

Музика А. А.
*провідний науковий співробітник ДНДІ МВС України,
доктор юридичних наук, професор,
член-кореспондент Національної академії
правових наук України,
голова Робочої групи з кримінального права та
кримінального процесу Науково-консультативної ради
при Голові Верховної Ради України*

ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНІ: НОВОСТВОРЕНІ ПРОБЛЕМИ НА ТЛІ ЗАКОНУ УКРАЇНИ ВІД 28 ЛИПНЯ 2022 р. № 2472-IX

Законом «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. № 2472-IX (далі – Закон від 28 липня 2022 р.) встановлено порядок вирішення відповідних питань у сфері гуманітарного права. Закон набрав чинності 19 серпня 2022 р. [1]. Ним запроваджено субінститут, раніше невідомий вітчизняному кримінальному праву. Повернення наших захисників на Батьківщину практикується в основному шляхом так званого обміну військовополоненими.

Що ми мали до ухвалення аналізованого Закону? Кримінальний і Кримінальний процесуальний кодекси України у зазначеній частині фактично перестали працювати, і головне – без будь-яких законодавчих рішень. До обміну залучали осіб, щодо яких не було ухвалено судового рішення по суті кримінального провадження.

Тепер маємо Закон. І цей факт сам по собі мав би сприйматися як позитивний крок у вирішенні долі наших співвітчизників. Але так не склалося, ситуація ще більш загострилася. Розглянемо, в чому полягає проблема. Якщо не торкатися власне юридичної сторони встановленої процедури, то юристам ніби немає про що турбуватися. Адже визволити наших співвітчизників із ворожого полону – то свята справа. Втім у правовій державі законність, як один із елементів верховенства права, ніхто не скасовував. Це стосується передусім тих випадків, коли до обміну залучаються військові (чи інші громадяни) ворожої нам держави-агресора, яких ми притягуємо до кримінальної відповідальності за злочини, визначені Римським статутем Міжнародного кримінального суду, зокрема за воєнні злочини. Тобто йдеться не про засуджених осіб, а тих, щодо яких здійснюється досудове провадження або триває судовий розгляд справи.

Якщо ж на законних підставах кримінальне провадження не було закрито за реабілітуючих підстав, то має бути розгляд кримінальної справи в суді з настанням відповідних правових наслідків – ухвалення вироку (обвинувального чи виправдувального), або звільнення підсудного від кримінальної відповідальності, або звільнення засудженого від покарання (чи його пом'якшення) за амністією чи на підставі акта про помилування, чи з інших законних підстав, передбачених КК України, або настає відбування засудженим призначеного покарання. І лише після набрання відповідним судовим рішенням законної сили можна було б припустити можливість обміну за участю подібних осіб. Чому роблю застереження власне про допустимість такого обміну? Річ у тім, що актуальним залишається принципове питання: чи можуть військові ворожої армії (наразі – московії), або озброєні громадяни на зразок ПВК «Вагнер» мати статус військовополонених, якщо у нас вони притягуються (чи притягнуті) до кримінальної відповідальності? Переконалися, що у таких випадках зазначені особи – це воєнні злочинці і вони не можуть визнаватися військовополоненими. Принаймні за чинного законодавства України.

Законом від 28 липня 2022 р. Кримінальний кодекс України доповнено однією статтею – 84⁻¹ такого змісту (тут і далі слова у тексті Закону виділені мною. – А. М.) :

«Стаття 84¹. Звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу **засудженого** для обміну як військовополоненого

1. Звільняється від відбування покарання **засуджений**, стосовно якого уповноваженим органом прийнято рішення про його передачу для обміну як військовополоненого та яким надано письмову згоду на проведення такого обміну.

2. Якщо обмін такого засудженого не відбувся, суд за клопотанням прокурора приймає рішення про направлення засудженого, звільненого від відбування покарання у зв'язку з його передачею для обміну як військовополоненого, для подальшого відбування призначеного раніше покарання.

3. У разі вчинення особою, яку було звільнено судом від відбування покарання у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про її передачу для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся, протягом невідбутої частини покарання нового кримінального правопорушення суд призначає їй покарання за правилами, передбаченими статтями 71 і 72 цього Кодексу».

Звертаю увагу на те, що згідно зі змінами, внесеними до КК України, суб'єктом обміну може бути: 1) винятково військовополонений; 2) лише засуджена особа. При цьому: 1) не мають значення тяжкості вчиненого злочину, вид і міра призначеного винуватому покарання; 2) виключається дія норм про застосування давності притягнення особи до кримінальної відповідальності.

Відповідні завдання щодо обміну покладені на Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими. Зокрема, він ухвалює рішення про затвердження списку для здійснення передачі військовополонених ворогів і звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора, та здійснює повноваження щодо забезпечення зазначеної процедури згідно з Порядком (для службового користування), затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2022 р. № 441 [2; 3].

Суттєвих коректив, за Законом від 28 липня 2022 р., зазнав КПК України, вони докорінно суперечать матеріальному праву. Зокрема, ч. 1 ст. 3 КПК України доповнено пунктом 28 такого змісту:

«28) особа, стосовно 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».

