

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

якого прийнято рішення про його передачу для обміну як військовополоненого.

Загальний розгляд положень ст. 84-1 КК дозволяє зазначити, що:

- це імперативний безумовний вид дострокового звільнення від кримінально-правових обтяжень у виді відбування покарання;

- звільнення здійснюється за рішенням уповноваженого органу про передачу засудженого для обміну як військовополоненого;

- таке звільнення можливо лише за наявності письмової згоди засудженого на проведення такого обміну;

- вид та тяжкість діяння, за яке відбуває покарання засуджений, вид призначеного йому покарання, поведінка засудженого протягом відбування призначеного судом покарання правового значення не мають;

- у випадку, коли обмін не відбувся, суд приймає рішення про направлення особи для подальшого відбування призначеного раніше покарання.

Аналізуючи дану новелу, фахівці [1; 2] наголошують на низці аспектів, що мають принципове значення. Зокрема, звертається увага на правовий статус військовополоненого, який за загальним правилом користується імунітетом комбатанта. У разі, коли військовополонений не підозрюється у вчиненні воєнних злочинів, він не притягається до кримінальної відповідальності. І хоча обмін під час збройного конфлікту не регламентується Женевською конвенцією (III) (як і будь-якою іншою з Женевських конвенцій 1949 р.) і додатковими протоколами, його заборони в міжнародному праві немає. З огляду на це, робиться висновок, що жодних нормативних перешкод до обміну не існує. Однак це стосується виключно військовополонених, які не є фігурантами кримінальних проваджень щодо серйозних порушень міжнародного гуманітарного права. Поряд із цим процесуалісти зазначають, що Женевська конвенція (III) не виключає репатріацію військовополонених, які утримуються під вартою у зв'язку із судовим переслідуванням або засудженням, до закінчення судового процесу або завершення покарання [1]. Але в ст. 84-1 КК не йдеться про репатріацію, а саме про обмін.

Через це формулюється питання: чи відповідає міжнародному праву та практиці міжнародних судів таке

звільнення? Коли особа засуджена за вчинення міжнародних злочинів, то її звільнення від відбування покарання фактично ставить під сумнів міжнародні зобов'язання України про покарання таких осіб. Адже Римський статут МКС встановлює лише можливість зменшення призначеного строку покарання (у виді позбавлення волі), коли особа відбула 2/3 строку покарання або 25 років у випадку довічного позбавлення волі [1]. Однак в такому випадку, на думку О. Ющик, допустимо говорити про переслідування цілей, що виходять за межі традиційного (у тому числі нормативного) розуміння мети покарання – це виявлення милосердя та вирішення більш суспільно значущої задачі у виді звільнення громадян України з полону держави-агресора. Зазначене дає підстави для висновку, що звільнення від відбування покарання на підставі ст.84-1 КК можна вважати формою квазіпомилування [2]. Однак є й інший підхід: обмін осіб, засуджених до покарання за вчинення міжнародних злочинів, повинен супроводжуватися розв'язанням питання про їх передачу рф з отриманням відповідних гарантій про продовження виконання вироку на її території. Поряд із цим в кримінальному законодавстві слід запровадити інститут відстрочки виконання вироку щодо осіб, засуджених до позбавлення волі за вчинення міжнародних злочинів, у випадку їх обміну на інших осіб під час збройного конфлікту [1].

Наведемо наші міркування щодо ст. 84-1 КК. У першу чергу, звернемо увагу на категорію осіб, якої вона стосується, адже в ній йдеться про передачу «засудженого для обміну як військовополоненого».

Так, в п. 8 підрозділу 2 Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України [3] подається вичерпний перелік осіб, які при захопленні супротивною стороною («потрапили в полон до супротивника») вважаються військовополоненими. З іншого боку, Законом 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. були внесені зміни до ч. 1 ст. 3 КПК, яка була доповнена п. 28. Цей припис визначає, кого слід вважати «особою, стосовно якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого» – це будь-яка особа, яка має процесуальний статус підозрюваного,

обвинуваченого, засудженого та яка включена відповідним уповноваженим органом до списку для обміну як військовополонений.

Співставлення цих положень дає підстави припустити, що засуджений не обов'язково має бути військовополоненим в розумінні наведеної Інструкції. Наприклад, може йтися про громадян України, які вчинили державну зраду (ст. 111 КК), здійснювали колабораційну діяльність (ст. 111-1 КК), пособництво державі-агресору (ст. 111-2 КК) тощо. Крім того, не вважаються військовополоненими особи, які вчинили шпигунство (ст. 114 КК). Однак прирівнювання до військовополонених осіб, засуджених за цими статтями, відкриває можливості для їх передачі супротивній стороні, у разі, якщо супротивна сторона пропонує їх обмін на військовополонених або цивільних осіб, яких вона утримує.

Відповідно, ст. 84-1 КК відкриває можливості для обміну досить широкого кола осіб. Серед них можуть бути як іноземці та особи без громадянства, так і громадяни України. При цьому звертаємо увагу, що йдеться саме про обмін, а не про екстрадицію в сенсі ст. 10 КК. Додатковим аргументом на користь наведеного тлумачення видається вимога наявності письмової згоди засудженого на проведення такого обміну.

