

Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності

Богдан Петрович Карнаух*

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого,
Харків, Україна

*e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com

Анотація

У статті досліджено об'єктивну сторону (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності. Головна мета – з'ясувати, де пролягає межа між юридично значимою причетністю і причетністю, яка не має бути підставою юридичної відповідальності. Дослідження побудоване на аналізі практики міжнародних кримінальних трибуналів, а також юриспруденції національних судів і комплексно охоплює предмет дослідження, оскільки має на меті формулювання висновків, які були б релевантними в контексті як кримінальної, так і деліктної відповідальності. Наголошено, що характеристика об'єктивної сторони пособництва і підбурювання повинна включати лише діяння і причинний зв'язок через те, що пособництво і підбурювання не має свого, окремого наслідку, а поділяє той самий наслідок, який привинюється безпосередньому виконавцеві. Пособництво і підбурювання тягне відповідальність тоді, коли фізична допомога або моральна підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину. Істотність впливу на вчинення злочину – це оціночна категорія, яка підлягає аналізу на підставі дослідження всіх обставин справи в сукупності. Під час оцінки істотності впливу належить враховувати, що дії пособника і підбурювача можуть бути пов'язані із злочином через фізичний або інтенціональний причинний зв'язок. Для визнання впливу істотним не вимагається, щоб дії пособника і підбурювача були conditio sine qua non (необхідною умовою) злочину виконавця. У контексті масових злочинств, таких, як воєнні злочини або злочини проти людяності, може мати місце змішування каузальних внесків, яке унеможливорює ідентифікацію в обставинах окремого епізоду слідів кожного чинника, який був істотним для загальної злочинної діяльності. Це не повинно звільняти пособника і підбурювача від відповідальності за умови, що його каузальний внесок у загальну злочинну діяльність був істотним.

Ключові слова: пособництво і підбурювання; воєнні злочини; злочини проти людяності; деліктне право; причинний зв'язок.

Objective Side (Actus Reus) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity

Bohdan P. Karnaukh*

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

*e-mail: karnaukh.bogdan@gmail.com

Abstract

*The article addresses the objective side (actus reus) of aiding and abetting in the context of war crimes and crimes against humanity. The main goal is to find out where the line lies between legally relevant involvement and involvement that should not entail liability. The study is based on the analysis of the case law of international criminal tribunals and the jurisprudence of national courts as well. It is an interdisciplinary study, as it aims to formulate conclusions that would be relevant in the context of both criminal and tort liability. It is emphasized that the objective side of aiding and abetting comprises act and causation, since aiding and abetting does not have its own consequence, but instead shares the same consequence which is imputed to the principal perpetrator. Aiding and abetting entails liability as long as the physical assistance or moral support provided has a substantial effect upon the commission of a crime. The substantial effect criterion has to be ascertained based on the study of all the circumstances of a particular case. When assessing the substantiality, it should be taken into account that the actions of an aider and abettor may be related to the crime through a physical or intentional causation. It is not required that the actions of the aider and abettor be a *conditio sine qua non* (necessary condition) of the principal perpetrator's crime. In the context of mass crimes, such as war crimes or crimes against humanity, it is the mixing of causal contributions that makes it impossible to identify in the circumstances of a particular single episode the traces of each causative factor that was substantial to the overall criminal activity. This should not exempt an aider and abettor from liability, provided that his causal contribution to the overall criminal activity was substantial.*

Keywords: aiding and abetting; war crimes; crimes against humanity; tort law; causation.

Вступ

Воєнні злочини і злочини проти людяності – це масштабні злочинства, які не вчиняються однією особою чи навіть однією групою осіб, – до їх учинення різною мірою причетна велика кількість людей та організацій. У зв'язку із цим постає питання щодо того, яка міра причетності має бути достатньою для того, аби тягнути за собою юридичну відповідальність – чи то кримінальну, чи то цивільну. Загалом спектр такої причетності доволі широкий – від дуже тісного зв'язку із безпосереднім виконавцем злочину (коли, наприклад, пособник забезпечує останнього зброєю та боєприпасами) до більш віддаленої причетності (як, наприклад, коли йдеться про комерційні чи фінансові зв'язки з організацією або державою, що вчиняє воєнні злочини).

З одного краю цього спектру – постачання бойових дронів [1], що держава-агресор використовує для атак на цивільне населення. Такі дії становлять достатньо вагому причетність, яка закономірно викликає питання про відповідальність постачальника як співучасника. З іншого – «фінансування» держави-агресора через сплату податків, стягваних із суб'єкта господарювання, який просто продає товари, надає послуги чи виконує роботи на відповідному національному ринку. Така причетність у сучасному світі, хоча й може заслуговувати на осуд громадськості, утім, навряд чи повинна тягнути за собою юридичну відповідальність.

Мета цієї статті – дослідити, де пролягає межа між юридично значимою причетністю до воєнного злочину чи злочину проти людяності та причетністю, яка не має бути підставою юридичної відповідальності.

Матеріали та методи

Це дослідження має комплексний, міжгалузевий характер, оскільки питання відповідальності пособника і підбурювача актуальне в контексті як кримінальної, так і цивільної відповідальності. Раніше ми зауважували на тому, що в питанні відповідальності співучасників цивільне (деліктне) право далеко позаду права кримінального [2]. Однак зарубіжна судова практика, і зокрема юриспруденція щодо так званих ATS-позовів¹ [3], показує, що для цілей цивільно-правової відповідальності цілком припустимо використовувати напрацювання доктрини кримінального права щодо критеріїв караного пособництва й підбурювання. Це, однак, не означає, що цивільно-правове розуміння пособництва і підбурювання має бути точною копією кримінально-правового відповідника і, тим паче, це не означає, що пособником із точки зору цивільного права може визнаватися лише той, хто був раніше визнаний пособником у кримінальному провадженні. У своєму дослідженні ми виходимо із того, що коло юридично значимої причетності для потреб деліктного права має бути не вужчим, аніж коло юридично значимої причетності в кримінальному праві. Тому висновки цієї статті мають бути придатними до використання як у контексті кримінального права, так і для цілей обґрунтування причетності особи до завдання шкоди в контексті самостійного деліктного позову.

