



## Вячеслав Навроцький

доктор юридичних наук, професор,  
член-кореспондент НАПрН України,  
професор кафедри теорії права та прав людини  
Українського католицького університету  
(Львів, Україна)  
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4276-037X>  
Researcher ID: D-6589-2019  
[navrotskyi.vo@gmail.com](mailto:navrotskyi.vo@gmail.com)

DOI: 10.33498/Юшн-2023-05-039

УДК 343.2; 343.3

### ПРО ТАК ЗВАНИЙ “ІМУНІТЕТ КОМБАТАНТА”

АНОТАЦІЯ. Від початку повномасштабної російсько-української війни почала впроваджуватися теза, що російські військові наділені “імунітетом комбатанта” і не підлягають кримінальній відповідальності за Кримінальним кодексом України, окрім як за воєнні злочини.

Метою статті є доведення хибності цієї тези та обґрунтування того, що насправді такого імунітету у військових армії агресора не існує.

Розглянуто аргументи, що підтверджують цю гіпотезу та спростовують доводи, які критикують тезу про заперечення “імунітету комбатанта”.

Зроблено висновок, що “імунітет комбатанта” в українському кримінальному праві не має юридичних, соціальних, моральних підстав. Відносна поширеність відповідної концепції, яка активно насаджується і багатьма, на жаль, сприймається некритично, не свідчить про її прийнятність.

Ключові слова. кримінальна відповідальність; кримінальний кодекс; звільнення від відповідальності; імунітет; військовослужбовець; агресія.

Від початку переростання російсько-української війни у повномасштабну, загострилося питання про кримінально-правову оцінку дій російських військових, які вторглися в Україну та почали масово вчиняти найтяжчі та найзухваліші злочини. При цьому почала впроваджуватися теза про те, що вони наділені так званим “імунітетом комбатанта”, через що не підлягають кримінальній відповідальності за посягання, які вчиняються під час ведення бойових дій. Безсумнівно, правильне вирішення питання про кримінально-правову оцінку відповідних діянь набуває суттєвого значення в соціально-політичному, морально-психологічному, теоретичному, законотворчому та правозастосовному аспектах.

У вітчизняній кримінально-правовій літературі питання кваліфікації дій учасників військової агресії до 22 лютого 2022 р. по суті не висвітлювалося. Після переходу російсько-української війни до повномасштабної українські криміналісти розділилися на два табори. Одні (М. Хавронюк, В. Михайленко, Д. Коваль, А. Павлюк) визнають наявність вказаного

© Вячеслав Навроцький, 2023

іmunітету щодо російських полонених (крім хіба що воєнних злочинів), другі (Л. Брич, Я. Триньова, автор цих рядків) його заперечують та вважають, що вчинення передбачених Кримінальним кодексом України (далі – КК України)<sup>1</sup> дій російськими військовослужбовцями під час збройної агресії проти України не виключає кримінальної відповідальності. Позиція правозастосовної практики, де спочатку відкривали кримінальні провадження проти російських військовослужбовців за статтями 201, 332<sup>2</sup> КК України, а також статтями про злочини проти життя і здоров'я, проти власності тощо помінялася після того, як Офіс Генерального прокурора 17 березня 2022 р. видав документ під назвою “Лист-орієнтування про застосування положень міжнародного гуманітарного права щодо поводження з військовополоненими та особливостей кваліфікації їх дій за Кримінальним кодексом України”, де вказав, що такі особи ‘не несуть відповідальності за факт участі у збройному конфлікті’ та що раніше відкриті кримінальні провадження підлягають закриттю у зв’язку з відсутністю в їх діяннях складу злочину<sup>2</sup>.

Метою дослідження є критика позиції, згідно з якою визнається наявність “іmunітету комбатанта” у російських військовослужбовців, які вторглися в Україну під час російсько-української війни та доведення того, що для такого іmunітету немає юридичних, соціальних, моральних підстав.

Отже, існує наукова гіпотеза, відповідно до якої російські військовослужбовці, які беруть участь в агресивній війні проти України, не наділені “іmunітетом комбатанта” та підлягають кримінальній відповідальності згідно з КК України. Перевірити цю гіпотезу та довести її обґрунтованість можна і треба у спосіб критичного аналізу доводів прихильників існування “іmunітету комбатанта”. Водночас варто висунути аргументи проти існування та застосування такого іmunітету. Для зручності і планування можливої майбутньої дискусії, кожне міркування нумерується.

1. Прихильники “іmunітету комбатанта” завжди посилаються на те, що він передбачений міжнародним правом<sup>3</sup>. Але без будь-яких уточнень, які ж саме положення регламентують такий “іmunітет”. Прохання конкретизувати посилання – вказати конкретну статтю, частину, пункт цих об’ємних міжнародно-правових актів – зазвичай залишається без відповіді.

<sup>1</sup> Кримінальний кодекс України: Закон України від 5 квітня 2001 р. № 2341-III <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2341-14#Text>> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>2</sup> Офіс Генерального прокурора № 18/1-125ВИХ-134ОКВ-22 від 17.03.2022 КЕП: Венедіктова І. В. 17.03.2022 08:16 E7F9735E995F9F51 <<https://drive.google.com/file/d/1Mlp7zfpivzdoir2Y-CWyyYkPL2gimwLP/view>> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>3</sup> Зазвичай посилаються на такі акти, як Женевська конвенція від 12 серпня 1949 р. про поводження з військовополоненими та Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р., що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р., IV Конвенцію про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі (Гаага, 18 жовтня 1907 р.).

