

Список використаних джерел:

1. Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації та направлення переміщеної зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану: Закон України від 24 березня 2022 року № 2160-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2160-20#Text> (дата звернення: 19.05.2022).

2. Висновок Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України на проект Закону України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо забезпечення протидії несанкціонованому поширенню інформації та направлення переміщеної зброї, озброєння та бойових припасів в Україну, рух, переміщення або розміщення Збройних Сил України чи інших утворених відповідно до законів України військових формувань, вчиненому в умовах воєнного або надзвичайного стану». URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39273> (дата звернення: 19.05.2022).

3. Про затвердження Зводу відомостей, що становлять державну таємницю: наказ Центрального управління Служби безпеки України від 23 грудня 2020 року № 383. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0052-21#Text> (дата звернення: 19.05.2022).

Навроцький В. О.,
д.ю.н., професор,
професор кафедри теорії права та прав
людини
Українського католицького
університету,
член Робочої групи з питань розвитку
кримінального права
Комісії з питань правової реформи при
Президентові України

КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВЕ ЗНАЧЕННЯ НАЯВНОСТІ/ ВІДСУТНОСТІ «ВІДМІТНОГО ЗНАКУ» У ОСОБОВОГО СКЛАДУ ЗБРОЙНИХ СИЛ

Вже перші фото та відео з місць бойових дій, зокрема вбитих та полонених учасників збройної агресії проти України, дали підставу звернути

увагу на те, що на їх одязі немає знаків, які б вказували на приналежність до збройних сил певної держави – шевронів, нашивок, зображень державного герба тощо. Причому, це мало місце як у тих, хто вторгався в Україну в 2014 р., так і належних до вторгнення, активна фаза якого розпочалася 24 лютого 2022 р. Відсутність знаків приналежності до збройних сил РФ під час загарбання Криму стало одним із аргументів спроби заперечення участі цієї держави у окупації частини української території, що виразилося у відомому вислові її очільника: «Іхтамнет!» та узагальненій назві учасників вторгнення як «зелених чоловічків». Пізніше стало відомо, що використання військовослужбовців без знаків приналежності до збройних сил та військової техніки без розпізнавальних знаків є складовою концепції гібридної війни, що її пропагує та активно реалізує РФ. До речі, практика далеко не нова – приховуване використання своїх військовослужбовців характеризувало дії СРСР під час громадянської війни в Іспанії, корейської війни, війни у В'єтнамі, у десятках інших воєнних конфліктів...

Поява ж на території України озброєних людей без відповідних знаків та ведення ними бойових дій породило немало питань, зокрема і кримінально-правового характеру. Їх вирішення накладається на іншу проблему, пов'язану з тим, що здійснюючи збройну агресію проти України, РФ ні в 2014 р., ні в 2022 р. не виконала приписів III Конвенції про початок воєнних дій (Гаага, 18 жовтня 1907 р.), яку СРСР визнав такою, що має силу для нього відповідно до ноти МЗС СРСР від 7 березня 1955 р. Ця Конвенція (зобов'язання за якою накладається і на РФ, оскільки та безліч разів проголошувала себе правонаступником СРСР, відповідно, перейняла не лише, права, а й обов'язки), передбачає, що військові дії не повинні починатися без попереднього і неоднозначного попередження, яке буде мати або форму мотивованого оголошення війни або форму ультиматуму з умовним оголошенням війни (ст.1), а про стан війни мають бути без зволікання повідомлені нейтральні держави (ст.2).

Але, врешті-решт, проблеми, пов'язані з участю в нападі на Україну ворожих збройних сил без оголошення війни та без розпізнавальних знаків, зводяться до того, зводяться до того, чи слід відповідних осіб вважати військовослужбовцями неприязельської армії та чи вправі вони розраховувати на поводження з ними саме як з військовослужбовцями, як в ході бойових зіткнень, так і при їх потраплянні в полон.

