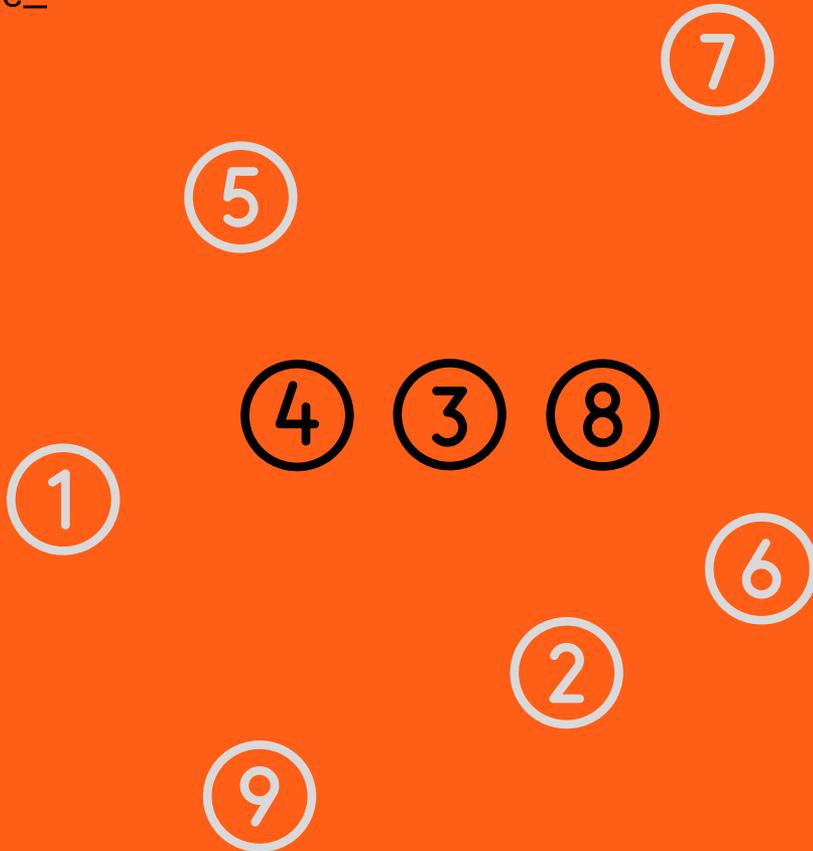


article_



ЮРИДИЧНА АНАЛІТИКА

Роль суду в уточненні форми об'єктивної сторони в справах за статтею 438 Кримінального кодексу України

Цитувати як: Гловюк І. (2024). Роль суду в уточненні форми об'єктивної сторони в справах за статтею 438 Кримінального кодексу України. Truth Hounds, [URL](#)

Роль суду в уточненні форми об'єктивної сторони в справах за статтею 438 Кримінального кодексу України

Авторка: Ірина Гловюк д.ю.н.

Укладачі: Андрій Лациба, Вероніка Шептуховська

ЮРИДИЧНА АНАЛІТИКА

Невеликі дослідницькі публікації Truth Hounds, що надають короткий огляд обраної проблематики та презентують основні висновки, пропозиції або рекомендації.

TRUTH HOUNDS

Українська громадська організація, яка спеціалізується на документуванні та розслідуванні міжнародних злочинів і серйозних порушень прав людини в Україні та інших постраждалих від конфліктів регіонах Східної Європи, Кавказу та Центральної Азії.

Постановка проблеми

1. 438 стаття Кримінального кодексу України (**ККУ**), за якою здійснюється кваліфікація воєнних злочинів, має бланкетний характер та надає загальний перелік злочинів, без уточнення їхніх елементів. Це може призводити до того, що діяння може спочатку кваліфікуватися за однією формою об'єктивної сторони злочину, але пізніше суд може вирішити, що таке діяння має кваліфікуватися інакше. У такому випадку, однак, зміни в обвинувальний акт внесені прокурорами не будуть.
2. Таким чином виникає питання щодо здатності зміни обвинувачення судом у цій ситуації. Для прикладу, наразі в судовій практиці немає чіткого розуміння стосовно того, до якого з проявів об'єктивної сторони злочину відноситься згвалтування та інші форми сексуального насильства, проте уніфікованість судової практики стосовно остаточної кваліфікації цих та інших діянь, які є воєнними злочинами, з урахуванням супутніх обставин, є необхідною.
3. Серед ключових можна виділити такі проблеми:
 - Зміна обвинувачення в межах ст. 438 ККУ з дотриманням кримінального процесуального законодавства України;
 - Формулювання обвинувачення у вироку з урахуванням специфіки воєнних злочинів та формулювань ст. 438 ККУ.

