

## ДО ПИТАННЯ ПРО ПРАВОВУ ПЛОЩИНУ ТА ПРАКТИКУ «ОБМІНУ ПОЛОНЕНИМИ»: КРИМІНАЛЬНО-ПРОЦЕСУАЛЬНИЙ АСПЕКТ

**ТЕТЕРЯТНИК Ганна Костянтинівна** - доктор юридичних наук, доцент, завідувач кафедри кримінального процесу Одеського державного університету внутрішніх справ

УДК 343.13:355.271(477)  
DOI 10.32782/EP.2021.4.31

Статтю присвячено питанням правового забезпечення окремих процедур у кримінальному провадженні у випадках здійснення «обміну полоненими». Визначається, що одним із проблемних питань є правова не визначеність статусу осіб, які проходять процедуру «обміну полоненими». Не всі особи, які знаходяться в полоні на тимчасово окупованих територіях, є військовополоненими. За нормами міжнародного гуманітарного права та відповідно до практики ЄСПЛ статус цивільних осіб, які тримаються у заручниках, у зв'язку зі збройним конфліктом та статус осіб на тимчасово окупованих територіях, які є політичними в'язнями або переслідуються з політичних мотивів так званими «ДНР», «ЛНР» та крайноагресором розглядається як статус «цивільних заручників» та «політичних в'язнів». Неоднозначним з точки зору кваліфікації збройного конфлікту на території України є й статус осіб, які входять до незаконно створених військових та збройних формувань псевдо республік або співпрацюють з ними. Поняття «полонений» у нормах права відсутнє.

Автором проаналізовані рішення та діяльність органів досудового розслідування, прокуратури та суду, у випадках, коли особи, які притягаються до кримінальної відповідальності за злочини, пов'язані зі збройним конфліктом, видаються для здійснення процедури «обміну полоненими». Визначено, що судами, як правило, змінюється запобіжний захід у вигляді тримання під вартою на інший неізоляційний, після чого такі особи проходять процедуру об-

міну. Як наслідок, вони оголошуються у розшук. Робиться висновок про характер прийняття таких рішень як політико-правових. Аналіз зазначених питань здійснено у контексті засад кримінального провадження та права на справедливий суд.

Визначається, що необхідним є пошук правових механізмів впорядкування прийняття процесуальних рішень щодо осіб, які притягаються до кримінальної відповідальності, але видаються за процедурою «обміну полоненими». Наводяться практики, запропоновані правниками для врегулювання зазначеного питання. Констатується, що зміни до кримінального та кримінального процесуального законодавства для врегулювання цього питання повинні бути комплексними, з урахуванням норм міжнародного гуманітарного права та стандартів ЄСПЛ.

Ключові слова: кримінальне провадження, збройний конфлікт, обмін полоненими, політико-правове рішення, тримання під вартою.

### Вступ

Одним із проблемних питань здійснення кримінального провадження в умовах збройного конфлікту та тимчасової окупації окремих територій України є правова не визначеність статусу осіб, які проходять процедуру «обміну полоненими». Не всі особи, які знаходяться в полоні на невідконтрольних територіях, є військовополоненими. За нормами міжнародного гуманітарного права та відповідно до практики ЄСПЛ статус цивільних осіб, які трима-

ються у заручниках, у зв'язку зі збройним конфліктом та статус осіб на тимчасово окупованих територіях, які є політичними в'язнями або переслідуються з політичних мотивів так званими «ДНР», «ЛНР» та країною-агресором. Неоднозначним з точки зору кваліфікації збройного конфлікту на території України є й статус осіб, які входять до незаконно створених військових та збройних формувань псевдо республік або співпрацюють з ними. Не вступаючи в дискусію щодо статусу та співвідношення категорій «військовополонений», «цивільний заручник», «політичний в'язень», зауважимо, що поняття «полонений» відсутнє як у нормах міжнародного права, так і у нормах вітчизняного законодавства.

