

## КРИМІНАЛЬНЕ ПРАВО, КРИМІНОЛОГІЯ

УДК 343.231:343.241:342.77

DOI <https://doi.org/10.32782/klj/2022.4.17>

**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

### КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВИЙ МЕХАНІЗМ ПЕРЕДАЧІ ЗАСУДЖЕНОГО ДЛЯ ОБМІНУ ЯК ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНОГО: АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ТА СПОСОБИ ЇХ РОЗВ'ЯЗАННЯ

**Анотація.** У статті досліджено актуальні проблеми звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого та сформульовано на цій основі пропозиції щодо їх розв'язання у спосіб удосконалення кримінального та кримінально-процесуального законодавства України.

Аналіз механізму передачі засудженого для обміну як військовополоненого через його звільнення від відбування покарання показує, що він має низку слабких місць, які здатні негативно впливати на розвиток кримінально-правових відносин в Україні. З-поміж іншого ідеться про таке: 1) відсутні належні умови, за наявності яких уможлиблюється звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого (ті, які на сьогодні передбачені, не впливають на ефективність такого звільнення, не сприяють усталеній диференціації кримінально-правового впливу); 2) звільнення від відбування покарання згідно зі ст. 84-1 КК не залежить від того, чи досягнута (або може бути досягнута) мета призначеного покарання, і фактично становить акт прощення особи, що визначається єдиною потребою вивільнення осіб, яких полонила держава-агресор.

Зазначені та інші недоліки кримінально-правової норми про звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого сигналізують про те, що встановлений механізм такої передачі потребує істотного вдосконалення.

Тому проаналізовано різні варіанти унормування кримінально-правового забезпечення обміну полонених. Найбільш оптимальним визнано комплексне розв'язання порушеної проблеми, за якого до засудженого, який передається для обміну як військовополоненого, застосовуватимуться диференційовані засоби кримінально-правового та кримінально-процесуального реагування залежно від категорії вчиненого злочину, а також інших релевантних факторів. До таких засобів може належати спеціальний вид звільнення від відбування покарання з випробуванням та відстрочення виконання вироку (покарання). Водночас визнано недоцільним застосування в досліджуваних випадках помилування, амністії, політико-правового рішення або видачі чи передачі осіб, які вчинили кримінальні правопорушення.

**Ключові слова:** покарання, звільнення від відбування покарання, помилування, амністія, призначення покарання, відстрочка виконання вироку, активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування шкоди, завданої кримінальним правопорушенням, військовополонений, воєнні злочини, досудове розслідування, засуджений, права людини, видача чи передача особи, яка вчинила кримінальне правопорушення, запобіжний захід.

**Vozniuk A. A., Pysmensky Y. O. The criminal law mechanism of handing over a convicted person for exchange as a prisoner of war: current issues and methods for resolving them**

**Abstract.** The article examines issues of release from serving a sentence in connection with the adoption by an authorized body of a decision to hand over a convicted person for exchange as a prisoner of war and formulates, based on this, proposals for their solution in the way of improving criminal and criminal procedural law of Ukraine.

Analysis of the mechanism of the transfer of a convicted person for exchange as a prisoner of war due to his release from serving his sentence shows that it has a number of weak points, which can negatively affect the development of criminal law relations in Ukraine. Among other things, it is about the following: 1) there are no proper conditions, in the presence of which it is possible to be released from serving a sentence in connection with the adoption by an authorized body of a decision to hand over a convicted person for exchange as a prisoner of war (those currently valid do not address the effectiveness such release, do not contribute to the established differentiation of criminal law influence); 2) exemption from serving a sentence in accordance with Art. 84-1 of the Criminal Code does not depend on whether the purpose of the punishment has been achieved (or can be achieved), and in fact constitutes an act of pardoning a person, determined by the sole need to release persons, who have been captured by the aggressor state.

The specified and other shortcomings of the criminal law provision on release from serving a sentence in connection with the adoption by an authorized body of a decision on the transfer of a convicted person for exchange as a prisoner of war signal that the established mechanism of such transfer needs significant improvement.

Various options for normalization of the criminal law input for the exchange of prisoners have been analyzed. The complex solution of the raised issues, according to which differentiated means of criminal law and criminal procedural response will be applied to the convict, who is transferred for exchange as a prisoner of war, depending on the category of the crime committed, as well as other relevant factors, is recognized as the optimal one. Such means may include a special type of exemption from serving a sentence with probation and a postponement of the sentence (punishment) execution. At the same time, the use of pardons, amnesties, political and legal decisions or the extradition or transfer of persons who have committed criminal offenses, was recognized as inappropriate in the investigated cases.