Показовий епізод, який відбувся 9 червня 2022 р. під час засідання VIII [XXI] Львівського форуму кримінальної юстиції. Один із майданчиків цього Форуму був у Львові, спікери – адепти “імунітету комбатанта” В. Михайленко, Д. Коваль, А. Павлюк. На пряме запитання про те, яка ж стаття та якого саме міжнародно-правового акта передбачає цей імунітет, опоненти не відповіли. Д. Коваль лише зазначив, що це визначене у ст. 43 Додаткового протоколу № 1 до Женевської конвенції<sup>4</sup> 1949 р. про поводження з військовополоненими.

Маючи текст цієї статті перед очима і не знайшовши у ньому не те що фрази, а навіть слова, яке б стосувалося “імунітету комбатанта”, знову звернувся до іншої сторони дискусії з уточнюючим запитанням. На що від Д. Ковалья отримав відповідь, що, мовляв, треба читати між рядками (!). Далі було сказано, що ідею про кримінальну відповідальність рядових військовослужбовців: “Ми нікому не продамо!”<sup>5</sup>. Що мав на увазі автор цієї тези, залишилося невідомим, як і незрозумілим, як же співвідноситься пошук правової підстави виключення кримінальної відповідальності “між рядками” із засадами юридичної визначеності.

Отже, можна констатувати, що *прихильники “імунітету комбатанта” нині не називають жодної, закріпленої в міжнародному договорі, ратифікованому Україною, правової підстави для визнання “імунітету комбатанта”*. Наважуся припустити, такого договору і не існує. Інакше, мабуть, на нього постійно б вказували.

2. Інші, більш обережні (а, скоріше, обізнані) прихильники концепції “імунітету комбатанта” ведуть мову про те, що необхідність його визнання та дотримання в Україні впливає з міжнародних звичаїв, традицій, практики тощо. Однак обходять питання про те, на чому базується такий звичай чи традиція, коли він зародився, чи повинен зберігатися в сучасних умовах, які є конкретні приклади його застосування. І, головне, не звертають увагу на те, що, навіть, якщо такий звичай і існує в міжнародному кримінальному праві, то чи поширюється він на українське кримінальне право.

Стверджую, що *в Україні у кримінально-правовій сфері не існує правових підстав для використання звичаєвих міжнародно-правових норм чи практики міжнародних юрисдикційних органів*. За єдиним винятком, який стосується практики Європейського суду з прав людини (далі – ЄСПЛ), до того ж, лише у справах, де Україна є стороною<sup>6</sup>. В усіх же інших випадках слід керуватися загальними, ніким не підваженими нормами про те,

<sup>4</sup> Додатковий протокол до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995\\_199#Text](https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_199#Text)> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>5</sup> OSCE projects in Ukraine. VIII Львівський форум кримінальної юстиції. День 2: Українська кримінальна юстиція в умовах війни <<https://youtu.be/ywHRnGB3KY8>> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>6</sup> Це, як відомо, прямо передбачене Законом України “Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини”, який у ст. 17 містить норму, згідно з якою українські суди як

що частиною національного законодавства України є чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України (ч. 1 ст. 9 Конституції України<sup>7</sup>, ч. 5 ст. 3 КК України).

Прихильники ідеї про “імунітет комбатанта” можуть на свою користь послатися (і в усних виступах та розмовах посилаються) на положення ч. 1 ст. 3 КК України, згідно з якою кримінальний кодекс “ґрунтується на <...> загальноновизнаних принципах і нормах міжнародного прав”. На їхню думку, це дає підставу не застосовувати положення цього Кодексу до російських військовослужбовців.

Однак насправді все набагато чіткіше. Загальноновизнаними принципами міжнародного права є не будь-які положення, а лише ті, які прямо та вичерпно віднесені до таких у міжнародно-правових актах<sup>8</sup>.

Виникає цілком конкретне запитання – яке ж із відповідних положень обґрунтовує наявність “імунітету комбатанта”? Будь яка-спроба “приземлити” прихильників посилатися на загальноновизнані принципи і норми міжнародного права як на безмежну підставу для обмеження сфери дії КК України, виражаються у пошуках відповіді “поміж рядками”. Пожалівши опонента, підказуєш: “Можливо, ще на принципи поваги та захисту прав людини чи сумлінного виконання міжнародних зобов'язань?”. На що радісно ведуться, не помічаючи пастки.

Адже повага та захист прав людини зовсім не виключає притягнення до кримінальної відповідальності. У цьому аспекті йдеться лише про дотримання процесуальних прав та гарантій того, хто постає перед слідством і судом. При іншому, явно абсурдному підході, довелось би визнати, що будь-яка кримінальна відповідальність порушує права людини.

Що ж до сумлінного виконання міжнародних зобов'язань, то все ще більш очевидно. І розв'язання криється у слові “зобов'язання”, яке має бути зафіксоване та формалізоване у належній формі. Єдиною такою формою є міжнародний договір, ратифікований Україною.

*Україна не брала на себе обов'язок враховувати міжнародні звичаї, традиції тощо, зокрема і щодо не притягнення до кримінальної відповідальності військовослужбовців, які беруть участь у збройному нападі на неї.*

джерело права застосовують при розгляді справ Конвенцію про захист прав людини і основоположних свобод і практику ЄСПЛ.