#### **Аналіз останніх досліджень і публікацій**

Питання кримінальних процесуальних аспектів провадження у випадках застосування процедури «обміну полоненими» є недослідженими у доктрині кримінального процесу. Здебільшого вони висвітлюються у дослідженнях правозахисних організацій: Медійною ініціативою за права людини (МІПА), Українською Гельсінською спілкою з прав людини (УГСПЛ) та Euromaidan Press (EP).

Питання правової визначеності статусу осіб, які проходять процедуру «обміну полоненими» виступили предметом лише в деяких наукових дослідженнях в галузевих правових науках. Зокрема їм присвячували свої праці: М.О. Бердяєва, М.В. Грушко, І.М. Жаровська, М.В. Єрошкін, І.М. Кравченко, О.В. Лазукова, М.В. Манько, В.Ф. Нестерович, М. Рудька, А. Удовенка та ін. Проте, в доктрині кримінального процесуального права залишається багато не вирішених та спірних питань щодо практики «обміну полоненими».

У відповідності з цим, **метою статті** опрацювання наукового, статистичного матеріалу, практики судів щодо вирішення процесуальних питань у випадках проведення «обміну полоненими» та напрацювання рекомендацій щодо забезпечення окремих правового процедур, пов'язаних

із цим процесом. Завданням є дослідження кримінального процесуального аспекту практики «обміну полоненими».

#### **Виклад основного матеріалу дослідження**

Станом на 7 квітня 2019 року СБУ повідомила про 3233 звільнених з полону українців. Умовно історію обмінів можна розділити на три періоди: активний період від початку війни до 2016 року; «Штиль» в 2016-2017 роки, який закінчився «великим» обміном 27 грудня 2017; і період з вересня 2019 по теперішній час, з якоїсь активізацією обмінів полоненими. Кожен з цих періодів має свій політичний підтекст, який впливав на комунікацію української і російської сторін і, відповідно, на кількість обмінюваних осіб [1].

Правозастосовна практика вказує, що при вирішенні питання «обміну полоненими», який не має чітко визначеної нормативної процедури (хоча й зрозуміло, що більшість інформації має гриф таємності), особи, які притягаються в Україні до кримінальної відповідальності, мають можливість уникнути покарання. Більш того, рішення щодо зміни їм запобіжного заходу з ізоляційного на неізоляційний на різних стадіях кримінального провадження є здебільшого політико-правовим рішенням. Зазначені питання є малодослідженим у науці, відтак потребують опрацювання.

Правники зауважують, що «...неправильно говорити, що обмін відбувається повністю поза межами права – це не так, але юридичні інструменти, які використовуються – запозичені, і не підходять для даного процесу. Такими інструментами є застосування положень Кримінального процесуального кодексу - стандартні міри кримінального провадження, такі як зміна запобіжних заходів, процеси помилування. Також ухвалюються судові рішення по кожному заручнику, але вони різняться юридичною аргументацією, містять багато помилок та неточностей» [2].

Як нами уже зазначалося, законодавство України не тільки не врегульовує статусу полонених, але й не визначає процесуальних, у т.ч. судових процедур, які

б вирішували питання щодо покарання, звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання осіб, які передаються за обміном. Один із основоположних принципів правосуддя, визначений у ст. 6 КЗПА – доступ до правосуддя, який полягає у здатності особи безперешкодно отримати судовий захист як доступ до незалежного і безстороннього вирішення спорів за встановленою процедурою на засадах верховенства права [3].

