



СТАТТЯ НОМЕРА

УДК 343.58

DOI: <https://doi.org/10.32631/vca.2023.3.01>



Олексій Миколайович ЛИТВИНОВ,
доктор юридичних наук, професор
(Національний аерокосмічний університет
ім. М. Є. Жуковського «Харківський авіаційний
інститут», м. Харків)

Юрій Володимирович ОРЛОВ,
доктор юридичних наук, професор
(Харківський національний
університет внутрішніх справ, Харків)



ПРОБЛЕМИ КРИМІНАЛЬНО-ПРАВОВОГО ЗАХИСТУ ЖИТТЯ КОМБАТАНТІВ, АБО ЯК ПОДОЛАТИ ЕФЕКТИ ГУМАНІТАРНОГО «ВІДМИВАННЯ» ВІЙНИ

Стаття присвячена дослідженню проблем кримінально-правового захисту життя комбатантів. На підставі характеристики права людини на життя та положень міжнародного гуманітарного права визначено умови правомірності позбавлення життя комбатантів, а також джерела протиправності, кримінально-правову кваліфікацію відповідних діянь. Доведено, що кожен факт конвенційного заподіяння смерті військовослужбовцю Збройних Сил України, а також інших категорій комбатантів на боці України є проявом та наслідком ведення агресивної війни, має кваліфікуватися за ст. 437 КК України.

Ключові слова: агресія, війна, збройний конфлікт, міжнародне гуманітарне право, комбатант, життя, право на життя, кримінально-

правовий захист, кримінально-правова кваліфікація.

Постановка проблеми. Міжнародне гуманітарне право сформувало вельми розгалужену систему захисту основних (фундаментальних) прав як безпосередніх учасників збройних конфліктів, так і тих, хто волею випадку або за характером виконуваних юридичних обов'язків перебуває у зоні збройного конфлікту та/або на окупованій території. Остання категорія за міжнародно-гуманітарними узвичаєннями іменується «захищені категорії осіб»: цивільні особи, медичний, духовний персонал і т. п. Симптоматичним є те, що комбатанти у суворо логічному розумінні, з огляду на ті юридико-семантичні конструкції, які використовуються у міжнародних конвенційних нормах та звичаєвому міжнародно-правовому обігу не відносяться до захищених категорій осіб, принаймні допоки не набудуть статусу військовополоненого або не будуть пораненими, іншим чином не припинять участь у бойових діях. Певна річ, не можна не визнати того, що значна частина норм міжнародного гуманітарного права (в частині так званого «права Гааги») спрямована на мінімізацію страждань комбатантів, передбачає заборони на використання певних методів та засобів ведення війни, зокрема заборону на використання певних видів озброєнь, бойових припасів, мін тощо. Можна навіть з упевненістю сказати, що встановлюється сувора заборона на підступні (віроломні) і з особливими мученнями позбавлення життя комбатантів.

Втім цього, вочевидь, ніяк не можна сказати про заборону на позбавлення життя комбатантів загалом, в принципі. І дійсно, це було б абсурдно: намагатися унормувати ведення війни через заборону спричинення смерті певній категорії осіб, які безпосередньо беруть участь у збройному конфлікті було б тим самим, що намагатися заборонити війни як такі. І хоча така заборона встановлена низкою засадничих конвенційних, широковідомих документів ООН, міжнародне гуманітарне право виконує іншу функцію – вторинний правовий механізм захисту прав людини, коли первинні, щодо заборони використання сили у відносинах між державами, або при вирішенні внутрішньодержавних конфліктів (у контексті неміжнародного збройного конфлікту), не спрацьовують, порушуються. Відтак виникає такий собі квазіправовий покруч у виді «законної військової цілі», до контурів якої потрапляють і комбатанти як правомірні учасники збройного конфлікту. Остільки ж і так зване конвенційне позбавлення їх життя визнається правомірним. Однак, що стоїть за цим конвенційним позбавленням життя, які підстави, передумови? І як вони корелюють з фундаментальним правом людини на життя? Чи варто говорити, що відповіді на ці питання мають не суто теоретичне значення, а безпосереднє практичне?.. Десятки (за найскромнішими оцінками) тисяч комбатантів, українських захисників вже позбавлені життя в ході російсько-української війни. Невже людське право настільки збочене, що вважає заповідання цих смертей правомірними?! Варто внести ясність до цього питання, сформулювати пропозиції у сфері правозастосування, які б дозволяли у

правовий спосіб гарантувати право на життя, захищати його належним чином.

Подібні чи дотичні до викладеної проблеми порушувалися у працях О. В. Волошенюка, О. Ю. Водяннікова, К. Кресса (*K. Kress*), Ф. Мерге (*F. Megret*) В. О. Навроцького, В. О. Тулякова й деяких інших дослідників. Тим часом головне питання лишається без відповіді: на яких соціально-правових підставах позбавлення життя комбатанта може бути конвенційним і чи є ці підстави такими, що кореспондують положенням права прав людини?

Мета статті – на підставі характеристики права людини на життя та положень міжнародного гуманітарного права визначити умови правомірності позбавлення життя комбатантів, джерела протиправності, кримінально-правову кваліфікацію відповідних діянь.