<sup>7</sup> Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/254%D0%BA/96-%D0%B2%D1%80#Text>> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>8</sup> Загальноновизнані принципи міжнародного права закріплені в Статуті ООН 1945 р., Декларації про принципи міжнародного права, що стосуються дружніх відносин і співробітництва відповідно до Статуту ООН 1970 р. (Декларація принципів міжнародного права 1970 р.) та в Заключному акті Наради з безпеки і співробітництва в Європі 1975 р. (Заклучний акт НБСЕ 1975 р.). Ними є принципи: незастосування сили та погрози силою; самовизначення народів; територіальної недоторканності держав; суверенної рівності держав; невтручання у внутрішні справи держави; недоторканності і непорушності державних кордонів; міжнародного співробітництва; мирного вирішення територіальних суперечок; поваги та захисту прав людини; сумлінного виконання міжнародних зобов'язань.

Якщо ж прихильники ідеї про “іmunітет комбатанта” можуть довести зворотне – хай це зроблять із посиланням на конкретні джерела.

3. Слід акцентувати увагу на тому, що мимохіть чи умисно ігнорують прихильники ідеї про “іmunітет комбатанта” – Гаазька конвенція<sup>9</sup> 1907 р., Женевські 1949 р. (включаючи і Додатковий протокол) конвенції<sup>10</sup> не призначені для того, щоб захистити військовослужбовців армії агресора від кримінальної відповідальності за злочини, вчинені під час такої агресії – їх призначення полягає у захисті жертв війни та гарантуванні гуманного поводження щодо військовополонених. Гуманне поводження зовсім не тотожне безкарності за насправді вчинені злочини. Щоб переконатися у цьому, досить подивитися на назву відповідних актів, вивчити їхній зміст. До того ж відповідні міжнародно-правові акти не виключають кримінальної відповідальності учасників війни, зокрема й військовополонених. Вони передбачають лише забезпечення належних процесуальних гарантій для військовополонених при їх кримінальному переслідуванні. Адже пп. d) п. 1 ст. 3 Женевської Конвенції про поводження з військовополоненими забороняє щодо військовополонених лише ‘засудження та застосування покарання без попереднього судового рішення, винесеного судом, який створено належним чином і який надає судові гарантії визнані цивілізованими народами як необхідні’<sup>11</sup>. Чи є у текстах відповідних міжнародно-правових актів інші положення, які стосуються кримінальної відповідальності військовослужбовців? Є! Вони (точніше, воно, бо єдине) стосуються того, що військовополонений не може бути притягнутий до кримінальної відповідальності за втечу з полону. Якщо інших положень немає (принаймні автор їх не знайшов у тексті конвенцій, а пропозицію шукати “між рядками” не визнає як таку, що варта на будь-яку увагу та повагу), то це означає, що *міжнародно-правові конвенції про закони і звичаї війни та статус військовополонених (те що зараз прийнято називати міжнародним гуманітарним правом) не передбачають звільнення учасників бойових дій від кримінальної відповідальності. Тому посилатися на них як на підставу застосування “іmunітету комбатанта” принаймні безпідставно.*

<sup>9</sup> IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі від 18 жовтня 1907 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995\\_222#Text](https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_222#Text)> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>10</sup> Конвенція про захист цивільного населення під час війни від 12 серпня 1949 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995\\_154#Text](https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_154#Text)> (дата звернення: 07.04.2023); Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12 серпня 1949 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995\\_153](https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_153)> (дата звернення: 07.04.2023); Конвенція про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі від 12 серпня 1949 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995\\_152#Text](https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_152#Text)> (дата звернення: 07.04.2023); Конвенція про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях від 12 серпня 1949 р. <[https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995\\_151#Text](https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/995_151#Text)> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>11</sup> Женевська конвенція про поводження з військовополоненими (н 10).

4. Ще одне міркування щодо позиції про “іmunітет комбатанта” полягає у тому, що *прихильники такої правової конструкції ігнорують саме поняття іmunітету, надають йому невласливого значення*. Це поняття не має нормативного визначення, не відбулося більш-менш глибокого з’ясування його значення і у теорії кримінального права. Що ж до семантичного значення слова “іmunітет”, то як юридичний термін він вживається у своєму не основному значенні. Великий тлумачний словник української мови – першим (відповідно – головним) значенням вказує медичне та біологічне. Як правове поняття іmunітет визначається як

виключне право не підлягати деяким загальним законам, що надається особам, які посідають особливе становище в державі. // Звільнення дипломатичних працівників від деяких правових норм тієї держави, в якій вони акредитовані. Депутатський іmunітет<sup>12</sup>.

Таким чином, тлумачний словник підкреслює, що, по-перше, іmunітет – це *виключне право*, та по-друге, надається лише особам, які посідають *особливе становище*.

Хотілося б, щоб прихильники ідеї “іmunітету комбатанта” пояснили та обґрунтували, чому військовослужбовці іноземної держави, яка здійснює військову агресію проти України, є тими, хто заслуговує на виключне право, тобто не підпадають під загальні норми про кримінальну відповідальність за вчинені протиправні та передбачені КК України діяння, та в чому полягає їхнє особливе становище у державі, в агресії проти якої вони беруть участь? Для автора цих рядків відповідь очевидна – у них немає жодних підстав претендувати на якесь особливе привілейоване становище в Україні.

Далі. Як приклад осіб, які наділяються іmunітетом, у Великому тлумачному словнику української мови названі два види осіб – дипломати та депутати, а іноземних військовослужбовців серед них немає. Зрозуміло чому. Адже названі у словнику особи виконують важливі соціальні функції, їм виражається особлива довіра з боку держави, яку вони представляють, або виборців, і вони потребують належних умов для здійснення своєї діяльності. Врешті-решт, кількість таких осіб обмежена.