**Key words:** *punishment, exemption from serving a sentence, pardon, amnesty, appointment of punishment, reprieve, active assistance in crime detection, voluntary compensation for damage caused by a criminal offense, prisoner of war, war crimes, pre-trial investigation, condemned, Human Rights, extradition or transfer of a person who has committed a criminal offense, precaution.*

**Постановка проблеми.** 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 наших захисників, заручників і незаконно утримуваних громадян України на представників держави-агресора, з-поміж яких є особи, які вчинили міжнародні злочини.

Особливої уваги заслуговує *матеріально-правовий складник* цього механізму, що визначає підставу, умови та наслідки такого звільнення згідно зі ст. 84-1 КК України (далі – КК)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Зміст кримінально-правової норми про звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого (ст. 84-1 КК) детально розкривається у попередніх публікаціях [1, с. 112–120; 2, с. 51–64]. Тому в цій статті увага звертатиметься на слабкі сторони ст. 84-1 КК та перспективи її вдосконалення.

Відповідні кримінально-правові аспекти звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого гостро дискутуються як у середовищі науковців і практиків, так і в суспільстві загалом. Продукується водночас низка критичних суджень з цього приводу.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Матеріально-правові та процесуально-правові проблеми реалізації кримінальної відповідальності щодо особи, стосовно якої прийнято рішення про її передачу для обміну як військовополоненого, на тлі масштабної військової агресії проти України перебувають на порядку денному багатьох дослідників. Помітним внеском у їх розроблення є новітні публікації таких вітчизняних фахівців, як І. Гловюк, Є. Крапівін, В. Кузнецов, А. Музика, М. Сийплові, М. Пашковський, Г. Тетерятник. Незважаючи на теоретичну й практичну значущість праць зазначених та інших авторів, залишаються належним

чином не розв'язаними проблеми, що постали у площині кримінального права у зв'язку із запровадженням розгляданого виду звільнення від відбування покарання.

**Метою статті** є дослідження актуальних проблем звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого та формування на цій основі пропозицій щодо їх розв'язання у спосіб удосконалення законодавства України.

**Основний зміст.** Аналіз втіленого у ст. 84-1 КК механізму звільнення від відбування покарання свідчить про наявність *певних недоліків*, насамперед щодо матеріальної підстави його застосування. На основних з них далі зосереджуватиметься дослідницька увага.

**Умовність звільнення від відбування покарання за ст. 84-1 КК.** Реалізація зазначеного виду звільнення від відбування покарання не передбачає виконання певних умов з боку засудженого після звільнення, через що воно розглядається як безумовне. Законодавчий підхід, за яким у засудженої особи після звільнення від відбування покарання не виникає жодних спеціальних обов'язків, впливає на розв'язання деяких питань 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, урахувавши 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» [2, с. 56].

Крім письмової згоди засудженого на проведення обміну як військовополоненого законодавець первісно не висував інших умов і до самого звільнення від відбування покарання<sup>2</sup>.

На сьогодні звільненню від відбування покарання згідно зі ст. 84-1 КК підлягає будь-яка категорія засуджених, які належать до осіб, щодо яких уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополонених, незалежно від громадянства, категорії вчинених діянь, попередніх фактів засуджень, характеристики особи, інших обставин<sup>3</sup>.

Такі фактори, як визнання вини, щире каяття, активне сприяння розкриттю злочину, добровільне відшкодування шкоди тощо не впливають на успішність застосування розгляданого звільнення від відбування покарання. Цілком очевидно, що спрощений підхід з цього питання запроваджений для того, щоб забезпечити швидкість і безперешкодність обміну. Разом з тим є доцільним замислитися стосовно окремих соціально корисних вчинків засудженого, які могли би утворити додаткові умови для звільнення від відбування покарання і при цьому істотно не впливали на досягнення мети такого звільнення. Перші законодавчі кроки за цим напрямом уже зроблені, проте на схвалення вони не заслуговують.

Згідно з Законом України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо закриття кримінального провадження у зв'язку з втратою чинності законом, яким встановлювалася кримінальна протиправність діяння» від 01 грудня 2022 р. до ч. 1 ст. 84-1 КК було внесені зміни,

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 притаманні, наприклад, інституту звільнення від кримінальної відповідальності чи інституту звільнення від відбування покарання [3].

<sup>3</sup> Зокрема, з викладеного впливає те, що держава-агресор може звернутися до української сторони з питання про обмін українських військовополонених чи незаконно утримуваних громадян на особу, яка вчинила будь-яке кримінальне правопорушення навіть до початку військової агресії РФ проти України (це може бути неодноразово судима особа або засуджена за особливо тяжкий злочин щодо громадянина України). Такий підхід сприяє перетворенню зазначеного виду звільнення від відбування покарання на новий (легальний) спосіб уникнення покарання майже будь-якого засудженого за ініціативою представників держави-агресора (не виключно, що за фінансову чи іншу винагороду). Єдиний запобіжник – відмова України від обміну, що є малоімовірним з огляду на важливість визволення кожного українського громадянина.

