

кваліфікації їх дій за Кримінальним кодексом України.
№ 18/1-125ВИХ-134ОКВ-22 від 17.03.2022
URL:<https://drive.google.com/file/d/1Mlp7zfp1Vzdoir2Y-CWyyYkPL2gimwLP/view>.

3. Трансляція засідань XXI Львівського форуму кримінальної юстиції. 9–11 червня 2022 р. URL:
<https://drive.google.com/file/d/1Mlp7zfp1Vzdoir2YCWyyYkPL2gimwLP/view>.

Орлов Юрій Володимирович,
завідувач кафедри кримінального права
і кримінології факультету № 1
Харківського національного
університету внутрішніх справ, доктор
юридичних наук, професор

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ ПРОБЛЕМИ ВИЗНАЧЕННЯ ПРАВОВИХ СТАТУСІВ ВОЮЮЧИХ УЧАСНИКІВ ЗБРОЙНОГО КОНФЛІКТУ

Російсько-українська війна серед низки цивілізаційних, гуманітарних, воєнно-політичних, міжнародно-правових та інших інтелектуальних, метафізичних й цілком онтологічних викликів закономірно і з особливою гостротою актуалізувала проблеми належного правового поведження з учасниками збройного конфлікту. При тому базовим є питання про правовий статус таких учасників, визначення якого, певна річ, залежить від комплексу факторів: починаючи зі спрямованості політик у сфері протидії злочинності, забезпечення національної безпеки й до юридичних оцінок конкретних вчинюваних учасниками збройного конфлікту діянь, їх входження до певних організацій тощо.

Здійснений нами аналіз судової, а також слідчої практики, зокрема тієї, що розгорнута Службою безпеки України, Національною поліцією, прокуратурою, в тому числі й на деокупованих територіях, дозволяє виділити декілька категорій воюючих учасників збройного конфлікту (російсько-української війни), кримінально-правова оцінка діянь яких та/або відносно яких впливає на визначення їх правового статусу і, відтак, на подальше поведження з ними. Щодо надання такої оцінки правозастосовна практика є неодноманітною, подекуди хибною, у зв'язку з чим вимагається внесення ясності, а надто в контексті співвіднесення правового статусу фізично затримуваних учасників збройного конфлікту з можливістю

інкримінування їм певного кримінального правопорушення та/або визнання потерпілим.

Передусім вбачається сенс у поділі відомих на поточний момент воюючих комбатантів триваючого збройного конфлікту на території України на дві великі групи: учасники на стороні держави-агресора, російської федерації (умовно – агресори), та на стороні України (умовно – захисники). ***Серед перших, агресорів***, виокремлюються такі підгрупи:

1. *Військовослужбовці збройних сил російської федерації*. Вони є комбатантами і відповідно до вимог міжнародного гуманітарного права, за визначеною чинним законодавством України процедурою, така особа при фізичному затриманні набуває статусу військовополоненого та має бути передана до таборів для тримання військовополонених. Якщо така особа обгрунтовано підозрюється у вчиненні воєнного чи іншого кримінального правопорушення – одночасно з отриманням статусу військовополоненого щодо неї починається кримінальне провадження за відповідною статтею КК України. Ця ситуація є відносно ясною, не викликає труднощів.

2. *Учасники збройних формувань так званих «ДНР» та «ЛНР»*. Щодо цієї категорії воюючих учасників збройного конфлікту підходить різниця: найпоширенішим є підхід, за якого при фізичному їх затриманні їм надається (визнається) статус військовополоненого з одночасним інкримінуванням ч. 2 ст. 260 КК України – участь у не передбаченому законом збройному формуванні. Менш поширеним, але таким, що зустрічається, тим не менш, часто є визнання статусу військовополоненого з інкримінуванням участі у терористичній організації (ч. 1 ст. 258-3 КК України). Деколи зустрічається відмова у визнанні за цими особами статусу військовополоненого при інкримінуванні одного з вище вказаних кримінальних правопорушень. З цього приводу висловимо такі зауваги.