У рішенні КСУ від 02.11.2004 р. у справі № 1-33/2004 зазначається, що: «Відповідно до частини першої статті 8 Конституції України в Україні визнається і діє принцип верховенства права. Верховенство права – це панування права в суспільстві. Верховенство права вимагає від держави його втілення у правотворчу та правозастосовну діяльність, зокрема у закони, які за своїм змістом мають бути проникнуті передусім ідеями соціальної справедливості, свободи, рівності тощо. Одним з проявів верховенства права є те, що право не обмежується лише законодавством як однією з його форм, а включає й інші соціальні регулятори, зокрема норми моралі, традиції, звичаї тощо, які легітимовані суспільством і зумовлені історично досягнутим культурним рівнем суспільства. Всі ці елементи права об'єднуються якістю, що відповідає ідеології справедливості, ідеї права, яка значною мірою дістала відображення в Конституції України» [4]. У цьому ж рішенні зазначається, що «Справедливість – одна з основних засад права, є вирішальною у визначенні його як регулятора суспільних відносин, одним із загальнолюдських вимірів права. Зазвичай справедливість розглядають як властивість права, виражену, зокрема, в рівному юридичному масштабі поведінки й у пропорційності юридичної відповідальності вчиненому правопорушенню. У сфері реалізації права справедливість проявляється, зокрема, у рівності всіх перед законом, відповідності злочину і покарання, цілях законодавця і засобах, що обираються для їх досягнення» [4].

Наведемо декілька прикладів із правозастосовної практики. 28 грудня 2019

року суд у Харкові було засуджено трьох чоловіків за здійснення вибуху на мітингу на підтримку Майдану 22 лютого 2015 року в Харкові, в результаті якого загинули двоє чоловіків, хлопчик і співробітник поліції. Суд визнав цих трьох обвинувачених винними й засудив їх до довічного ув'язнення, а також зобов'язав засуджених сплатити жертвам 4,3 млн. грн. (приблизно 176 тис. дол. США) на відшкодування моральної шкоди, спричиненої злочином. Проте, суд звільнив їх із-під варті під особисте зобов'язання залишатися за місцем офіційного проживання до набрання вироком чинності, що суперечить усталеній практиці [5]. Передавши цих засуджених на територію, яка контролюється самопроголошеними «республіками», влада дозволила їм уникнути відбування покарання і виплати відшкодування жертвам. Хоча одночасне звільнення утримуваних осіб спрямоване на заохочення миру та примирення, його слід узгоджувати з зобов'язаннями України розслідувати порушення прав людини, здійснювати кримінальне переслідування за них і забезпечувати право жертв на ефективний засіб правового захисту [6].

Неоднозначними є звільнення та передача обвинувачених, які очікують суду, що порушує право потерпілих на справедливе правосуддя та відшкодування завданої злочином шкоди, перегляд судових рішень.

Наприклад, у справі стосовно звільнення п'яти колишніх співробітників підрозділу «Беркут», яких було затримано у кримінальному провадженні за вбивство 48 чоловіків-протестувальників і замах на вбивство ще 80 протестувальників 20 лютого 2014 року в центрі Києва. 28 грудня 2019 року суд скасував запобіжні заходи, що були обрані проти обвинувачених у вигляді тримання під вартою та домашнього арешту, а наступного дня їх було передано до Донецьку і Луганську в рамках одночасного звільнення. В інтерв'ю після звільнення з-під варті двоє співробітників «Беркуту» підкреслили свій намір просити притулку в Російській Федерації та продовжити брати участь у слуханнях за

допомогою відеоконференцз'язку. При цьому інші двоє обвинувачених 8 лютого 2020 повернулися до Києва, що дало змогу продовжити судовий процес над ними. За твердженням Офісу Генерального прокурора України, судовий розгляд щодо звільнених працівників «Беркуту» буде продовжено, а у випадку неявки будь-кого з обвинувачених до суду щодо них буде здійснюватися спеціальне судове провадження (in absentia) [7]. При цьому жодному з інших співробітників «Беркуту», стосовно яких проводилося заочне розслідування за цей самий злочин, не було пред'явлено обвинувачення. За інформацією Офісу Генерального прокурора України, заочне розслідування ведеться стосовно 21 з 22 працівників «Беркуту», що перебувають у розшуку за підозрою у вбивстві 48 і замаху на вбивство 80 учасників протестів на Майдані 20 лютого 2014 р. [8].