Виклад основного матеріалу. Війна – широкопланова подія надвисокої проникаючої здатності, дифузії несучих конструкцій соціальних інститутів та систем соціальної діяльності, їх видозміни, руйнації. Наслідки війни важко формалізувати, артикулювати, зафіксувати у нормативно прийнятних термінах, адже вони сягають далеко за межі можливостей юридичної науки, сягаючи глибинних пластів колективної травматизації окремих соціальних груп й цілих народів. Тож мало що було б таким хибним, як вважати, що чинна правозастосовна практика документування, розслідування воєнних злочинів (у абсолютній своїй більшості – порушень законів та звичаїв війни, ст. 438 КК України), нехай і така, що забезпечує відповідний рівень інформативності про потерпілих, відповідну роботу щодо захисту, відновлення їх прав і свобод, є достатньою та адекватною тому масштабу порушень прав людини в ході, внаслідок агресивної війни, що нині фіксується в Україні. Очевидним є те, що те розуміння жертв війни, що склалося в кримінологічній науці не є релевантним тому, яке, наразі, сформовано у кримінальному праві, практиці його застосування. Останнє, судячи з даних офіційної державної статистичної звітності, наявної судової практики, *в контексті збройного конфлікту* зосереджено на роботі із жертвами (потерпілими) воєнних злочинів. Скласти їх видовий перелік не складе надмірних зусиль, адже він презентований відповідними захищеними міжнародним гуманітарним правом (*jus in bello*) категоріями осіб. В той же час нерідко з уваги дослідників і повсякчас з поля зору правозастосувачів вислизає центральний елемент – власне сам злочин агресивної війни і його жертви, в тому числі й потерпілі, визнання яких у кримінально-правовому значенні – велика правозастосовна прогалина¹.

Справа в тому, що кримінологічна категорія «жертва війни» є набагато більш широкою і її кримінально-правову проєкцію. Ясна річ, що порівняння концептів «жертва війни» і потерпілий від злочинів в контексті збройного конфлікту – справа, якщо не марна, то, принаймні, не є очевидною за своїми вихідними задачами те кореспондуючими параметрами. Втім, саме

¹ Орлов Ю. В. Жертви війни у кримінально-правовій оптиці // Сучасні реалії протидії воєнним злочинам: набутий досвід та погляд в майбутнє : Матеріали панельної дискусії VII Харківського Міжнародного юридичного форуму 25 вересня 2023 року. Київ : Алерта, 2023. С. 103.

кримінологічна оптика аналізу, оперування широкоформатним терміном «жертва війни» є, по-перше, передумовою для концептуалізації перехідного правосуддя в частині роботи із вказаними жертвами як елемент відновлення справедливості, примирення, забезпечення компенсацій, сатисфакцій та, по-друге, відкриває можливість для трансформації значно більш «близькофокусної» кримінально-правової оптики, від вірного налаштування якої значною мірою залежить повнота та ефективність захисту прав тих, хто постраждав від війни.

Принагідно зауважимо, що війна – подія граничного значення для тих, хто опинився у зоні тяжіння її впливів, наслідків, ефектів. Можна і треба казати про виклики для української державності, які постали у зв'язку з повномасштабною російською агресією. Можна і треба говорити про урбіцид, геноцидальні практики, про страждання цивільного населення й про намагання агресора знищити національну та культурну ідентичність українства, принаймні на тимчасово окупованих, анексованих територіях. Всі ці проблеми слід артикулювати, реагувати у правовому та політичному полях, залучати міжнародні механізми впливу на агресора і його представників, в тому числі й інструменти міжнародної кримінальною юстиції. Але з поля зору у цій панорамі проблем випадає постать воїна, захисника України. Скільки витончених (і не дуже) мистецьких проєктів, продуктів зроблено і випущено, аби привернути увагу до людини у війні, до долі окремого умовного рядового, який переживає війну у свій спосіб!.. У свій спосіб пропускає її через себе, залишаючись у ній, чи залишаючи її у собі. «Червоною лінією» подібних мистецьких жестів проходить ідея людини, її цінності, її самоцінності, яка часто елімінується, губиться, забувається у вищих поверхах політики та, як засвідчує практика, правової політики в тому числі...¹ В цьому контексті не зайвим буде нагадати декілька вихідних правових принципів, установок, орієнтацій, які б підвели читача до головної ідеї цієї наукової розвідки.

Всі люди народжуються вільними і рівними у своїй гідності та правах. Вони наділені розумом і совістю і повинні діяти у відношенні один до одного в дусі братерства (ст. 1 Загальної декларації прав людини). Кожна людина повинна мати всі права і всі свободи, проголошені цією Декларацією, незалежно від раси, кольору шкіри, статі, мови, релігії, політичних або інших переконань, національного чи соціального походження, майнового, станового або іншого становища. Крім того, не повинно проводитися ніякого розрізнення на основі політичного, правового або міжнародного статусу держави або території, до якої людина належить, незалежно від того, чи є ця територія незалежною, підопічною, несамоврядованою або як-небудь інакше обмеженою у своєму суверенітеті (ст. 2 Загальної декларації прав людини). Кожна людина має право на життя

¹ Орлов Ю. В. Зміна концепції злочину агресії: від міжнародно-гуманітарного упослідження до реального захисту прав людини // Безпекова ситуація в Україні в умовах війни: стан, загрози, напрями забезпечення : Матер. наук.-практ. кругл. столу (м. Київ, 26 вересня 2023) ; Державний науково-дослідний інститут МВС України. Київ : ДНДІ МВС, 2023. С. 218.