Загальні питання зміни обвинувачення за Кримінальним процесуальним кодексом України

4. Ключовим є питання опису обвинувачення у вироку суду та його співвідношення з обвинувальним актом. Процесуальними рішеннями, у яких за Кримінальним процесуальним кодексом України (**КПК**), викладається обвинувачення, є обвинувальний акт та обвинувальний вирок. Згідно з п. 13 ст. 3 КПК України, обвинувачення – твердження про вчинення певною особою діяння, передбаченого законом України про кримінальну відповідальність, висунуте в порядку, встановленому цим Кодексом. Таке формулювання відображає матеріально-правове та процесуальне значення терміну «обвинувачення».
5. У кримінальному провадженні, у тому числі за ст. 438 ККУ, може виникнути питання зміни обвинувачення. У такому випадку воно має бути проаналізовано в матеріально-правовому розумінні. Так, згідно із майже загальноновизнаним доктринальним підходом, обвинувачення складається з фабули; юридичного формулювання та правової кваліфікації діяння. Цей

підхід визнаний і нормативно, адже п. 5 ч. 2 ст. 291 КПК України, яка регламентує зміст обвинувального акта (а обвинувальний акт, згідно ч. 4 ст. 110 КПК, є процесуальним рішенням, яким прокурор висуває обвинувачення у вчиненні кримінального правопорушення і який завершується досудовим розслідуванням), передбачає, що обвинувальний акт, крім інших відомостей, зазначених у цій статті, має містити: «виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення».¹ Тобто, як видно, ці відомості відображають зміст обвинувачення в матеріально-правовому розумінні.

6. Зміна обвинувачення в суді може здійснюватися прокурором та судом. Для прокурора це повноваження передбачено ч. 2 ст. 337 та ст. 338 КПК України. Отже, з метою зміни правової кваліфікації та/або обсягу обвинувачення прокурор має право змінити обвинувачення, якщо під час судового розгляду встановлені нові фактичні обставини кримінального правопорушення, у вчиненні якого обвинувачується особа. Обмежень стосовно зміни обвинувачення для прокурора на менш або більш тяжке КПК не передбачає.
7. Аналіз положень КПК, що регулюють межі судового розгляду, «дає можливість констатувати зв'язаність суду не лише фактичною стороною обвинувачення, яке підтримує прокурор, а і юридичною (щоправда, частково)».² Підґрунтям для такої частковості є ч. 3 ст. 337 КПК, відповідно до якої «з метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини і її основоположних свобод суд має право вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження».³

¹ *Кримінальний процесуальний кодекс України (п. 5 ч. 2 ст. 291)*. Офіційний вебпортал парламенту України, [URL](#).

² Колодчин В., Туманянц А., (2016). *Повноваження прокурора в судовому провадженні у першій інстанції*. Оберіг, С. 124, [URL](#).

³ *Ibid.*, С. 124-125; *Кримінальний процесуальний кодекс України (ч. 3 ст. 337)*. Офіційний вебпортал парламенту України, [URL](#).

8. Отже, «суд пов'язаний не лише запропонованою прокурором фактичною стороною обвинувачення, що є цілком природним, але й оцінкою прокурором зазначених фактів».⁴ Останнє видається дещо сумнівним, зважаючи на наявність у судді юридичної підготовки, а відтак і можливості самостійно надати фактам юридичну оцінку.⁵ Слід зазначити, що характер цієї зв'язаності є частковим, адже суд за певних умов може змінити правову кваліфікацію діяння, внаслідок чого змінюється й формулювання обвинувачення.
9. Як уже зазначалося, частина 3 ст. 337 КПК дозволяє суду змінити правову кваліфікацію кримінального правопорушення з метою забезпечення справедливого судового рішення, якщо це покращує становище обвинуваченого. І хоча КПК не уточнює, що мається на увазі під «покращенням становища особи», найімовірніше йдеться про діяння, яке згідно з ККУ є меншим за ступенем тяжкості та передбачає не таке суворе покарання. Також обвинувачення не можуть істотно відрізнитися за фактичним обставинами, оскільки протилежне свідчило би про істотне порушення права на захист, зокрема в аспекті недотримання права знати, у вчиненні якого кримінального правопорушення особа обвинувачується.
10. У доктрині слушно звертається увага на деякі проблемні аспекти цього формулювання. Дійсно, не дуже зрозуміло, чому в ч. 3 ст. 337 КПК йдеться про те, що суд може вийти за межі висунутого обвинувачення, та ще й з метою захисту прав та основоположних свобод, і чому суд може змінити тільки правову кваліфікацію. Коректніше було би говорити про «право суду змінити обвинувачення тільки на менш тяжке (і.е. тільки в бік покращення становища обвинуваченого), та таке, яке не буде істотно відрізнитися від попереднього за фактичними обставинами»⁶. А й те, що «зміна обвинувачення судом може полягати не тільки у зміні правової кваліфікації кримінального правопорушення, а й у зменшенні обсягу обвинувачення (виключенні окремих епізодів протиправної діяльності, виключення окремих обтяжуючих обставин справи тощо) без зміни правової кваліфікації».⁷ Крім того, у ч. 1 ст. 420 КПК зазначено, що «суд апеляційної

⁴ Колодчин В., Туманянц А., (2016). *Повноваження прокурора в судовому провадженні у першій інстанції*. Оберіг, С. 125, [URL](#).