Методологічно дослідження побудоване на аналізі практики міжнародних кримінальних трибуналів (Нюрнберзького та трибуналів по колишній Югославії, Руанді і Сьєрра-Леоне), а також частково на рішеннях зарубіжних судів. У фокусі уваги – об'єктивна сторона (*actus reus*) пособництва і підбурювання, яка, зазвичай, включає три елементи: діяння, наслідки і причин-

¹ Alien Tort Statute (ATS) – американський Закон про деліктні позови іноземців, який наділяє американські суди юрисдикцією щодо розгляду деліктних позовів іноземців, за умови, що шкода була завдана внаслідок порушення права народів (докладніше див.: [3]).

ний зв'язок між ними. У статті, однак, обґрунтовується, що пособництво й підбурювання не має свого самостійного наслідку, що був би відмінним від наслідку, який привинюється безпосередньому виконавцеві. Отже, предметом дослідження має бути лише характер діяння, яке вчиняється пособником і підбурювачем, та причинний зв'язок цього діяння із діянням безпосереднього виконавця (що, у свою чергу, призводить до злочинного результату).

Спершу досліджується характер діяння пособника і підбурювача. Практика кримінальних трибуналів указує на те, що допомога злочині не обов'язково має бути матеріальною або фізичною, – вона може полягати в моральній підтримці. У зв'язку із цим ми обґрунтовуємо, що поруч із фізичним причинним зв'язком має виокремлюватися також інтенціональний причинний зв'язок, ланкою(-ами) якого виступають психічні явища – інтенціональні стани. Утім щодо причинного зв'язку – найголовніша його особливість у випадку пособництва і підбурювання – це те, що тест «якби не» тут не підлягає застосуванню. Натомість міра достатньої причетності визначається через поняття «істотного впливу», який діянню пособника і підбурювача має справляти на вчинення злочину. Частина статті, присвячена пошуковій критеріїв «істотності впливу», ураховує досягнення американської юриспруденції щодо розгляду деліктних позовів. Насамкінець буде висвітлено вимогу конкретності причинного зв'язку і показано проєкцію цієї вимоги на площину масштабних порушень прав людини, якими є воєнні злочини і злочини проти людяності.

Результати та обговорення

Діяння

У будь-якому злочині виокремлюють дві сторони – зовнішню, об'єктивну сторону, і внутрішню, суб'єктивну, або психологічну, сторону. Першу прийнято називати *actus reus* (з лат. «винна дія»), другу – *mens rea* («винна свідомість»).

Об'єктивна сторона (*actus reus*) включає в себе, власне, саме діяння, його наслідки і причинний зв'язок між діянням та наслідками. При пособництві й підбурюванні *actus reus* полягає в тому, що «(а) обвинувачений надає практичну допомогу, заохочення або моральну підтримку скоєнню злочину або проступку і (б) ця практична допомога, заохочення або моральна підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину чи проступку» [4, § 89; 5, § 353; 6, § 46; 7, § 102].

Що стосується, власне, самого діяння, то вже із назви «пособництво і підбурювання» виходить, що криміналізованими є дві форми поведінки,

а саме – пособництво, тобто надання практичної допомоги безпосередньому виконавцеві злочину (така допомога може полягати, наприклад, у наданні засобів чи знарядь злочину), і підбурювання, тобто надання моральної підтримки виконавцеві злочину, наприклад, через його заохочення чи спонукання до скоєння злочину або іншим чином зміцнення його рішучості на скоєння злочину [4, § 89; 8, § 284; 9, § 484; 10, § 254].

На тому, що підтримка злочину не обов'язково має бути матеріальною чи то пак «фізичною», спеціально наголошував ІСТУ у справі *Prosecutor v. Furundžija* [11]. Як підкреслив ІСТУ, якщо обвинувачений «спостерігав за своїми компаньйонами, щоб уникнути будь-яких несподіванок, або залишався на безпечній відстані, аби полегшити їм утечу, в разі потреби, або був наготові швидко прийти на допомогу, і усвідомлення цього давало додаткову упевненість його компаньйонам, то він був, із точки зору права, присутній, допомагаючи і підбурюючи. Знову ж таки, через надання "додаткової впевненості компаньйонам" обвинувачений сприяє вчиненню злочину, і саме це становить *actus reus* правопорушення» [11, § 201–202].

Звісно, коли пособник надає виконавцеві знаряддя злочину, це теж посилює рішучість виконавця, за умови що знаряддя злочину були надані тим, хто усвідомлював, якій меті вони врешті прислужать. Непряма (бо безпосередньо не висловлена) моральна підтримка сприймається як така тільки за умови, що той, хто фізично надає допомогу, усвідомлює, як вона буде використана. Отже, пособник непрямо схвалює дії злочинця і посилює його рішучість на скоєння злочину. Іншими словами, пособництво, поєднане із обізнаністю (а криміналізоване пособництво завжди із нею поєднано), завжди одночасно з цим являє собою і підбурювання.

Однак трапляються випадки підбурювання «у чистому вигляді», коли зміцнення рішучості злочинця не супроводжується жодною фізично вираженою допомогою у вчиненні злочину. Прикладами підбурювання «в чистому вигляді» може бути виголошення промов, що розпалюють ненависть і закликають до вчинення злочинів, організація медіакампанії з тією самою метою або навіть проста присутність як «схвального глядача» під час вчинення злочину [5, § 369].

Показовою є справа *The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, в якій обвинувачений – Мойніна Фофана був визнаний винним у пособництві й підбурюванні щодо воєнних злочинів і злочинів проти людяності, вчинюваних Силами громадської оборони під час громадянської війни в Сьєрра-Леоне. Обвинувачення ґрунтувалося на тому, що під час своєї промови на параді він «не тільки заохочував камайорів [ополченців] сліду-

вати незаконним наказам вчиняти злочини, але й підкреслив, що якщо вони не будуть діяти відповідно, то їм не слід повертатися назад і рапортувати, і краще убити себе, аніж втратити власну землю» [12].