(ст. 3 Загальної декларації прав людини)¹.

Право на життя є невід'ємне право кожної людини. Це право охороняється законом. Ніхто не може бути свавільно позбавлений життя².

Право кожного на життя охороняється законом. Нікого не може бути умисно позбавлено життя інакше ніж на виконання смертного вироку суду, винесеного після визнання його винним у вчиненні злочину, за який закон передбачає таке покарання. Позбавлення життя не розглядається як таке, що вчинене на порушення цієї статті, якщо воно є наслідком виключно необхідного застосування сили: а) для захисту будь-якої особи від незаконного насильства; б) для здійснення законного арешту або для запобігання втечі особи, яку законно тримають під вартою; с) при вчиненні правомірних дій для придушення заворушення або повстання (ст. 2 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод)³.

Ключовим у визнанні права людини на життя за Конституцією України є положення, згідно з яким це право є невід'ємним (ч. 1 ст. 27), невідчужуваним та непорушним (ст. 21). Право на життя належить людині від народження і захищається державою. Конституція України проголошує, що конституційні права і свободи, зокрема право людини на життя, гарантуються і не можуть бути скасовані (ч. 2 ст. 22), що забороняється внесення будь-яких змін до Конституції України, якщо вони передбачають скасування прав і свобод людини і громадянина (ч. 1 ст. 157). Не допускається також звуження змісту та обсягу існуючих прав і свобод, в тому числі невід'ємного права людини на життя, в разі прийняття нових або внесення змін до чинних законів (ч. 3 ст. 22). Отже, за своїм змістом положення ч. 2 ст. 22 Конституції України передбачають, з одного боку, обов'язок держави гарантувати конституційні права і свободи, насамперед право людини на життя, а з другого - утримуватись від прийняття будь-яких актів, які призводили б до скасування конституційних прав і свобод, а, отже, – і права людини на життя. Виходячи з положень ч. 2 ст. 8 Конституції України, норма ч. 2 ст. 22 має враховуватись при прийнятті законів та інших нормативно-правових актів, спрямованих на регулювання відповідних суспільних відносин. Конституційне забезпечення невід'ємного права на життя кожної людини, як і всіх інших прав і свобод людини і громадянина в Україні, базується на засаді: винятки стосовно прав і свобод людини і громадянина встановлюються самою Конституцією України, а не законами чи іншими нормативними актами. Відповідно до положення ч. 1 ст. 64 Конституції України «конституційні права і свободи людини і громадянина

¹ Загальна декларація прав людини : Міжнародний документ ООН, Декларація. URL: <https://www.coe.int/uk/web/compass/the-universal-declaration-of-human-rights-full-version-> (дата звернення: 10.10.2023).

² Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : Міжнародний документ ООН, Пакт від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_043 (дата звернення: 10.10.2023).

³ Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Міжнародний документ Ради Європи, Конвенція від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 10.10.2023).

не можуть бути обмежені, крім випадків, передбачених Конституцією України»¹.

Конституційний Суд України вважає, що позитивний обов'язок держави стосовно впровадження належної системи захисту життя, здоров'я та гідності людини передбачає забезпечення ефективного розслідування фактів позбавлення життя².

Таким чином, небезпідставною є деяка загальна згода, що існує в юриспруденції щодо того, що право на життя – це фундаментальне, невідчужуване, абсолютне право людини, яке означає, що держава гарантує захист від посягань на життя та позбавлення життя, підтримку життя та сприяння його продовженню³. Таке право виникає з моменту народження людини та виявляється в його невід'ємності й невідчужуваності. Воно загальне й універсальне, незмінне, реалізується безпосередньо й об'єктивно⁴.

Навіть побіжний аналіз викладених міжнародно-договірних, а також законодавчо-конституційних і доктринальних джерел права дає змогу переконатися, що право людини на життя є фундаментальним і невід'ємним, а також у тому, що жоден правовий статус людини, що виникає та реалізується в контексті її правомірної діяльності не може підважувати це право. Таким чином, набуття особою міжнародно-правового статусу комбатанта не повинно тягнути за собою скасування права на життя чи деякого звуження його обсягу. В дійсності ж, принаймні у контексті російсько-української війни, відповідного міжнародного збройного конфлікту, маємо протилежну ситуацію. Так звані «конвенційні» позбавлення життя, тобто спричинення одним комбатантом смерті іншому в ситуації бою («законна військова ціль»), без порушень законів і звичаїв війни не вважається протиправним. При тому зауважимо, що з позицій та у форматі міжнародного гуманітарного права так воно і є. Але тільки у цьому форматі. Вихід за його межі, зміна оптики аналізу з *jus in bello* на *jus ad bellum* та ще ширше – до міжнародного права прав людини дозволяє чітко побачити: позбавлення комбатанта життя в бою є правомірним тільки для іншого комбатанта. Втім не є правомірним загалом. І пошук того суб'єкта,

¹ Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29 грудня 1999 року № 11-рп/1999. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/11-rp/99.rtf> (дата звернення: 10.10.2023).

² Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 216 Кримінального процесуального кодексу України від 24 квітня 2018 року № 3-п/2018. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/3-p.pdf> (дата звернення: 10.10.2023).

³ Кузьменко Я. П. Загальна характеристика права людини на життя. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2014. Вип. 28. Т. 1. С. 27–28

⁴ Пеценчук А. Право на життя в системі прав // Проблеми юриспруденції : теорія, практика, суспільний досвід : Матер. наук.-практ. конф. (08 жовтня 2013 р.). С. 75–77. URL: https://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=633%3A071013-13&catid=79%3A2-1013&Itemid=98&lang=en дата звернення: 11.10.2023).

хто вчиняє відповідне правопорушення, що спричиняє неправомірне позбавлення життя комбатанта неодмінно приводить до суб'єктів злочину агресії (планування, розв'язування та ведення агресивної війни – ст. 437 КК України). І саме цим суб'єктам, вищому військово-політичному керівництву російської федерації, слід ставити у вину загибель кожного українського воїна.

При цьому ми виходимо з того, що злочин агресивної війни, його соціально-правову природу, характер суспільної небезпечності слід сприймати у ліберально-гуманістичній парадигмі, яка імпліцитно втілена як на рівні загального міжнародного права (із загальноновизнаними принципами якого, відповідно до ч. 1 ст. 3 КК України, має узгоджуватися закон про кримінальну відповідальність), так і на рівні Конституції України. Її квінтесенцією є конституційно-правове положення про людину, її життя і здоров'я, честь і гідність, недоторканність і безпеку як найвищу соціальну цінність. Протагорівська сентенція про людину як міру усіх речей змушує піддати науковій ревізії розуміння категорії миру як об'єкту злочину агресії, агресивної війни (за загальним визнанням в доктрині) та відкрити, зрештою, людиноцентристський вимір того самого миру і його відсутності. Чи мислима суть миру у відриві від конкретної людини, спільнот? Питання – риторичне.

Мир, як стан відсутності війни, припиняється з першим пострілом, з першою ракетою, снарядом, випущеним на територію суверенної держави, з першим кроком на неї солдата армії країни-окупанта. Застосування ж зброї є не абстрактним індикатором порушення миру, а цілком реальним, онтологічно промовистим, фізично промаркованим чинником впливу на конкретні соціальні блага, пов'язувані з фундаментальними правами людини. Ведення агресивної війни (ч. 2 ст. 437 КК України) лише у рамочній своїй конструкції, що в кримінально-правовій доктрині традиційно зав'язана переважно на дослідженні специфіки об'єктивної сторони та спеціального суб'єкта («лідерський злочин»), виявляє свою деструктивну природу, характер суспільної небезпечності у контурах порушення імперативних норм *jus cogens* в частині *jus ad bellum* щодо заборони застосування сили чи погрози застосування сили у вирішенні спорів між державами та, відтак, порушення стану миру.

Однак перша ж більш-менш ґрунтовна спроба заглянути за лаштунки цієї імперативної норми виявляє широку гуманістичну панораму, яку досить влучно описав Ф. Мегре. Дослідником, зокрема, обґрунтовується концепція зла агресії, виходячи з того, що вона є порушенням прав усіх тих, кого вона торкається. Припущення полягає в тому, що радикальне космополітичне ставлення до прав людини підвищить свій миротворчий потенціал і позбавить державу-агресора можливості ховатися за міжнародним гуманітарним правом, щоб замаскувати свої гріхи, покладаючись на міжнародну реіфікацію війни¹. Розвиває цю думку

¹ Megret F. What is the Specific Evil of Aggression (March 28, 2012). Available at SSRN. URL:

професор К. Кресс, який наголошує: «Вкрай неправильно ділити чотири злочини відповідно до міжнародного права на три жорстокі злочини, з одного боку, і злочин агресії, з іншого. Навпаки, злочин агресії – це такий самий жорсткий злочин, що й інші міжнародні злочини. Заборона агресії направлена не лише на захист радше абстрактної цінності суверенітету держави, а й на захист досить конкретних фундаментальних прав потенційно незліченної кількості людей, які можуть постраждати або померти через агресивну війну. Коли є ризик порушення міжнародно-правової заборони на агресію, ці положення перебувають під загрозою»¹.

Ф. Мегре звертається до концептуалізації агресії саме як форми злочину проти миру². Знову ж таки, це щось фіксує, але ідея миру як цінності, яка в першу чергу захищається заборонаю на агресію, є розпливчастою та проблематичною. Зокрема, уявлення про агресію як про «матір усіх злочинів» не враховує той факт, що агресія не обов'язково є причиною більшої частини насильства, яке ми вважаємо неприйнятним під час війни, оскільки (i) ми більше не думаємо, що найтяжчі жорстокі злочини (геноцид, злочини проти людяності) обов'язково або логічно випливають з агресії, (ii) навіть військові злочини не випливають строго з того факту, що мала місце агресія, і принаймні у нас немає підстав думати, що агресор обов'язково вчиняє більше такі воєнні злочини, і (iii) у будь-якому випадку, якщо вона вчиняє низку жорстоких злочинів, вони вже переслідуються під власним іменем, а не просто як наслідки агресії³.