Перш за все, кваліфікація участі у бойових (воєнізованих) підрозділах так званих «ДНР» та «ЛНР» як участі у терористичній організації є безпідставним. Мовно-текстуальні симулякри «ДНР» та «ЛНР» не є терористичними організаціями за визначенням, за сутністю. Це – плід контрреальних фантазій представників країни-агресора, результуюча – їх гри. Ми не маємо сприймати нав'язуванні правила їх гри і вважати, що комбінація букв «ДНР» та «ЛНР» – онтологічна реальність. Відношення ж до цієї комбінації як до терористичних чи до не передбачених законом збройних формувань є неадекватним,

результату є прийняття нав'язаних нам агресором правил гри, нав'язаної ним семантично-символічної реальності. Тим більше, що у широтах цієї ж реальності нещодавно сталися чергові шизополітичні зміни і симулякри «ДНР» та «ЛНР» були включені до складу російської федерації й фактично перестали існувати як самостійно виокремлені аббревіатури. Окрім того, що цим актом конституція згаданої країни цілком втратила значення відносно реального складника правової дійсності, в тому числі й у міжнародно значущому контексті (імовірно наблизивши ще на один крок остаточний розпад імперії), за усталеною в Україні правозастосовною логікою у антитерористичній чи, ширше, антикримінальній парадигмі мав би відбутися злам. Однак на його заваді став Указ Президента України «Про нікчемність актів, що порушують суверенітет та територіальну цілісність України» від 04.10.2022 р. № 687/2022 [1].

Відтак, виходячи з положень цього Указу і усталеної антитерористичної практики, ми маємо продовжувати застосовувати норму ст. 258-3 КК України щодо затримуваних учасників воєнізованих, збройних підрозділів аббревіатур «ДНР» та «ЛНР», яких, підкреслимо, навіть у шизоїдній російсько-пропагандистській квазіреальності вже немає. Тобто ми продовжуємо тягнути «труп» хворобливої свідомості, залишаючи його у полі своєї правової системи. Давно вже пора його позбутися. І спосіб – дуже простий: змінити мислення, сприйняття й перебудуватися нарешті з логіки мирного часу на логіку війни (знову нагадуємо про цю логіку). Не передбачені законом збройні формування та терористичні організації – це плоди і формат логіки мирного часу. Дотримуватись логіки війни означає, найголовніше, бути послідовним у правовій оцінці тимчасової окупації окремих території Донецької та Луганської областей не терористичними організаціями, а конкретно державою – російською федерацією. На окупованих територіях з метою управління ними створюються не терористичні організації, а окупаційні адміністрації. Називати останні можна як завгодно, але їх природа як окупаційних адміністрацій лишається незмінною. Тому участь у збройних, воєнізованих та інших формуваннях, органах окупаційної адміністрації слід оцінювати або як державну зраду або як колабораційну діяльність за наявності до того підстав. Тим більше, що переважаючий контингент таких формувань й органів – громадяни України.

Таким чином, учасники збройних формувань «ДНР» та «ЛНР» мають визначатися комбатантами, а не терористами. І це відповідає визначенню комбатанта, сформульованому у ст. 4 Женевської конвенції (III) про поводження з військовополоненими [2], ч.ч. 1 та 2 ст. 43 Додаткового протоколу (Протоколу I) до неї [3]. У розумінні міжнародного гуманітарного вони права мають право брати участь у війни і є, відтак, захищеною категорією осіб, на яких поширюються всі гарантії у зв'язку з набуттям статусу військовополоненого за наявності до того підстав. Законна ж участь у війні у незаконному формуванні – це нонсенс, який є таким через накладання правозастосовної парадигми мирного часу на матрицю війни.

При цьому, звісна річ, громадянин України не може набути статусу військовополоненого через наявність обов'язку щодо репатріації чи інтернування військовополонених, чого Україна не може робити щодо своїх громадян. Тому щодо затримуваних членів збройних формувань аббревіатур «ДНР» і «ЛНР» слід розглядати питання або про притягнення їх до кримінальної відповідальності за ч. 7 ст. 111-1 КК України (у випадку добровільності участь громадянина України в незаконних збройних чи воєнізованих формуваннях, створених на тимчасово окупованій території) або про визнання їх *жертвами примусової мобілізації* та, відповідно, *потерпілими* злочину, передбаченого ч. 1 ст. 438 КК України, якщо за обставинами справи буде обґрунтовано доводитись факт примусового залучення до служби у відповідних збройних силах окупанта (заборона таких дій передбачена ст. 51 Конвенції про захист цивільного населення під час війни [4]).

3. Це ж саме стосується і тих громадян України, які на тій чи іншій підставі стали до лав збройних сил країни-агресора: а) збройних сил російської федерації *на території Автономної Республіки Крим*; б) так званих *«добровольчих батальйонів імені Маргелова та імені Судоплатова»* і т. п., що формуються на тимчасово окупованій території Херсонської та Запорізької областей відповідно.