Крім того, існують випадки коли обвинуваченим, провадження щодо яких перебувало уже на розгляді у суді змінювався запобіжний захід не пов'язаний з триманням під вартою, що призводило подальшого оголошення їх у розшук. Так, ухвалою Голосіївського районного суду м. Києва у справі 1-кп/752/593/19 від 22.08.2018 за обвинуваченням у вчиненні кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 111 КК України за клопотанням захисника було змінено запобіжний захід з тримання під вартою на особисте зобов'язання. При цьому, в мотивувальній частині ухвали зазначено наступне: «Прокурори проти заявленого захисником клопотання не заперечували. Крім того, в судовому засіданні прокурори також заявили клопотання про зміну обвинуваченому ОСОБА\_1 раніше обраної міри запобіжного заходу з тримання під вартою на особисте зобов'язання. В обґрунтування вимог зазначив, що 15.08.2019 р. на нараді в Офісі Президента обговорювалось питання щодо виконання протягом одного тижня домовленостей Президентів України і Російської Федерації щодо обміну тридцяти трьох заручників, військовополонених та інших осіб, які підозрюються (обвинувачуються) у вчиненні злочинів і кримінальні

провадження стосовно яких перебувають у провадженні органів досудового розслідування і судах України, до числа яких входить обвинувачений ОСОБА\_1, які підлягають обміну еквівалентну кількість військовополонених військовослужбовців України. Просив змінити запобіжний захід для забезпечення участі у зазначеному обміні» [9].

Ухвалою цього ж суду від 23.06.2021 р. зазначену особу оголошено розшук. В ухвалі зазначено, що після зміни запобіжного заходу обвинуваченого було повідомлено про наступне судове засідання, яке було призначено на 06.09.2019, під розписку в судовому засіданні. Між тим, у подальшому на виклики суду обвинувачений не з'являвся. Судові повістки про виклик, які направлялися за його адресою реєстрації та проживання, не отримував. Про причини неявки суд не повідомляв. З жодними клопотаннями, заявами до суду не звертався. Зв'язок із захисником не підтримує.

Згідно даних Центру обробки спеціальної інформації ДПС України, наданої 14.05.2021 на виконання ухвали суду, ОСОБА\_1 ІНФОРМАЦІЯ\_1 . 07.09.2019 з пункту пропуску Бориспіль D перетнув державний кордон у напрямку аеропорту «Внуково» Російської Федерації. Данні про те, що він повертався на територію України, суду не надані. Суд, керуючись вимогами ст. 335 КПК України, зупиняє судове провадження щодо обвинуваченого ОСОБА\_1 до його розшуку [10].

Обвинуваченим у цій справі є Олександр Саттаров, який обвинувачується серед іншого в активній участі у пособництві військовослужбовцям Збройних Сил Російської Федерації у проникненні на територію 204-ої Севастопольської бригади тактичної авіації імені Олександра Покришкіна військової частини А4515 Збройних Сил України («Аеродром Бельбек»), а також активній участі у захопленні 174-го Управління зенітної ракетної бригади військової частини А3009 у м. Севастополі («Фіолент»). Його було включено до списку обміну на українських моряків, яких викрало ФСБ у Чорному морі восени 2018 року [11].

Прийняття рішень щодо обміну полоненими без правових процедур впливають на можливість виконання судових рішень у встановленому законом порядку і забезпечення права на оскарження процесуальних рішень. У ст. 24 КПК України передбачено, що «Кожному гарантується право на оскарження процесуальних рішень, дій чи бездіяльності суду, слідчого судді, прокурора, слідчого в порядку, передбаченому цим Кодексом.

Гарантується право на перегляд вироку, ухвали суду, що стосується прав, свобод чи інтересів особи, судом вищого рівня в порядку, передбаченому цим Кодексом, незалежно від того, чи брала така особа участь у судовому розгляді» [12].