<sup>2</sup> На ці та інші подібні проблеми звертали увагу експерти Головного юридичного управління Апарату ВРУ наголошуючи, що формулювання підстав для

які свідчать про встановлення додаткової умови для застосування зазначеного звільнення від відбування покарання, а саме визначається час прийняття рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого. Цим часом є період відбування засудженим таких видів покарань: 1) виправні роботи; 2) арешт; 3) обмеження волі; 4) тримання у дисциплінарному батальйоні військовослужбовців; 5) позбавлення волі на певний строк; 6) довічне позбавлення волі.

З приводу ухваленого рішення законодавця виникає кілька питань. *Перше* – це швидкість, з якою були внесені зазначені зміни (від моменту появи у КК ст. 84-1 до внесення у неї перших коригувань минуло кілька місяців). Відповідна кримінально-правова норма ще не має належної практики застосування, щоб з такою стрімкістю треба було її змінювати. Чи йдеться про виправлення якоїсь помилки? *Друге, що впливає з першого*. Обґрунтованість внесених змін по суті відсутня. Ідея про них виникла під час обговорення відповідного законопроекту в межах другого читання, який до того ж покликаний врегулювати питання, що аж ніяк не пов'язані із кримінально-правовим питанням передачі засудженого для обміну як військовополоненого. *Третє*. Ухвалені зміни не зовсім виправдано звужують коло осіб, які можуть підлягати звільненню від відбування покарання. Наприклад, не зрозуміло, чому з-поміж зазначеного кола покарань має місце згадка про виправні роботи, але відсутня, наприклад, про громадські роботи. Або чому особа, яка засуджена до штрафу (як виду покарання, що є одним з найбільш поширених у практиці правозастосування, та застосовується як за проступки, так і за злочини), не підлягатиме звільненню від відбування покарання за ст. 84-1 КК? *Четверте*. Виходить так, що ті засуджені, які ще не почали відбувати відповідні види покарань, чомусь позбавлені можливості підлягати звільненню від покарання.

Отже, установлення додаткових умов (як-от сприяння розкриттю інших злочинів або відшкодування заподіяної кримінальним правопорушенням шкоди) для застосування досліджуваного звільнення від відбування покарання може бути визнано потрібним для забезпечення диференційованих засад такого звільнення.

Водночас рішення законодавця про обмеження застосування ст. 84-1 КК через вид покарання, яке відбуває засуджений, сприймається як нічим не обґрунтоване, помилкове та загалом не враховує наявних напрацювань науковців з цього питання.

**Мета покарання при звільненні від відбування покарання за ст. 84-1 КК та можливість її досягнення.** Звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого є особливим видом у національній системі кримінально-правових норм про звільнення від покарання та його відбування. Його застосування фактично *не пов'язується із досягненням мети покарання*: ні карі, ні виправлення засуджених, ні запобігання вчиненню нових кримінальних правопорушень як засудженими, так і іншими особами.

Натомість звільнення від відбування покарання на підставі, визначеній у ст. 84-1 КК, зорієнтоване на досягнення важливої соціально корисної мети – отримати внаслідок обміну осіб, які перебувають у полоні держави-агресора – військовополонених, заручників, інших осіб, яких незаконно утримує держава-агресор. Безумовно, ця мета має пріоритетне та надважливе значення<sup>4</sup>. Однак виникає питання чи можна було б її досягти в інший спосіб і наскільки є виправданим звернення саме до інституту звільнення від відбування покарання для забезпечення процесу обміну? [4, с. 44].

Унаслідок застосування цієї норми особа, якій призначено покарання, звільняється від його відбування, тобто фактично уникає покарання, а держава втрачає можливість реалізувати кримінальну відповідальність за вчинене

<sup>4</sup> Про це з-поміж іншого свідчить те, що не виключається повторне звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого. З огляду на специфічну мету звільнення від відбування покарання, що досліджується, таке обмеження навряд чи необхідне, ураховуючи, що для України свобода кожного її громадянина становить істотну цінність. Тому держава виходить з того, що в разі, коли виникне потреба обміняти наших героїв чи інших громадян на правопорушників, яких звільнено на підставі ст. 84 КК, вони підлягатимуть повторному звільненню або щодо них можуть бути застосовані інші кримінально-правові чи кримінальні процесуальні інструменти для забезпечення обміну.

із відбуттям призначеного покарання в майбутньому (якщо не буде встановлено вчинення нового злочину). Як резонно у цьому контексті зауважують парламентські експерти, інститут звільнення від відбування покарання є інструментом індивідуалізації відповідальності, що тісно пов'язаний із посткримінальною поведінкою засудженої особи. Застосування звільнення від відбування покарання означає, що мета кримінально-правового переслідування досягнута і держава відмовляється від подальшого його здійснення. Натомість питання, що регулює ст. 84-1 КК, має джерелом зовнішні обставини та не впливає з логіки розвитку кримінально-правових відносин і для його опису не слід застосовувати інструменти відповідної галузі права («звільнення від покарання») [5].