Більше того, обчислення причинного зла агресії ускладнюється тим, що міжнародне право приховує конкретне насильство війни двома одночасними кроками (i) гуманітарним «відмиванням» війни, тобто: мірою, до якої вбивство комбатантів і супутні вбивства цивільних осіб (у певних межах) вважаються законними, навіть якщо на практиці вони цілком можуть спричинити найбільшу кількість жертв у будь-якому конкретному конфлікті та наше відчуття огиди до війни, і (ii) тенденція міжнародного права в галузі прав людини відмовитися від моральної висоти по відношенню до гуманітарної чутливості до війни під широкою рубрикою законів війни як *lex specialis* прав людини, коли справа доходить до визначення того, хто може бути вбитий⁴.

Такі парадигмальні зрушення, чи-то-пак своєрідна конвергенція права

<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2546732>.

¹ Війна в Україні та злочин агресії : текст лекції професора, почесного доктора права Клауса Кресса з Університету Кельна в Нюрнберзькій академії від 4 травня 2023 р. в залі суду № 600 у Нюрнберзькому палаці правосуддя. URL : https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/user_upload/Ukrainian_-_Lecture_Prof_Kress_-_The_Ukraine_War_and_the_Crime_of_Aggression_-_Nuremberg_Academy_Lecture_on_4_May_2023.pdf.pdf.

² Megret F. What is the Specific Evil of Aggression (March 28, 2012). Available at SSRN. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2546732>.

³ Війна в Україні та злочин агресії : текст лекції професора, почесного доктора права Клауса Кресса з Університету Кельна в Нюрнберзькій академії від 4 травня 2023 р. в залі суду № 600 у Нюрнберзькому палаці правосуддя. URL : https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/user_upload/Ukrainian_-_Lecture_Prof_Kress_-_The_Ukraine_War_and_the_Crime_of_Aggression_-_Nuremberg_Academy_Lecture_on_4_May_2023.pdf.pdf.

⁴ Там само.

міжнародної відповідальності держав та міжнародного права прав людини і в певній мірі похідного від них міжнародного кримінального права означає чітке розмежування акту агресії як породження першого та злочину агресії як, відповідно, продукту другого і третього. Злочин агресії, на відміну від акту агресії, проявляється передусім у порушенні фундаментальних прав людини на життя, свободу, особисту недоторканість, власність.

У кримінально-правовому аспекті захист миру навряд чи об'єктивно та ефективно можливо реалізувати у межах національної юрисдикції. В тому числі – не в останню чергу через імунітет вищого військово-політичного керівництва країни-агресора (*par in parem non habet imperium*). Натомість захист всіх прав і свобод людини, довкілля, суспільних і державних інтересів – цілком адекватне й посилене завдання для національної юрисдикції. Так ми підходимо до проблеми переосмислення як родового, так і безпосереднього об'єкту кримінального правопорушення, передбаченого ст. 437 КК України. Поруч з цим зауважимо, що ця робота не має на меті дослідження проблем об'єкт вказаного злочину. Натомість важливою вважаємо думку про те, що соціальне благо миру є таким за визначенням тільки і виключно у розрізі гарантування фундаментальних прав людини (перш за все на життя, свободу, повагу до гідності). В іншому разі воно стає фікцією, симулякром.

Правий в цьому контексті В. О. Туляков, який зауважує на тому, що оскільки злочин все частіше розглядається як заборонене законом порушення суспільного порядку, а не як порушення інтересів жертви, окрема жертва ігнорувалася і залишалася, по суті, в приватних правових каналах для отримання компенсації. Еволюція риторики «суспільного блага» або «суспільного добробуту» є корисним легітимізуючим інструментом. Проте констатація урахування безпеки особистості, суспільства, держави при відсутності зв'язку між колективним віктимним та індивідуальними інтересами диверсифікували культуру віктимності у бік нехтування останньою¹.

Протистояти цим деструктивним тенденціям розвитку процесу криміналізації можна, використовуючи право прав людини у якості підґрунтя розвитку кримінально-правової ідеології та наукових основ криміналізації. Безпека держави залежить від вектору розвитку, ідеології суспільства (жертва-ягня, жертва-герой), абсолютизації прав людини та гармонічної відповідальності за їх порушення. Отже, безпека особистості не може бути другорядною у порівнянні із безпекою суспільства чи держави. Рівність, юридична визначеність, пропорційність, передбачуваність, субсидіарність, законність як принципи кримінального права та соціально-правові підґрунтя криміналізації повинні розглядатися виключно у векторі примата прав та безпеки жертви кримінального правопорушення

¹ Туляков В.О. Культура віктимності та безпекова складова кримінальної політики: як ламається кримінологічна матриця // Сучасні виклики та актуальні проблеми забезпечення міжнародної та національної безпеки (тенденції, проблеми та шляхи їх вирішення) : Матр. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 02 грудня 2022). Дніпро: ДДУВС, 2022. С. 287.

компліментарності примусу та гідного поводження, компенсації, реституції та реабілітації, сатисфакції, та гарантій неповторення спричинення шкоди жертві¹.