І цілком зрозумілі підстави, чому не охоплюються поняттям іmunітету військовослужбовці ворожої армії. Адже вони не вчинюють будь-чого позитивного для України, у нашій державі їх ніхто не перевіряв на доброспорядність перед допуском до виконання відповідних функцій. То чому ж вони мають заслуговувати на іmunітет, який являє собою виключення із загального правила та пільгу? *Невже прихильники існування “іmunітету комбатанта” вважають, що потрібно сприяти іноземним воякам*

<sup>12</sup> Великий тлумачний словник української мови (Бусел В уклад і голов ред, Перун 2004) 397.



у здійсненні нападу на Україну, потрібно, щоб вони навіть не задумувалися про правомірність своїх діянь і апіорі були переконані у своїй безкарності?

5. Особи, які мають відповідний імунітет, набувають його на підставі конкретних правових норм. Дипломати – ч. 1 ст. 31 Віденської конвенції про дипломатичні зносини<sup>13</sup>, п. 13 Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні<sup>14</sup>, затвердженого Указом Президента України від 10 червня 1993 р. № 3198/93, народні депутати України свого часу мали імунітет на підставі Конституції України та законів України, відповідні статті Кримінального процесуального кодексу України (далі – КПК України)<sup>15</sup>. Імунітет від кримінального переслідування мають також Президент України та судді, що теж детально регламентовано у Конституції та законах України. У той же час немає такого роду норм, які б регламентували імунітет військовослужбовців іноземної армії. Таким чином, *імунітет від кримінального переслідування виникає та існує на підставі конкретних правових норм, які щодо військовослужбовців армії ворога не створені. А відсутність правової регламентації означає відсутність імунітету.*

6. Приблизники застосування до російських військовослужбовців імунітету ігнорують, що кримінально-правові імунітети мають особистий характер. Дипломатичний імунітет особа отримує у зв'язку з призначенням на відповідну посаду та після належної акредитації. Так, ст. 4 вказаної Віденської конвенції передбачає, що держава, яка призначає керівника дипломатичного представництва, має отримати агреман від держави перебування на його призначення, відповідно до ст. 7 цієї Конвенції держава перебування може запропонувати, щоб імена військових, морських або авіаційних аташе попередньо повідомлялися для надання згоди на їх призначення. Тобто згода на призначення означає і згоду на надання імунітету від кримінального переслідування в державі перебування. Водночас за ч. 1 ст. 9 Віденської конвенції держава перебування може визнати, що глава представництва або будь-хто з членів дипломатичного представництва є *persona non grata*, що, водночас, означає відмову від надання дипломатичного імунітету для такої особи. Президент України, судді (а раніше і народні депутати) набували імунітету від кримінального переслідування лише після призначення на посаду та складання присяги.

Тобто імунітет стосується конкретної особи, пов'язаний із певною посадою, яку обіймають, та обмежений перебуванням на ній. Принаймні незрозуміло, чому імунітет від кримінального переслідування в Україні

<sup>13</sup> Vienna Convention on Diplomatic Relations. 1961 <[https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9\\_1\\_1961.pdf](https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf)> (accessed: 07.04.2023).

<sup>14</sup> Положення про дипломатичні представництва та консульські установи іноземних держав в Україні, затверджено Указом Президента України від 10 червня 1993 р. № 198/93 <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/198/93#Text>> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>15</sup> Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13 квітня 2012 р. № 4651-VI <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/4651-17#Text>> (дата звернення: 07.04.2023).

повинні мати ті, що відповідну посаду не обіймають, а лише вторглися в Україну у складі ворожих військ.

7. Ревнителі ідеї “іммунітету комбатанта” спотворюють саму суть іммунітету – вони тлумачать його як індульгенцію від кримінальної відповідальності. У згаданому вище “Листі-орієнтуванні” Офісу Генерального прокурора йдеться про те, що іноземні військовослужбовці є особами, які ‘не несуть кримінальної відповідальності за факт участі у збройному конфлікті’, що у скоєному ними відсутній склад будь-якого кримінального правопорушення, крім, можливо, передбаченого ст. 438 КК України. Тобто вони апріорі визнаються такими, які і не підлягають кримінальній відповідальності безвідносно до того, що вони вчинили.

Водночас суть іммунітету, наприклад, дипломатичних представників іноземних держав, полягає в іншому – вони мають іммунітет не від кримінальної відповідальності, а від кримінального переслідування у державі перебування. Та й це не абсолютне рішення – відповідно до ч. 4 ст. 6 КК України питання про кримінальну відповідальність таких осіб за правопорушення, вчинені на території України, вирішується дипломатичним шляхом. Тобто йдеться не про матеріально-правові підстави відповідальності, а про процесуальний порядок її реалізації – органи якої держави мають повноваження реалізувати кримінальну відповідальність. Аналогічний зміст має і іммунітет Президента України, суддів, а в період його існування – і народних депутатів України. Вирішення питань, які стосуються іммунітету, полягало у дотриманні спеціального процесуального порядку притягнення до кримінальної відповідальності. Тобто іммунітет стосується додаткових процесуальних гарантій, а не підстав кримінальної відповідальності.

До речі, відсутність відповідальності за діяння, вчинені у зв’язку з виконанням відповідних соціально корисних функцій, називається не іммунітет, а *індемнітет* (від лат. *indemnitas*, що перекладається як захист від шкоди чи забезпечення збереження) та означає, що відповідна особа не несе ніякої відповідальності за свої висловлювання чи рішення, прийняті у межах компетенції та які не є явно злочинними.