Нюрнберзький трибунал у так званій «Міністерській справі» визнав винним Дітріха, який очолював прес-службу нацистського уряду [13, с. 192–193].

Окремим прикладом підбурювання «в чистому вигляді» є так званий «схвальний глядач». Міжнародні кримінальні трибунали неодноразово підкреслювали, що навіть проста присутність під час вчинення злочину може становити об'єктивну сторону підбурювання, якщо така присутність додавала впевненості виконавцеві злочину, зміцнювала його рішучість вчинити злочин і, отже, слугувала зчитуваним вираженням моральної підтримки дій виконавця. У цьому контексті важливо відрізнити просте перебування на місці злочину і «схвальне споглядання». Так, особа не може вважатися підбурювачем, якщо вона, хоча й перебуває на місці злочину, але не усвідомлює, що злочин відбувається.

Як правило, додавати духу на вчинення злочину може присутність на місці злочину лише такої людини, чия думка має значення для виконавця злочину, чия думка тією чи іншою мірою є авторитетною для виконавця. Це знаходить підтвердження і в національній судовій практиці [14; 15], і в практиці міжнародних трибуналів [11, § 207–209].

Сучасні дослідження психології груп вказують на те, що присутність іншого може бути вагомим мотивуючим фактором, навіть якщо цей інший не наділений ореолом авторитету (наприклад, коли глядач – це просто одноліток, знайомець чи товариш) [16]. Особливо це стосується чоловічих груп і тісно пов'язано із феноменом так званих гомосоціальних зв'язків, коли присутність інших чоловіків на місці дії на підсвідомому рівні спонукає дійову особу чоловічої статі до демонстрованого вираження своєї маскулітності [17–20]. Такі психологічні ефекти особливо загострені в злочинах проти статевої свободи [21, с. 270, 275–278].

Однак на практиці міжнародних кримінальних трибуналів ці дослідження наразі прямо не позначилися. Трибунали підкреслюють, що «схвальний глядач», аби бути пособником, повинен мати статус авторитетної особи: «Хоча й можна сказати, що глядач заохочує видовище – бо без аудиторії немає видовища – глядач у цих справах визнавався співучасником, тоді коли завдяки його статусові його присутність справляла вагомий легітимізуючий або заохочувальний ефект на виконавців» [11, § 232].

Як зворотний приклад ІСТУ наводить іншу справу німецького Верховного суду, в якій обвинувачений був присутній як глядач у цивільному вбранні

на параді штурмовиків (Stürmabteilung), під час якого два опоненти NSDAP зазнали публічного приниження. Суд виправдав обвинуваченого [11, § 208].

Отож, Верховний суд виснував, що за цих конкретних обставин присутність обвинуваченого «не спричинилася до злочину». Це можна розуміти так, що причинного зв'язку між вчиненням злочину і присутністю на місці події обвинуваченого немає взагалі (оскільки присутність конкретно цієї особи в натовпі не додавала рішучості виконавцям). Та можна інтерпретувати цей висновок і так, що хоча причинний зв'язок і був (без глядачів немає видовища – без публіки немає публічного приниження), але «внесок» одного глядача із цілого натовпу є настільки мізерним, що не повинен тягти кримінальну відповідальність. А це підводить нас до другої ознаки кримінально караного пособництва і підбурювання – воно має справляти істотний вплив на вчинення злочину.

Істотний вплив

Те, що пособництво і підбурювання має справляти істотний вплив на вчинення злочину, – загальноприйнята в міжнародному звичаєвому праві норма [4, § 89; 5, § 353, 368, 385; 6, § 46; 11, § 217, 234]. Міжнародні кримінальні трибунали визнають, що питання про те, чи був вплив істотним, є центральним у справах, що стосуються пособництва і підбурювання. Утім це питання настільки важливе, настільки й складне. Адже його фокальна точка – це оціночне поняття «істотності» впливу [22, с. 1853].

Чіткого визначення того, який вплив можна вважати «істотним», немає. Так, інколи трибунали вказують на те, що дії пособника чи підбурювача мають підвищувати легкість, із якою вчиняється злочин (іншими словами, полегшують його вчинення) [23, § 282]. У інших випадках наголошується на тому, що без цих дій вчинення злочину було б значно менш вірогідним [24, § 1019].

Однак усі трибунали єдині в розумінні того, чим істотний вплив точно не є: для доказування «істотного впливу» не вимагається, щоб дії пособника і підбурювача були *conditio sine qua non* (необхідною умовою) вчинення злочину виконавцем [4, § 92; 6, § 48]. Тобто не вимагається доводити, що без дій, учинених пособником чи підбурювачем, виконавець не вчинив би основний злочин. Очевидно, що якщо це так, і без допомоги пособника чи підбурювача не було б злочину, то вплив пособника чи підбурювача, поза всяким сумнівом, є істотним (наприклад, у справі *Taylor* Трибунал дійшов висновку, що без підтримки президента сусідньої Ліберії Революційний об'єднаний рух у Сьєрра-Леоне взагалі не зміг би функціонувати і вчиняти злочини, які він вчиняв [22]). Однак навіть значно менші «внески» у зло-

чинну справу можуть бути визнані такими, що справили «істотний вплив». Так, під час Нюрнберзького процесу в злочинах проти людяності були визнані винними, серед інших, посадовці, відповідальні за бухгалтерський облік (Ганс Лорнер), архітектуру і планування (Макс Кіфер), а також стоматологічну справу (Герман Пук).

Справи проти допоміжного персоналу СС корисно порівняти зі справою про Циклон-Б [25] у частині обвинувачення головного техніка, Йоакіма Дросіна. У цій справі обвинуваченими були троє осіб – власник, його перший заступник і головний технік промислової компанії Tesch and Stabenow, яка постачала СС отруйний газ під назвою «Циклон-Б», що його потім СС використовували для масових страт у концтаборі Аушвіц. Трибунал засудив власника компанії та його заступника, однак виправдав головного техніка.