Наразі ж маємо абсолютно незадовільну ситуації, коли конвенційні позбавлення життя українських військовослужбовців не знаходять адекватної правової реакції. Склалася і доктринально домінуюча і правозастосовна практика, коли конвенційне позбавлення життя чи спричинення шкоди розглядається як допустимий вимір ведення війни. Все так. З точки зору міжнародного гуманітарного права так і є. Але чи не підважує право війни право людини на життя? Переконані, вимоги міжнародного гуманітарного права доповнюють, а не підміняють механізми правового захисту людини, в тому числі й комбатанта, військовослужбовця, в умовах війни і внаслідок війни та її ведення. Так, воєнного злочину не буде. Але це не означає, що відбулося загалом правомірне позбавлення життя людини. Його статус комбатанта не позбавляє його права на життя. Суб'єктом цього протиправного позбавлення життя є суб'єкт злочину, передбаченого ст. 437 КК України. В тому числі за рахунок такого підходу треба формувати й адекватну доказову базу розв'язування та ведення агресивної війни, відповідну масштабам порушень фундаментальних прав людини, забезпечуючи тим самим можливість для подальшого справедливого міжнародного правосуддя. На противагу нині існуючій статистичній картині, яка вражає: від початку повномасштабного вторгнення обліковано 82 кримінальних правопорушень, передбачених ст. 437 КК України. Натомість в розділі статистичної звітності Форми 1 Офісу Генерального прокурора, присвяченому потерпілим від кримінальних правопорушень, навіть окремої строки не виділено для потерпілих від ведення агресивної війни. З наявної загальної кількості потерпілих військовослужбовців (39663) у 98 % випадків досудове розслідування здійснювалось підрозділами Національної поліції. Тож йдеться не про жертв ведення агресивної війни. І це – нонсенс.

Він же підтверджується і зібрані нами експертними оцінками серед прокурорів, що здійснюють процесуальне керівництво у кримінальних провадженнях про злочини, вчинені в контексті збройного конфлікту. Вони наочно засвідчують: існує тотальне нерозуміння на рівні правозастосувачів того, що міжнародне гуманітарне право не позбавляє права на життя, а тільки унормовує поведінку учасників збройного конфлікту. Навіть конвенційне заповідання смерті кожному українському (і не тільки) комбатанту належить розглядати як протиправне спричинення смерті, але в контексті прояву ведення агресивної війни (ч. 2 ст. 437 КК України) та ставити у вину суб'єктам цього злочину. Необхідно формувати адекватну доказову базу злочину агресії, аби мати об'єктивне і задокументоване

¹ Туляков В.О. Культура віктимності та безпекова складова кримінальної політики: як ламається кримінологічна матриця // Сучасні виклики та актуальні проблеми забезпечення міжнародної та національної безпеки (тенденції, проблеми та шляхи їх вирішення) : Матр. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 02 грудня 2022). Дніпро: ДДУВС, 2022. С. 288.

уявлення про його масштаб, забезпечити в майбутньому відповідну спрямованість та обсяги функціонування механізмів міжнародної кримінальної юстиції та, зрештою, забезпечити захист права людей на життя. Існує гостра потреба у відповідній зміні правозастосовної практики, приведення її у відповідність до міжнародних принципів права, визнаних цивілізованими народами світу, до принципів і норм Конституції України, які гарантують кожному право на життя.

Подібна до викладення логіка має бути застосована, на наше переконання, і щодо випадків взяття в полон та утримання в неволі українських військовослужбовців. З точки зору міжнародного гуманітарного права – узвичаєна правомірна процедура. Однак з позицій забезпечення фундаментального права людини на особисту свободу – такі випадки також можуть розглядатися як прояви ведення агресивної війни. Право на особисту свободу є так само фундаментальним правом людини, якого комбатанти не позбавляються¹. Так, слід визнати деяку «шизофренічність» цієї ситуації: виконання норм міжнародного гуманітарного права (взяття в полон і утримання в ньому) становить за нашою пропозицією прояв злочину агресії. Але «шизофренічною» є в цій частині і саме міжнародне право. Міжнародне гуманітарне право за своєю природою – право війни, яка заборонена (принаймні агресивної війни) на рівні *jus ad bellum*. Тож закономірним є те, що подвійність, чи-то-пак багатовимірність й принципова нестисненність в один вимір міжнародно-правового регулювання відносин війни та в умовах війни змушує миритися з такою двоїстою логікою.

Ця ж логіка, імовірно, може бути застосована й щодо комбатантів армії держави-агресора. Цю думку варто піддати обговоренню, наковій дискусії. Але на перший погляд вбачається, що вони також люди, не позбавлені права на життя і особисту свободу. Заподіяння шкоди цим правам і благам відбувається завдяки і внаслідок розв'язання та ведення агресивної війни. Відповідна кількість смертей також закономірно має бути поставлена у вину тим особам, хто розв'язав та вів агресивну війну.

Окрім того, дотичним до озвученої проблематики є й проблема кримінально-правового захисту життя, здоров'я, власності цивільних осіб, що з точки зору *jus in bello* можуть розглядатися як супутні втрати (*collateral damage*) в контексті ведення бойових дій, мають також поповнити обсяг наслідків ведення агресивної війни та поставлені у вину відповідним суб'єктам злочину, передбаченого ст. 437 КК України.

