

## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ

УДК 343.231:343.241:342.77

DOI <https://doi.org/10.32782/klj/2022.3.17>

**Вознюк А. А.,**

доктор юридичних наук, професор,  
завідувач наукової лабораторії з проблем протидії злочинності  
Національної академії внутрішніх справ

**Письменський Є. О.,**

доктор юридичних наук, професор,  
завідувач кафедри кримінально-правових дисциплін  
Луганського державного університету внутрішніх справ  
імені Е. О. Дідоренка

### ПЕРЕДАЧА ЗАСУДЖЕНОГО ДЛЯ ОБМІНУ ЯК ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНОГО: КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВІ АСПЕКТИ ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ВІДБУВАННЯ ПОКАРАННЯ

**Анотація.** У статті розкрито кримінально-правові аспекти звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого та надано рекомендацій із застосування зазначеної кримінально-правової норми на практиці.

Аргументовано, що очевидні недоліки, пов'язані з порушенням принципу справедливості такого звільнення від покарання, що з-поміж іншого проявляється у відмові від установлення належних умов для його застосування, пояснюються (певною мірою нівелюються) належністю звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого до особливих кримінально-правових засобів, соціальна природа яких зумовлена війною проти України. Воно зорієнтоване виключно на досягнення важливої соціально корисної мети – отримати внаслідок обміну осіб, які перебувають у полоні держави-агресора. За своєю природою звільнення від відбування покарання, передбачене ст. 84-1 КК, має спільні риси з помилюванням, оскільки фактично відбувається прощення осіб, які зазвичай вчинили воєнні злочини – порушення законів і звичаїв війни.

При застосуванні звільнення від відбування покарання, передбаченого ст. 84-1 КК, рекомендується враховувати, що за ступенем обов'язковості воно належить до категорії обов'язкових для суду; за наявністю спеціальних обов'язків у засудженої особи після її звільнення – до категорії безумовних (перед особою не ставляться жодні вимоги у зв'язку з її звільненням); за юридичними фактами, з якими законодавець пов'язує звільнення від покарання та його відбування, – до категорії зумовлених певною подією, незалежною від поведінки особи, яка звільняється від покарання. Підставою для звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого є прийняття рішення уповноваженим органом (Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими, головою якого є начальник Головного управління розвідки Міністерства оборони України) про передачу особи для обміну як військовополоненого. Єдиною умовою для звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, згідно зі ст. 84-1 КК, є наявність письмової згоди засудженого на проведення його обміну як військовополоненого.

**Ключові слова:** звільнення від відбування покарання; покарання; помилювання; військовополонений; комбатант; воєнні злочини; порушення законів і звичаїв війни; міжнародне гуманітарне право; Женевські конвенції; збройний конфлікт; найманець; штигун; засуджений; обвинувачений; досудове розслідування.

**Vozniuk A. A., Pysmenskyu Ye. O. Transfer of a convicted person for exchange as a prisoner of war: criminal law aspects of release from serving punishment**

**Abstract.** The article discloses the criminal law aspects of release from serving a punishment in connection with the adoption by the authorized body of a decision to hand over a convicted person for exchange as a prisoner of war and provides recommendations on application of specified criminal law rule in practice.

It is argued that obvious defects associated with the violation of the principle of justice related to such exemption from punishment, which, among other things, manifests itself in the refusal to establish appropriate conditions for its application, are explained (to a certain extent played down) by the appropriateness of exemption from serving punishment in connection with making a decision on the transfer of the convicted person for exchange as a prisoner of war to special criminal law means, the social nature of which is determined by the war against Ukraine. It is aimed exclusively at achieving an important socially useful goal – to receive, as a result of the exchange, of persons who became prisoners of war at the aggressor state. By its very nature, exemption from serving a sentence, provided for in Art. 84-1 of the Criminal Code, has common features with a pardon, since in fact there is a pardon of persons who have committed war crimes – violations of the laws and customs of war.