Як бачимо, за КПК України суб'єктом обміну може бути не лише засуджена особа, а й підозрюваний чи обвинувачений. Це свідчить про появу у нашому законодавстві чергової **міжгалузевої колізії**.

Виникає запитання: яким законом необхідно керуватися на практиці – матеріальним чи процесуальним? На мою думку, матеріальним. Тобто обміну мають підлягати лише засуджені особи. Складність правильного вирішення цього питання пояснюється, зокрема, тим, що правовий конфлікт між актами різних галузей права (міжгалузева колізія) породжений одним Законом, а не різними нормативно-правовими актами. На перший погляд, КК України і КПК України не перебувають в ієрархічному підпорядкуванні, оскільки вони – нормативно-правові акти однакової юридичної сили. Для подолання такої колізії має застосовуватися інший підхід. Необхідно враховувати таке.

По-перше, матеріальне право щодо процесуального є фундаментальним. У цій галузевій парі процесуальний кодекс виконує прикладну функцію.

По-друге, треба пам'ятати і про предмет правового регулювання. Наприклад, такі інститути, як покарання, звільнення від покарання належать передусім до предмета кримінального права. І якщо відбувається вторгнення процесуального закону у кримінально-правову сферу, то такий акт не є правовим. Саме так свого часу сталося, коли КПК України, без оглядки на КК України і Конституцію України, породив категорії «кримінальний проступок» і «кримінальне правопорушення».

По-третє, Закон від 28 липня 2022 р. запровадив позасудовий вид звільнення від кримінального покарання. В основному цим займається «уповноважений орган» (ним є Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими). Таким чином, створена не лише міжгалузева, а й внутрішньогалузева колізія. У ч. 1 ст. 74 написано: «Звільнення засудженого від покарання або подальшого його відбування, заміна більш м'яким, а також пом'якшення призначеного покарання, крім звільнення від покарання або пом'якшення покарання на підставі закону України про амністію чи акта про помилування, **може застосовуватися тільки судом** у випадках, передбачених цим Кодексом».

По-четверте, оскільки відповідним уповноваженим органом «до списку для обміну як військовополонений» може бути включена **будь-яка особа, яка має процесуальний статус підозрюваного, обвинуваченого**, маємо порушення презумпції невинуватості: «Особа вважається невинуватою у вчиненні злочину і не може бути піддана кримінальному покаранню, доки її вину не буде доведено в законному порядку і встановлено обвинувальним вироком суду» (ч. 1 ст. 62 Конституції України). Між іншим, тут доречно акцентувати на невідповідності ч. 2 ст. 2 КК України зазначеній нормі Основного Закону України; норма КК України про презумпцію невинуватості хоча й дублює конституційне положення, але йдеться у ній не про злочин, а про кримінальне правопорушення. Це своєрідне відлуння (як наслідок) запровадження категорій «кримінальний проступок» і «кримінальне правопорушення» без урахування конституційної матерії (п. 22 ч. 1 ст. 92 Основного Закону України).

Треба сказати, що Законом від 28 липня 2022 р. породжена й інша юридична невизначеність. КПК України доповнено ст. 201⁻¹ «Скасування запобіжного заходу» такого змісту:

«1. Прокурор **має право** звернутися в порядку, передбаченому статтями 184 та 132 цього Кодексу, до слідчого судді, суду з клопотанням про скасування запобіжного заходу у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного, обвинуваченого для обміну як військовополоненого».

Тобто питання про скасування запобіжного заходу, відповідно до Закону, вирішується на розсуд прокурора – йому необов'язково з цього приводу звертатися до суду, чи не так? Тоді навіщо така норма?

У межах процесуального права також створена неймовірна внутрішньогалузева колізія. Законом від 28 липня 2022 р. ч. 2 ст. 297⁻¹ КПК України після абзацу першого доповнено новим абзацом такого змісту:

«Спеціальне досудове розслідування **здійснюється** на підставі ухвали слідчого судді у кримінальному провадженні щодо злочину, вчиненого підозрюваним, стосовно якого уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся».

Натомість в інших кримінально-процесуальних нормах (в одній і тій самій статті) написано так:

«**Стаття 297⁻⁴**. Вирішення питання про здійснення спеціального досудового розслідування

1. Слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук, та/або уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся. ...

3. Повторне звернення з клопотанням про здійснення спеціального досудового розслідування до слідчого судді в одному кримінальному провадженні **не допускається, крім випадків наявності нових обставин**, які підтверджують, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на

території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук, **та/або уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся».**

Все викладене свідчить про необхідність якнайшвидшого повернення законодавця до належного врегулювання питань щодо здійснення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора.

Список використаних джерел

1. Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених: Закон України від 28 липня 2022 р. № 2472-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2472-20#Text>

2. Положення про Координаційний штаб з питань поводження з військовополоненими. Затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 11 березня 2022 р. № 257. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/257-2022-п#Text>

3. Порядок здійснення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора (для службового користування). Затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2022 р. № 441. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/441-2022-п#Text>