8. “Лист-орієнтування” *суперечливий щодо підстави, відповідно до якої неможливе притягнення військовослужбовців армії загарбника до кримінальної відповідальності*. У ньому вказується, що такі особи не несуть кримінальної відповідальності водночас і у зв’язку з відсутністю в їх діяннях складу злочину, і через наявність стверджуваного іммунітету комбатанта. Але якщо у скоєному немає складу злочину, то навіщо згадувати ще й про якийсь міфічний іммунітет від кримінальної відповідальності? А якщо такий іммунітет насправді існує, то при чому тут склад злочину (точніше, його відсутність)? Адже, за наявності іммунітету (в інтерпретації Офісу Генерального прокурора), кримінальна від-



повідальність не може наставати навіть за наявності складу кримінального правопорушення.

9. *Суперечливо визначений обсяг імунітету – коло злочинів, на які він поширюється.* Спочатку “Лист-орієнтування” (с. 2 абз. 5) вказує, що не потребують правової кваліфікації за жодною статтею КК України дії затриманих військовослужбовців Російської Федерації, ‘стосовно яких немає даних щодо вчинення ними злочинів, передбачених ст. ст. 438 КК України’, а наприкінці тексту (с. 3, абз. 8) йдеться про ‘забезпечення їх гарантій від кримінального переслідування за умови відсутності вчинення ними воєнних злочинів’. Очевидно, що злочин, передбачений ст. 438 КК України, та воєнні злочини (поняття яких КК України, чинний на момент направлення цього листа, та й на момент написання цього тексту, взагалі не передбачає) далеко не тотожні поняття.

Це, не кажучи про те, що саме собою рішення про визнання імунітету від кримінального переслідування в Україні у такому обсязі ворожих військовослужбовців взагалі не те, що сумнівне, а абсурдне. Поміж іншого виникає питання, а що, автори цього листа переконані, що російські військовослужбовці не підлягають кримінальній відповідальності і за поширення наркотиків, підробку грошей і т. п.?

10. “Лист-орієнтування” намагається *обґрунтувати вирішення конкретних правозастосовних питань політичними аргументами, що цілком неприйнятне.* У його передостанньому абзаці стверджується:

<...> правильність оцінки дій військовополонених та забезпечення їх гарантій від кримінального переслідування за умови відсутності вчинення ними воєнних злочинів засвідчує виконання Україною взятих на себе міжнародно-правових зобов’язань, дотримання норм міжнародного гуманітарного права та посилює позиції України в міжнародних інституціях<sup>16</sup>.

Однак:

– Україна не брала на себе зобов’язань забезпечити безкарність іноземних агресорів. Вкотре вказую, в актах міжнародного гуманітарного права відповідних положень немає. Україна при ратифікації відповідних актів не “підписувалася” на те, що військовослужбовцям іноземної держави буде обіцяна безкарність, а джерелом права в Україні є лише підписані нею та ратифіковані нею ж міжнародні договори. А не домисли окремих авторів.

– Вся суть міжнародного гуманітарного права – убезпечити жертв війни.

– Військовослужбовцям ворожої армії обіцяно лише те, що проти них не будуть застосовані засоби ведення війни, заборонені міжнародними угодами.

<sup>16</sup> Офіс Генерального прокурора №18/1-125ВИХ-134ОКВ-22 від 17.03.2022 (н 2).

– Військовополоненим гарантуються тільки належне поводження, матеріальне забезпечення та процесуальні права. І не більше.

11. Оцінка ж “Листа-орієнтування” з формальної сторони дає підставу стверджувати, що Офіс Генерального прокурора взагалі не наділений повноваженнями давати загальні вказівки з питань кримінально-правової кваліфікації та відповідним чином формувати правозастосовну практику. Існує ціла низка аргументів на підставі яких можна (і потрібно!) заперечити право Офісу Генерального прокурора видавати подібні акти.

Стаття 131<sup>1</sup> Конституції України, ч. 1 ст. 2 Закону України “Про прокуратуру”<sup>17</sup> не передбачають серед функцій цього органу тлумачення закону, надання роз’яснень щодо його застосування. У частині 3 ст. 19 вказаного Закону окремо наголошено, що на прокуратуру не можуть покладатися функції, не передбачені Конституцією України. Це означає, що прокуратура й сама не може брати на себе невласливі їй функції.

Можливо, Офіс Генерального прокурора керувався п. 9 ч. 1 ст. 9 Закону України “Про прокуратуру”, де передбачено, що Генеральний прокурор ‘затверджує загальні методичні рекомендації для прокурорів з метою забезпечення однакового застосування норм законодавства України під час здійснення прокурорської діяльності’<sup>18</sup>?

Однак:

– Цей лист містить не рекомендації (як пораду, пропозицію, настанову щодо одного з можливих варіантів поведінки), а категоричні вказівки щодо того, яку кримінально-правову оцінку слід давати діям певних осіб у певних ситуаціях.

– У листі відсутні будь-які методичні положення як сукупність взаємопов’язаних способів та прийомів доцільного проведення роботи. “Лист-орієнтування” не говорить про те, як слід проводити кваліфікацію діянь, вчинених російськими військовослужбовцями, що потрапили в полон, а вказує що належить зробити з кримінальними провадженнями, відкритими щодо таких осіб.

– Вказаний документ не виданий як наказ, що згідно з ч. 2 ст. 9 Закону України “Про прокуратуру” має бути підданий державній реєстрації Міністерством юстиції України та включений до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів, належно оприлюднений, може бути оскаржений. Набувши форми “Лист-рекомендація”, по суті виявився прихованим від оцінки та критики широкою юридичної громадськості.