⁵ *Ibid.*

⁶ Ківалов С., Міщенко С., Захарченко В., (2013). *Кримінальний процесуальний кодекс України: науково-практичний коментар*. Одіссей, С. 638

⁷ Гуртієва Л., (2022). *Право суду змінити обвинувачення під час ухвалення підсумкового рішення судового розгляду: аналіз законодавчого врегулювання*. Право і суспільство. 2022. Т. 4., С. 398

інстанції скасовує вирок суду першої інстанції і ухвалює свій вирок у разі: 1) необхідності застосування закону про більш тяжке кримінальне правопорушення чи збільшення обсягу обвинувачення». Отже, це означає, що суд у другій інстанції може повернутися до більш серйозного обвинувачення, якщо воно було замінено судом у першій інстанції. Таким чином, суд у першій інстанції може змінити як кваліфікацію кримінального правопорушення, так і зменшити обсяг обвинувачення.⁸

11. Існує і практика Касаційного кримінального суду в складі Верховного Суду **(ККС ВС)** стосовно цього питання. Зокрема, до важливих правових позицій відносяться такі:

- a) *«зміна обвинувачення є правом, а не обов'язком суду»⁹;*
- b) *«користуючись наданим йому правом, суд має за мету ухвалення справедливого вироку та захист прав і основоположних свобод людини і громадянина»¹⁰;*
- c) *вказане має місце тоді, коли діяння особи, яке згідно обвинувального акту ставиться їй у провину, підлягає кваліфікації за менш тяжкий злочин, ніж це зазначено в обвинувальному акті»¹¹;*
- d) *«якщо ж вчинення конкретного діяння органом досудового розслідування особі в провину не ставилось, то суд відповідно не може вийти за межі висунутого обвинувачення й додатково встановити обставини кримінального провадження, які не були зазначені в обвинувальному акті»¹²;*
- e) *«Разом з тим, ці положення не вказують на те, що у разі не підтвердження за результатом судового розгляду висунутого особі обвинувачення сторона обвинувачення може очікувати, що суд самостійно віднайде в діях цієї особи бодай якийсь інший злочин і ухвалить обвинувальний вирок, оскільки саме доведення перед судом винуватості особи у вчиненні злочину є прямим обов'язком сторони обвинувачення»¹³;*

⁸ *Ibid.*, С. 398

⁹ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, №753/11828/13-к, 20 березня 2018 року, [URL](#).

¹⁰ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, № 280/865/16-к, 8 травня 2018 року, [URL](#).

¹¹ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, № 366/3050/16-к, 02 жовтня 2018 року, [URL](#).

¹² *Ibid.*

¹³ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, № 243/1573/17, 13 січня 2021 року, [URL](#).

f) *«закриття судом кримінального провадження в тих випадках, коли існують підстави для перекваліфікації дій обвинуваченого судом, не виправдовує легітимних очікувань особи, яка зазнала шкоди, й не узгоджується із завданнями кримінального судочинства. Відмова держави від кримінального переслідування особи за наявності в її діях ознак іншого кримінального-караного діяння (менш тяжкого, ніж те, у якому їй пред'явлено обвинувачення) суперечитиме таким засадам як верховенство права, законність та диспозитивність, що призведе до безкарності винного, а особу, якій завдано шкоду, поставить у становище правової незахищеності й створить умови для повторної віктимізації»¹⁴.*

Особливості викладу обвинувачення в процесуальних рішеннях за ст. 438 ККУ

12. Виклад обвинувачення в процесуальних рішеннях на стадії досудового розслідування характеризується різними підходами щодо формулювання обвинувачення навіть за наявності однакових фактичних обставин. Разом із тим, важливо мати уніфіковану судову практику стосовно остаточної кваліфікації відповідних діянь з урахуванням супутніх обставин.
13. Стаття 438 ККУ є бланкетною, адже для того, щоби встановити зміст об'єктивної сторони та правильно кваліфікувати діяння, необхідно звернення до ряду норм міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права. Крім того, є проблема стосовно того, що в цій статті, на відміну, наприклад, від Женевських конвенцій та Римського статуту, немає вказівки на те які порушення МГП визнаються «серйозними», (*'serious violations'*).
14. Разом із тим, у доктрині є позиція, яка стверджує, що тлумачення змісту кожної із форм вчинення злочину, передбачених ч.1 ст.438, має здійснюватись у відповідності до положень міжнародного права, на виконання якого власне й було прийнято коментовану статтю. Загалом це передбачає: 1) обмеження сфери застосування ч.1 ст.438 лише тими порушеннями міжнародного гуманітарного права (**МГП**), що мають серйозний характер; 2) врахування при кваліфікації дій особи так званого контекстуального елементу; 3) взяття до уваги положень МГП в частині визначення кола потерпілих осіб; 4) врахування положень МГП при

¹⁴ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, №552/2540/20, 19жовтня 2021 року, [URL](#).

визначенні кола осіб, які можуть бути суб'єктами злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438.¹⁵ Це стосується імунітету комбатанта, оскільки суб'єкт злочину за ст. 438 ККУ – загальний.