4. Учасники збройних формувань, що ідентифікуються з так званими приватними військовими компаніями (ПВК, на кшталт так званої групи Вагнера). Подібні випадки є дуже не частими й усталеної практики кримінально-правової кваліфікації немає. На думку респондентів з числа слідчих СБУ, діяння подібних осіб слід кваліфікувати як найманство (ч. 4 ст. 447 КК України – участь найманця у збройному конфлікті,

воєнних діях). Тобто вони не потрапляють до категорій військовополонених. Водночас це є можливим тільки тоді, коли найманцем є або особа без громадянства, або іноземець для України та російської федерації, себто не є ані громадянином України, ані громадянином росії. Ця ознака найманця прямо впливає з його визначення, закріпленого у примітці до ст. 447 КК України, передбачена і Женевськими конвенціями, Додатковими протоколами. Коли ж членом так званої ПВК є громадянин російської федерації (а таких, умотивованих корисливим прагненням, – абсолютна більшість) кваліфікація його діянь за ст. 447 КК України виключається. В цій ситуації, на нашу думку, немає достатніх юридичних, морально-правових підстав поширювати на членів ПВК передбачені міжнародним гуманітарним правом гарантії для військовополонених і вважати їх комбатантами взагалі. З точки зору міжнародного права – це збройні банди, групи, що засилаються країною-агресором (заслання збройних банд, груп, іррегулярних сил або найманців, які здійснюють акти застосування збройної сили проти іншої держави як акт агресії [5]). Їх використання – злочин агресії. З позицій вітчизняного кримінального законодавства участь громадян росії у ПВК слід кваліфікувати за ч. 2 ст. 260 КК. Вони не є законними (конвенційними) комбатантами.

Ведучи мову про статусу комбатантів, що беруть участь у збройному конфлікті на стороні України, вважаємо за необхідне звернути увагу на одну проблему: кваліфікація потраплення їх в полон. Для закріплення правового статусу військовополоненого, як засвідчили респонденти з СБУ, нерідко починається кримінальне провадження за фактом жорстокого поводження з військовополоненими (ч. 1 ст. 438). Окрім того, що такий підхід є очевидно необґрунтованим, з поля зору випадає захист життя, здоров'я, волі й гідності військовослужбовця України в контексті визнання його жертвою (на конвенційному рівні таке визнання закріплюється), а тому й потерпіли злочину агресії, а саме ведення агресивної війни (ч. 2 ст. 437 КК України). До речі, так само, переконані, слід кваліфікувати й «конвенційне» позбавлення життя військовослужбовця України в ході бою, тобто як потерпілого від ведення агресивної війни. Запровадження такої практики додатково сприятиме й документуванню злочинів агресії російської федерації проти України, формуванню доказової бази для можливого міжнародного трибуналу.

Список використаних джерел

1. Про нікчемність актів, що порушують суверенітет та територіальну цілісність України: Указ Президента України від 04.10.2022 р. № 687/2022. URL: <https://www.president.gov.ua/documents/6872022-44289>.
2. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими: Міжнародний документ ООН від 12.08.1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text.
3. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12.08.1949 р., що стосується захисту жертв збройних конфліктів: Міжнародний документ ООН від 08.06.1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text.
4. Конвенція про захист цивільного населення під час війни: Міжнародний документ ООН від 12.08.1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text.
5. Definition of Aggression: United Nations General Assembly Resolution 3314 (XXIX), 14.12.1974. URL: <https://legal.un.org/avl/ha/da/da.html>.

Орловська Наталя Анатоліївна,
професор кафедри кримінального
та адміністративного права Одеського
національного морського університету,
доктор юридичних наук, професор

АКТУАЛЬНІ ПИТАННЯ СТ. 84-1 КК В КОНТЕКСТІ ОБМІНУ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ

Повернення своїх громадян, яких утримує супротивник, є невід'ємною складовою державних зобов'язань під час та після будь-якого міжнародного збройного конфлікту. Це зумовлює регламентацію відповідних процедур в національному законодавстві, у тому числі кримінальному. Зокрема, на підставі Закону України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених» від 28 липня 2022 р. для унормування фактично існуючих практик до КК України була включена ст. 84-1. Вона розширює інститут звільнення від відбування покарання через запровадження такого заходу щодо засудженого, стосовно