– Прокурори, отримавши такий лист, опинилися у двозначній ситуації. Адже, відповідно до ч. 1 ст. 17 Закону України “Про прокуратуру” вони ‘підпорядковуються керівникам виключно в частині виконання

<sup>17</sup> Про прокуратуру: Закон України від 14 жовтня 2014 р. № 1697-VII <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/1697-18#Text>> (дата звернення: 07.04.2023).

<sup>18</sup> Там само.

письмових наказів адміністративного характеру, пов’язаних з організаційними питаннями діяльності прокурорів та органів прокуратури”, згідно з ч. 3 цієї ж статті ‘під час здійснення повноважень, пов’язаних з реалізацією функцій прокуратури, прокурори є незалежними, самостійно приймають рішення про порядок здійснення таких повноважень, керуючись при цьому положеннями закону’. Водночас, чи багато українських прокурорів будуть діяти всупереч категоричній вказівці Генерального прокурора? Автору не відомий хоча б один випадок, коли б працівники прокуратури оспорили отримані вказівки та приймали процесуальні рішення, керуючись законом, а не цим “Листом-орієнтуванням”. Хоча в приватному спілкуванні вони погоджуються з тим, що злочини проти України та її громадян, вчинені так званими комбатантами під час військових дій, не мають залишатися безкарними.

– Нав’язавши свою позицію прокурорам, Офіс Генерального прокурора перешкодив нормальному формуванню судової практики. Адже суди не можуть виразити свою позицію у вирішенні важливої юридичної проблеми.

12. Законодавство України базується на засаді невідворотності кримінальної відповідальності (ч. 1 ст. 2, ч. 1 ст. 25 КПК України). Виявивши діяння, яке містить ознаки складу злочину або кримінальний проступок, прокурор або слідчий мають єдиний варіант поведінки – відкривати кримінальне провадження, причому лише за статтею кримінального закону, яке містить склад відповідного кримінального правопорушення.

У діях же кожного російського військового, який зі зброєю вторгся в Україну, безсумнівно, є всі ознаки складів злочинів, передбачених статтями 201, 332<sup>2</sup> КК України, тих, хто застосовував зброю проти українських військових – склади умисного вбивства і т. д. Не відкрити кримінального провадження за наявності складів відповідних злочинів прокурор чи слідчий не має права! Адже закон цього не передбачає, а вказівка, наявна в “Листі-орієнтуванні”, такою підставою аж ніяк не є.

Також не можна оминати того, що принцип *nulla crimen sine lege*, закріплений у ч. 3 ст. 3 КК України, включає і те, що не-злочинність діяння може бути визначена також лише в КК України. Врешті-решт, це відображено в ч. 1 ст. 44, де передбачено, що особа, яка вчинила кримінальне правопорушення, може бути звільнена лише з підстави, передбаченої цим Кодексом. КК України ж не передбачає жодних правових підстав як для непритягнення до кримінальної відповідальності російських військових, які вторглися в Україну, так і для їх звільнення від кримінальної відповідальності. Кримінальний процесуальний закон містить вичерпний перелік процесуальних підстав (процесуальних порядків) для закриття кримінального провадження у ст. 284 КПК України. Жодна з них не стосується звільнення у зв’язку з “імунітетом комбатанта”. Явною підміною

понять є посилення в “Листі-орієнтуванні” на п. 2 ч. 1 ст. 284 КК України та ніби то відсутність складу злочину у діях російських військових – це явно розкривається при першому ж контрольному питанні – а які ознаки складу злочину вважаються відсутніми?

На одному з науково-практичних вебінарів працівнику Офісу Генерального прокурора, який оповідав учасникам про “іммунітет комбатанта” та здобутки працівників прокуратури у закритті кримінальних проваджень, які були раніше відкриті за фактом вбивства українських військових під час бойових дій із загарбником, було поставлене питання про те, яких ознак складу злочину, передбаченого, наприклад, ст. 332<sup>2</sup> КК України, не вистачає для відкриття провадження за цією статтею щодо російського військового, який зі зброєю вторгся в Україну, та чи вважає він та його колеги відсутнім, зокрема, об’єкт посягання при здійсненні пострілів в українського солдата, чи, часом, Конституція України дозволяє не охороняти його життя як найвищу соціальну цінність? Відповідь була приблизно така – він поділяє моє обурення, але вказівка Генерального прокурора вища. Вища і за закон, і за здоровий глузд?

До речі, законодавець, вже після початку повномасштабного вторгнення, неодноразово вносив зміни та доповнення до КК України, ухвалював інші акти задля забезпечення дії законів України в умовах війни. Однак ні КК України, ні Закон України “Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування питань, пов’язаних із військовополоненими в особливий період”<sup>19</sup> не містять будь-яких положень, які б давали підставу вважати, що Україна визнає “іммунітет комбатантів” від кримінальної відповідальності.

Отже, кримінальний матеріальний та процесуальний закони України, які містять вичерпний перелік підстав для притягнення до кримінальної відповідальності та для звільнення від такої відповідальності, не передбачають серед них “іммунітет комбатанта”. Тому відповідна позиція прямо й однозначно суперечить чинному КК України та КПК України.