Можливі принаймні два підходи до вирішення цієї проблеми, слідування кожному з яких веде до відповідних відповідей на часткові питання. Перший полягає в тому, що в силу очевидності факту протистояння України

збройним силам РФ усі, хто відноситься до її особового складу, мають визнаватися військовослужбовцями. Відтак, зіткнення з ними мають вестися з дотриманням законів та звичаїв ведення війни, самі ж військовослужбовці неприязельської армії, принаймні рядові, не підлягають кримінальній відповідальності за участь у війні, в бойових діях, якщо вони цих законів і звичаїв не порушують. Інший підхід полягає у констатації того, що учасники воєнної агресії проти України, які діють без належних «відмітних знаків», не можуть користуватися привілеями військовослужбовців, зокрема, претендувати на статус військовополонених, вчинені ними діяння мають оцінюватися на підставі положень КК України про загально кримінальні злочини, дії щодо заподіяння їм шкоди в ході нейтралізації та затримання мають оцінюватися на підставі положень КК про обставини, що виключають кримінальну протиправність діяння, відповідну оцінку мають отримати і дії військових командирів (начальників), які спонукають підлеглих до участі у вторгненні без знаків, які вказують на належність до збройних сил РФ.

Не зважаючи на очевидне теоретичне і практично-прикладне значення проблеми кримінально-правової оцінки участі в війні проти України військовослужбовців збройних сил РФ без «відмітних знаків», вона не отримала будь-якого висвітлення в літературі, не акцентується на ній і в правозастосувальній діяльності. Принаймні, автору не відомі публікації, присвячені цьому питанню. Опубліковані відеозаписи допитів захоплених військовослужбовців РФ не містять фрагментів з постановкою для них питань, які стосуються відсутності шевронів, нашивок, зображень державного прапора чи інших розпізнавальних знаків на одязі цих осіб. Певні обговорення в засобах масової інформації викликало хіба що питання про призначення літерних позначень «Z» «N» та їх подібних на військовій техніці – про те, що вони означають, але не про кримінально-правове значення наявності таких позначень та те, чи вони становлять собою визнані в праві «відмітні знаки». Тому доводиться констатувати, що стан дослідження поставленої проблеми в літературі – нульовий.

Вирішення по суті питання про кримінально-правову оцінку наявності або відсутності «відмітних знаків» військовослужбовців ворожих збройних сил має розпочинатися зі **з'ясування того, наскільки обов'язковими є такі знаки**. Відповідь на це питання є як національному законодавстві, так і в міжнародно-правових актах.

Насамперед, Закон України від 25 березня 1992 р. №2232-ХІІ «Про військовий обов'язок і військову службу» у ч.1 ст.7 передбачає, що для військовослужбовців устанавлюється військова форма одягу та знаки розріз-

нення, а в ч.4 цієї ж статті визначає, що таке знаки розрізнення військовослужбовців – це знаки (погони, нарукавні та нагрудні знаки, знаки на спину; знаки на головних уборах, зокрема кокарди, емблеми, орнаменти; гаптування; канти і лампаси; гудзики з символікою) на форменому одязі, призначені для позначення військових звань, посад, приналежності до держави, військового формування, виду Збройних Сил України, роду військ, служб, військових частин (підрозділів). Конкретизуючи положення закону, наказ Міністерства оборони України від 18 липня 2017 р. № 370 «Про затвердження Зразків військової форми одягу та загальних вимог до знаків розрізнення військовослужбовців та ліцеїстів військових ліцеїв» містить окремий розділ IV, встановлює вимоги до знаків розрізнення військовослужбовців та затверджує їх зразки. Інший наказ Міністерства оборони України – від 20 листопада 2017 р. № 606 «Про затвердження Правил носіння військової форми одягу та знаків розрізнення військовослужбовцями Збройних Сил України, Державної спеціальної служби транспорту та ліцеїстами військових ліцеїв» – насамперед визначає, що військову форму одягу носять у суворій відповідності з цими Правилами (ст.3). Вказані ж Правила детально регламентують носіння погонів, емблем та нарукавних і нагрудних знаків (розділ V). Варто підкреслити, що носіння польової (морської службової) форми одягу (розділ III Правил) у якій військовослужбовці ЗСУ ведуть бойові дії, не виключає, а, навпаки, передбачає використання знаків розрізнення, нарукавних знаків та ідентифікаторів національної належності, зокрема, зображень державного прапора України (причому, на обох руках), нарукавних знаків виду або роду ЗСУ, знаку військової частини. Під час виконання бойових завдань використання ідентифікаційних емблем, крім ідентифікаторів національної приналежності, забороняється.