Щодо техніка було наголошено на його підлеглому становищі в компанії, і ключове питання, на думку Трибуналу, полягало в тому, чи знаходився він у такому статусі, щоб упливати на те, чи буде газ постачатися в Аушвіц. Суд підкреслив, що якщо він не перебував у такому статусі, то навіть його обізнаність щодо цілей використання газу не робить його винуватим [25].

На наш погляд, зіставлення наведених справ дає ключ до розуміння того, як слід установлювати, чи був вплив пособника і підбурювача достатньо істотним.

По-перше, варто зауважити, що саме поняття істотного впливу – це цілкомито про причинний зв'язок. Це видно, зокрема, із того, які конструкції використовуються для його пояснення (*conditio sine qua non*, підвищення імовірності злочину тощо). Сам термін «істотний вплив» вказує на те, що йдеться про оцінку характеру зв'язку між діями пособника і підбурювача, з одного боку, і діями виконавця – з іншого. Тобто слід оцінити інтенсивність, міцність чи то пак силу, з якою одна дія вплинула на іншу.

Тож, якщо зазвичай (тобто, коли йдеться про відповідальність виконавця) об'єктивна сторона злочину включає три складові: діяння, наслідки і причинний зв'язок, – то тут, коли йдеться про відповідальність пособника і підбурювача, є лише дві – діяння і причинний зв'язок, позаяк, діяння пособника не має свого, окремого, криміналізованого наслідку, воно «поділяє» той самий наслідок, що й діяння виконавця.

Отже, концепцію істотного впливу слід розглядати крізь призму теорії причинності. Однак саме ця проблема – проблема відповідальності пособника і підбурювача – яскраво висвітлює важливу прогалину в теперішній правовій теорії причинного зв'язку.

Річ у тім, що в теорії права під причинним зв'язком ми маємо на увазі зв'язок між явищами фізичного, матеріального світу (назвемо це фізичний причинний зв'язок). Однак поза нашою увагою залишається те, що причинність може пов'язувати між собою не тільки фізичні явища (фізичні, хімічні, біологічні процеси тощо), а й явища суб'єктивного, психологічного світу (відчуття, емоції, думки, наміри тощо), а також і перші та другі поміж собою в обох напрямках. Наприклад, певний стан речей у реальному світі викликає, тобто спричиняє певну емоцію, відчуття або бажання. І навпаки, певний психологічний феномен (бажання, імпульс, намір) спричиняє зміни в реальному світі, які починаються із порухів нашого тіла. У філософії причинність, що сполучає феномени психологічного світу, дістала назву ментальної або інтенціональної причинності [26, с. 40–41].

Наскільки важливо враховувати інтенціональну причинність, демонструють справи, що були наведені на початку цієї статті: у цих справах ішлося про те, що дії однієї особи (пособника і підбурювача) слугували причиною певного інтенційного стану (рішучості) у свідомості іншої особи (виконавця злочину). І цей зв'язок визнавався юридично значимим! І він має бути юридично значимим. Адже той, хто викликав у виконавця злочину рішучість на його вчинення, є співучасником злочину.

Дії виконавця злочину ніколи не бувають спричинені діями пособника чи підбурювача – в такому самому розумінні, як рух однієї більярдної кульки, спричинений рухом іншої. Дії пособника чи підбурювача (фізичне явище) спричиняють певний відгук у свідомості виконавця (інтенціональний стан), і вже потім цей інтенціональний стан стає причиною дій виконавця, що завдають шкоди. Отже, причинна послідовність виглядає так: фізичний стан (викликаний пособником) – інтенціональний стан (виконавця) – фізичний стан (викликаний виконавцем).

Фізичну й інтенціональну причинність можна уявити як дві стрічки, що переплітаються між собою, утворюючи косу (позаяк фізична допомога може одночасно мати й ефект моральної підтримки: у такому разі моральна підтримка виражається діяльно). Це плетиво утворює складну структуру причинно-наслідкових зв'язків, у якій явища фізичного і психологічного світів взаємно сполучаються в послідовність, яка призводить до втілення протиправного задуму в життя.

Зазвичай, описуючи причинний зв'язок, ми уявляємо ланцюг, де кожна ланка сполучена із наступною, так само, як події у реальному світі пов'язані одна з одною. Однак у контексті відповідальності за співучасть метафора коси, в якій переплетені фізична й інтенціональна причинність, – влучніша від метафори ланцюга. Бо між ланцюгом і косою істотна відмінність: лан-

цього міцний настільки, наскільки міцна його найслабша ланка, а коса міцна міццю усіх стрічок разом. Цей принцип «коси» демонструють наведені нами вище справи.

Так, допоміжний персонал концтабору (бухгалтер, архітектор, стоматолог) вірогідно не мав значного впливу на рішення щодо масового убивства його мешканців, тобто по лінії інтенціональної причинності вплив цих осіб на дії виконавців злочину не був істотним, проте їхня фізична допомога в реалізації злочину, тобто вплив по лінії фізичної причинності, був настільки вагомим, що причинна тяглість (котра сполучає їхні дії з масовими убивствами) не обірвалась, і дала змогу притягнути їх до відповідальності.

Що ж стосується головного техника компанії, яка продавала газ СС, то його дії можна розглядати як допомогу тим, хто допомагав злочинцям. Іншими словами, він – пособник пособників. Він не стоїть в одному ряду із двома іншими обвинуваченими в тій же справі (власником компанії і його першим заступником), бо, на відміну від нього, власник компанії і його заступник приймали управлінські рішення щодо продажу газу СС, і саме ці рішення (про те, кому продавати) робили продаж злочинним. Сам по собі продаж газу не є злочинним як такий. Він стає злочинним тільки з огляду на те, кому саме він був проданий, і це рішення ухвалив менеджмент компанії, а не техник, який забезпечував лише технічний бік поставок. У цьому розумінні техник більш віддалений у причинній тяглості від масових убивств. Він не тільки не перебуває «на прямій» інтенційної причинності, але і його позиція «на прямій» фізичної причинності віддаленіша від події основного злочину, яким є масове убивство цивільних у концтаборах. Звідси виходить, що питання про «істотність впливу» в рамках проблеми пособництва і підбурювання органічно пов'язане із більш загальним питанням про віддаленість шкоди, або, що те саме – межами відповідальності.

