів, які мають бути спрямовані на дотримання положень Женевських конвенцій, що включає у себе запобігання і припинення порушень норм Женевських конвенцій, повідомлення компетентним органам про такі порушення, ініціювання дисциплінарних або кримінальних заходів проти підлеглих, що вчинили порушення. Під час погодження тексту статті 86 Першого Додаткового протоколу, вперше було обговорено питання щодо відсутності важливого елемента, а саме

умислу командира щодо вчиненого порушення. Це, загалом, підтверджує майбутні судження трибуналів про те, що відповідальність командування є концепцією міжнародного права, адже за своїми характеристиками не відповідає жодній відомій правовій формі у національному праві, що створює проблеми її застосування.

Аналіз елементів відповідальності командування також вказує на особливість правової природи даної концепції, оскільки встановлені елементи неможливо прирівняти до елементів злочину чи підстав для встановлення співучасті. Так, для притягнення до відповідальності командування вимагається реальна субординація та ієрархічний зв'язок, який підтверджується можливістю командира видавати накази, яким слідують підлеглі. Також потребується доведення ефективного контролю командира над підлеглими, що означає реальну можливість впливати на дисципліну та порядок, перепиняти злочинні дії підлеглих, притягувати їх до дисциплінарної відповідальності або передавати до відповідних органів у разі вчинення порушення. Наступною є вимога щодо обізнаності командира, яка полягає у доведенні його знання про вчинене порушення, або того, що командир міг би знати про таке порушення. Саме обізнаність командира є підставою для його ініціативи діяти, тобто припинити порушення, зупинити його або звернутися до компетентних органів для покарання підлеглого. Командир повинен свідомо і навмисно проігнорувати вчинене порушення підлеглим. При цьому командир не має поділяти умисел щодо злочину підлеглим чи бути яким-небудь чином причетним до такого порушення. Це свідчить про те, що виходячи з аналізу елементів відповідальності командування, ця концепція є ближчою до окремого злочину «бездіяльності» або «злочинної недбалості» командира, аніж до виду співучасті – саме через відсутність умислу щодо основного злочину.

Вперше природу відповідальності командування було детально проаналізовано у рішеннях Міжнародного кримінального трибуналу щодо колишньої Югославії, де було встановлено, що відповідальність командування є формою «опосередкованої» відповідальності та настає через те, що командир не дотримався свого обов'язку вчинити певні дії щодо забезпечення дотримання правил ведення війни. Водночас МКТЮ не встановлює, чи це прирівнює командира

до ролі співвиконавця за вчинений підлеглим злочин. МКТЮ також визнає, що причинно-наслідковий зв'язок справді є важливим принципом кримінального права, однак немає жодних підтверджень тому, що він є одним із елементів відповідальності командування. Певний зв'язок між бездіяльністю та вчиненим злочином, все ж, вимагається, в тому сенсі, що якби командир здійснив активну дію з відвернення злочину, то його б не сталося. Водночас такий зв'язок не вимагається між відсутністю покарання та уже вчиненим злочином. Саме ці судження стають основою для розгляду відповідальності командування як окремого злочину, або ж як права *sui generis*. Так, навіть Міжнародний кримінальний суд зазначає про унікальність правової природи відповідальності командування, вказуючи, що причинно-наслідковий зв'язок не потребує окремого доведення, оскільки він впливає з великої кількості інших елементів відповідальності командування. Судді МКС в справі проти Жан П'єра Бемби розділилися у своїх міркуваннях щодо того, в якому ж форматі міг би бути доведений такий зв'язок, і більшість суддів не підтримала аргумент того, що варто розглядати гіпотетичну ситуацію того, що якби командир втрутився і виконав свій обов'язок, то злочин би не був вчинений.

І все ж, зважаючи на формулювання обвинувачень та вироків у справах МКТЮ та МКС, відповідальність командування знаходить своє відображення саме як форма співучасті, адже командир притягується до відповідальності саме за вчинені підлеглим злочини, а не за власну бездіяльність щодо реакції на такі злочини. При цьому, сприйняття відповідальності командування як права *sui generis* залишається необхідним визначенням для подальшого теоретичного вивчення даної концепції, порівняння її з іншими поняттями кримінального права.