13. Заперечення прихильників “іммунітету комбатанта” щодо позиції тих, хто вважає, що рядові учасники російського вторгнення в Україну повинні понести кримінальну відповідальність, нечисленні, несистематизовані, і, переконаний, спростовні. Одне з них полягає у припущенні, що тоді від нас відвернеться весь цивілізований світ, припиниться військова та економічна допомога щодо. З цього приводу можна заперечити тим, що:

<sup>19</sup> Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо впорядкування питань, пов’язаних із військовополоненими в особливий період: Закон України від 24 березня 2022 р. № 2158-IX <<https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/2158-20#Text>> (дата звернення: 07.04.2023).

– Ніхто про позицію цивілізованого світу не запитував – все це припущення авторів критикованої точки зору, які намагаються віднайти на її користь хоча б якісь аргументи.

– Насправді у тій – більшій та кращій частині світу, яка підтримує Україну, існує тверда переконаність, що агресія має бути покарана. Підтвердженням і виразом цього є хоча б неодноразові голосування в ООН на підтримку України.

– Перш ніж говорити про позицію інших держав щодо застосування “іммунітету комбатанта” щодо російських військовослужбовців, слід запитати, а як би ці держави самі вели себе в подібній ситуації? І чи наважилися б їхні слідчі та прокурори проігнорувати власне кримінальне законодавство?

– Смію припустити, що насправді цивілізований світ зневажатиме нас за нездатність, а тим більше пряму відмову покарати злочинців, які напали на нас і вчиняють дії, які прямо заборонені КК України.

– Насправді світ допомагає не нам, а собі. Чи зможуть держави, які надають Україні допомогу у війні з РФ, відмовитися від такого сприяння без ризику заподіяння шкоди власним інтересам, питання риторичне.

*Таким чином, немає підстав вважати на те, що заперечення існування “іммунітету комбатанта” послабить міжнародні позиції України чи погіршить її стосунки з державами-партнерами.*

14. Ще одне заперечення, яке інколи звучить в усних розмовах на цю тему, базується на припущенні, що вторгнення в іноземну державу можуть вчинити українські війська. Такий аргумент легко парюється, оскільки:

– Україна ніколи не виявляла намірів здійснювати агресію щодо будь-якої держави, включаючи і ті, які недружні до нас. З цього приводу були неодноразові та категоричні заяви очільників України.

– Немає жодних, навіть найменших підстав приписувати Україні зловмисні наміри і на їх основі будувати аргументацію проти концепції, яка стосується цілком конкретного акту агресії проти України.

– Якщо ж, попри всі сподівання, виникне потреба у використанні українських військ поза межами нашої держави, то заперечення “іммунітету комбатанта” послужить стимулом щодо формування правових підстав для таких дій (зокрема, отримання прохання чи згоди чинного уряду іноземної держави або ж рішення повноважного міжнародного органу).

*Тому заперечення “іммунітету комбатанта” не виступає фактором, який може бути використаний проти України та її Збройних Сил.*

15. На підтримку “іммунітету комбатанта” та проти його заперечення висловлюється теза, що його невизнання та незастосування погіршить становище українських полонених – мовляв, їх теж почнуть притягати до кримінальної відповідальності в Росії за участь у бойових діях. З такими міркуваннями погодитися також неможливо, бо:

– у Росії це роблять вже (справи “азовців”) безвідносно до того, яке ставлення в Україні до “іmunітету комбатанта”;

– держава-агресор зневажає всі правові норми, тому сподіватися на те, що слідування ідеї про цей іmunітет може хоча б якось змінити її ставлення до українських полонених, немає жодних підстав;

– ідеться про притягнення до відповідальності російських військових, які беруть участь в агресії на території України, виконують явно злочинні накази. Ставити на один рівень кримінально-правову оцінку таких осіб і українських військовослужбовців, які воюють на своїй землі, беруть участь у відбитті іноземного збройного нападу, реалізують право держави на самооборону – виходить за будь-які межі.

*З цього випливає, що пов’язувати “іmunітет комбатанта” та можливість його застосування до російських військових і становище українських військовополонених немає підстав.*

16. Інколи звучить думка, що відкидання “іmunітету комбатанта” та притягнення російських учасників агресії до кримінальної відповідальності позбавить їх стимулу здаватися в полон та посилить активність у бойових діях. Насправді такі міркування вкрай сумнівні, бо діють і протилежні фактори:

– військові РФ обирають між загрозою отримання шкоди, навіть загибелі під час участі в бойових діях, і життям та доволі гуманними умовами в полоні;

– можливість кримінальної відповідальності в Україні має відвернути їх від виконання явно злочинних наказів про вторгнення в Україну;

– притягнення в Україні до кримінальної відповідальності рядових військових буде хоча б якоюсь підставою для нечисленних думаючих людей відмовлятися від участі в бойових діях на території іноземної держави;

– моральний рівень та інтелектуальні здібності пересічних російських військових такі, що досягнути вони можуть лише такі прості і доступні наслідки, як загроза кримінальної відповідальності;

– визнання “іmunітету комбатанта”, як і будь-яка безкарність, заохочує російських військових до участі в агресивній війні.

*Висловлене дає підстави вважати, що заперечення “іmunітету комбатанта” не впливає на наміри російських військових здаватися в полон.*

17. Нарешті, ще один аргумент, який повинен підважити заперечення “іmunітету комбатанта”, стосується навантаження на українську систему кримінальної юстиції – ніби то вона захлинеться під вагою кримінальних проваджень, відкритих проти російських військових. Насправді ж все виглядає інакше, принаймні не так катастрофічно, оскільки:

– Кількість проваджень має визначатися кількістю вчинених кримінальних правопорушень, а не можливостями, чи тим більш бажаннями працівників правозастосовних органів їх розглядати.