When applying the exemption from serving the sentence provided for in Art. 84-1 of the Criminal Code, it is recommended to take into account that it belongs to the category of binding for the court in terms of the degree of obligation; according to the presence of special duties of the convicted person after his release – to the unconditional category (the person is not subject to any requirements in connection with his release); according to legal facts with which the legislator connects exemption from punishment and its serving – to the category caused by a certain event, independent of the behavior of the person who is exempted from punishment. The basis for release from serving a punishment in connection with the decision to transfer a convicted person for exchange as a prisoner of war is the decision by the authorized body (Coordinating Headquarters for the Treatment of Prisoners of War, headed by the head of the Main Intelligence Directorate of the Ministry of Defense of Ukraine) to transfer a person for exchange as a prisoner of war. The only condition for release from serving a punishment in connection with the decision to transfer a convicted person for exchange as a prisoner of war, according to Art. 84-1 of the Criminal Code, is a written consent by the convicted person to carry out his exchange in the prisoner of war status.

**Key words:** *exemption from serving a sentence; punishment; pardon; prisoner of war; combatant; war crimes; violation of the laws and customs of war; international humanitarian law; Geneva Conventions; armed conflict; mercenary; spy; condemned; accused; pre-trial investigation.*

**Постановка проблеми.** 20 лютого 2014 р. зі збройною агресією російської федерації проти України розпочався міжнародний збройний конфлікт. З цього моменту виникла та продовжує існувати потреба в ефективному правовому механізмі обміну військовополонених задля якнайшвидшого повернення українських захисників додому. Розроблення цього питання перебуває на порядку денному представників держави, суспільства, науковців. Водночас донедавна такого механізму, зокрема в межах кримінально-правових відносин, не вдавалося сформулювати [1, с. 51]. З цього приводу В. В. Кузнецов та М. В. Сийпюкі слушно зауважують, що проблема повернення військовослужбовців України та інших громадян України через процедуру обміну належить до складних політико-правових проблем, пов'язаних із відсутністю належної нормативної процедури [2, с. 188]. Разом з тим для української юридичної науки та практики питання прийняття контроверсійних процесуальних рішень у зв'язку зі здійсненням обміну військовополоненими не є новими, зокрема такий обмін відбувався у спосіб звільнення з-під варти із заміною запобіжного заходу на неізоляційний і передання особи для подальшого «обміну», а також застосування інститутів помилування та амністії [3; 4].

З метою розв'язання порушених проблем було розроблено та 28 липня 2022 р. прийнято Закон України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених», який передбачає механізм звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого. Зазначений механізм має три складники: 1) *матеріально-правовий*, що визначає підставу, умови та наслідки такого звільнення (ст. 84-1 КК України – далі КК); 2) *процесуально-правовий*, що встановлює особливості кримінального провадження у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого (застосування запобіжного заходу, зупинення та відновлення досудового розслідування, здійснення спеціального досудового розслідування, здійснення судового розгляду за відсутності обвинуваченого (*in absentia*), зупинення судового провадження тощо); 3) *кримінально-виконавчий*, що стосується звільнення з-під варти особи, щодо якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого, начальником установи попереднього

ув'язнення, а також звільнення від відбування покарання таких засуджених, після отримання органом або установою виконання покарань відповідного рішення суду.

Поза всяким сумнівом установче та відправне значення одержує саме матеріально-правовий складник, від з'ясування суті якого залежить правильне встановлення й інших компонентів механізму звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого.

Внесення відповідних змін до КК (доповнення його ст. 84-1) зумовлено відсутністю врегульованої законом процедури обміну військовополонених, які є засудженими в Україні за вчинення кримінальних правопорушень. Статус військовополоненого не виключає того, що особа, яка вчинила діяння, передбачені КК (за які вона може нести таку відповідальність з урахуванням положень міжнародного гуманітарного права), підлягає засудженню з можливістю призначення їй покарання та подальшого його відбування.

До ухвалення таких змін зазначені особи могли розраховувати на звільнення від покарання та його відбування на загальних засадах, тобто з підстав, передбачених статтями 74–87 КК. Проте нерідко відсутність більшості цих підстав унеможливила або ускладнювала обмін засудженого військовополоненого, особливо враховуючи потребу в здійсненні обміну в максимально стислі строки. Як наслідок правозастосовці були вимушені вдаватися до певних маніпуляцій, зокрема, закривати кримінальне провадження за відсутності для того підстав, обирати покарання, не пов'язане з позбавленням волі, з ігноруванням засад призначення покарання, надто пришвидшувати досудове розслідування та судовий розгляд тощо. Вимоги законності потребували прийняття індивідуальних рішень в кожному випадку з урахуванням обставин кримінального провадження та потреб обміну.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Кримінально-правові проблеми звільнення від відбування покарання належать до числа активно досліджуваних в Україні. Помітним внеском у їх розроблення є праці таких вітчизняних науковців, як Р. Брящей,

О. Горох, А. Музика, В. Навроцький, Т. Нікіфорова, В. Тютюгін та інші. Незважаючи на численність, теоретичну й практичну значущість праць зазначених та інших авторів, вони не враховують реалій воєнної нормотворчості, одним із проявів якої є запровадження нового виду звільнення від відбування покарання засуджених, стосовно яких прийнято рішення про передачу для обміну як військовополонених.

