

3. Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України: Закон України 15 квітня 2014 року № 1207-VII. *Відомості Верховної Ради (ВВР)*, 2014, № 26, ст.892 URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>

4. «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо імплементації норм міжнародного кримінального та гуманітарного права» Проект Закону України реєстр. № 2689 від 27.12.2019 р., URL: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=67804

5. Дудоров О. О., Хавронюк М. І. Кримінальне право: Навчальний посібник / за заг. ред. М. І. Хавронюка. К.: Ваіте, 2014. 944 с.

Хавронюк М. І.

д.ю.н., професор,

професор кафедри кримінального

та кримінального процесуального права

Національного університету «Києво-

Могилянська академія»

член Робочої групи з питань розвитку

кримінального права

Комісії з питань правової реформи при

Президентів України

ЩОДО КРИМІНАЛЬНОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ, ЯКИХ УТРИМУЄ УКРАЇНА

1. Перш ніж говорити про кримінальну відповідальність військовополонених, яких утримує Україна, слід визначитися, хто ними може, а хто не може бути в контексті збройного конфлікту між РФ та Україною.

Також доречно згадати, що станом на 5 травня 2022 р., за даними Офісу Генерального прокурора, зареєстровано злочинів:

– посягання на територіальну цілісність і недоторканність України (ст. 110 КК України) – 3059;

– порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України) – 9532;

– ведення агресивної війни (ст. 437 КК України) – 49 (при цьому у «магістральній справі щодо агресії РФ» 622 підозрюваних, у т.ч. всі депутати держдуми РФ, міністри, військові начальники, пропагандисти тощо) [1].

На початку збройної агресії РФ органи досудового розслідування та прокурори, забувши про імунітет комбатантів, активно реєстрували кримі-

нальні провадження щодо них і за порушення порядку перетинання державного кордону України (статті 332, 332–1, 332–2), і за терористичний акт (ст. 258 КК України) тощо.

2. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими (ст. 4А) [2], а також Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол І) (статті 43, 44) [3], відносять до комбатантів, тобто тих, хто має право брати безпосередню участь в воєнних діях, та до військовополонених тих осіб, які належать, зокрема до:

- 1) особового складу збройних сил сторони конфлікту;
- 2) членів організованих рухів опору, що відповідають таким умовам:
 - а) ними командує особа, яка відповідає за своїх підлеглих;
 - б) вони мають постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані;
 - в) вони носять зброю відкрито;
 - г) вони здійснюють свої операції згідно із законами та звичаями війни;
- 3) членів особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує.

3. До першої з цих категорій у цьому збройному конфлікті можна віднести особовий склад:

- регулярних збройних сил РФ;
- інших збройних формувань РФ: прикордонних військ, внутрішніх військ («кростгардії»), федеральної служби безпеки, служби зовнішньої розвідки, органів державної охорони, рятувальних військових формувань цивільної оборони, військової прокуратури, військових слідчих органів слідчого комітету, федерального органу забезпечення мобілізаційної підготовки, спеціальних формувань, військових навчальних закладів тощо (див. ст. 2 закону РФ «Про військовий обов'язок і військову службу» в редакції від 13 грудня 2021 р.).

До другої категорії можна віднести громадян РФ – представників приватних військових кампаній (ПВК). З одного боку, належність їх до організованих рухів опору можна ставити під сумнів, якщо вони ігнорують закони та звичаї війни, дотримання яких є обов'язковою умовою віднесення до комбатантів. З іншого, у п. 2 ст. 44 Протоколу І вказано: хоча всі комбатанти зобов'язані дотримуватися норм міжнародного права, що застосовується в період збройних конфліктів, порушення цих норм не позбавляють комбатанта його права вважатися комбатантом і, якщо він потрапляє до влади протилежної сторони, – вважатися військовополоненим (за деякими винят-

ками, наприклад, у випадку, коли комбатант під час участі у нападі маскується під цивільне населення).

До третьої з названих вище категорій можна віднести військовослужбовців збройних сил так званих «ДНР» і «ЛНР».

4. Військовополонені усіх трьох названих категорій, які вчинили:

1) воєнні злочини – мають нести відповідальність за ст. 438 КК України «Порушення законів та звичаїв ведення війни». В Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України (розділ 8) [4] наведено великий перелік серйозних порушень норм МГП, які є воєнними злочинами;

2) мародерство – так само за ст. 438 КК України (адже вони, виходячи зі ст. 401 КК України, не є суб'єктами злочину, передбаченого ст. 432 КК «Мародерство»);

3) збройні напади на промислові чи інші об'єкти, пошкодження яких може спричинити екологічну катастрофу (обстріл сховищ радіоактивних відходів, споруд ГЕС, АЕС тощо) – за ст. 438 та ст. 441 КК України «Екоцид».

5. Щодо військовополонених, які не вчинили воєнних злочинів, кримінальна відповідальність не настає. Такі особи відповідно до положень міжнародного гуманітарного права підлягають поміщенню у відповідні табори для військовополонених і, з огляду на імунітет комбатанта, не несуть індивідуальної відповідальності ні за незаконне поводження зі зброєю, боєприпасами та вибуховими речовинами, ні за участь у збройних нападах, ні за посягання на територіальну цілісність і недоторканність України, ні за незаконне перетинання державного кордону України.