Водночас унікальність правової природи відповідальності командування створює широке поле для інтерпретації та застосування даної концепції у національному праві. У даній роботі досліджено та встановлено, що є можливим та юридично коректним переслідування відповідальності командування за статтею 438 Кримінального кодексу України, яка забороняє вчинення воєнних злочинів. Відповідна практика існує в інших державах, а Європейський суд з прав людини у своєму рішенні *Міланкович проти Хорватії* підтвердив можливість застосування

відповідальності командування через тлумачення бланкетної норми у кримінальному законодавстві, яка відсилає до порушень правил та звичаїв ведення війни. До того ж, Кримінальний кодекс України містить статтю 146-1 щодо насильницького зникнення, яка є подібною до відповідальності командування, адже передбачає притягнення до відповідальності керівника, якщо його підлеглий вчинив злочин, пов'язаний із насильницьким зникненням. Застосування відповідальності командування як окремого злочину забезпечило б уніфікований підхід щодо такого виду злочинів у національному законодавстві. Втім, в Україні було видано лише одну підозру, яка застосувала даний підхід до тлумачення статті 438 ККУ.

Натомість, у зв'язку з ратифікацією Римського статуту в Україні, у 2024 році Кримінальний кодекс України було доповнено статтею 31-1, яка передбачає відповідальність військових командирів або інших начальників як форму співучасті. Загалом така імплементація підходу, який розміщений у Римському статуті, передбачає, що командир або начальник несуть відповідальність саме за злочин, скоєний підлеглим, адже своєю бездіяльністю вони допустили вчинення такого злочину, в результаті чого й настало порушення. Проте положення даної статті 31-1 ККУ потребує суттєвих доопрацювань, щоб забезпечити ефективне та юридично коректне переслідування військових командирів та начальників у відповідності з нормами міжнародного гуманітарного права. Зокрема, необхідно внести зміни, які не передбачатимуть необхідність доведення умислу командира щодо злочину, вчиненого підлеглим. Також необхідно привести у відповідність текст статті зі звичаєвим або конвенційним визначенням відповідальності командування. Окрім того, необхідно вирішити питання щодо потенційної колізії між статтею 31-1 ККУ та статтею 438 ККУ, адже тлумачення останньої також допускає застосування відповідальності командування. Після опрацювання даних юридичних нюансів на правоохоронні органи України чекатиме напрацювання практики щодо перших випадків застосування концепції відповідальності командування. На інших державних посадовцях України лежатиме необхідність вирішення питання про переслідування за відповідальністю командування

злочинів, які були вчинені або розпочаті до 24 жовтня 2024 року. Розв'язання цього питання може полягати у передачі таких справ до Міжнародного кримінального суду, передачі іншим державам на підставі універсальної юрисдикції, або ж міркуванням над майже нереалістичним варіантом ретроактивного застосування статті 31-1 ККУ.

В контексті того, що перед українськими правоохоронними органами стоїть важливе завдання щодо переслідування осіб за скоєні міжнародні злочини, застосування норм міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права має відбуватися із врахуванням найкращих міжнародних практик і коректного юридичного тлумачення. У даній роботі було проведено глибокий та комплексний аналіз концепції відповідальності командування з метою її визначення природи, яка впливає на подальше застосування. Результати роботи демонструють, що відповідальність командування є унікальною концепцією міжнародного права, застосування якої у національних юрисдикціях має здійснюватися із багатьма застереженнями, зокрема щодо правильного розуміння умислу командира та відсутністю причинно-наслідкового зв'язку між бездіяльністю командира та вчиненим підлеглим злочином. Дуальність природи відповідальності командування свідчить про те, що держава наділяється певною дискрецією щодо відображення цієї концепції у національному законодавстві, однак воно все одно має відповідати принципам законності, передбачуваності та правової визначеності, бути сформульованою відповідно до ратифікованих міжнародних договорів. Наразі положення у Кримінальному кодексі України щодо відповідальності командування потребує суттєвих доопрацювань. Допускається, що також виникнуть проблемні питання під час правозастосування даного положення, оскільки воно не вписується у рамки класичного розуміння «співучасті». Для того, щоб це не породило іще десятків років відсутності рішень щодо засудження командирів за відповідальністю командування, необхідно уже зараз напрацьовувати стандарти для практичного застосування статті 31-1 ККУ, ініціюючи як внутрішні обговорення, так і залучаючи іноземних експертів. Юридично коректне застосування концепції відповідальності командування надасть Україні додатковий потужний інструмент у сфері