**Метою статті** є дослідження кримінально-правових аспектів звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, формування на цій основі практичних рекомендацій із застосування зазначеної кримінально-правової норми.

**Основний зміст.** Необхідність звільнення від покарання та його відбування прийнято пов'язувати з наявністю принаймні однієї з таких причин: 1) коли досягнута або може бути досягнута мета покарання (передусім один з її складників – виправлення засудженого) без невідкладного, реального чи повного відбування призначеного покарання (*юридична недоцільність*); 2) коли досягнення цієї мети неможливе, і звільнення відбувається не лише у зв'язку з виправданою економією заходів кримінально-правової репресії, а й через *об'єктивну неспроможність* досягнення мети покарання [6, с. 111].

У контексті звільнення від відбування покарання за ст. 84-1 КК жодна з цих причин не є прийнятною. Адже за відповідних обставин досягнення мети покарання може бути визнано як доцільним, так і спроможним. Натомість звільнення від відбування покарання за наявності цілком реальної можливості (потрібності) реалізувати покарання нівелюється потребою в досягненні важливої соціально корисної мети – отримати внаслідок обміну осіб, які перебувають у полоні держави-агресора.

**Відмінність від помилування.** Якщо розглядати зазначений вид звільнення від відбування покарання як елемент системи кримінально-правових норм про звільнення від покарання та його відбування, то можна констатувати певну спільність його правової природи з помилуванням.

У межах сучасної української моделі помилування відбувається реалізація права верхо-

вної влади на прощення особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, що здебільшого обґрунтовувалося виявом милосердя до неї (помилування як акт гуманізму).

Щодо звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, то воно так само може розглядатися як результат виявлення милосердя з боку верховної влади (уповноваженої на здійснення обміну військовополонених) до засудженого, що зумовлюється разом з тим досягненням більш суспільно значущої мети у виді звільнення громадян України з полону держави-агресора. Ба більше: до ухвалення відповідних змін у КК саме помилування застосовували для здійснення обміну заручників і полонених. Таку практику (реалізація Президентом України права помилування щодо злочинців з метою обміну їх на українських полонених) вважали цілком виправданою [7, с. 70]. З огляду на викладене, звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого можна вважати формою квазіпомилування. Через це правильніше було б розмістити статтю про досліджуваний вид звільнення за ст. 87 КК про помилування, надавши їй порядковий номер 87-1.

**Місце у системі звільнення від покарання та його відбування.** Органом, уповноваженим здійснювати звільнення від відбування покарання після прийняття рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, є **суд**. Попри те, що ч. 1 ст. 84-1 КК не містить вказівки стосовно цього, зазначене положення підтверджує загальна норма (ч. 1 ст. 74 КК), відповідно до якої звільнення від покарання та його відбування – це компетенція виключно суду. Отже, суд фактично санкціонує вже ухвалене уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого.

За **ступенем обов'язковості** застосування звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого належить до категорії **обов'язкових** для суду, тобто суд зобов'язаний його застосовувати. Такого висновку можна дійти з огляду на використаний законодавцем

прийом нормотворчої техніки під час формулювання відповідної норми, передбаченої ч. 1 ст. 84-1 КК «Звільняється від відбування покарання засуджений...».

За наявністю **спеціальних обов'язків** у засудженої особи після її звільнення розглядуваний вид звільнення від відбування покарання належить до категорії **безумовних**. За безумовного звільнення перед особою не ставляться жодні вимоги у зв'язку з її звільненням.

Водночас такі вимоги встановлено щодо обміну. Згідно з ч. 2 ст. 84-1 КК, у разі, якщо обмін засудженого не відбувся, суд направляє засудженого, звільненого від відбування покарання у зв'язку з його передачею для обміну як військовополоненого, для подальшого відбування призначеного раніше покарання. Отже, перегляд прийнятого судом рішення по суті звільнення засудженого від відбування покарання є можливим за обставин, які виникли після ухвалення рішення про таке звільнення, якщо вони зумовлені обміном, що не відбувся.