– Десятки тисяч українських слідчих, прокурорів, тисячі суддів при багатомільярдному фінансуванні правоохоронної та судової системи – це достатній ресурс, щоб впоратися навіть із сотнями тисяч проваджень.

– Насправді кількість проваджень не відповідатиме числу учасників вторгнення. Адже реально українське правосуддя зможе “дотягнутися” не до всіх. Реально, принаймні на теперішньому етапі, йтиметься лише про тих, які потрапили в полон. Провадження ж виникнуть не одноментно, а протягом років.

– Злочини, про які йдеться, вчиняються в умовах очевидності, для їх розслідування та судового розгляду не потрібно виявляти чудеса винахідливості чи професійної майстерності.

– Існує чудодійний спосіб зменшити кількість кримінальних проваджень та навантаження на правоохоронні органи – звільнення від кримінальної відповідальності тих, хто добровільно та за першої можливості склав зброю та здався в полон. Хоча для цього потрібні законодавчі зміни, серед яких ті, що пропонує Л. Брич<sup>20</sup>. Не викликає сумніву, що закінчення війни буде супроводжуватися амністією, яка, поміж іншого, вирішить і частину проблем, пов’язаних із навантаженням на правоохоронну, судову та кримінально-виконавчу системи України.

*Відтак, і аргумент, який стосується зростання навантаження на українську систему кримінальної юстиції при невизнанні та незастосуванні “імунітету комбатанта” не видається переконливим.*

Висновки. Викладене вище дає підставу вважати, що наукова гіпотеза про неприйнятність ідеї “імунітету комбатанта” та здійснених на її основі практичних кроків із непритягнення російських військових до кримінальної відповідальності або їх звільнення від кримінальної відповідальності за цілу низку злочинів, знайшла своє підтвердження та обґрунтування. Насправді “імунітет комбатанта” в українському кримінальному праві не має юридичних, соціальних, моральних підстав. Відносна поширеність відповідної концепції, яка активно насаджується і багатьма, на жаль, сприймається некритично, не свідчить про її прийнятність. Український публіцист і журналіст П. Казарін відзначав: ‘Популярність точки зору зовсім не гарантує її правильності’<sup>21</sup>.

Якщо такий імунітет десь і визнається – у міжнародному кримінальному праві, в якихось закордонних країнах, – то нехай. Але Україна, як жертва військової агресії РФ, не може і не повинна ослаблювати боротьбу з тими, хто прийшов нас вбивати, а коли це не вийшло, то волає про ми-

<sup>20</sup> Л. Брич, ‘Про необхідність забезпечення невідворотності кримінальної відповідальності за участь в агресивній війні проти України’ в *Кримінально-правові відповіді на виклики воєнного стану в Україні: матеріали міжнар. наук. конф.* (Баулін Ю, Пономаренко Ю заг ред, Нац юрид ун-т ім Ярослава Мудрого, Нац шк суддів України, ГО “Всеукр асоц кримін права”, НДІ вивч проблем злочинності ім акад В В Сташиса, Право 2022) 47.

<sup>21</sup> П. Казарін, ‘Дружній вогонь’ (*Українська правда*, 02.04.2023) <<https://www.pravda.com.ua/articles/2023/04/2/7395803>> (дата звернення: 07.04.2023).

лосердя (не знаю автора цього виразу, але він якнайкраще характеризує суть проблеми). І реалізація права на існування України та українців, права на оборону від агресії, має відбуватися без будь-яких послаблень та надання імунітетів та індульгенцій тим, хто до нас прийшов зі зброєю.

## REFERENCES

### Bibliography

#### *Conference papers*

1. Brych L, 'Pro neobkhidnist zabezpechennia nevidvorotnosti kryminalnoi vidpovidalnosti za uchast v ahresyvni viini proty Ukrainy' v *Kryminalno-pravovi vidpovidi na vyklyky voiennoho stanu v Ukraini: materialy mizhnar. nauk. konf.* (Baulin Iu, Ponomarenko Yu zah red, Nats yuryd un-t im Yaroslava Mudroho, Nats shk suddiv Ukrainy, HO "Vseukr. asots. krymin. prava", NDI vyvch problem zlochynnosti im akad V V Stashysa, Pravo 2022) (in Ukrainian).

#### *Dictionaries*

2. *Velykyi tlumachnyi slovnyk ukraïnskoi movy* (Busel V uklad i holov red, VTF "Perun" 2004) (in Ukrainian).

#### *Newspaper articles*

3. Kazarin P, 'Druzhnii vohon' (*Ukrainska pravda*, 02.04.2023) <<https://www.pravda.com.ua/articles/2023/04/2/7395803>> (accessed: 07.04.2023) (in Ukrainian).

Vyacheslav Navrotsky

### ABOUT THE SO-CALLED "COMBATANT IMMUNITY"

**ABSTRACT.** Since the beginning of the full-scale Russian-Ukrainian war, the thesis that the Russian military forces are endowed with "combatant immunity and therefore are not subject to any criminal liability under the Criminal Code of Ukraine, except for war crimes" started to spread out.

This article aims to prove the falsity of this thesis and substantiate that such immunity does not exist for the aggressor army's military personnel.

The author examines the arguments supporting this statement and refutes the arguments criticizing the denial of "combatant immunity".

The author concludes that the "combatant immunity" in Ukrainian criminal law has no legal, social, or moral grounds. The relative prevalence of the corresponding concept, which is actively promoted by many and thus, unfortunately, uncritically perceived, does not indicate its acceptability.

**KEYWORDS:** Criminal liability; Criminal Code; exemption from liability; immunity; military personnel; aggression.