15. Така диспозиція ст. 438 ККУ породжує специфіку викладу обвинувачення в повідомленні про підозру та обвинувальному акті, а також у вироків суду.
16. Важливими є такі доктринальні зауваги: висновок про те, що відповідне діяння є **серйозним порушенням** МГП, має відобразитись у формулюванні обвинувачення особи¹⁶; хоча ч. 1 ст. 438 ККУ не містить прямої згадки про те, що кримінальна відповідальність за певні діяння настає у випадку їх вчинення в контексті певного збройного конфлікту, ця обставина має знаходити відображення у формулюванні обвинувачення, оскільки саме вона (так званий **контекстуальний елемент**) є визначальною для відмежування воєнних злочинів від «загальнокримінальних»¹⁷.
17. **Отже, у повідомленнях про підозру, обвинувальному акті, вироків суду за ст. 438 ККУ мають бути обов'язково відображені такі елементи:**

- а) виклад фактичних обставин кримінального правопорушення з урахуванням контекстуального елемента:
 - діяння мало місце в контексті міжнародного збройного конфлікту або неміжнародного збройного конфлікту й було пов'язано з ним. Цей контекстуальний елемент вимагає, щоби докази встановлювали існування міжнародного збройного конфлікту або існування неміжнародного збройного конфлікту, а також щоб діяння мало місце в контексті збройного конфлікту й було пов'язане з ним¹⁸;
 - виконавець усвідомлював фактичні обставини, що засвідчували існування збройного конфлікту.

¹⁵ Мельник М., Хавронюк М., (2018). *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України*. Дакор, С. 1335

¹⁶ Мельник М., Хавронюк М., (2018). *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України*. Дакор, С. 1335

¹⁷ Мельник М., Хавронюк М., (2018). *Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України*. Дакор, С. 1336

¹⁸ *Basic Investigative Standards for International Crimes*, (2019). Global Rights Compliance, p. 188, [URL](#).

- b) формулювання обвинувачення (з урахуванням того, що відповідні заборони встановлені не в ККУ, а в нормах МГП, та з урахуванням критерію серйозності порушення таких норм);
 - c) правова кваліфікація кримінального правопорушення з посиланням на ст. 438 ККУ з обов'язковим уточненням, про яку форму об'єктивної сторони йдеться, зокрема, згідно з переліком, наданим ч. 1 ст. 438 ККУ.
18. Суб'єкт вчинення злочину має бути ідентифікований з урахуванням положень міжнародного гуманітарного права, у тому числі в аспекті імунітету комбатанта. Суб'єктивна сторона має бути відображена з урахуванням того ж-таки контекстуального елемента. Зокрема, другий контекстуальний елемент вимагає, щоби виконавець усвідомлював фактичні обставини, існуванням яких встановлено наявність збройного конфлікту, та зв'язок між цими фактичними обставинами та його чи її поведінкою¹⁹. Потерпілий своєю чергою має бути ідентифікований з урахуванням того, що він належить до захищених категорій осіб згідно з нормами МГП.

Проблемні питання викладу обвинувачення у вироках за ст. 438 ККУ

19. Складним питанням, яке може виникнути при застосуванні ст. 438 ККУ, є **зміна обвинувачення судом з урахуванням обмежень, які встановлено ст. 337 КПК**. Це питання є специфічним саме в контексті ст. 438 ККУ, оскільки: (1) стаття є бланкетною; (2) діяння, що кваліфікуються за цією статтею, містяться в численних нормах МГП; (3) криміналізовані в українському законодавстві порушення норм МГП охоплюються однією частиною статті 438 ККУ (крім випадків, коли діяння поєднані з умисним вбивством – тоді вони кваліфікуються за ч. 2 ст. 438 ККУ); (4) у межах однієї форми об'єктивної сторони може бути ряд порушень. Це особливо характерно для форми об'єктивної сторони «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України».
20. Дещо схожа проблема виникла в розрізі зміни обвинувачення зі ст. 126-1 КПК, що було визнано можливим Касаційним кримінальним судом. Стаття 126-1 ККУ щодо криміналізації домашнього насильства має певну специфіку диспозиції, зважаючи на те, що (1) вказується на ознаку систематичності та

¹⁹ *Basic Investigative Standards for International Crimes*, (2019). Global Rights Compliance, p. 195, [URL](#).

на вчинення (2) фізичного, психологічного або економічного насильства без конкретизації способів вчинення, що зумовлює звернення для тлумачення до Закону України «Про запобігання та протидію домашньому насильству», де містяться релевантні визначення, (3) уточнюється спеціальний потерпілий / потерпіла – щодо подружжя чи колишнього подружжя або іншої особи, з якою винний перебуває (перебував) у сімейних або близьких відносинах, конституюються (4) наслідки – призводить до фізичних або психологічних страждань, розладів здоров'я, втрати працездатності, емоційної залежності або погіршення якості життя потерпілої особи.