Прикметно, що визначення пособництва і підбурювання в національному американському праві напрочуд подібне до того, як це поняття визначають міжнародні кримінальні трибунали. Так, відповідно до § 876(b) американського Зводу деліктів (The Restatement (Second) of Torts) «За шкоду, завдану третій особі, протиправними діями іншого, особа відповідає, якщо вона... (b) знає, що поведінка іншого становить порушення обов'язку і при цьому надає *істотну допомогу* чи заохочення іншому поводитися таким чином»¹ (курсив наш. – Б. К.).

¹ У прецедентній практиці це визначення дістало дещо більшої деталізації. Так, суди вказують, що елементами пособництва і підбурювання є такі: 1) сторона, якій відповідач допомагає, вчиняє протиправну дію і завдає шкоди; 2) відповідач має бути в загальних рисах обізнаний зі своєю роллю в загальній незаконній чи шкідливій діяльності у момент, коли надає допомогу; і 3) відповідач свідомо й істотно допомагає основному правопорушенню ([28]; див. також: [27]).

Тож, в американському національному праві, так само як у міжнародному звичаєвому, постає проблема оцінки істотності допомоги, яку надає пособник чи підбурювач. Щодо цього національна прецедентна практика напрацювала п'ять критеріїв, які мають бути враховані, а саме: а) характер дії, якій надається допомога чи сприяння; б) обсяг допомоги чи сприяння; в) присутність пособника чи підбурювача на місці і під час завдання шкоди; г) характер стосунків між пособником чи підбурювачем і безпосереднім заподіювачем шкоди; г) психічне ставлення пособника чи підбурювача; та д) час, протягом якого допомога надавалася¹.

Пояснення ролі цих критеріїв надав Апеляційний суд США Округу Колумбія у справі *Halberstam v. Welch* 705 F.2d 472 (D.C. Cir. 1983) [28]. Цікаво, що хоча міжнародні кримінальні трибунали, на відміну від американських судів, прямо не визначали перелік критеріїв, значимих для оцінки істотності впливу, однак, сформульовані в американській юриспруденції критерії значною мірою суголосні із рішеннями трибуналів, і навіть, справедливо сказати, знаходять своє підтвердження в цих рішеннях.

Оцінюючи характер дії, якій надається допомога, суд по суті застосовує пропорційний підхід, адже, що більш тяжким і кричущим є основне правопорушення, то меншим є мінімально необхідний обсяг допомоги, що вимагається для притягнення особи до відповідальності за пособництво такому правопорушенню. Іншими словами, та сама дія пособника може тягнути або не тягнути відповідальність залежно від того, наскільки обурливим, грубим і очевидним було правопорушення, якому посприяла ця дія.

Під обсягом допомоги, вочевидь, слід розуміти кількість зусиль і ресурсів, які були витрачені пособником чи підбурювачем на те, що в остаточному підсумку перетворилося на делікт, а також питому вагу цих зусиль і ресурсів у загальній кількості зусиль та ресурсів, витрачених на делікт усіма причетними.

Присутність на місці заподіяння шкоди під час її заподіяння основним деліквентом може слугувати чинником, що вказує на схвалення дій деліквента і надання йому моральної підтримки (що докладно було обговорено вище). Однак факт присутності аж ніяк не є вирішальним. Адже, з одного боку, проста присутність без будь-якої діяльної чи моральної підтримки скоюваного не рахується; а з іншого боку, буває, що особа безпосередньо не присутня на місці завдання шкоди в момент її завдання, тим не менше, відіграє ключову роль у загальному сценарії завдання шкоди.

¹ Див. коментар до § 876(b) The Restatement (Second) of Torts.

Характер стосунків між сторонами – це ще один чинник, на якому наголошували також трибунали, зауважуючи, що підтримка дій деліквента авторитетною в його очах персоною «легітимізує» протиправну поведінку у свідомості її автора. З іншого боку, характер стосунків може бути для суду приводом не поспішати із висновком про істотність допомоги у тих випадках, коли виконавець і пособник перебувають у близьких стосунках, природа яких сама по собі передбачає взаємну поміч один одному. На цьому зауважив суд у справі *Halberstam v. Welch*, у якій позов про відшкодування шкоди, завданої смертю, було пред'явлено до цивільної дружини грабіжника, котрий убив чоловіка під час пограбування. Утім за обставин цієї справи суд, навіть попри врахування інтимних стосунків між сторонами, усе ж таки дійшов висновку, що допомога дружини була істотною.

Такий чинник, як психічне ставлення, на перший погляд, видається чужорідним у цьому переліку, адже все інше – це об'єктивні показники (характер дії, обсяг допомоги, тривалість допомоги, присутність на місці події, і навіть характер стосунків). Здавалося б, якщо істотність впливу (допомоги) – це про причинний зв'язок, то вона не може залежати від свідомості особи, бо причинний зв'язок – це явище об'єктивне. Утім вище ми вже мали змогу переконатися, що об'єктивне (реальний світ) і суб'єктивне (свідомість) тісно переплетені між собою у понятті інтенціональної причинності. Тест на «істотність впливу» пов'язаний із більш широким поняттям віддаленості шкоди, або – що те саме – меж відповідальності. А оцінка віддаленості шкоди – це не просто установлення факту, це питання правової політики, щодо якого суд має висловитися, беручи до уваги всі фактичні обставини справи, на основі балансування мети превенції, з одного боку, і принципу свободи від непередбачуваного ризику відповідальності – з іншого. Таке «політичне» питання передбачає врахування найрізноманітніших чинників, у тому числі й тих, що належать до сфери суб'єктивного. Отож, психічна сторона діяння пособника і підбурювача, тобто те, наскільки докладним було його знання про майбутній делікт і те, чи бажав він завдання шкоди потерпілому, – це теж чинники, які підлягають зважуванню під час оцінки істотності впливу.