Отже, розглядаючи вид звільнення від відбування покарання не виправдано унеможливити застосування справедливої міри покарання до осіб, які вчинили кримінальні правопорушення загалом та у зв'язку з агресією проти України зокрема. Він породжує безкарність воєнних злочинців, які після такого звільнення залишаються небезпечними для оточуючих. Зокрема, такі особи зможуть безперешкодно подорожувати іноземними країнами, і не виключаються ситуації випадкових зустрічей цих суб'єктів з жертвами вчинених ними злочинів [6, с. 34].

Є. Крапівін та М. Пашковський наголошують 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 [7].

Тут не йдеться про заперечення потреби обміну зазначених осіб на українських полонених – питання постає стосовно правової форми, у якій має здійснюватися кримінальне переслідування з ухваленням рішення про застосування заходів кримінально-правового характеру з тим, щоб, з одного боку, провести обмін, а з іншого – забезпечити належним чином невідворотність кримінальної відповідальності (насамперед стосовно осіб, які вчинили міжнародні злочини в Україні).

Здійснення обміну має передбачати максимально дієвий механізм, що надаватиме можливість реалізувати кримінальну відповідальність стосовно відповідної категорії засуджених,

а також не даватиме змоги їм виїжджати за межі території рф та країн, які підтримують державу-агресора. Кримінально-правова норма, передбачена ст. 84-1 КК, аж ніяк не розв'язує порушеної проблеми<sup>5</sup>.

Викладені та інші питання, пов'язані зі звільненням від відбування покарання за ст. 84-1 КК, спонукають до пошуку способів удосконалення механізму обміну підозрюваного, обвинуваченого, засудженого як військовополоненого в контексті застосування до таких категорій суб'єктів найбільш оптимальних заходів кримінально-правового впливу. При цьому, як слушно зауважує Г.К. Тетерятник, зміни до законодавства для врегулювання цього питання повинні бути комплексними, з урахуванням норм міжнародного гуманітарного права та стандартів ЄСПЛ [9, с. 90–91].

До того як КК було доповнено ст. 84-1 процес обміну забезпечувався в інші способи, зокрема через помилування, зміну запобіжного заходу, призначення покарання, що узгоджувалось із строком попереднього перебування під вартою. Питання використання цих інструментів неодноразово висвітлювалися у юридичній літературі [8].

Далі оглядово розглянемо зазначені та інші кримінально-правові, а також кримінально-процесуальні засоби, які можуть бути застосовані для забезпечення обміну.

**Звільнення від відбування покарання у зв'язку з передачею засудженого для обміну як військовополоненого.** До особи, стосовно якої уповноваженим органом прийнято рішення про її передачу для обміну як військовополоненого, може застосовуватися передбачений на сьогодні вид звільнення від відбування покарання, але зі встановленням низки умов, за яких таке звільнення уможливилося. Тут може йтися про вчинення певної категорії злочинів, а так само інші умови, на яких наголошувалося вище (особливо важливе значення має сприяння розкриттю злочинів, вчинених у зв'язку з агре-

<sup>5</sup> На негативних наслідках звільнення полонених від покарання зауважує адвокат В. Титич, який наголошує, що Україна може втратити світову підтримку в розслідуванні злочинів російської армії. Адже Офіс генпрокурора кваліфікує відповідні дії як «порушення законів та звичаїв війни» – міжнародний злочин, переслідувати винуватців у якому Україна зобов'язувалась, підписуючи відповідні конвенції [8].

сією рф). Як альтернативний варіант для такої категорії осіб можна розглядати запровадження окремої підстави застосування угоди про визнання винуватості. Отже, перспективним напрямом удосконалення законодавства має бути виключення з КК ст. 84-1 із внесенням змін до КПК України (далі – КПК) у частині правового регулювання угод, або таке коригування ст. 84-1 КК, яке б обмежувало сферу її застосування через передбачення додаткових умов.