21. Зокрема, йшлося про те, що обвинувачений 09 лютого 2020 року близько 10:00 завдав своїй дружині щонайменше 12-14 ударів правим кулаком, у ділянку голови, а саме підборіддя, молочних залоз та лівого передпліччя, внаслідок чого спричинив їй фізичні та психологічні страждання, які виразились у спричиненні потерпілій тілесних ушкоджень у вигляді гематоми лівого передпліччя та численних синців голови, тулубу, кінцівок, які відповідно до висновку експерта від 17 лютого 2020 року № 178 відносяться до легких тілесних ушкоджень, що спричинили короточасний розлад здоров'я. Крім цього, 24 квітня 2020 року щодо обвинуваченого складено два протоколи про адміністративні правопорушення, передбачені ч. 1 ст. 173-2 КУпАП, за фактом вчинення щодо своєї дружини психологічного насильства та заподіяння тілесних ушкоджень.
22. Вироком Київського районного суду м. Полтави від 11 лютого 2021 року обвинуваченого визнано винуватим у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ст. 126-1 ККУ, проте ухвалою Полтавського апеляційного суду від 31 травня 2021 року вирок місцевого суду скасовано, а кримінальне провадження закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК у зв'язку із відсутністю в діянні складу кримінального правопорушення, передбаченого ст.126-1 ККУ. У касаційних скаргах прокурор та потерпіла стверджували про те, що поза увагою апеляційного суду залишились докази на підтвердження факту заподіяння потерпілій легких тілесних ушкоджень, що спричинили короточасний розлад здоров'я²⁰. Касаційний кримінальний суд у складі Верховного суду скасував ухвалу суду апеляційної інстанції та призначив новий апеляційний розгляд, пославшись на те, що суд апеляційної інстанції «не перевірів чи наявні в діях ОСОБА_7 ознаки іншого кримінального правопорушення, зокрема ч. 2 ст. 125 ККУ».²¹ ККС ВС указав, що фізичне насильство, яке передбачене ст.

²⁰ Постанова Касаційного кримінального суду у складі Верховного Суду, №552/2540/20, 19 жовтня 2021 року, [URL](#).

²¹ *Ibid.*

126-1 ККУ, може полягати в спричиненні умисних легких тілесних ушкоджень.

23. У цьому кримінальному провадженні судами було встановлено завдання цих тілесних ушкоджень потерпілій за епізодом від 09 лютого 2020 року, що підтверджено висновком експерта, який наявний у матеріалах справи. Закриваючи кримінальне провадження щодо ОСОБА_7 у зв'язку із відсутністю у його діянні складу кримінального правопорушення, передбаченого ст. 126-1 ККУ, апеляційний суд не звернув уваги на підтверджений матеріалами кримінального провадження факт спричинення потерпілій легких тілесних ушкоджень, що за своїм характером та обсягом спричинили короточасний розлад її здоров'я. ККС ВС навів аргументи, що склад кримінального правопорушення, передбаченого ч. 2 ст. 125 ККУ є менш тяжким, ніж той, що передбачений ст. 126-1 ККУ. Відтак бачимо, що, як і зазначалось вище, ККС ВС стоїть на позиції того, що закриття кримінального провадження у випадках, коли є підстави для перекваліфікації дій обвинуваченого, не відповідає очікуванню потерпілої особи та меті кримінального правосуддя. Відмова держави в кримінальному переслідуванні особи за діяння, які можуть бути також кваліфіковані як інше менш тяжке правопорушення, порушує принципи верховенства права, законності та диспозитивності, що може сприяти безкарності винного та залишити потерпілу особу без захисту, створюючи умови для повторної віктимізації.
24. Наведене узгоджується з правовою позицією Великої Палати Верховного Суду, висловленою у постанові від 03 липня 2019 року (справа №288/1158/16-к, провадження №13-28к19)²². У доктрині було підтримано цей підхід і вказано, «що ч. 3 ст. 337 КПК дозволяє суду з метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини і її основоположних свобод вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження. І хоча КПК не уточнює, що мається на увазі «покращує становище особи», йдеться про діяння, за яке в КК України передбачене менш суворе покарання (яке за ступенем тяжкості є нижчим, а передбачене КК України покарання є менш суворим). Якщо порівняти санкції ст. 126-1 ККУ (карається громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до п'яти років, або позбавленням волі на строк до двох років) та ст. 125 ККУ (карається штрафом від п'ятдесяти до ста неоподатковуваних мінімумів

²² Постанова Великої Палати Верховного Суду, №288/1158/16-к, 03 липня 2019 року, [URL](#).

доходів громадян або громадськими роботами на строк від ста п'ятдесяти до двохсот сорока годин або виправними роботами на строк до одного року, або арештом на строк до шести місяців, або обмеженням волі на строк до двох років), видно, що ця вимога дотримана»²³.