Насамкінець, час, протягом якого допомога надавалась, – це, по суті, ще один спосіб вимірювати обсяг допомоги. Що довше надавалась допомога, то більшим є її загальний обсяг. Окрім того, час має значення і в контексті інтенціональної причинності. Так, пособництво і підбурювання не передбачає попередньої змови між сторонами. Утім якщо допомога надається систематично і протягом тривалого часу, то такі відносини близькі до договірних і можуть становити певний сурогат змови. Якщо пособник чи підбурювач протягом тривалого часу надає допомогу безпосередньому виконавцеві, то

в останнього справедливо виникають певні очікування щодо допомоги в майбутньому, виконавець покладається на те, що допомога буде надана, і цей розрахунок може стати не останнім фактором в ухваленні рішення про те, чи вчиняти делікти в майбутньому. Такі очікування й розрахунок не виникають, якщо допомога була разовою, епізодичною, випадковою.

До наведеного переліку слід додати ще один вкрай важливий чинник, а саме – характер дії пособника чи підбурювача. У цьому контексті дуже важливо, чи була дія, що становила допомогу, сама по собі законною, нормальною, типовою послугою, яку пособник надає в рамках своєї підприємницької чи іншої систематичної діяльності будь-кому, хто до нього звертається. Так, ключовим аргументом, завдяки якому під час Нюрнберзького трибуналу було виправдано обвинуваченого Карла Раше, генерального директора Дрезденського банку, що надавав кредити підприємствам СС, стало те, що його дії самі по собі були законними, і послуги, які він надавав СС (надання коштів на поворотній основі), він надавав і безлічі інших клієнтів свого банку. І хоча вирок МКТ щодо Карла Раше далеко не безспірний [29, с. 2978–2979], саме «нормальність», «повсякденність» його дій дали йому змогу уникнути відповідальності.

Цей же аспект відіграв свою роль і у справі *Halberstam v. Welch*, але в протилежному напрямі. Суд наголосив на тому, що цивільна дружина грабіжника вела бухгалтерський облік награваних коштовностей (чоловік пояснював їй, що він їх скуповував для подальшого перепродажу), подавала звітність до податкової і оформляла прибутки на своє ім'я (між іншим, підозрілим фактом, на думку суду, для дружини мала стати хоча б дивна асиметрія первинних документів – бо наявними були лише квитанції щодо перепродажу золота покупцям, але не було жодної, що підтверджувала б його купівлю). Суд зауважив, що в цій справі зі зрозумілих причин не слід поспішати із висновком, що допомога була істотною (бо це нормально, що дружина допомагає чоловікові), утім, суд підкреслив, що допомога пані Гамільтон своєму цивільному чоловікові якраз-таки виходила за межі звичайної, повсякденної подружньої помочі.

Вимога конкретності причинного зв'язку

Для масштабних злочинів, таких як воєнні злочини або злочини проти людяності, характерна ще одна специфічна проблема, пов'язана із конкретністю причинного зв'язку. Зазвичай причинний зв'язок означає вплив конкретної дії на конкретний наслідок, за якого дія залишає свій слід (відбиток) на кінцевому наслідку (тобто кінцевий наслідок є таким, а не іншим, саме завдяки тому, що він був зумовлений тією, а не іншою причиною). Так буває, напри-

клад, із тілесними ушкодженнями, коли форма травми вказує на предмет, яким цієї травми було завдано (бо він залишає характерні сліди).

У цьому контексті воєнні злочини і злочини проти людяності істотно відрізняються від інших. По-перше, такого роду злочини вчиняються організаціями (політичними, військовими, державними чи квазідержавними), для яких, на відміну від злочинних організацій у звичайному розумінні цього слова, учинення злочинів не є єдиним чи основним видом діяльності. По-друге, у таких випадках ідеться не про один, а про численні епізоди злочинств. По-третє, такі організації, «живляться», як правило, із кількох різних джерел одночасно.

Отже, коли хтось надає допомогу такого роду організації, то постає питання, як пов'язати саме цю конкретну допомогу із тим або іншим конкретним епізодом злочину (позаяк надана допомога могла бути використана на правомірну частину діяльності, а злочини вчинялися за рахунок ресурсів з іншого джерела). Скажімо, якщо хтось надавав боєприпаси стороні, що воює, то як встановити, що саме ці боєприпаси були використані для навмисного убивства цивільних, а не для ведення тієї частини воєнної кампанії, що формально відповідала нормам міжнародного гуманітарного права? І чи потрібно взагалі це установлювати?

Ці питання стали ключовими під час апеляційного перегляду справи *Prosecutor v. Taylor* [30]. Справа розглядалася Спеціальним судом по Сьєрра-Леоне (SCSL) і стосувалася подій громадянської війни, яка тривала в Сьєрра-Леоне із 1991 р. по 2002 р. Війна розпочалася 23 березня 1991 р., коли бійці Об'єднаного революційного фронту (RUF) зайшли на територію Сьєрра-Леоне із сусідньої Ліберії, прагнучи шляхом воєнного перевороту захопити владу і скинути центральний уряд. Під час конфлікту RUF вчиняв численні воєнні злочини і злочини проти людяності, серед яких убивства, зґвалтування, сексуальне рабство, пограбування, викрадення людей, примусова праця, залучення дітей як солдатів, відтинання кінцівок та інші форми насильства і терору.