переслідування за міжнародні злочини та дозволить притягувати до відповідальності злочинну верхівку, а не лише безпосередніх виконавців злочинів.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Мельник, М. І., та М. І. Хавронюк, ред. *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України*. 11-те вид. ВД "Дакор", 2019.
2. Міністерство внутрішніх справ України. "Російські воєнні злочини: Оновлені дані станом на 31 січня 2025 року". 31 січня 2025. <https://mvs.gov.ua/news/zlocini-vcineni-viiskovimi-rf-pid-cas-povnomasstabnogo-vtorgnennia-v-ukrayinu-stanom-na-31012025> (дата звернення: 01.05.2025).
3. Офіс Генерального Прокурора. "Результати роботи з протидії злочинам, вчиненим в умовах збройного конфлікту, за 2024 рік". 31 січня 2025. <https://gp.gov.ua/ua/posts/rezultati-roboti-z-protidiyi-zlocinam-vcinenim-v-umovax-zbroinogo-konfliktu-za-2024-rik-english> (дата звернення: 01.05.2025).
4. Пашковський, М. І. "Command Responsibility For Russian Commanders Based on Article 438 Of The Criminal Code Of Ukraine And Articles 86, 87 Of The First Additional Protocol To The Geneva Conventions: Prospects For Using The Croatian Experience". У *Legal Science, Legislation And Law Enforcement: Traditions And New European Approaches*. Izdevnieciba "Baltija Publishing", 2023. <https://doi.org/10.30525/978-9934-26-324-8-26> (дата звернення: 01.05.2025).
5. Повідомлення про зміну раніше повідомленої підозри Єсіпову С. М. Слідчий слідчого відділу Управління СБ України в Миколаївській області. 14 липня 2023. 22022150000002036 (Україна). [https://myk.gp.gov.ua/userfiles/file/povidomlennya\\_pro\\_zminu\\_ranishe\\_povidomlenoyi\\_pidozri\\_yesipov\\_s.m..pdf](https://myk.gp.gov.ua/userfiles/file/povidomlennya_pro_zminu_ranishe_povidomlenoyi_pidozri_yesipov_s.m..pdf) (дата звернення: 01.05.2025).
6. Справа №225/3479/16-к. Держинський міський суд Донецької області. 20 листопада 2017 (Україна).
7. Суддя Великої Палати Верховного Суду Ольга Булейко. "Особливості кваліфікації злочинів відповідно до Римського статуту МКС".

8. Україна. Верховна Рада України. *Конституція України*. 254к/96-ВР. Ухвалено 28 червня 1996. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254к/96-вр#Text> (дата звернення: 01.05.2025).
9. Україна. Верховна Рада України. *Кримінальний кодекс України*. № 2341-III. Ухвалено 5 квітня 2001. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#n2982> (дата звернення: 01.05.2025).
10. Україна. Верховна Рада України. *Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України у зв'язку з ратифікацією Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього*. Закон України 4012-IX. Ухвалено 9 жовтня 2024. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4012-20#Text> (дата звернення: 01.05.2025).
11. Україна. Верховна Рада України. *Про ратифікацію Римського статуту Міжнародного кримінального суду та поправок до нього*. Закон України 3909-IX. Ухвалено 21 серпня 2024. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3909-20#Text> (дата звернення: 01.05.2025).
12. Україна. Конституційний Суд України. *Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 59 народних депутатів України щодо відповідності Конституції України (конституційності) статті 368-2 Кримінального кодексу України*. Рішення Конституційного Суду України 1-р/2019. Ухвалено 26 лютого 2019. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-19#Text> (дата звернення: 01.05.2025).
13. Україна. Офіс Генерального Прокурора. *Стандарти розслідування воєнних злочинів. Загальна частина*. Методичні рекомендації. Ухвалено 1 січня 2023. [https://justgroup.com.ua/wp-content/uploads/2023/05/standart-rozsliduvannya\\_zagalna-chastyna.pdf](https://justgroup.com.ua/wp-content/uploads/2023/05/standart-rozsliduvannya_zagalna-chastyna.pdf) (дата звернення: 01.05.2025).
14. УРСР. *Про ратифікацію Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), і Додаткового протоколу до Женевських конвенцій*