25. Також придатні для перекваліфікації обвинувачення істотно не відрізняються за фактичним обставинами, оскільки протилежне свідчило би про порушення права на захист в аспекті недотримання права знати, у вчиненні якого кримінального правопорушення особа обвинувачується. При зміні обвинувачення зі ст. 126-1 ККУ (за умови що йдеться про фізичне насильство) на ст. 125 ККУ об'єктивна сторона у вигляді тілесних ушкоджень (у випадку, якщо вони інкримінувалися за ст. 126-1 ККУ) є однаковою. Питання може виникнути стосовно систематичності домашнього насильства й наявності обстановки домашнього насильства, у тому числі спеціальної потерпілої / потерпілого.
26. Отже, специфіка зміни обвинувачення в кримінальних провадженнях за ст. 126-1 ККУ на інше кримінальне правопорушення, пов'язане з домашнім насильством, обумовлюється тим, що склад злочину за ст. 126-1 ККУ є в певному розумінні кумулятивним, оскільки містить форми об'єктивної сторони, які в іншій обстановці або стосовно інших потерпілих не кваліфікувалися би за ст. 126-1 ККУ, а також має ознаку систематичності, яка пов'язана не лише із попереднім притягненням саме до кримінальної відповідальності. Таким чином, при вирішенні питання про зміну обвинувачення ці аспекти мають бути враховані при повному дотриманні меж зміни судом обвинувачення та забезпечення права на захист²⁴.
27. Відмітимо, що в **міжнародному кримінальному праві** є цікава норма ст. 55 Регламенту Міжнародного кримінального суду (**МКС**), яка називається «Повноваження Палати змінювати юридичну кваліфікацію фактів».²⁵ Там не йдеться саме про зміну обвинувачення, проте спільні риси можна побачити у відповідних формулюваннях. Зокрема, Палата вправі вносити зміни в юридичну кваліфікацію фактів з погляду відповідності злочинів, передбачених статтями 6, 7 або 8, чи з погляду відповідності форми участі підсудного, передбаченої статтями 25 і 28, з урахуванням, що рішення не повинно виходити за рамки фактів і обставин, викладених у обвинуваченні

²³ Гловюк І., (2022). *Зміна обвинувачення у кримінальних провадженнях щодо кримінальних правопорушень, пов'язаних з домашнім насильством: проблемні питання. Сучасний стан та перспективи розвитку системи запобігання та протидії домашньому насильству та насильству за ознакою статі в умовах глобальних викликів сьогодення: матеріали Міжнародної науково-практичної конференції*. Гельветика, С. 79-84, [URL](#).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Regulations of the Court*, ICC-BD/01-02-07, ICC, 18 December 2007, p. 34. [URL](#).

та будь-яких доповнень до нього. Якщо на будь-якій стадії судового розгляду Палата доходить висновку, що в юридичну кваліфікацію фактів можуть бути внесені зміни, Палата повідомляє учасникам процесу про наявність такої можливості, і після ознайомлення з доказами надає учасникам на відповідній стадії судового провадження можливість зробити усні або письмові заяви. Палата забезпечує, зокрема, щоб обвинувачений: а) мав достатній час і можливості для ефективної підготовки його захисту; і б) отримав, у разі необхідності, можливість провести допит або організувати допит попереднього свідка, викликати нового свідка або надати інші докази.²⁶

28. У доктрині зазначається, що важливо пам'ятати, що це положення не зобов'язує Судову палату здійснювати таку рехарактеризацію обвинувачень. «У формулюванні Положення 55 вказано, що Судова палата може змінювати правову характеристику фактів. Таким чином, змінювати характеристику фактів – це право суддів, а не обов'язок».²⁷ «Така рехарактеризація дозволена лише в тому випадку, якщо вона не виходить за межі фактів та обставин, викладених в обвинуваченні, що було сформоване на стадії їх затвердження. Також важливою умовою для такої рехарактеризації є надання сторонам можливості висунути свої аргументи та надання стороні захисту достатнього часу для висунення своїх заперечень. Як приклад, можна навести справи Катанги та Бемби, у яких Судова палата на певному етапі розгляду повідомила сторони про те, що вона вправі «змінювати юридичну характеристику» фактів, висунутих проти підсудного, посилаючись на Положення 55».²⁸ Через нератифікацію Римського статуту українські суди не можуть безпосередньо посилатися на ці положення, проте вони важливі для розуміння можливостей суду здійснювати юридичну кваліфікацію ситуації.
29. Для вирішення питання **зміни обвинувачення в контексті ст. 438 ККУ** слід системно проаналізувати ст. 337 КПК у співвідношенні зі ст. 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (**ЕКПЛ**), зокрема, в аспекті права бути негайно й детально поінформованим зрозумілою для обвинуваченого мовою про характер і причини обвинувачення, висунутого проти нього та права мати час і можливості, необхідні для підготовки свого захисту.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Неділько Б., (2021). *Становлення міжнародного кримінального процесуального права у практиці Міжнародного кримінального суду*. Навчально-науковий інститут міжнародних відносин, С. 164, [URL](#).