Належність звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого до категорії безумовних може впливати на розв'язання деяких проблем прикладного характеру. Наприклад, у ситуаціях, коли суд має можливість застосувати до особи одночасно два чи більше види звільнення від покарання та його відбування, перевага може бути надана саме безумовному звільненню як такому, що є найбільш сприятливим для засудженого. Зазначений висновок можна сформулювати, зокрема, завдяки застосуванню прийнятної аналогії кримінального закону в Загальній частині, урахуваючи положення ч. 2 ст. 65 КК про обсяг мінімальної кари: «Більш суворий вид покарання із числа передбачених за вчинений злочин призначається лише в разі, якщо менш суворий вид покарання буде недостатній для виправлення особи та попередження вчинення нею нових злочинів».

За **юридичними фактами**, з якими законодавець пов'язує звільнення від покарання та його відбування, передбачений ст. 84-1 КК вид звільнення від відбування покарання, належить до категорії **зумовлених певною подією, незалежною від поведінки особи, яка звільняється від покарання**. Такою подією є прийняття

рішення уповноваженим органом про передачу особи для обміну як військовополоненого.

Звільнення від покарання, зумовлене певною подією, здійснюється поза зв'язком з поведінкою особи, яка звільняється від покарання. Безумовно, на таке звільнення певною мірою засуджений може вплинути (зокрема, не вчиняючи нових кримінальних правопорушень), але все ж підстава його застосування безпосередньо не залежить від поведінки особи.

**Прийняття рішення уповноваженим органом як підстава для звільнення від відбування покарання.** Згідно зі ст. 84-1 КК підставою для звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого є прийняття рішення уповноваженим органом про передачу особи для обміну як військовополоненого.

Женевська конвенція (III) про поводження з військовополоненими (як і будь-яка інша з Женевських конвенцій 1949 р.) і додаткові протоколи не регламентують обмін військовополоненими під час збройного конфлікту. Однак і заборона такого обміну там відсутня. Те саме стосується ситуацій обміну особами, які не є військовополоненими, під час збройного конфлікту. Такий обмін дозволений звичаєвим міжнародним гуманітарним правом на умовах, які можуть бути узгоджені між зацікавленими державами, наприклад відповідними угодами або домовленостями *ad hoc*. Можливість укладання таких угод передбачена ст. 6 Женевської конвенції (III). Політичний характер обміну осіб не виключає його підпорядкування певним обмеженням, встановленим правовими нормами (як міжнародно-правовими, так і національними) [8].

На сьогодні законодавство чітко не визначає, який орган уповноважений приймати рішення про передачу особи для обміну як військовополоненого.

Повноваження щодо забезпечення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебували в полоні РФ здійснює Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими. Згідно з постановою КМУ від 11 березня 2022 р. № 257 «Про утворення Координаційного штабу з питань поводження з військовополоненими», цей штаб є тимчасовим допоміжним органом

КМУ й утворюється з метою сприяння координації діяльності центральних і місцевих органів виконавчої влади, інших державних органів, органів місцевого самоврядування, військових формувань, утворених відповідно до законів, правоохоронних органів та громадських об'єднань з питань поводження з військовополоненими. Головою Координаційного штабу є начальник Головного управління розвідки МОУ.

Передача військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебували в полоні, здійснюється відповідно до Порядку здійснення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора, затвердженого постановою КМУ від 12 квітня 2022 р. № 441 (має гриф «для службового користування»).

Функції Національного інформаційного бюро, відповідно до Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р., виконує державне підприємство «Український національний центр розбудови миру», яке належить до сфери управління Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України.

**Письмова згода засудженого як умова для звільнення від відбування покарання.** У ст. 84-1 КК визначена умова для звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, якою є наявність письмової згоди засудженого на проведення такого обміну.

Застосування зазначеного виду звільнення від відбування покарання слушно унеможливується у разі, якщо засуджений заперечує проти його обміну як військовополоненого. Підтвердженням згоди на такий обмін є складений у письмовому виді документ, у якому засуджений висловлює бажання бути обміняним у статусі військовополоненого. Відсутність зазначеного документа (або наявність документа, у якому засуджений заперечує свій обмін) означає, що відповідна нормативна умова для звільнення від відбування покарання не дотримана, а отже, особа не може бути звільнена від відбування покарання на підставі ст. 84-1 КК.