- від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів міжнародного характеру (Протокол II). Указ Президії Верховної Ради Української РСР 7960-XI. Ухвалено 18 серпня 1989. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/7960-11#Text> (дата звернення: 01.05.2025).
15. "Avalon Project - Journals of the Continental Congress - Articles of War, June 30, 1775". Avalon Project - Documents in Law, History and Diplomacy. [https://avalon.law.yale.edu/18th\\_century/contcong\\_06-30-75.asp](https://avalon.law.yale.edu/18th_century/contcong_06-30-75.asp) (дата звернення: 01.05.2025).
16. "Customary IHL. Rule 153. Command Responsibility for Failure to Prevent, Repress or Report War Crimes". ICRC, International Humanitarian Law Databases. <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule153> (дата звернення: 01.05.2025).
17. "Customary IHL. Rule 157. Jurisdiction over War Crimes". ICRC, International Humanitarian Law Databases. <https://ihl-databases.icrc.org/en/customary-ihl/v1/rule157> (дата звернення: 01.05.2025).
18. "Sui Generis". Cambridge Dictionary. <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/sui-generis> (дата звернення: 01.05.2025).
19. "Текст проєкту нового Кримінального кодексу України/Draft of the new Criminal Code of Ukraine". EUAM Ukraine. Новий Кримінальний Кодекс, 2 квітня 2025. <https://newcriminalcode.org.ua/criminal-code> (дата звернення: 01.05.2025).
20. 5AM Coalition. *Насильницькі зникнення: Національна практика в міжнародні стандарти*. 2024. [https://mipl.org.ua/wp-content/uploads/2024/06/znyknennya\\_web.pdf](https://mipl.org.ua/wp-content/uploads/2024/06/znyknennya_web.pdf) (дата звернення: 01.05.2025).
21. Advisory Opinion concerning the use of the "blanket reference" or "legislation by reference" technique in the definition of an offence and the standards of comparison between the criminal law in force at the time of the commission of the offence and the amended criminal law. European Court of Human Rights. 29 травня 2020. Request no. P16-2019-001.

22. Australia, *Criminal Code Act*. 1995, as amended to 2007.
23. Ambos, Kai. "Joint Criminal Enterprise and Command Responsibility". *Journal of International Criminal Justice* 5, № 1 (2007): 159–83. <https://doi.org/10.1093/jicj/mql045> (дата звернення: 01.05.2025).
24. Ambos, Kai. "Superior Responsibility". У *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*. Т. 3, редактори Antonio Cassese, Paola Gaeta та John R. W. D. Jones. Oxford, 2002. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1972189> (дата звернення: 01.05.2025).
25. Bangladesh, *International Crimes (Tribunal) Act*. 1973.
26. Bardelle, Arne, та Arie Mora. "“No Safe Haven” Is Not Enough – Universal Jurisdiction and Russia’s War of Aggression". *EJIL:Talk!*(блог). 26 лютого 2025. <https://www.ejiltalk.org/no-safe-haven-is-not-enough-universal-jurisdiction-and-russias-war-of-aggression/> (дата звернення: 01.05.2025).
27. Bosnia and Herzegovina. *Criminal Code of Bosnia and Herzegovina*. Ухвалено 27 червня 2003. *Official Gazette of Bosnia and Herzegovina*” No. 3/03.
28. Bothe, Michael, Karl Josef Partsch та Waldemar A. Solf. *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*. 2-ге вид. Т. 1, *Nijhoff Classics in International Law*. Martinus Nijhoff Publishers, 2013.
29. Canada. Government of Canada. *Crimes Against Humanity and War Crimes Act*. S.C. 2000, с. 24. Ухвалено 29 червня 2000.
30. Case of Jorgić v. Germany. European Court of Human Rights. 12 липня 2007. Application no. 74613/01.
31. Case of Kononov v. Latvia. European Court of Human Rights. 20 січня 2022. Application no. 36376/04.
32. Case of Maktouf and Damjanović v. Bosnia and Herzegovina. European Court of Human Rights. 18 липня 2013. Application no. 2312/08, 34179/08.
33. Case of Milanković v. Croatia. European Court of Human Rights. 20 січня 2022. Application no. 33351/20.