²⁸ *Ibid.*, С. 168

30. КПК у ст. 337 передбачає умову зміни судом обвинувачення: «З метою ухвалення справедливого судового рішення та захисту прав людини і її основоположних свобод суд має право вийти за межі висунутого обвинувачення, зазначеного в обвинувальному акті, лише в частині зміни правової кваліфікації кримінального правопорушення, якщо це покращує становище особи, стосовно якої здійснюється кримінальне провадження». Проте, як вказувалося вище, по-перше, саме в цій нормі немає положення, яке в іншій статті КПК (ст. 420) свідчить про те, що можливо також зменшити обсяг обвинувачення. По-друге, хоч і без прямого текстуального вираження, проте існує обмеження не тільки щодо погіршення становища обвинуваченого в частині кваліфікації, а й неможливість зміни обвинувачення на таке, яке істотно відрізняється від попереднього за фактичними обставинами. Така зміна суперечила б засаді забезпечення права на захист та конвенційному праву на справедливий суд, однак є проблема, що визначення такої різниці не має формальних критеріїв і є оціночним.
31. У разі уточнення опису вчиненої дії або бездіяльності **в межах однієї із форм об'єктивної сторони** за ч. 1 ст. 438 ККУ, а саме:
- а) жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням,
 - б) вигнання цивільного населення для примусових робіт,
 - в) розграбування національних цінностей на окупованій території,
 - г) застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом,
 - д) інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.
32. Подібна дія суду не повинна вважатись зміною правової кваліфікації й не є зміною навіть формулювання обвинувачення, оскільки форма об'єктивної сторони залишається та сама. Однак і в цьому випадку вирок суду не може погіршувати становище обвинуваченого, якщо обвинувачення не відрізняється істотно за фактичними обставинами. Це може бути характерно, зокрема, але не виключно, для таких злочинів, указаних у Римському статуті: катування, нелюдське поводження, біологічні експерименти, для опису у вирокі застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом. У такому випадку, якщо обвинувачення істотно не відрізняється за фактичними обставинами, уточнення опису формулювання обвинувачення не суперечитиме КПК. Разом із тим, вважаємо, що зміна з жорстокого поводження з військовополоненими на жорстоке поводження з цивільним населенням істотно відрізняється за фактичним обставинами, оскільки йдеться про різні захищені групи та різні зобов'язання щодо належного поводження.

33. У разі уточнення опису вчиненої дії або бездіяльності та **зміни форм об'єктивної сторони** за ч. 1 ст. 438 ККУ, що перелічувались у минулому параграфі, слід враховувати наступне. Оскільки діяння в обох випадках кваліфікується за ч. 1 ст. 438 ККУ, зміни правової кваліфікації не буде. При цьому, однак, у межах однієї кваліфікації змінюється формулювання обвинувачення. Таким чином, з огляду на незмінність правової кваліфікації, погіршення становища обвинуваченого не буде, однак обвинувачення може істотно відрізнятись за фактичним обставинами, що порушуватиме право на захист. Тому видається, що не можна змінити опис обвинувачення, наприклад, з жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням на розграбування національних цінностей на окупованій території або на застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, зважаючи на те, що конкретні прояви об'єктивної сторони істотно відрізняються за фактичними обставинами.
34. Втім, з урахуванням фактичних обставин наступні уточнення можливі: з жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням на вигнання цивільного населення для примусових робіт; з жорстокого поводження з військовополоненими або цивільним населенням на інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; з вигнання цивільного населення для примусових робіт на інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; з застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом на інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України; з розграбування національних цінностей на окупованій території на інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.
35. Зокрема, як пише М. Хавронюк, «у розрізі кваліфікації, під «розграбуванням національних цінностей на окупованій території» слід розуміти широкомасштабне або систематичне вчинення актів заволодіння чужим майном, що являють собою серйозні порушення МГП, передбачені Женевськими конвенціями про захист жертв війни 1949 року, Гаазьким положенням про закони й звичаї війни на суходолі, затвердженим IV Конвенцією про закони і звичаї війни на суходолі від 18.10.1907 р., або Гаазькою конвенцією про захист культурних цінностей у випадку збройного конфлікту 1954 р. Питання про широкомасштабність та систематичність актів заволодіння майном має вирішуватись судом з урахуванням всіх обставин справи: кількість актів заволодіння майном, їх пов'язаність між собою, наявність спільного плану з іншими особами,

вартість майна і його характер. Акти заволодіння чужим майном, що не відповідають критеріям широкомасштабності та систематичності, але при цьому досягають рівня серйозного порушення МГП, можуть кваліфікуватися як інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України»²⁹.