Висновки. Злочин агресії – найбільше зло з можливих. Так цей злочин був охарактеризований у обвинувальному вироці Нюрнберзького трибуналу. І, напевно, в цьому немає перебільшення. Кожен, хто пригадає всі ті жахіття, що пережив і продовжує переживати Український народ

¹ Орлов Ю. В. Праву на життя комбатантів – належний кримінально-правовий захист // Протидія кримінальним правопорушенням на деокупованих територіях : Матер. Всеукр. наук.-практ. конф. (27 жовтня 2023 р., м Кропивницький) / Донецький державний університет внутрішніх справ. Кропивницький, 2023. С. 114.

протягом вже більш ніж як півторарічного протистояння повномасштабній збройній агресії російської федерації, змушений буде схилитись перед неспростовністю цієї тези. Масштабні воєнні злочини, злочини проти людяності, зрештою – прояви імовірного геноциду стали можливими виключно у зв'язку з триваючим актом агресії. Саме тому не може бути жодних сумнівів у тому, що не тільки і не стільки воєнні злочинці, скільки саме вище військово-політичне керівництво російської федерації має стати пріоритетною мішенню міжнародної кримінальної юстиції. Це навіть не питання принципу законності, верховенства права. Це – вимог виживання людства як цивілізованої спільноти, соціальної організованості. Порушення засадничої заборони на використання сили чи її погрози (ст. 2 Статуту ООН) – це не лише про уникнення застосування зброї масового знищення, що несе загрозу біологічним основам життя, а й про уникнення провалу за етичний мінімум, за межами якого вже не може існувати поняття про гідність.

В цьому контексті важливо сформулювати та реалізувати у правозастосовній практиці адекватне уявлення про природу, прояви, наслідки злочину агресії, їх врахування як у кримінологічному аналізі безпекової ситуації в Україні, так і при прогнозуванні криміногенних ефектів повоєнного транзиту, забезпечення справедливості перехідного правосуддя, в тому числі і зокрема в частині функціонування кримінальної юстиції

Використання дослідницької та правозастосовної оптики, сфокусованої на гуманістичному пріоритеті, на правах людини змушує говорити про повернення до формату (або ж його актуалізації й паритетизації) *jus ad bellum* поруч із *jus in bellum*. Це означає, що міжнародне гуманітарне право за визначенням не може упосліджувати базових прав людини, зокрема на життя, особисту недоторканість, свободу, безпечне довкілля тощо, які порушуються самим внаслідок акту та злочину агресії.

Слід переглянути розуміння складу злочину агресії. Критично важливо визначити, що це не формальний, а матеріальний склад. І його обов'язковим об'єктом є не лише мир, як міжнародно-правова та загальнолюдська цінність, а й життя, здоров'я кожної особи, яка постраждала від агресії, а також власність, довкілля та інші блага, яким з об'єктивною закономірністю спричиняються шкода в ході агресії навіть тоді, коли норми міжнародного гуманітарного права, закони і звичаї війни, не порушуються. Тож якщо міжнародне гуманітарне право підважує життя і свободу комбатанта, відкриваючи конвенційно допустиму можливість позбавляти його життя, брати в полон іншим конвенційним учасником збройного конфлікту, комбатантом протилежної сторони, то міжнародне право прав людини презентує вищий рівень захисту комбатантів, а також цивільних осіб, довкілля

Якщо комбатант має право брати участь у збройному конфлікті (ч. 2 ст. 43 Додаткового протоколу (I) до Женевських конвенцій 1949 р.¹) і,

¹ Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій 1949 р. : Міжнародний документ ООН від

відповідно, військовим способом, тобто із застосуванням зброї, досягати військових цілей (зниження живої сили, комбатантів, та військової техніки супротивної сторони), то для суб'єктів розв'язування та ведення агресивної війни (*big fish*) таких цілей і відповідних їм прав за визначенням не існує. Тому можливо візуалізувати такий собі аналог ситуації опосередкованого виконавства, коли представники вищого військово-політичного керівництва країни-агресора, як суб'єкти злочину агресії, несуть відповідальність за позбавлення життя комбатантів країни-жертви агресії, спричинення іншої супутньої шкоди. Підкреслимо: йдеться не про міжнародну відповідальність держави, а про кримінальну відповідальність суб'єкту міжнародного злочину, злочину агресії, підставою для чого є включення відповідних суспільно небезпечних наслідків до складу злочину агресії.

Отже, кожен факт конвенційного заподіяння смерті військовослужбовцю Збройних Сил України, а також іншій категорій комбатантів на стороні України (а так само спричинення шкоди їх здоров'ю, заподіяння тілесних ушкоджень, бойових поранень, каліцтв) є проявом та наслідком ведення агресивної війни. Відповідно має кваліфікуватися за ст. 437 КК України. Їх участь у відсічі збройній агресії не позбавляє їх права на життя, а державу від обов'язку його захищати й притягувати до кримінальної відповідальності (зокрема домагатися цього на міжнародному рівні). Слідування цим рекомендаціям у площині правозастосування здатне, на нашу думку, забезпечити належну правову реакцію в межах охорони життя щонайменше українських військовослужбовців, сформуванню документальної, юридично значущої бази для пред'явлення адекватного обвинувачення у розв'язуванні та веденні агресивної війни, притягнення винних до кримінальної відповідальності та утвердження справедливості.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ

1. Війна в Україні та злочин агресії : текст лекції професора, почесного доктора права Клауса Кресса з Університету Кельна в Нюрнберзькій академії від 4 травня 2023 р. в залі суду № 600 у Нюрнберзькому палаці правосуддя. URL: https://www.nurembergacademy.org/fileadmin/user_upload/Ukrainian_-_Lecture_Prof_Kress_-_The_Ukraine_War_and_the_Crime_of_Aggression_-_Nuremberg_Academy_Lecture_on_4_May_2023.pdf.pdf.
2. Додатковий протокол (I) до Женевських конвенцій 1949 р. : Міжнародний документ ООН від 12.12.1977 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_199#Text (дата звернення: 15.10.2023).