34. Case of Šimšić v. Bosnia and Herzegovina. European Court of Human Rights. 10 квітня 2012. Application no. 51552/10.
35. Cassese, Antonio. *International Criminal Law*. 2-ге вид. Oxford University Press, 2008.
36. Ching, Ann. "Evolution of the Command Responsibility Doctrine in Light of the Celebici Decision of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation* 25, № 1 (1999): 167–205. <https://ssrn.com/abstract=3904190> (дата звернення: 01.05.2025).
37. Citeroni, Nicole. "The ECtHR Reaffirms ICTY Jurisprudence on Command Responsibility: Convictions Based on Rules of Customary International Law Do Not Violate Article 7 of the Convention". *SIDIBlog*, 11 березня 2022. <http://www.sidiblog.org/2022/03/11/the-ecthr-reaffirms-icty-jurisprudence-on-command-responsibility-convictions-based-on-rules-of-customary-international-law-do-not-violate-article-7-of-the-convention/> (дата звернення: 01.05.2025).
38. Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armies in the Field. Geneva, 6 July 1906.
39. Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land. The Hague, 18 October 1907.
40. Council of Europe. *European Convention on Human Rights*. Ухвалено 4 листопада 1950.
41. Finucane, Brian. "A Commander's Duty to Punish War Crimes: Past U.S. Recognition". *Just Security*, 4 грудня 2020. <https://www.justsecurity.org/72915/a-commanders-duty-to-punish-war-crimes-past-u-s-recognition/> (дата звернення: 01.05.2025).
42. Fox, Carol T. "Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Closing a Loophole in Accountability for War Crimes: Successor Commanders' Duty to Punish Known Past Offenses Commanders' Duty to Punish Known Past

- Offenses". *Case Western Reserve Law Review* 55, № 2 (2004): 443–500. <https://scholarlycommons.law.case.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1585&am;context=caselrev> (дата звернення: 01.05.2025).
43. France, *Penal Code*. 1992, as amended in 2010.
44. Germany. *Gesetz zur Einführung des Völkerstrafgesetzbuches*. Ухвалено 26 червня 2002. *Federal Law Gazette I*, 2254.
45. Global Rights Compliance. *International Law and Defining Russia's Involvement in Crimea and Donbas*. 2022.
46. Goldstein, Joseph, Burke Marshall та Jack Schwartz, ред. *The My Lai Massacre and Its Cover-Up: Beyond the Reach of Law? The Peers Commission Report With a Supplement and Introductory Essay on the Limits of Law*. The Free Press, 1976.
47. Gordon, Gregory S. "The Trial of Peter Von Hagenbach: Reconciling History, Historiography and International Criminal Law". У *The Hidden Histories of War Crimes Trials*. Oxford Academic, 2013. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199671144.003.0002> (дата звернення: 01.05.2025).
48. Green, Leslie C. "War Crimes, Crimes Against Humanity, and Command Responsibility". *Naval War College Review* 50, № 2 (1997): 26–68. <https://www.jstor.org/stable/44637880> (дата звернення: 01.05.2025).
49. Heller, Kevin Jon. "An Overview of the Principle of Complementarity". *Opinio Juris*, 24 травня 2024. <http://opiniojuris.org/2024/05/24/an-overview-of-the-principle-of-complementarity/> (дата звернення: 01.05.2025).
50. In re Yamashita. U.S. Supreme Court. 4 лютого 1946. 327 U.S.
51. International Committee of the Red Cross (ICRC). *Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded in Armies in the Field*. Ухвалено 22 серпня 1864.
52. International Criminal Court. *Informal expert paper: The principle of complementarity in practice*. 2003.
53. International Criminal Court. *Rome Statute of the International Criminal Court*. Ухвалено 17 липня 1998.

54. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious Violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991. *ICTY First Annual Report*. United Nations, 1994.
55. Knebel, Johannes. *Chronicle of the Chaplain Johannes Knebel From the Time of the Burgundian Wars*. Bahnmaier, 1851.
56. Knox, Philander C. "Treaty of Versailles". Government printing office, 1919.
57. Lael, Richard L. *The Yamashita Precedent: War Crimes and Command Responsibility*. Wilmington, Delaware, Scholarly Resources, 1982.
58. Levie, Howard S., ред. *Documents on Prisoners of War*. Т. 60, *International Law Studies*. Naval War College Press, 1979.
59. Levie, Howard S., ред. *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*. Т. 4, *Protection of War Victims: Protocol 1 to the 1949 Geneva Conventions*. New York, Oceana Publications, 1981.
60. Meloni, Chantal. "Command Responsibility: Mode of Liability for the Crimes of Subordinates or Separate Offence of the Superior?" *Journal of International Criminal Justice* 5, № 3 (2007): 619–37. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqm029> (дата звернення: 01.05.2025).
61. Mettraux, Guénaél. *The Law of Command Responsibility*. Oxford University Press, 2009.
62. Mitchell, Andrew D. "Failure to Halt, Prevent or Punish: The Doctrine of Command Responsibility for War Crimes". *Sydney Law Review* 22, № 381 (2000): 381–410.
63. Open Society Foundations. *Universal Jurisdiction Law and Practice in the Netherlands*. 2019.
64. Parks, Major William H. "Command Responsibility for War Crimes". *Military Law Review* 62, № 27(100) (1973): 1–105. [https://maint.loc.gov/law/mlr/Military\\_Law\\_Review/27508F~1.pdf](https://maint.loc.gov/law/mlr/Military_Law_Review/27508F~1.pdf) (дата звернення: 01.05.2025).
65. Philippines, *Act on Crimes Against International Humanitarian Law, Genocide, and Other Crimes Against Humanity*. 2009.

66. Pilloud, Claude, Yves Sandoz, Christophe Swinarski, Bruno Zimmermann та International Committee Of The Red Cross. *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*. International Committee of the Red Cross: Martinus Nijhoff Publishers, 1987.
67. Prévost, Ann Marie. "Race and War Crimes: The 1945 War Crimes Trial of General Tomoyuki Yamashita". *Human Rights Quarterly* 14, № 3 (1992): 303–38. <https://doi.org/10.2307/762369> (дата звернення: 01.05.2025).
68. Prosecutor v Rašević and Todović. The Court of Bosnia and Herzegovina. 28 лютого 2008. X-KR/06/275.
69. Prosecutor v. Alić. The Court of Bosnia and Herzegovina. 11 квітня 2008. X-KR-06/294.
70. Prosecutor v. Blagojević and Jokić. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 9 травня 2007. IT-02-60-A.
71. Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Čerkez. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 17 грудня 2004. IT-95-14/2-A.
72. Prosecutor v. Dario Kordić, Mario Čerkez. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 26 лютого 2001. IT-95-14/2-T.
73. Prosecutor v. Dragoljub Kunarać, Radomir Kovać and Zoran Vuković. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 22 лютого 2001. IT-96-23-T & IT-96-23/1-T.
74. Prosecutor v. Dragomir Milosevic. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 12 листопада 2009. IT-98-29/1-A.
75. Prosecutor v. Dusko Tadić. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 15 липня 1999. IT-94-1-A.
76. Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 22 квітня 2008. IT-01-47-A.
77. Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY). Partial Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen. 22 квітня 2008. IT-01-47-A.

78. Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura. Decision On Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction In Relation To Command Responsibility. International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY). 16 липня 2003. IT-01-47-AR72.
79. Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura. Decision On Interlocutory Appeal Challenging Jurisdiction In Relation To Command Responsibility. International Criminal Tribunal For The Former Yugoslavia (ICTY). Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge David Hunt. 16 липня 2003. IT-01-47-AR72.
80. Prosecutor v. Hadžihasanović and Kubura. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 5 грудня 2006. IT-01-47-T.
81. Prosecutor v. Halilović. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 16 жовтня 2007. IT-01-48-A.
82. Prosecutor v. Halilović. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 16 листопада 2005. IT-01-48-T.
83. Prosecutor v. Milorad Krnojelac. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 17 вересня 2003. IT-97-25-A.
84. Prosecutor v. Milorad Krnojelac. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 15 березня 2002. IT-97-25-T.
85. Prosecutor v. Miroslav Kvočka et al. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 28 лютого 2005. IT-98-30/1-A.
86. Prosecutor v. Mladen Naletilić aka "Tuta", Vinko Martinović aka "Stela". Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 3 травня 2006. IT-98-34-A.
87. Prosecutor v. Mladen Naletilić aka "Tuta", Vinko Martinović aka "Stela". Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 31 березня 2003. IT-98-34-T.
88. Prosecutor v. Naser Orić. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 3 липня 2008. IT-03-68-A.
89. Prosecutor v. Naser Orić. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 30 червня 2006. IT-03-68-T.