36. **Зміна обвинувачення з ч. 1 на ч. 2 ст. 438 ККУ** суперечитиме ст. 337 ККУ, тому таке уточнення судом обвинувачення неможливо, навіть в межах однієї статті.
37. **Зміна обвинувачення зі ст. 438 ККУ на «ординарне» діяння.** У контексті відмежування від «ординарних» правопорушень важливо врахувати: якщо діяння охоплюється ст. 438 ККУ, воно не повинно кваліфікуватися як «загальнокримінальний» («ординарний») чи військовий злочин (*і.е.* пов'язаний з військовою службою, а не участю в збройному конфлікті). Протилежний підхід може створювати передумови для безкарності осіб, що вчинили серйозні порушення міжнародного гуманітарного права: 1) через неможливість здійснення юрисдикції щодо таких діянь на підставі універсального принципу (ст. 8 ККУ) або 2) через спливи строків давності (ст. 49 ККУ), або 3) через те, що деякі «загальнокримінальні» злочини караються набагато м'якше ніж відповідні воєнні злочини чи злочини проти людяності, або 4) через можливість застосування амністії тощо³⁰. З цих позицій зміна обвинувачення свідчатиме про покращення становища особи. Утім, є ситуації, коли «ординарні» діяння караються суворіше, аніж воєнні злочини, передбачені ст. 438 ККУ (санкція – позбавлення волі на строк від восьми до дванадцяти років). До прикладу, зґвалтування, що спричинило тяжкі наслідки, карається позбавленням волі на строк від десяти до п'ятнадцяти років. Відповідно, у такій ситуації зміна обвинувачення судом погіршуватиме становище обвинуваченого й суперечитиме ст. 337 КПК.
38. Виходячи з положень ст. 124 Конституції України та ст. 8, 9, 22, 30, 370, 374 КПК, відповідальним за якість судового рішення, а саме за опис у ньому обвинувачення, аргументи стосовно доведеності або недоведеності обставин, допустимості або недопустимості доказів, є виключно суд. Це цілком корелюється з практикою ЄСПЛ стосовно обґрунтованості судових рішень. Зокрема, у рішенні ЄСПЛ «Серявін проти України» (Заява № 4909/04), ЄСПЛ повторив, що згідно з його усталеною практикою, яка відображає принцип, пов'язаний з належним здійсненням правосуддя, у

²⁹ Хавронюк М., (2022). *Кримінальна відповідальність за порушення законів та звичаїв війни: двадцять запитань та відповідей*. Центр політико-правових реформ, [URL](#).

³⁰ *Ibid.*

рішеннях судів та інших органів з вирішення спорів мають бути належним чином зазначені підстави, на яких вони ґрунтуються. Хоча пункт 1 статті 6 ЄКПЛ зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, його не можна тлумачити як такий, що вимагає детальної відповіді на кожен аргумент. Міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною залежно від характеру рішення (див. рішення у справі «*Ruiz Torija проти Іспанії*» (*Ruiz Torija v. Spain*)³¹). Хоча національний суд має певну свободу розсуду щодо вибору аргументів у тій чи іншій справі та прийняття доказів на підтвердження позицій сторін, орган влади зобов'язаний виправдати свої дії, навівши обґрунтування своїх рішень (див. рішення у справі «*Suominen проти Фінляндії*» (*Suominen v. Finland*)³²). Ще одне призначення обґрунтованого рішення полягає в тому, щоб продемонструвати сторонам, що вони були почуті. Крім того, вмотивоване рішення дає стороні можливість оскаржити його та отримати його перегляд вищестоящою інстанцією. Лише за умови винесення обґрунтованого рішення може забезпечуватись публічний контроль здійснення правосуддя (див. рішення у справі «*Hirvisaari проти Фінляндії*» (*Hirvisaari v. Finland*)³³).

39. Отже, відповідальними за належний виклад обвинувачення за ст. 438 ККУ з урахуванням, що йдеться про воєнні злочини та що положення міжнародного гуманітарного та кримінального права взяті до уваги, є саме суди, незалежно від того, яке структурування обвинувального акта та опис обвинувачення там обрав прокурор.
40. З урахуванням положень міжнародного гуманітарного та міжнародного кримінального права та практики МКС та міжнародних трибуналів, у вирокі мають бути викладені аргументи (відповіді) за такими питаннями:
- Який саме злочин вчинила особа?
 - Чому цей злочин український суд вважає криміналізованим за статтею 438 ККУ?
 - Чи мав обвинувачений можливість передбачити, що його дії є злочинними?
 - Якими є елементи злочину, у вчиненні якого обвинувачується особа (склад злочину)?
 - Чи були доведені всі елементи об'єктивної сторони, і які саме?

³¹ *Case of Ruiz Torija v. Spain*, No. 18390/91, ECtHR, 9 December 1994, para. 29. [URL](#).

³² *Case of Suominen v. Finland*, No. 37801/971, ECtHR, July 2003, para. 36. [URL](#).

³³ *Case of Hirvisaari v. Finland*, No. 49684/99, ECtHR, 27 September 2001, para. 30. [URL](#).

- Як суд визначає ключові поняття, важливі для з'ясування об'єктивної сторони?
- Чи були доведені всі елементи суб'єктивної сторони, і які саме?
- Яка форма умислу вважається судом достатньою для вчинення злочину?³⁴

41. Зважаючи на підходи до структурування судових рішень на рівні Верховного Суду³⁵, структурування вироку може містити вступ до судового рішення³⁶, де й можуть бути сформульовані ці питання. Відповіді на них надаються по тексту усього судового рішення. Короткі висновки можуть бути сформульовані в такій частині рішення як узагальнення³⁷.

³⁴ Питання сформульовані Д. Ковалем

³⁵ *Як написати судові рішення: нові підходи Верховного Суду*, (2021). Верховний Суд, [URL](#); Міщенко І., (2021) *Нові стандарти судового рішення: самовдосконалення суддів*. Верховний Суд, [URL](#).

³⁶ Приклад: Постанова Великої Палати Верховного Суду, № 822/1309/17, 10 лютого 2021 року, [URL](#).

³⁷ Приклад: Постанова Касаційного кримінального суду, № 753/13113/18, 17 січня 2023 року, [URL](#).