Слід звернути увагу, що ст. 84-1 КК орієнтована лише на обмін засуджених. Для інших випадків (щодо підозрюваних та обвинувачених) передбачені кримінальні процесуальні підстави передачі осіб для обміну, які не корелюють зі ст. 84-1 КК. Тобто кримінальний процесуальний механізм обміну підозрюваного та обвинуваченого «працює» автономно. Наприклад, згідно зі ст. 201-1 КПК, яка регулює скасування запобіжного заходу, слідчий суддя або суд у випадку звернення прокурора з клопотанням про скасування запобіжного заходу у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного, обвинуваченого для обміну як військовополоненого виносить ухвалу про скасування запобіжного заходу та передачу особи під нагляд уповноваженого органу для організації та проведення її обміну як військовополоненого<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> Кримінальне процесуальне законодавство передбачає також можливість: 1) зупинення досудового розслідування після повідомлення особі про підозру в разі, якщо уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та підозрюваним надано письмову згоду на проведення такого обміну (п. 5 ч. 1 ст. 280 КПК); 2) відновлення досудового розслідування, якщо обмін підозрюваного як військовополоненого проведено або такий обмін не відбувся (ч. 1 ст. 282 КПК); 3) здійснення спеціального досудового розслідування в кримінальному провадженні щодо злочину, учиненого підозрюваним, стосовно якого уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся (ч. 2 ст. 297-1 КПК); 4) можливість здійснення судового розгляду в кримінальному провадженні щодо злочинів, зазначених у ч. 2 ст. 297-1 КПК, за відсутності обвинуваченого (*in absentia*), якщо стосовно нього уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого і такий обмін відбувся (ч. 3 ст. 323 КПК); 5) зупинення судового провадження стосовно такого обвинуваченого до моменту проведення обміну або до отримання від уповноваженого органу інформації про те, що такий обмін не відбувся (ч. 2 ст. 335 КПК).

Як бачимо, окремий механізм обміну осіб як військовополонених запроваджений на етапі до ухвалення обвинувального вироку та засудження особи. Виключення ст. 84-1 з КК або обмеження сфери її застосування, як видається, усувало б низку проблем щодо справедливої реалізації кримінальної відповідальності за злочини, вчинені у зв'язку з агресією проти України. Особи, які їх вчинили, не лишалися б без покарання (принаймні *de jure*)<sup>7</sup>.

**Видача/передача.** Є. Крапівін та М. Пашковський ставлять таке слушне питання: якщо мова йде про військовополоненого, який засуджений за вчинення міжнародних злочинів, зокрема воєнних, то чому він звільняється від покарання, а не передається для відбування покарання на території держави-агресора? Адаже обов'язковість судових рішень передбачає, що вирок має бути неодмінно виконаний, так і те, що незалежно від фізичного доступу органів правосуддя до особи відбуття покарання неминуче [7].

Якщо Україна змінить позицію щодо застосування заходів правового характеру до підозрюваних, обвинувачених, засуджених, які передаються для обміну в контексті передбачених на сьогодні КК та КПК механізмів, то вочевидь держава-агресор таким же чином передаватиме Україні підозрюваних, обвинувачених, засуджених (переважно громадян України).

Будь-які міркування чи прогнози з цього приводу ускладнені насамперед тим, що юридичне супроводження процедури обміну в певних випадках має непублічний характер. До того ж порядок здійснення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора, затверджений постановою КМУ від 12 квітня 2022 р. № 441, яка має гриф «ДСК».

Варто також урахувати, що 1 грудня 2022 року прийнято Закон України «Про зупинення дії та вихід з Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних

<sup>7</sup> Зрозуміло, що наших громадян, яких повертають у межах обміну, теж звільняють від покарання чи застосовують до них інші заходи припинення кримінального переслідування. Однак тут існує істотна різниця: представники ЗСУ та інших правоохоронних органів, що воюють на боці України, захищають свою державу і не вчиняють агресії, а представники рф, що передаються для обміну, здебільшого вчиняли воєнні злочини.

та кримінальних справах та Протоколу до Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року» відповідно до якого *Україна зупинила дію* Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах, вчиненої від імені України у м. Мінську 22 січня 1993 року та Протоколу до Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року у відносинах з рф та республікою білорусь та вийшла з цієї конвенції і протоколу [10]. Це означає, що обмін через використання процедур видачі чи передачі практично нереальний або принаймні максимально ускладнений. Окрім того, марно очікувати від рф, що є державою-агресором, виконання своїх правових зобов'язань, які пов'язані з видачою чи передачею правопорушників.

**Амністія.** Ще одним із можливих кримінально-правових інструментів забезпечення обміну осіб як військовополонених є амністія.

У цьому контексті на увагу заслуговує правова позиція щодо застосування амністії у випадках засудження за воєнні злочини, висловлена ЄСПЛ у справі «*Marguš проти Хорватії*». У зазначеній справі заявника було амністовано за діяння, які становили серйозні порушення основних прав людини, такі як умисні вбивства цивільних осіб і заподіяння тяжких тілесних ушкоджень дитині, а в аргументації окружного суду посилялися на заслуги заявника як військового офіцера. Суд також зазначив, що у міжнародному праві зростає тенденція вважати такі амністії неприйнятними, оскільки вони несумісні з одноставно визнаним зобов'язанням держав переслідувати та карати серйозні порушення основних прав людини. Навіть якщо й можна було б припустити, що амністії є допустимими за певних обставин, наприклад, під час примирення та/або за наявності певної форми компенсації для потерпілих сторін, амністія, надана заявнику в цій справі, все одно не була б допустимою, оскільки відсутні ознаки того, що такі обставини існували (п. 139) [11].