Обвинуваченим у справі був колишній президент сусідньої Ліберії, Чарльз Тейлор. Його було обвинувачено як пособника й підбурювача злочинів, вчинених RUF, на тій підставі, що він надавав фінансову, логістичну, операційну та іншу підтримку цій організації. Так, Чарльз Тейлор організовував тренування бійців RUF на території Ліберії, постачав сам і організовував постачання від третіх сторін зброї та боєприпасів, надавав підтримку військовим персоналом, надавав радіообладнання і супутникові телефони, надав у користування базу для дислокації в Монровії, логістично підтримував транспортування зброї та інших матеріалів (пального, продуктів харчування) тощо.

SCSL засудив Чарльза Тейлора як пособника і підбурювача за одинадцятьма пунктами обвинувачення.

Оскаржуючи рішення суду, сторона захисту наполягала на тому, що Суд припустився помилки, оскільки, на думку захисту, для визнання Тейлора винним у пособництві й підбурюванні сторона обвинувачення мала довести, що він «надавав допомогу злочину як такому», тобто «надавав допомогу живій дійовій особі, котра виконала *actus reus* відповідного злочину, і ця допомога була безпосередньо використана при вчиненні злочину» [5, § 357]. Натомість, сторона захисту наполягала, що висновок Суду про те, що Тейлор посилював загальну спроможність організації до вчинення злочинів, не може бути достатнім для визнання його винуватим.

Так, сторона захисту намагалася обґрунтувати, що причинний зв'язок має бути відстежений із максимальною конкретністю, тобто, що для успішного обвинувачення має бути показано, що в руках конкретного бійця RUF, який убивав цивільних під час конкретного епізоду численних злочинств, був саме той, автомат, що його RUF отримав від Тейлора чи за його сприяння. Такий хід міркувань, вочевидь, за задумом сторони захисту, мав потягнути за собою необхідність ретельного розбору кожного із численних епізодів злочинств щодо точної ідентифікації зброя, використаних у цих злочинствах (не те, щоб аналіз, проведений Судом, без того був не достатньо ретельним – рішення становило дві з половиною тисячі сторінок).

Однак до цього аргументу є кілька зауважень. По-перше, інтенціональна причинність не залишає видимих слідів, тобто моральна підтримка, яку RUF отримував від президента сусідньої країни, не може бути відстежена через характерний «відбиток» на кожному окремому епізоді із шерегу масових злочинств. По-друге, в такого роду масштабних злочинах, зброя і боєприпаси (щонайменше це стосується стрілецької зброї і набоїв до неї) фактично перетворюються на речі, визначені родовими ознаками. І питати, чи був у руках бійця саме той автомат, що його поставив обвинувачений, – це все одно, що питати, чи були для підкупу посадовця злочинною організацією використані саме ті банкноти, що їх надав обвинувачений пособник, який фінансував цю організацію.

Значення у цьому випадку має те, чи надавалася допомога із розумінням того, що вона буде використана на злочинні цілі, і те, чи була ця допомога істотною. Тому той факт, що Тейлор був не єдиним постачальником зброї і боєприпасів для RUF, не може слугувати достатнім виправданням. У протилежному випадку жоден із постачальників зброї для RUF не міг би бути визнаний пособником, адже завжди б залишалась імовірність того, що в конкретному епізоді була використана не його зброя, а зброя іншого постачальника.

Зброя надходила із різних джерел і «змішувалась», перетворюючись на нероздільну «суміш» родових речей, одночасно з цим відбулося те, що можна назвати змішуванням каузальних внесків, котре унеможливило ідентифікацію «слідів» кожного конкретного причинного фактору, що спричинився до кінцевого результату. Видається, що саме феномен змішування каузальних внесків є поясненням того, чому замість звичайного тесту «якби не» використовують тест «істотного впливу» (як у контексті пособництва і підбурювання до воєнних злочинів, так і в інших контекстах, де цей тест застосовний).

Апеляційна Палата SCSL відхилила аргумент захисту стосовно того, що пособник і підбурювач має надавати допомогу безпосередньо тому, хто власними руками виконує об'єктивну сторону основного злочину (тобто доводить злочин до кінця), як і те, що надана допомога має бути використана під час вчинення конкретного епізоду злочину [5, § 368]. Апеляційна Палата наголосила, що має значення не конкретний спосіб, у який допомога була надана, а те, чи справила ця допомога істотний вплив на скоєння злочину.

Висновки

Об'єктивна сторона (*actus reus*) пособництва і підбурювання передбачає, що особа: а) надає матеріальну, фізичну допомогу або моральну підтримку вчиненню злочину, і б) ця допомога чи підтримка справляє істотний вплив на вчинення злочину, тобто, іншими словами, має важливе значення для вчинення злочину. При характеристиці об'єктивної сторони пособництва і підбурювання слід виокремлювати лише діяння і причинний зв'язок, оскільки пособництво і підбурювання не має свого, окремого наслідку, а поділяє той же наслідок, який привинюється безпосередньому виконавцеві.

Істотність впливу на вчинення злочину – це оціночна категорія, яка підлягає аналізу на підставі дослідження всіх обставин справи в сукупності. При оцінці істотності впливу належить враховувати, що дії пособника і підбурювача можуть бути пов'язані із злочином через фізичний або інтенціональний причинний зв'язок. Для визнання впливу істотним не вимагається, щоб дії пособника і підбурювача були *conditio sine qua non* (необхідною умовою) злочину виконавця.

До факторів, які підлягають урахуванню при оцінці істотності впливу належать: характер дії, якій надається допомога чи сприяння; характер дії, в якій виражається допомога чи сприяння; обсяг і тривалість допомоги чи сприяння; присутність пособника чи підбурювача на місці і під час завдання шкоди; характер стосунків між пособником чи підбурювачем і безпосереднім заподіювачем шкоди; психічне ставлення пособника чи підбурювача.

У контексті масових злочинств, таких як воєнні злочини або злочини проти людяності, може мати місце змішування каузальних внесків, яке унеможливає ідентифікацію в обставинах окремого епізоду слідів кожного чинника, який був істотним для загальної злочинної діяльності. Це не повинно звільняти пособника і підбурювача від відповідальності за умови, що його каузальний внесок у загальну злочинну діяльність був істотним.