Поряд із цим положення ст. 84-1 КК в жодному разі не розповсюджуються на осіб, які не є засудженими. У цьому плані військовополонені, з огляду на їх специфічний статус, навіть утримуються в спеціальних установах – таборах для тримання військовополонених, а в установах Державної кримінально-виконавчої служби України вони можуть перебувати лише тимчасово у зв'язку з неможливістю доставляння військовополонених безпосередньо до табору (наприклад, ч. 7 ст. 11 КВК).

Крім того, ст. 84-1 КК не обмежує коло кримінальних правопорушень, за вчинення яких засуджена особа. До таких діянь входять як міжнародні злочини, так й інші кримінально карані діяння. Однак таке бачення не знімає гостроти питання щодо звільнення від відбування покарання осіб, які вчинили саме міжнародні злочини. В даному випадку слід згадати про принцип пропорційності. Так, правова позиція ЄСПЛ полягає у тому, що пропорційність означає не лише певний вирок, а й його виконання. Наприклад, у справі *Enukidze and Girgvliani v. Georgia* [4] ЄСПЛ наголосив на необхідності брати до уваги способи виконання

вироків, винесених національними судами. З іншого боку, це не виключає можливості запровадження в національному праві механізмів для зменшення кримінально-правових обтяжень для винних у вчиненні міжнародних злочинів. Наприклад, у справі *Marguš v. Croatia* [5] ЄСПЛ, підтримуючи позицію Комітету ООН з прав людини, Міжнародного трибуналу по колишній Югославії, наголосив, що в цілому застосування амністій щодо серйозних порушень прав людини не є прийнятним. Однак він не виключив можливість амністії за таких особливих обставин як процес примирення, компенсації жертвам злочинів тощо.

З огляду на наведене зазначимо, що зменшення кримінально-правових обтяжень для засуджених за міжнародні злочини не є загальним правилом. Це стосується й звільнення від відбування покарання. Однак, як зазначають зарубіжні дослідники питань відповідальності за міжнародні злочини, у перехідний період можуть бути передбачені такі національні правові інструменти, які відповідають більш широким соціально-політичним цілям [6, с. 1124]. Ми погоджуємося з баченням, що при застосуванні звільнення, передбаченого ст. 84-1 КК, держава як раз і переслідує такі значущі цілі, які відповідають соціальному запиту. Але при цьому, нажаль залишаються без уваги інтереси жертв злочинів.

Чи можна вважати звільнення від відбування покарання на підставі ст. 84-1 КК окремим видом помилування (квазіпомилуванням)?

– згідно п.27 ч.1 ст.106 Конституції України здійснення помилування відноситься до повноважень Президента України. Ст. 84-1 КК застосовується за наявності рішення уповноваженого органу про передачу засудженого для обміну як військовополоненого та письмової згоди засудженого на такий обмін;

– згідно ст.5 Положення про порядок здійснення помилування [7] особи, які засуджені за тяжкі чи особливо тяжкі злочини (якими є й міжнародні злочини – *Н.О.*), можуть бути помилувані у виняткових випадках за наявності надзвичайних обставин. В ст. 84-1 КК жодних обмежень щодо виду та тяжкості злочинів, за які засуджена особа, немає.

Відповідно, нічого з положень ст. 84-1 КК не дає підстав вважати цей припис різновидом помилування.

Все викладене дає підстави наголосити, що у ст. 84-1 КК передбачено окремий вид звільнення від відбування покарання, який застосовується до осіб, що мають специфічний правовий статус – засудженого військовополоненого або особи, прирівняної до нього. Мета, яку переслідує держава в даному випадку, полягає у забезпеченні процедури обміну. Цей вид звільнення не може бути віднесений до кримінально-правового заохочення, адже не пов'язаний із посткримінальною поведінкою особи. Ми вбачаємо у його запровадженні унормування гуманітарної доцільності та виконання обов'язку держави щодо визволення з полону захисників України та інших осіб, які були захоплені державою-агресором. Однак вбачається необхідність удосконалення регламентації такого звільнення з огляду на забезпечення інтересів жертв злочинів.

Список використаних джерел

1. Крапивін Є., Пашковський М. Обмін військовополонених і кримінальний процес: як уникнути безкарності? (аналіз законодавчих ініціатив). 15 червня 2022 року. URL: <http://surl.li/dnhkk>.

2. Ющик О. Правовий механізм передачі засудженого для обміну як військовополоненого. 25 жовтня 2022 року. URL: <http://surl.li/dnhle>.

3. Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України: затв. Наказом Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164 / Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17#Text>.

4. Case of Enekidze and Girgvliani v. Georgia (Application № 25091/07) / Judgment, 2011. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-104636%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-104636%22]}).

5. Case of Margetić v. Croatia (Application № 4455/10) / Judgment, 2014. URL: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22002-9477%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22002-9477%22]}).

6. Mayans-Hermida B.E., Hola B. Balancing «the International» and «the Domestic» Sanctions under the ICC Principle of Complementarity. *Journal of International Criminal Justice*, 2020. № 18. p. 1103–1130.

7. Положення про порядок здійснення помилування: затв. Указом Президента України від 21 квітня 2015 року № 223/2015 / Законодавство України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/223/2015#Text>.