90. Prosecutor v. Pavle Strugar. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 31 січня 2005. IT-01-42-T.
91. Prosecutor v. Tihomir Blaškić. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 29 липня 2004. IT-95-14-A.
92. Prosecutor v. Tihomir Blaškić. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 3 березня 2000. IT-95-14-T.
93. Prosecutor v. Zdravko Mucić aka "Pavo", Hazim Delić, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalić. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 20 лютого 2001. IT-96-21-A.
94. Prosecutor v. Zdravko Mucić aka "Pavo", Hazim Delić, Esad Landzo aka "Zenga", Zejnil Delalić. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 16 листопада 1998. IT-96-21-T.
95. Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Appeal Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 24 березня 2000. IT-95-14/1-A.
96. Prosecutor v. Zlatko Aleksovski. Trial Chamber. International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY). 25 червня 1999. IT-95-14/1-T.
97. *Report of the International Commission of Inquiry on Darfur to the United Nations Secretary-General*. 2005.
98. *Report of the Secretary General pursuant to paragraph 2 of the Security Council Resolution 808. UN doc. S/25704*. United Nations, 1993.
99. Republic of Armenia. *Criminal Code of the Republic of Armenia*. Ухвалено 18 квітня 2003.
100. Republic of Croatia. *Basic Criminal Code of Croatia*. Ухвалено 1 січня 1998. *Official Gazette of the Republic of Croatia "Narodne novine" No. 110 of October 21, 1997*.
101. Republic of Lithuania. *Law on the Approval and Entry into Force of the Criminal Code*. VIII-1968. Ухвалено 26 вересня 2000.
102. Republic of Serbia. *Serbian Criminal Code*. Ухвалено 1 січня 2006. *Official Journal of the Republic of Serbia No. 85/2005*.

103. République française. *Ordonnance du 28 août 1944 relative à la répression des crimes de guerre*. Ухвалено 28 серпня 1944. <https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/LEGITEXT000006070700> (дата звернення: 01.05.2025).
104. Robinson, Darryl. "How Command Responsibility Got So Complicated: A Culpability Contradiction, Its Obfuscation, and a Simple Solution". *Melbourne Journal of International Law* 13, № 1 (2012): 58. <https://doi.org/10.2139/ssrn.1950770> (дата звернення: 01.05.2025).
105. Röling, B., та C. Rüter, ред. *The Tokyo Judgment. The International Military Tribunal for the Far East: (I.M.T.F.E.) 29 April 1946–12 November 1948. Volumes I and II*. University Press Amsterdam, 1977.
106. Schabas, William A. *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*. 2-ге вид. Oxford Academic, 2016. <https://doi.org/10.1093/law/9780198739777.001.0001> (дата звернення: 01.05.2025).
107. Schwarzenberger, Georg. "A Forerunner of Nuremberg: The Breisach War Crime Trial of 1474". *Manchester Guardian*, 28 вересня 1946.
108. Schwarzenberger, Georg. *The Law of Armed Conflict*. Т. 2, *International Law*. Stevens, 1968.
109. Sliedregt, Elies van. *Individual Criminal Responsibility in International Law*. Oxford Academic, 2012. <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199560363.001.0001> (дата звернення: 01.05.2025).
110. Sylvestre Gacumbitsi v. The Prosecutor. Appeals Chamber. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 7 липня 2006. ICTR-2001-64-A.
111. South Africa, *Implementation of the Geneva Conventions Act*. 2012.
112. The German High Command Trial. Trial Of Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others. United States Military Tribunal, Nuremberg. 28 жовтня 1948. Law Reports of Trials of War Criminals. Том 12. <https://tile.loc.gov/storage->

звернення: 01.05.2025).