Особа має погодитися на таке звільнення добровільно. Добровільність передбачає те, що

згода надана з власної волі (з власної ініціативи чи з ініціативи інших осіб), з будь-яких мотивів та з усвідомленням реальної можливості відмовитися від обміну. Якщо ж згода надана під впливом примусу чи особа відмовляється надати письму згоду на проведення обміну, то звільнення від відбування покарання на підставі ст. 84-1 КК виключається. З огляду на це, суд зобов'язаний перевірити добровільність наданої згоди.

Водночас законодавець не висуває жодних інших умов: наприклад, ідеться про визнання вини, щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування шкоди. Зрозуміло, що спрощений підхід запроваджений саме для того, щоб забезпечити швидкість і безперешкодність обміну, але разом з тим є доцільним замислитися стосовно деяких соціально корисних вчинків засудженого, які могли би утворити додаткові умови для звільнення від відбування покарання і при цьому не перешкождали досягненню мети такого звільнення (зокрема, сприяння розслідуванню міжнародних злочинів).

**Характеристика особи, щодо якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого.** Звільненню від відбування покарання підлягає специфічна категорія засуджених, що характеризується такими ознаками:

а) засуджений, який звільняється від відбування покарання, має належати до тих осіб, щодо яких уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополонених.

Відповідно до п. 27 ст. 3 КПК **особа, щодо якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого**, – будь-яка особа, яка має процесуальний статус підозрюваного, обвинуваченого, засудженого та яка включена відповідним уповноваженим органом до списку для обміну як військовополонений;

б) громадянство засудженого не впливає на можливість бути звільненим від відбування покарання за відповідною підставою.

Зазначений вид звільнення поширюється на **будь-яку особу незалежно від її громадянства** (це може бути громадянин України, іноземець, особа без громадянства, що постійно проживає в Україні, особа без громадянства, що не про-

живає постійно в Україні). Водночас така особа обов'язково має бути засудженою за вчинення кримінального правопорушення, оскільки звільнення від відбування покарання стосується лише засуджених.

*Засудженим* у кримінальному провадженні є обвинувачений, обвинувальний вирок суду щодо якого набрав законної сили. Засуджений має права обвинуваченого, передбачені ст. 42 КПК, в обсязі, необхідному для його захисту на відповідній стадії судового провадження (частини 2, 3 ст. 43 КПК).

Звільнення від відбування покарання за ст. 84-1 КК може бути застосоване як щодо особи, яку лише засуджено обвинувальним вирок суду, і вона ще не відбувала покарання, так й особи, яка перебуває в місцях відбування покарання (іншим чином виконує покарання) або особи, яку вже обміняли (тобто на момент звільнення вона передана відповідним уповноваженим органом України іншій стороні);

в) особа є засудженою за вчинення **будь-якого кримінального правопорушення** незалежно від виду та строку (розміру) призначеного покарання.

Зазначений вид звільнення від відбування покарання поширюється на всіх осіб, які засуджені за вчинення кримінального правопорушення. Це може бути як кримінальний проступок, так і злочин будь-якого ступеня тяжкості. Призначене судом покарання (його обсяг) так само не впливає на розв'язання питання про можливість звільнення від відбування покарання.

У цьому контексті слід звернути увагу на позицію експертів Головного юридичного управління Апарату ВРУ, які стосовно зазначеного питання констатують помилковість рішення уможливити застосування звільнення від відбування покарання, передбаченого ст. 84-1 КК, без урахування тяжкості кримінального правопорушення та виду й розміру призначеного покарання. Таким чином суд, приймаючи рішення щодо звільнення від відбування покарання для обміну засудженого як військовополоненого, залишає поза увагою тяжкість кримінального правопорушення (наприклад, особливо тяжкі злочини проти миру та безпеки людства, за вчинення яких відповідно до ч. 5 ст. 49 КК не застосовуються строки давності притягнення до кримінальної

відповідальності), вид і розмір призначеного покарання (наприклад, покарання у виді довічного позбавлення волі), а також будь-які інші обставини кримінального провадження (наприклад, повторне його вчинення). Виходить так, що формулювання підстав для звільнення від відбування покарання засудженої особи, стосовно якої прийнято рішення про передачу її для обміну як військовополоненого, не обмежується жодними запобіжниками, які за загальними правилами кримінального права при таманні, наприклад, інституту звільнення від кримінальної відповідальності чи інституту звільнення від відбування покарання [9].