Україна, ратифікувавши та імплементувавши відповідні міжнародні договори, визнала зазначений імунітет, зокрема і щодо військовополонених, які визнаються однією з категорій жертв збройного конфлікту і до них заборонено застосовувати репресалії у відповідь на правопорушення [4].

Так само не можна кваліфікувати дії військовополонених, включно з командирами, за ст. 437 КК України «Планування, підготовка, розв'язування та ведення агресивної війни», оскільки відповідно до ст. 8bis Статуту міжнародного кримінального суду за цією статтею несуть відповідальність лише представники вищого військово-політичного керівництва держави-агресора. Те саме стосується і ст. 442 КК України «Геноцид». Ці питання мають вирішуватися у Міжнародному кримінальному суді чи спеціальному трибуналі з відповідними механізмами подолання імунітету найвищого керівництва держави.

6. Військовослужбовці збройних сил так званих «ДНР» і «ЛНР», які є громадянами України, за перехід на бік ворога в період збройного конфлік-

ту повинні нести відповідальність за ст. 111 КК України «Державна зрада», а за добровільну участь в незаконному збройному формуванні, створеному на тимчасово окупованій території, або в збройному формуванні держави-агресора – за ч. 7 ст. 111–1 КК України. Наявність статусу військовополоненого не виключає можливість притягнення зазначених осіб до кримінальної відповідальності за ці діяння.

При цьому громадянином України слід вважати особу, яка набула громадянство України в порядку, передбаченому законами України та міжнародними договорами України, і громадянство якої не було припинено відповідно до законодавства України (датою припинення громадянства України є дата видання відповідного Указу Президента України; відсутність такого Указу є свідченням перебування відповідної особи в громадянстві України). Наявність подвійного громадянства в Україні не визнається.

7. На статус військовополоненого, згідно із Протоколом I (статті 46 і 47), не можуть претендувати шпигуни та найманці.

Слід мати на увазі, що Кримінальний кодекс України (КК України) містить дещо інше визначення поняття «найманець», ніж те, що передбачено Протоколом I. Тому при вирішенні питання щодо належності чи неналежності особи до військовополоненого слід керуватися Протоколом I. Саме виходячи з нього не можуть бути визнані найманцями, зокрема, особи, які:

- є громадянами РФ чи України;
- хоча і не є громадянами РФ чи України, але постійно проживають на території однієї з цих держав;
- беруть участь у військових діях, не керуючись бажанням отримати матеріальну винагороду, або винагорода, яку вони отримують, істотно не перевищує винагороду, обіцяну або виплачувану комбатантам такого ж рангу та функцій, що входять до особового складу збройних сил РФ.

Отже, найманцями можуть бути визнані, наприклад, громадяни Сирії чи Лівану, які беруть участь у збройному конфлікті на боці РФ, керуючись бажанням отримати відносно велику, порівняно з контрактниками збройних сил РФ, матеріальну винагороду. У цьому випадку вони повинні нести відповідальність за ст. 447 КК України.

8. Що ж до шпигунів, то, як впливає із Протоколу I, до них не належить особа зі складу збройних сил РФ, яка від імені РФ збирає або намагається збирати інформацію на території, контрольованій Україною, і, діючи таким чином, носить формений одяг збройних сил РФ.

Така особа (розвідник) не втрачає свого права на статус військовополоненого.

Шпигун же, у т.ч. особа зі складу збройних сил РФ, яка збирає або намагається збирати інформацію на території, контрольованій Україною, і, діючи таким чином, не носить формений одяг збройних сил РФ, не визнається військовополоненим і несе відповідальність за ст. 114 КК України «Шпигунство».

9. Як випливає з пунктів 2, 3 і 4 ст. 44, ст. 46 Протоколу I, у випадку, коли комбатант під час участі у нападі маскується під цивільне населення або переодягається у військову форму Збройних Сил чи інших військових формувань України, тобто діє обманним шляхом (вчинює віроломство) з метою завдати шкоди супротивній українським збройним силам чи захищеним особам, позбавляється статусу комбатанта і у разі його захоплення не вважається військовополоненим і повинен нести кримінальну відповідальність за вчинений напад, наприклад, диверсію (ст. 113 КК України) або терористичний акт (ст. 258 КК України).

10. Стаття 45 Протоколу I «Захист осіб, які беруть участь у військових діях» визначає:

1) особа, яка бере участь у військових діях і потрапляє у владу протилежної сторони, за загальним правилом, вважається військовополоненим;

2) якщо особа, яка потрапила до влади протилежної сторони, підлягає суду цієї сторони за правопорушення, пов'язане з військовими діями, вона не затримується як військовополонений, але має право відстоювати своє право на статус військовополоненого перед судовим органом та на винесення рішення з цього питання. Проте, очевидно, що отримання нею такого статусу не виключає її відповідальність за правопорушення, за яке вона постала перед судом.

Список використаних джерел:

1. Злочини, вчинені в період повномасштабного вторгнення РФ: <https://www.facebook.com/pgu.gov.ua>

2. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 року: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text

3. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 року: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text

4. Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України. Затв. наказом Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164.