113. The Prosecutor v Jose Cardoso Ferreira. Special Panels for Serious Crimes (District Court of Dili), East Timor. 5 квітня 2003. 04с/2001.
114. The Prosecutor v. Clément Kayishema and Obed Ruzindana. Trial Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 21 травня 1999. ICTR-95-1-T.
115. The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza, Hassan Ngeze. Appeal Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 28 листопада 2007. ICTR-99-52-A.
116. The Prosecutor v. Ignace Bagilishema. Appeal Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 3 червня 2002. ICTR-95-1A-A.
117. The Prosecutor v. Jean de Dieu Kamuhanda. Trial Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 22 січня 2004. ICTR-99-54A-T.
118. The Prosecutor v. Jean Mrambara. Trial Judgment. International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR). 11 вересня 2006. ICTR-01-65-T.
119. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Appeal Chamber. International Criminal Court (ICC). 8 червня 2018. ICC-01/05-01/08-3636-Red.
120. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Appeal Chamber. International Criminal Court (ICC). Separate Opinion of Judge Van den Wyngaert and Judge Morrison. 8 червня 2018. ICC-01/05-01/08-3636-Anx2.
121. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Pre-Trial Chamber. International Criminal Court (ICC). 15 червня 2009. ICC-01/05-01/08.
122. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Trial Chamber. International Criminal Court (ICC). 21 березня 2016. ICC-01/05-01/08.
123. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Trial Chamber. International Criminal Court (ICC). Separate Opinion of Judge Kuniko Ozaki. 21 березня 2016. ICC-01/05-01/08-3343-AnxI.
124. The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo. Trial Chamber. International Criminal Court (ICC). Separate Opinion of Judge Sylvia Steiner. 21 березня 2016. ICC-01/05-01/08-3343-AnxI.

125. The Prosecutor v. Moinina Fofana, Allieu Kondewa. Trial Chamber. Special Court for Sierra Leone. 2 серпня 2007. SCSL-04-14-T.
126. The Prosecutor vs. Alex Tamba Brima, Brima Bazzy Kamara and Santigie Borbor Kanu. Trial Chamber. Special Court for Sierra Leone. 20 червня 2007. SCSL-04-16-T.
127. Trial of General Tomoyuki Yamashita. United States Military Commission, Manila, (8th October-7th December, 1945), and the Supreme Court of the United States. 4 грудня 1946. Law Reports of Trials of War Criminals. Том 4. [https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1mlp/Law-Reports\\_Vol-4/Law-Reports\\_Vol-4.pdf](https://tile.loc.gov/storage-services/service/l1/l1mlp/Law-Reports_Vol-4/Law-Reports_Vol-4.pdf) (дата звернення: 01.05.2025).
128. Trial of Wilhelm List and Others. United States Military Tribunal, Nuremberg. 19 лютого 1948. Law Reports of Trials of War Criminals. Том 7. <https://www.jewishvirtuallibrary.org/jsource/Holocaust/Hostages-Trial.pdf> (дата звернення: 01.05.2025).
129. Triffterer, Otto. "Article 28". У *The Rome Statute of the International Criminal Court. A Commentary*, 3-тє вид., редактори Otto Triffterer та Kai Ambos. С.Н. Beck, Hart, Nomos, 2016.
130. UN General Assembly. *International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*. Ухвалено 20 грудня 2006.
131. UN Security Council. *Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*. Ухвалено 25 травня 1993.
132. UN Security Council. *Report of the Commission of Experts Established Pursuant to United Nations Security Council Resolution 780*. 1994.
133. United Kingdom, *International Criminal Court Act*. 2001, as amended in 1 September 2009.
134. United States, *Military Commissions Act*. 2009.
135. United States of America, vs. Wilhelm von Leeb, et al. (High Command Case). United States Military Tribunal at Nuremberg. 27 жовтня 1948. <https://www.legal-tools.org/doc/c340d7/pdf> (дата звернення: 01.05.2025).

136. United States v. Wilhelm List et al. (Hostage Case). United States Military Tribunal at Nuremberg. 19 лютого 1948. [https://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19\\_United\\_States\\_v\\_List1.pdf](https://www.worldcourts.com/imt/eng/decisions/1948.02.19_United_States_v_List1.pdf) (дата звернення: 01.05.2025).
137. Venice Commission. *Amicus Curiae Brief on the case Santiago Bryson de la Barra et al (on crimes against humanity) for the Constitutional Court of Peru*. 88th Plenary Session. Ухвалено 14 жовтня 2011.
138. Winthrop, William. *Military Law and Precedents*. 2-ге вид. Washington Government printing office, 1920. <https://lccn.loc.gov/2011525304> (дата звернення: 01.05.2025).
139. Wu, Timothy, та Yong-Sung (Johnathan) Kang. "Criminal Liability for the Actions of Subordinates — The Doctrine of Command Responsibility and Its Analogues in United States Law". *Harvard International Law Journal* 38, № 272 (1997).