References

- [1] Koshiv, I. (2022, November 10). Drone analysis in Ukraine suggests Iran has supplied Russia since war began. *The Guardian*.
- [2] Karnaukh, B. (2022). Complicity in tort, or what is meant by causing harm 'by joint actions or omissions'. *New Ukrainian Law*, 2, 44-52. <https://doi.org/10.51989/NUL.2022.2.6>.
- [3] Congressional Research Service (2022, January 11). *The Alien Tort Statute: A Primer*. Retrieved from <https://sgp.fas.org/crs/misc/R44947.pdf>.
- [4] Prosecutor v. Milan Milutinović, Nikola Šainović, Dragoljub Ojdanić, Nebojša Pavković, Vladimir Lazarević, Sreten Lukić, Case No. IT-05-87-T, Judgment. (ICTY, 2009, Feb. 26).
- [5] *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Appeal Judgment. (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Appeals Chamber, Sept. 26, 2013).
- [6] *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Appeal Judgment. (The Appeals Chamber ICTY, July 29, 2004).
- [7] *Prosecutor v. Vasiljević*, Case No. IT-98-32-A, Appeal Judgment. (The Appeals Chamber ICTY, Feb. 25, 2004).
- [8] *Prosecutor v. Blaškić*, Case No. IT-95-14-A, Judgment. (The Trial Chamber I ICTY, Mar. 03, 2000).
- [9] *The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu*, Case No. ICTR-96-4-T, Judgment. (Int'l Crim. Trib. For Rwanda, Sep. 2, 1998).
- [10] *Prosecutor v. Kvočka et al.* Case No. IT-98-30/1-T, Judgment. (The Trial Chamber ICTY, Nov. 2, 2001).
- [11] *Prosecutor v. Furundžija*, Case No. IT-95-17/1-T, Judgement. (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia Dec. 10, 1998).
- [12] *The Prosecutor v. Moinina Fofana and Allieu Kondewa*, Judgment. (Spec. Ct. for Sierra Leone, The Trial Chamber I, Aug. 31, 2007).
- [13] *The United States of America vs. Ernst von Weizsäcker et al* (The Ministries Case), Judgment. (U.S. Military Tribunal, Nuremberg, April 11-13, 1949).
- [14] *Hirschman v. Emme et al.*, 81 Minn. 99, 83 N.W. 482.
- [15] *Cobb v. Indian Springs* 258 Ark. 9 (1975).
- [16] *Keel v. Hainline*, 331 P.2d 397 (Okla. 1958).
- [17] Collier, R. (2010). Masculinities, Law, and Personal Life: Towards a New Framework for Understanding Men, Law, and Gender. *Harvard Journal of Law & Gender*, 33, 431-477.
- [18] Dowd, N.E. (2008). Masculinities and Feminist Legal Theory. *Wisconsin Journal of Law, Gender & Society*, 23, 201-248.
- [19] Leverenz, D. (1986). Manhood, Humiliation, and Public Life: Some Stories. *Southwest Review*, 71, 442-462.

- [20] Dasgupta, M. (2017). Impact of Peer Group in the Development and Construction of Masculinity. *International Journal of Interdisciplinary and Multidisciplinary Studies*, 4, 192-197.
- [21] Swan, S.L. (2019). Aiding and Abetting Matters. *Journal of Tort Law*, 12(2), 255-282.
- [22] Note (2013). Special Court for Sierra Leone Rejects 'Specific Direction' Requirement for Aiding and Abetting Violations of International Law. *Harvard Law Review*, 127, 1847-1854.
- [23] *Prosecutor v. Oric*, Case No. IT-03-68-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia June 30, 2006).
- [24] *Prosecutor v. Popovic*, Case No. IT-05-88-T, Judgement, (Int'l Crim. Trib. for the Former Yugoslavia June 10, 2010).
- [25] *The Zyklon B, Case Trial of Bruno Tesch and Two Others*, Case No. 9. (British Military Court, Hamburg, 1st-8th March, 1946).
- [26] Searle, J.R., & Recanati, F. (2001). *Rationality in action*. Cambridge, Massachusetts: MIT Press.
- [27] Combs, N.I. (2019). Civil Aiding and Abetting Liability. *Vanderbilt Law Review*, 58, 241-300.
- [28] *Halberstam v. Welch* 705 F.2d 472. (D.C. Cir. 1983).
- [29] Khakurel, S. (2018). The Circuit Split on Mens Rea for Aiding and Abetting Liability Under the Alien Tort Statute, *Boston College Law Review*, 59, 2978-2979.
- [30] *Prosecutor v. Taylor*, Case No. SCSL-03-01-A, Judgment. (Spec. Ct. for Sierra Leone Sept. 26, 2013).

Богдан Петрович Карнаух

кандидат юридичних наук, доцент, доцент кафедри цивільного права № 1
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого
61024, вул. Пушкінська, 77, Харків, Україна
e-mail: karnaugh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

Bohdan P. Karnaugh

PhD in Law, Associate Professor, Associate Professor at the Department of Civil Law No. 1
Yaroslav Mudryi National Law University
61024, 77 Pushkinska Str., Kharkiv, Ukraine
e-mail: karnaugh.bogdan@gmail.com
ORCID 0000-0003-1968-3051

Рекомендоване цитування: Карнаух Б. П. Об'єктивна сторона (actus reus) пособництва і підбурювання в контексті воєнних злочинів і злочинів проти людяності. *Проблеми законності*. 2023. Вип. 160. С. 212–229. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273626>.

Suggested Citation: Karnaugh, B. P. (2023). Objective Side (Actus Reus) of Aiding and Abetting War Crimes and Crimes Against Humanity. *Problems of Legality*, 160, 212-229. <https://doi.org/10.21564/2414-990X.160.273626>.

Статтю подано / Submitted: 07.02.2023
Доопрацьовано / Revised: 21.02.2023
Схвалено до друку / Accepted: 01.03.2023
Опубліковано / Published: 25.03.2023