Як слушно зауважує І. В. Гловюк, аналіз цієї справи показує, що в аспекті серйозних порушень основних прав людини, зокрема, за ст. 2

та ст. 3 Конвенції, амністія загалом є дефектом реагування з боку держави на такі злочини, хоча за певних особливих умов можна розглядати питання про застосовність амністії [12, с. 304].

**Помилування.** На практиці для забезпечення процесу обміну тривалий час застосували помилування. Не виключається використання цього засобу з аналогічною метою й в перспективі. Зокрема, привертає увагу те, що у ст. 3.4.15. проекту нового КК передбачена можливість припинення кримінального переслідування особи або припинення виконання покарання щодо особи, зокрема поєднане із обміном її на особу, яка затримана чи притягується до кримінальної відповідальності або засуджена на тимчасово окупованій території України чи в іноземній державі (у виняткових випадках згідно з указом Президента України) [13].

Як видається, застосування норми про помилування має ті ж самі недоліки, що і чинне звільнення від відбування покарання на підставі ст. 84-1 КК, пов'язані насамперед з безкарністю осіб, які вчинили злочини проти України та її громадян, а також втратою можливості застосування до них будь-яких заходів кримінально-правового характеру в майбутньому.

**Політико-правове рішення.** Певним аналогом помилування є т.зв. політико-правове рішення. Незважаючи на те, що необхідність його унормування підтримують окремі вчені (зокрема А. А. Музика [14, с. 116], В.В. Кузнецов та М.В. Сийпловік [15, с. 187]), існують і противники застосування такого засобу. Зокрема, О. Чабаненко звертає увагу на те, що в Конституції України відсутні повноваження Президента щодо ухвалення політико-правового рішення як виняткового кримінально-правового заходу. Отже, може йдеться про *неконституційне* розширення повноважень Президента України. Крім того, фактично пропонується запровадити *дублювання* вже існуючого правового механізму – *помилування* [16].

Натомість А.А. Музика стверджує, що аби унормувати вирішення новостворених суспільних відносин та максимально прискорити процедуру обміну відповідних осіб розд. XIV «Інші заходи кримінально-правового характеру» КК треба доповнити статтею, за змістом якої передбачається таке: з метою забезпечення

своєчасного й ефективного захисту прав людини – прискореного вирішення питань, пов'язаних з агресією РФ проти України (щодо повернення на Батьківщину осіб, які утримуються чи притягуються до кримінальної відповідальності або засуджені на території держави-агресора; повернення таких осіб з тимчасово окупованої території України), Президент України може ухвалювати політико-правове рішення як винятковий кримінально-правовий захід. Зазначене політико-правове рішення має своїм завданням забезпечення процедури обміну осіб, які: 1) утримуються чи притягуються до кримінальної відповідальності або засуджені на території держави-агресора; 2) утримуються чи притягуються до кримінальної відповідальності або засуджені на тимчасово окупованій території України, – на осіб, які притягуються до кримінальної відповідальності на території України (зокрема осіб, яких було затримано або заарештовано), – до ухвалення українським судом вироку чи іншого остаточного рішення у справі про вчинення ними суспільно небезпечне діяння, передбачене КК [14, с. 117–118]. При цьому вчений слушно зазначає, що пропонуване до запровадження політико-правове рішення не може усувати відповідальність особи за вчинений злочин. Таке бачення повною мірою відповідає принципу невідворотності кримінальної відповідальності [14, с. 118].

**Спеціальний вид звільнення від відбування покарання з випробуванням.** Передача засудженого для обміну як військовополоненого може відбуватися на підставі спеціального виду звільнення від відбування покарання з випробуванням. Для особи, яка вчинила злочин у зв'язку з агресією проти України, можна було б встановити іспитовий строк (наприклад, тривалістю від одного до трьох років) упродовж якого вона не повинна вчиняти нового кримінального правопорушення і зобов'язана виконати покладені на неї обов'язки, зокрема: усунути шкоду, заподіяну кримінальним правопорушенням (якщо така є); не брати участь у діяльності воєнного характеру. Після закінчення іспитового строку засуджений, який виконав покладені на нього обов'язки та не вчинив нового кримінального правопорушення, звільняється судом від призначеного йому покарання. Якщо засуджений

не виконає покладені на нього обов'язки або вчинить нове кримінальне правопорушення суд направляє його для відбування призначеного покарання.