Таким чином, можна констатувати, що уявити українського військовослужбовця без знаків, які вказують на його приналежність до збройних сил нашої держави, неможливо! Такі знаки, які носяться і в мирний час і в бою, обов'язкова ознака військовослужбовця України. У літературі справедливо відзначається певна надмірність таких ідентифікаційних знаків у військовослужбовців України – адже за ними ворог може встановити належність солдата та офіцера не лише до ЗСУ, а й до роду військ, конкретної військової частини, посаду, освіту, визначити основне озброєння військової частини тощо [<https://uk-ua.facebook.com/groups/1023337221030214/permalink/1393307974033135/>].

Наявність та обов'язковість знаків розрізнення повною мірою стосується і військовослужбовців іноземних держав. Саме за написами, емблемами,

зображеннями державного прапора будь-хто може ідентифікувати такого військовослужбовця як особу, що належить до збройних сил тієї чи іншої держави. Певно, відповідні приписи є і у законодавстві країни-агресора. Однак, своєрідні уявлення про військову честь і доблесть дозволяють військовослужбовцям РФ їх не виконувати, а знаки належності до збройних сил цієї держави не використовувати.

Положення національного законодавства згідно яких військовослужбовці повинні мати знаки, які вказують на їх приналежність до збройних сил певної держави, базуються на однозначних вимогах міжнародно-правових актів. Ще IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі та додаток до неї: Положення про закони і звичаї війни на суходолі (Гаага, 18 жовтня 1907 року) серед критеріїв визнання воюючою стороною, тобто такою, до якої застосовуються військові закони, права та обов'язки, називала такий, як те, що армія, ополчення, добровольчі загони «мають закріплену відмітну емблему, яка може бути впізнана на відстані» (п.2 ст.1). Аналогічне положення містить Женевська Конвенція про поводження з військовополоненими (Женева, 12 серпня 1949 року). У підпункті b) пункту 2 ст. 4А вказано, що військовополоненими є особи, які, зокрема, мають «постійний відмітний знак, добре розпізнаваний на відстані».

Щоправда, як у Гаазькій конвенції 1907 р., так і в Женевській конвенції 1949 р., про відповідну емблему чи знак йдеться щодо членів ополчення, добровольчого закону, організованих рухів опору, а не прямо щодо особового складу збройних сил сторони конфлікту. Але це аж ніяк не означає, що вимога наявності знаків приналежності до збройних сил певної держави не висувається щодо регулярних збройних сил чи їх частини. Адже наявність таких знаків, як показано вище на прикладі ЗСУ, іманентна властивість будь-яких збройних сил, які дотримуються законів та звичаїв ведення війни. Це підтверджується міжнародно-правовими та національними заборонами використання чужої військової форми та знаків національної належності, чужого прапора, знаків міжнародних гуманітарних організацій, непоширенням статусу військовополоненого на шпигунів та диверсантів, які діють без відмітних знаків. Тому писати, що відмітні знаки мають носити і військовослужбовці – це ламатися у відкриті двері, а заперечувати необхідність наявності таких знаків – своєрідний привілей дурнів та хамів на кшталт керівників РФ.

Наступне положення, на якому слід зупинитися, **що ж слід розуміти під аналізованими знаками, якими рисами вони мають бути наділеніми.** Як вже відзначалося, в збройних силах існує значна кількість знаків роз-

різненьня, які характеризують різні сторони службового статусу військовослужбовця. Очевидно, що в контексті участі в бойових діях, належності до певної сторони війни (збройного конфлікту) значення мають лише ті знаки, які вказують на належність до певної сторони – так звані ідентифікатори національної приналежності. Це зображення державного прапора або/та державного герба, таблички чи нарукавні нашивки з написом про належність до збройних сил певної держави. Отже, перша ознака відмітного знака – це його зміст, за яким можна ідентифікувати на якій стороні воює військовослужбовець.

Наступна ознака – цей знак має бути закріпленим (як про це каже Гаазька конвенція 1907 р.) або ж постійним (як це вказано в Женевській конвенції 1949 р.). Не зважаючи на деякі відмінності у термінології (які можна пояснити вадами викладу чи тонкощами перекладу) йдеться про одну й ту ж властивість знака, який має стале прикріплення до форменого одягу (пришитий, приклеєний, закріплений на заклепках тощо). Тобто, цей знак не можна легко зняти та приховати. Ним не може вважатися знак, що закріплений на «липучці», гудзиках й т.п. легкозйомним способом, який можна швидко приховати чи прикріпити.