3. Загальна декларація прав людини : Міжнародний документ ООН, Декларація. URL: <https://www.coe.int/uk/web/compass/the-universal-declaration-of-human-rights-full-version-> (дата звернення: 10.10.2023).

4. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод : Міжнародний документ Ради Європи, Конвенція від 04.11.1950 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text (дата звернення: 10.10.2023).

5. Кузьменко Я. П. Загальна характеристика права людини на життя. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія «Право»*. 2014. Вип. 28. Т. 1. С. 26–30.

6. Міжнародний пакт про громадянські і політичні права : Міжнародний документ ООН, Пакт від 16.12.1966 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/card/995_043 (дата звернення: 10.10.2023).

7. Орлов Ю. В. Жертви війни у кримінально-правовій оптиці // Сучасні реалії протидії воєнним злочинам: набутий досвід та погляд в майбутнє : Матеріали панельної дискусії VII Харківського Міжнародного юридичного форуму 25 вересня 2023 року. Київ : Алерта, 2023. С. 103–109.

8. Орлов Ю. В. Зміна концепції злочину агресії: від міжнародно-гуманітарного упослідження до реального захисту прав людини // Безпекова ситуація в Україні в умовах війни: стан, загрози, напрями забезпечення : Матер. наук.-практ. кругл. столу (м. Київ, 26 вересня 2023) ; Державний науково-дослідний інститут МВС України. Київ : ДНДІ МВС, 2023. С. 218–221.

9. Орлов Ю. В. Праву на життя комбатантів – належний кримінально-правовий захист // Протидія кримінальним правопорушенням на деокупованих територіях : Матер. Всеукр. наук.-практ. конф. (27 жовтня 2023 р., м Кропивницький) / Донецький державний університет внутрішніх справ. Кропивницький, 2023. С. 112–115.

10. Пеценчук А. Право на життя в системі прав // Проблеми юриспруденції : теорія, практика, суспільний досвід : Матер. наук.-практ. конф. (08 жовтня 2013 р.). URL: https://legalactivity.com.ua/index.php?option=com_content&view=article&id=633%3A071013-13&catid=79%3A2-1013&Itemid=98&lang=en дата звернення: 11.10.2023).

11. Рішення Великої палати Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) частини шостої статті 216 Кримінального процесуального кодексу України від 24 квітня 2018 року № 3-р/2018. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/docs/3-p.pdf> (дата звернення: 10.10.2023).

12. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням 51 народного депутата України щодо відповідності Конституції України (конституційності) положень статей 24, 58, 59, 60, 93, 190-1 Кримінального кодексу України в частині, що

передбачає смертну кару як вид покарання (справа про смертну кару) від 29 грудня 1999 року № 11-рп/1999. URL: <https://ccu.gov.ua/sites/default/files/ndf/11-rp/99.rtf> (дата звернення: 10.10.2023).

13. Туляков В. О. Культура віктимності та безпекова складова кримінальної політики: як ламається кримінологічна матриця // Сучасні виклики та актуальні проблеми забезпечення міжнародної та національної безпеки (тенденції, проблеми та шляхи їх вирішення) : Матр. Міжнар. наук.-практ. конф. (м. Дніпро, 02 грудня 2022). Дніпро: ДДУВС, 2022. С. 287. С. 286–289.

14. Megret F. What is the Specific Evil of Aggression (March 28, 2012). Available at SSRN. URL: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2546732> (дата звернення: 15.10.2023).

Стаття надійшла до редакції 24.11.2023

Oleksii M. LYTVYNOV,

Doctor in Law, Professor

(M. Ye. Zhukovsky National Aerospace University «Kharkiv Aviation Institute», Kharkiv, Ukraine)

Yurii V. ORLOV,

Doctor in Science of Law, Professor

(Kharkiv National University of Internal Affairs, Kharkiv, Ukraine)

ISSUES OF CRIMINAL-LEGAL PROTECTION OF COMBATANTS'S LIFE, OR HOW TO OVERCOME THE EFFECTS OF HUMANITARIAN WAR «LAUNDERING»

The article is devoted to the study of the problems of criminal and legal protection of the lives of combatants. On the basis of the characteristics of the human right to life and the provisions of international humanitarian law, the conditions for the legality of taking the life of combatants, as well as the sources of illegality, the criminal-legal qualification of the relevant acts have been determined. It has been proven that every fact of conventionally causing the death of a serviceman of the Armed Forces of Ukraine, as well as other categories of combatants on the side of Ukraine, is a manifestation and consequence of waging an aggressive war, and must be qualified under Art. 437 of the Criminal Code of Ukraine.

Key words: *aggression, war, armed conflict, international humanitarian law, combatant, life, right to life, criminal legal protection, criminal-legal qualification.*