Звісно, звільнені в такий спосіб від відбування покарання особи здебільшого не виконуватимуть ці обов'язки і фізично затримати їх після обміну дуже складно. Очевидно матимуть місце труднощі і з доведенням факту невиконання зазначених обов'язків. Однак лишатимуться підстави для реалізації кримінальної відповідальності в іншій формі та оголошення в міжнародний розшук. Таким чином можна буде принаймні частково запобігти ситуації, коли наприклад, представники збройних сил держави-агресора, вільно виїжджатимуть за межі своєї держави. Після перемоги України залишатимуться підстави для направлення засудженого для відбування призначеного покарання [4, с. 42–43].

**Відстрочення виконання вироку (покарання).** На переконання Є. Крапівіна та М. Пашковського одним з можливих засобів розв'язання колізії інституту обміну із зобов'язаннями щодо переслідування міжнародних злочинів, коли РФ не надаватиме гарантій з виконання вироку щодо осіб, які приймаються, може бути інституалізація та застосування відстрочення виконання вироку щодо осіб, засуджених до позбавлення волі за вчинення міжнародних злочинів, у разі їхнього обміну на інших осіб під час збройного конфлікту [7]. Таку пропозицію підтримують інші фахівці (І. В. Гловюк та Г. К. Тетерятник) [17, с. 478–483].

На наш погляд, висловлена ідея є найбільш цікавою та такою, яка заслуговує на практичне втілення у спосіб внесення змін до кримінального законодавства, що могло би передбачати підстави для відстрочення виконання покарання у зв'язку з передачею засудженого для обміну як військовополоненого. Зокрема, йдеться про те, що виконання покарання може бути відстрочено у разі передачі засудженого для обміну як військовополоненого – на строк, установлений судом, або до завершення міжнародного збройного конфлікту, або до затримання засудженого на території України чи іншої держави, зокрема за вчинення нового кримінального правопорушення.

Показово, що автори проєкту нового КК пропонують встановити норму про відстрочення



виконання призначеного покарання у зв'язку з особливою обставиною (ст. 3.4.8.). До такої обставини вони відносять збройний конфлікт, воєнний чи надзвичайний стан, смерть або тяжка хвороба члена сім'ї, вагітність засудженої особи [13]. Удосконалений варіант цієї норми, який з поміж іншого включав би таку обставину як необхідність проведення обміну засудженого, міг би стати оптимальною альтернативою чинної ст. 84-1 КК. Водночас питання кримінальної відповідальності осіб, які вчинили правопорушення і щодо яких держава-агресор звернулася щодо обміну, слід вирішувати диференційовано залежно від категорії вчинених кримінально протиправних діянь та суспільної небезпеки осіб, які їх вчинили, з урахуванням потреб обміну [4, с. 45].

**Висновки.** Запроваджений у КК (ст. 84-1) механізм передачі засудженого для обміну як військовополоненого через його звільнення від відбування покарання є важливим законодавчим рішенням, покликаним урегулювати питання кримінально-правового забезпечення обміну полонених. Водночас аналіз цього механізму показує, що він має низку слабких місць, які здатні негативно впливати на розвиток кримінально-правових відносин в Україні. З-поміж іншого ідеться про таке: 1) відсутні належні умови, за наявності яких уможливується звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого (ті, які на сьогодні передбачені, не впливають на ефективність такого звільнення, не сприяють усталеній диференціації кримінально-правового впливу); 2) звільнення від відбування покарання згідно зі ст. 84-1 КК не залежить від того, чи досягнута (або може

бути досягнута) мета призначеного покарання, і фактично становить акт прощання особи, що визначається єдиною потребою вивільнення осіб, яких полонила держава-агресор.

Зазначені та інші недоліки кримінально-правової норми про звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого сигналізують про те, що встановлений механізм такої передачі потребує істотного вдосконалення. Дослідження обговорюваних у літературі способів поліпшення законодавства у цій сфері дало змогу визначити найбільш оптимальні варіанти унормування кримінально-правового забезпечення обміну полонених. Ідеться про запровадження кримінально-правової підстави для відстрочення виконання покарання у зв'язку з передачею засудженого для обміну як військовополоненого. Такий підхід передбачає, що призначене засудженому покарання зберігає своє правове значення, не анулюється, а можливість його відбування зберігається в майбутньому.

Разом з тим не слід виключати комплексного розв'язання порушеної проблеми, за якого до засудженого, який передається для обміну як військовополоненого, застосовуватимуться диференційовані засоби кримінально-правового реагування залежно від категорії вчиненого злочину, а також інших релевантних факторів. Крім зазначеного відстрочення виконання покарання до таких засобів може належати спеціальний вид звільнення від відбування покарання з випробуванням (насамперед орієнтований на випадки, коли особа має певну можливість виконати обов'язки, що можуть бути на неї покладені).

#### СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Вознюк А. А., Письменський Є. О. Передача засудженого для обміну як військовополоненого: кримінально-правові аспекти звільнення від відбування покарання. *Київський часопис права*. 2022. № 3. С. 112–120. DOI <https://doi.org/10.32782/klj/2022.3.17>
2. 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.
3. 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>
4. Вознюк А. А. Звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого: проблеми теорії та практики.

*Актуальні проблеми нормативно-правового визначення статусу військовополонених* : матеріали міжвідом. наук.-практ. конф. (Київ, 10 листоп. 2022 р.) / редкол.: С. С. Чернявський, Є. Ю. Бараш, В. В. Корольчук. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 40–46.

5. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо закриття кримінального провадження у зв'язку з втратою чинності законом, яким встановлювалася кримінальна протиправність діяння : зауваження Головного юридичного управління Апарату Верховної Ради України до проекту Закону України (реєстраційний № 7630 від 02 серпня 2022 р.). URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/CardByRn?regNum=7630&conv=9>

6. Вознюк А. А. Актуальні питання кримінальної відповідальності за злочини, вчинені у зв'язку з агресією проти України. *Актуальні проблеми кримінального права* : матеріали XII Всеукр. наук.-теорет. конф., присвяч. пам'яті проф. П. П. Михайленка (Київ, 30 листоп. 2022 р.) / редкол.: В. В. Черней, С. Д. Гусарев, С. С. Чернявський та ін. / упоряд. А. А. Вознюк, О. М. Шармар, О. А. Федоренко. Київ : Нац. акад. внутр. справ, 2022. С. 32–38.

7. 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-h-i-kriminalnij-protses-yak-uniknuti-bezkarnosti-analiz-zakonodavchih-initsiativ](https://justtalk.com.ua/post/obmin-vijskovopoloneni-h-i-kriminalnij-protses-yak-uniknuti-bezkarnosti-analiz-zakonodavchih-initsiativ)

8. Бурдига І. Обмін полоненими України та РФ: «Слуга народу» за звільнення і злочинців. *Deutsche Welle* : веб-сайт. URL: [www.dw.com/uk/obmin-polonenymy-ukrainy-ta-rf-sluha-narodu-za-zviltнення-i-zlochyn-tsviv/a-62068136](https://www.dw.com/uk/obmin-polonenymy-ukrainy-ta-rf-sluha-narodu-za-zviltнення-i-zlochyn-tsviv/a-62068136).

9. Тетерятник Г.К. До питання про правову площину та практику «обміну полоненими»: кримінально-процесуальний аспект. *Наше право*. 2022. № 2. С. 90–91.

10. Про зупинення дії та вихід з Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах та Протоколу до Конвенції про правову допомогу і правові відносини у цивільних, сімейних та кримінальних справах від 22 січня 1993 року : Закон України 1 грудня 2022 р. № 2783-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2783-20#Text>

11. Справа “Marguš проти Хорватії» (Заява № 4455/10). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/rus#%7B%22language%22%3A%22ENG%22%2C%22appno%22%3A%224455%2F10%22%2C%22documentcollectionid%22%3A%22GRANDCHAMBER%22%2C%22itemid%22%3A%22001-144276%22%7D>

12. Гловюк І. В. Питання відповідальності за воєнні злочини: на прикладі рішення ЄСПЛ “Marguš проти Хорватії». *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні* : матеріали міжнар. наук. конф., м. Харків, 5 трав. 2022 р. / упоряд. та заг. ред.: Ю. В. Баулін, Ю. А. Пономаренко. Харків : Право, 2022. С. 299–305. 304

13. Контрольний текст проекту нового КК України (станом на 29 вересня 2022 р.). URL: <https://newcriminalcode.org.ua/upload/media/2022/09/29/1-kontrolnyj-tekst-proektu-kk-29-09-2022.pdf>

14. Музика А. А. Політико-правове рішення як винятковий кримінально-правовий захід: актуальна проблема, що потребує законодавчого регулювання. *Кримінально-правове регулювання та забезпечення його ефективності* : матеріали міжнар. наук. практ. конф., м. Харків, 18–19 жовт. 2018 р. / редкол.: В. Я. Тацій (голов. ред.), В. І. Борисов (заст. голов. ред.) та ін. Харків : Право, 2018. С. 115–118.

15. Кузнецов В. В., Сийпловіч М. В. Перспективи кримінально-правового забезпечення обміну військовополонених. *Юридичний науковий електронний журнал*. 2022. № 6. С. 185–188. 187

16. Чабаненко О. Щодо законопроектів про політико-правові рішення та про заборону на зупинення санкцій РНБО. *Український Інститут Майбутнього* : веб-сайт. URL: <https://uifuture.org/publications/shhodo-zakonoproektiv-pro-polityko-pravovi-rishennya-ta-pro-zaboronu-na-zupynennya-sankcij-rnbo/>

17. 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.