Про подібні проблеми, пов'язані з обміном уже засуджених осіб за вчинення окремої категорії кримінальних правопорушень, зокрема за злочини, передбачені статтями 438, 440 КК, пишуть й інші фахівці, наголошуючи на порушенні під час звільнення від відбування покарання таких осіб принципів верховенства права та обов'язковості судових рішень, а також міжнародно-правових зобов'язань щодо їхнього покарання [8];

г) засуджений підлягає обміну як **військовополонений**, але не обов'язково має перебувати у відповідному статусі. Використаний у ст. 84-1 КК зворот «як військовополоненого» фактично означає, що особа може бути лише прирівняною до категорії військовополонених, про що свідчить приєднувальний характер частки «як». Тому відповідне положення закону треба тлумачити таким чином, що звільненню підлягають як військовополонені, так і особи, які засуджені за вчинення кримінального правопорушення, однак статусу військовополоненого не мають (з певних причин прирівняні до нього).

Як приклад слід звернути увагу на той факт, що держава-агресор може запросити для обміну *особу, яка не має статусу військовополоненого*, а є особою, яка вчинила злочин іншого характеру (проти основ національної безпеки, найманство тощо). Практиці такі випадки вже відомі.

Зміст терміну «військовополонений» розкрито в ст. 4 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р. та ст. 44 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8

червня 1977 р., а також п. 8 підрозділу 2 розділу I Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, затвердженої наказом МОУ від 23 березня 2017 р.

Відповідно до положень міжнародного гуманітарного права певні категорії осіб не визнаються військовополоненими. Ідеться про незаконних комбатантів. Термін «незаконні комбатанти» відсутній у позитивному міжнародному гуманітарному праві, однак він використовується в теорії для того, щоб указати, що ці особи не мають права на статус комбатантів та похідний від нього статус військовополонених, беручи при цьому участь у воєнних діях. Під «незаконними комбатантами» не слід розуміти постійний статус як такий, це лише вказівка на протиправність дій у даний проміжок часу, що полягає в участі у конфлікті обманно – шпигуни, або без включення до збройних сил сторони конфлікту – найманці, або без права на таку участь – цивільні, що беруть безпосередню участь у воєнних діях, не входячи до складу збройних сил сторони конфлікту і не відрізняючи себе від цивільного населення [10, с. 81].

**Правові наслідки для особи, звільненої від відбування покарання.** Залежно від успішності реалізації обміну військовополонених та подальшої поведінки засудженого для звільненої від відбування покарання особи настають різні правові наслідки. Для такої особи, умовно кажучи, вони можуть бути як сприятливими (позитивними), так і несприятливими (негативними).

**Сприятливий наслідок** фактично визначений у ч. 1 ст. 84-1 КК та передбачає, що засуджений за наданою згодою був переданий для обміну як військовополонений, у зв'язку з чим призначене йому покарання не відбуватиметься. Сказане стосується як усього визначеного у вирокі суду покарання, так і його частини, якщо засуджений уже почав відбувати покарання.

До **несприятливого наслідку** належить направлення судом (у порядку, передбаченому КПК) засудженого для відбування призначеного покарання. Такий наслідок наявний у ситуації, коли особу, звільнену від відбування покарання, не обміняно як військовополоненого. Згідно з ч. 2 ст. 84-1 КК, якщо обмін засудженого не відбувся, суд за клопотанням прокурора при-

ймає рішення про направлення засудженого, звільненого від відбування покарання у зв'язку з його передачею для обміну як військовополоненого, для подальшого відбування призначеного раніше покарання.

Слід зауважити, що наведене в ч. 2 ст. 84-1 КК уточнення щодо клопотання прокурора, за яким суд приймає відповідне рішення, невіправдано дублює визначений КПК порядок звільнення від відбування покарання та інші пов'язані з цим процедурні питання.

До несприятливого наслідку так само можна віднести вчинення протягом невідбутої частини покарання особою, яку звільнено від відбування покарання на підставі ч. 1 ст. 84-1 КК, обмін якої як військовополоненого відбувся, нового кримінального правопорушення. Ідеться про будь-яке правопорушення незалежно від форми вини, виду та ступеня тяжкості, місця вчинення.