І ще одна ознака аналізованого знака – він може бути розпізнаний на відстані. Це означає, що цей знак має бути достатньо чітким, зрозумілим, аж ніяк не мініатюрним.

Очевидно, такими ознаками не наділені кольорові стрічки на ногах чи руках військовослужбовців, літери латинського алфавіту та т.п. символи, які використовуються в ході українсько-російської війни 2022 р. Адже вони жодним чином не позначають національну приналежність до збройних сил держав – учасниць війни. До того ж – кольори стрічок змінюються, на різних ділянках фронту використовуються різні стрічки. Врешті-решт, у такому разі ч не зручніше і надійніше розрізнити своїх-чужих за фасоном та кольором взуття?

Нарешті, **яке ж кримінально-правове значення має наявність чи відсутність належних відмітних знаків на одязі чи бойовій техніці учасників війни?** Спочатку варто викласти кілька загальних тез, на яких буде базуватися вирішення поставленого питання.

Насамперед, однозначно, що відсутність відмітних знаків не повинно надавати будь-яких переваг (пільг, покращення становища) особі, яка повинна мати на собі такі знаки. Іншими словами, така особа не має розраховувати на те, що вона не буде визнана суб'єктом певних злочинів чи що її діяння будуть кваліфіковані за статтями про злочини, які будуть менш тяжкими

ніж такі, за які нести відповідальність ті, хто мають на своєму однострої відповідні знаки. Положення, згідно якого порушення закону не повинно приносити жодної правової вигоди, є правовою аксіомою. Воно відомо ще з часів Давнього Риму, є абсолютно очевидним і однозначним, будь-якому додатковому доведенню не підлягає.

Також немає ніяких підстав з однакових засад підходити до оцінки діянь українських військовослужбовців, які знаки розрізнення (відмітні знаки) належно використовують та діянь ординців, які більш схожі на обірванців чи бродяг, ніж на осіб, належних до регулярної армії.

Крім того, слід мати на увазі, що наявність відмітних знаків жодним чином не передбачена як ознака будь-якого складу злочину чи кримінального проступку в чинному КК України. Відтак їх наявність чи відсутність не впливає на кримінальну відповідальність. Навіть наявність статусу військовослужбовця як суб'єкта військових кримінальних правопорушень (Розділ XIX Особливої частини КК України) визначається аж ніяк не за наявністю військової форми чи знаків розрізнення. До того ж, мова йде про учасників вторгнення ворога, які аж ніяк не належать до ЗСУ.

Нарешті, наявність відмітних знаків в міжнародно-правових актах виступає передумовою визнання військовослужбовцем таким, що сам дотримується законів та звичаїв ведення війни та, на засадах взаємності, розраховує, що й стосовно нього бойові дії будуть вестися з дотриманням встановлених норм. А ще, наявність відмітних знаків є своєрідною гарантією отримання статусу військовополоненого. Лише з огляду на дотримання законів та звичаїв ведення війни – одним із яких є ведення бойових дій відкрито, під власним прапором, з дотриманням умови про умови про наявність відмітних знаків тощо – рядові військовослужбовці можуть розраховувати на застосування щодо них звичаєвої норми про імунітет від кримінальної відповідальності за діяння, вчинені в ході бойових дій. Якщо ж солдати та офіцери армії агресора не вважають обов'язковим для себе дотримуватися вимоги про наявність відмітних знаків, то з якого дива до них ставитися як до військовослужбовців? Люди, нехай і в одностроях, але без відмітних знаків мають такий же статус, як і будь-які інші громадяни. Якщо вони ж вчинять діяння, які становлять злочини за законодавством держави, на теренах якої перебувають, то підлягають кримінальній відповідальності на загальних засадах.

У цьому зв'язку важливим видається і те, що **міжнародно-правовий звичай, згідно якого рядові військовослужбовці не підлягають кримінальній відповідальності за участь в бойових діях, має цілий ряд обмежень.**

По-перше, він стосується лише дій тих осіб, які самі дотримуються законів та звичаїв війни. Порушення законів та звичаїв ведення війни, яке передбачене як кримінальне правопорушення, не виключає кримінальної відповідальності як рядових солдатів та офіцерів, так і вищого військового керівництва.