У такому разі суд, керуючись ч. 3 ст. 84-1 КК, до покарання, призначеного за новим вироком, повністю або частково приєднує покарання, яке було призначено засудженому за попереднім вироком, і від якого його було звільнено, або призначає покарання за сукупністю вироків за іншими правилами, визначеними у статтях 71 і 72 КК.

Повторне звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого в таких випадках не виключається. Адже обмежень щодо повторного застосування такого звільнення стосовно особи, яка вчинила нове кримінальне правопорушення після звільнення від відбування покарання, на підставі ч. 1 ст. 84-1 КК, законодавчо не встановлено.

**Висновки.** Запроваджений у КК на підставі законодавчих змін від 28 липня 2022 р. механізм звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого є істотним кроком з унормування процедури обміну військовополонених задля якнайшвидшого визволення українських захисників.

Очевидні недоліки, пов'язані з порушенням принципу справедливості такого звільнення від покарання, що з-поміж іншого проявляється у відмові від установлення належних умов для його застосування, пояснюються (певною мірою нівелюються) належністю звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого до особливих кримінально-правових засобів, соціальна природа яких зумовлена війною проти України. Воно зорієнтоване виключно на досягнення важливої соціально корисної мети – отримати внаслідок обміну осіб, які перебувають у полоні держави-агресора. За своєю природою звільнення від відбування покарання, передбачене ст. 84-1 КК, має спільні риси з помилуванням, оскільки фактично відбувається прощення осіб, які зазвичай вчиняли воєнні злочини – порушення законів і звичаїв війни.

При застосуванні звільнення від відбування покарання, передбаченого ст. 84-1 КК, рекомендується враховувати, що за ступенем обов'язковості воно належить до категорії обов'язкових для суду; за наявністю спеціальних обов'язків у засудженої особи після її звільнення – до категорії безумовних (перед особою не ставляться жодні вимоги у зв'язку з її звільненням); за юридичними фактами, з якими законодавець пов'язує звільнення від покарання та його відбування, – до категорії зумовлених певною подією, незалежною від поведінки особи, яка звільняється від покарання. Підставою для звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого є прийняття рішення уповноваженим органом (Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими, головою якого є начальник Головного управління розвідки МОУ) про передачу особи для обміну як військовополоненого. Єдиною умовою для звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, згідно зі ст. 84-1 КК, є наявність письмової згоди засудженого на проведення його обміну як військовополоненого.

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Новели кримінального законодавства України, прийняті в умовах воєнного стану : наук.-практ. комент. / А. А. Вознюк, О. О. Дудоров, Р. О. Мовчан, С. С. Чернявський та ін. ; за ред. А. А. Вознюка, Р. О. Мовчана, В. В. Чернея. Київ : Норма права, 2022. 278 с.



2. Кузнецов В. В., Сийплові М. В. Перспективи кримінально-правового забезпечення обміну військовополонених. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 6. С. 185–188.
3. Гловюк І. В., Тетерятник Г. К. Питання унормування належної правової процедури кримінального процесуального забезпечення обміну військовополонених. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 8. С. 478–483.
4. Тетерятник Г. К. До питання про правову площину та практику «обміну полоненими»: процесуальний аспект. *Наше право*. 2022. № 2. С. 97–106.
5. Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I) від 8 червня 1977 року. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_199#Text](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text)
6. Письменський Є. О. Звільнення від покарання та його відбування в системі заходів кримінально-правового впливу. *Часопис цивільного і кримінального судочинства*. 2012. № 5(8). С. 111.
7. Інститут помилування в Україні та світі : монографія / за ред. Є. Бараша, М. Рудницьких. Київ : Кандиба Т. П. 2018. С. 70.
8. Крапівін Є., Пашковський М. Обмін військовополонених і кримінальний процес: як уникнути безкарності? (аналіз законодавчих ініціатив). *Just Talk*. 15 черв. 2022 р. URL: [justtalk.com.ua/post/obmin-vijskovopoloneni-i-kriminalnij-protses-yak-uniknuti-bezkarnosti-analiz-zakonodavchih-initsiativ](https://justtalk.com.ua/post/obmin-vijskovopoloneni-i-kriminalnij-protses-yak-uniknuti-bezkarnosti-analiz-zakonodavchih-initsiativ)
9. Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених : зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту Закону України (реєстраційний № 7436-д від 25 липня 2022 р.). URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/1416984>
10. Сенаторова О. В. Права людини і збройні конфлікти: навчальний посібник. Київ, 2018. 208 с.