По-друге, такий звичай стосується відносин, що впливають з міжнародного кримінального права. Немає жодних підстав поширювати його на сферу національного кримінального права. Принаймні, у кримінальному законі України відсутні будь-які положення, які б стосувалися того, що рядові військовослужбовці ворожої армії не підлягають кримінальній відповідальності за КК України. Тому міжнародні юрисдикційні органи, які застосовують положення міжнародного кримінального права можуть керуватися вказаним правовим звичаєм. Але чому на нього мають орієнтуватися правозастосовні органи та суди України?

По-третє, не існує правових підстав використання в кримінальному праві України звичаєвих міжнародно-правових норм. У Декларації про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. було проголошено, що наша держава визнає пріоритет загальноєвропейських норм міжнародного права над нормами внутрідержавного права. Однак, ця Декларація – це не юридичний акт, який означає прийняття правових зобов'язань, а політичний документ, своєрідна заява про наміри, які мали бути в майбутньому втілені в законодавчі акти. Закон України №1953-ХІ від 10 грудня 2001 р. (втратив силу) визначалося, що укладені і належним чином ратифіковані Україною міжнародні договори становлять невід'ємну частину національного законодавства України і застосовуються у порядку, передбаченому для норм національного законодавства. Зараз відповідне положення міститься в ст.9 Конституції України, яка проголошує, що чинні міжнародні договори, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, є частиною національного законодавства України. Жодного ж міжнародного договору, ратифікованого Україною, який би передбачав обов'язок нашої держави враховувати міжнародно-правові звичаї, зокрема і щодо не притягнення до кримінальної відповідальності рядових військовослужбовців ворожої армії, не відомо. У той же час, чи не єдиний закон, який регламентує використання в українському кримінальному праві міжнародно-правових актів – Закон України №3477-IV від 23 лютого 2006 р. «Про виконання рішень та застосування практики Європейського суду з прав людини» – прямо передбачає, що українські суди як джерело права застосовують при розгляді справ Європейську конвенцію про захист прав лю-

дини і основоположних свобод і практику Європейського суду з прав людини (ст.17). Про застосування якихось інших норм, а надто звичаїв, у цьому Законі не йдеться.

По-четверте, усі кримінально-правові питання в Україні вирішуються лише на підставі положень КК України, що однозначно визначено в ч.3 ст.3 цього Кодексу. З наведеного там формулювання: «Кримінальна протиправність діяння, а також його караність та інші кримінально-правові наслідки визначаються тільки цим Кодексом», – випливає, що і підстави незастосування положень КК України можуть бути передбачені виключно цим законом. Це підтверджується також нормою, закріпленою в ст.44 КК України, згідно якої підстави звільнення від кримінальної відповідальності вичерпно встановлені лише цим Кодексом. Серед таких підстав, як відомо, не передбачено застосування міжнародно-правових звичаїв.

По-п'яте, адепти непритягнення до кримінальної відповідальності рядових військовослужбовців ворожої армії посилаючись на вказаний міжнародно-правовий звичай, чомусь не вказують ні його джерело, ні наводять конкретних прикладів застосування цього звичаю. То, може він насправді і не існує? Принаймні, у такій формі, яка означає індульгенцію ворога на вчинення злочинів на території держави, щодо якої відбулася агресія. Адже підпункт d) пункту 1 статті 3 Женевської Конвенція про поводження з військовополоненими (Женева, 12 серпня 1949 року) 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». Отже, йдеться не про заборону притягнення до кримінальної відповідальності військовополонених, а про дотримання щодо них належних процесуальних гарантій.

Наведене вище дає підставу для висновку, що наявність чи відсутність відмітних знаків у учасників вторгнення в Україну не є обставиною, яка має враховуватися при вирішенні питань про кримінальну відповідальність за діяння, вчинені в ході війни – не виключає кримінальну відповідальність та жодним чином не покращує кримінально-правове становище. Причому, це стосується як тих військовослужбовців, які мали на собі відмітні знаки, що вказують на належність до збройних сил держави-агресора, так і тих, хто таких знаків на своїх одностроях не мав. Отже, **кримінальній відповідальності за кримінальні правопорушення, вчинені в Україні, підлягають як ті військовослужбовці, які мають на собі відмітні знаки, так і ті, які таких знаків не мають.**