На практиці існують випадки, коли обвинувачені, засуджені яких було передано за процедурою обміну полоненими, порушували питання щодо поновлення строків апеляційного оскарження судових рішень. До прикладу, у справі 11-кп/804/598/21 Іллічівським районним судом м. Маріуполя Донецької області від 26.12.2021р., обвинуваченого ОСОБА\_2 визнано винуватим у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 258-3, ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 263, ч. 2 ст. 263-1, ч. 3 ст. 258 КК України та визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі строком на дванадцять років з конфіскацією майна, що належить йому на праві приватної власності; обвинуваченого ОСОБА\_1 визнано винуватим у вчиненні злочинів, передбачених ч. 1 ст. 258-3, ч. 2 ст. 28, ч. 1 ст. 263, ч. 3 ст. 258 КК України та визначено остаточне покарання у виді позбавлення волі строком на дванадцять років з конфіскацією майна, що належить йому на праві приватної власності [13].

Обидва обвинувачені – Едуард Бондаренко та Сергій Пастухов були передані у результаті «обміну полоненими» наприкінці грудня 2019 року. «Юридично» з боку суду ця процедура виглядала наступним чином: вироком Іллічівського районного суду м. Маріуполь від 26.12. 2019 р. обом обвинуваченим було змінено запобіжний захід у вигляді тримання під вартою на особисте зобов'язання, зі звільненням їх

з-під варти в залі суду. На обвинувачених було покладено лише одне зобов'язання – прибувати до суду за першою вимогою. За рішенням суду такий запобіжний захід діяв до набрання вироком чинності. При цьому особам були повернуті паспорти громадян України [13].

Як вбачається з фактів, наведених в ухвалі Донецького апеляційного суду у справі 11-кп/804/598/21 від 07.06.2021 року, після процедури «обміну полоненими» С. Пастухов повернувся до непідконтрольної Україні території – м. Донецьк, де перебував до 12.06.2020, поки не опинився на підконтрольній Україні території, де його було затримано, як особу, яка за рішенням суду була оголошена у розшук. Після затримання засудженого, його захисником була подана апеляційна скарга щодо поновлення строків апеляційного оскарження вироку. Захисник та засуджений вважали, що строк апеляційного оскарження був пропущений з поважних причин. Серед них захисник наводить наступні: «...після ухвалення вироку, засуджений Пастухов С.А. не був звільнений з-під варти, а переданий із залу суду працівникам контррозвідки Служби безпеки України для проведення 29.12.2019 р. в рамках реалізації домовленостей щодо обміну полоненими; при цьому звертає увагу, що в період часу з 26.12.2019р. по 29.12.2019 р. до моменту обміну полоненими Пастухов С.А. без складання протоколу про затримання та без відповідного рішення суду був позбавлений волі і його місцезнаходження не було відомо ні захиснику, ні родичам».

«Під час судового засідання апеляційним судом були досліджені та оцінені письмові документи, які були витребувані ним під час розгляду клопотань про поновлення строку апеляційного оскарження вироку, а саме лист Об'єднаного центру з координації пошуку, звільнення незаконно позбавлених волі осіб у районі здійснення заходів із забезпечення національної безпеки і оборони, відсічі і стримування збройної агресії РФ у Донецькій та Луганській областях № 33/8-2525кт від 07.06.2021р., яким підтверджується, що в рамках реалізації п.6 Комплексу заходів

щодо виконання Мінських домовленостей (забезпечення звільнення і обмін всіх заручників і незаконно позбавлених на основі принципу «всіх на всіх») 23.09.2019 р. обвинувачений ОСОБА\_1 надав добровільну згоду та був залучений до участі в процесі взаємного звільнення осіб.

В період з 23.09.2019 р. по 29.12.2019 р. обвинувачений ОСОБА\_1 постійно спілкувався з представниками Міжнародного комітету Червоного Хреста, вимоги ст. 63 Конституції України в частині отримання права обвинуваченого ОСОБА\_1 на захист не порушувались.

29.12.2019 р. в рамках взаємного звільнення за власним бажанням обвинувачений ОСОБА\_1 перемістився на тимчасово окуповану територію Донецької області.

Будь-яких звернень від обвинуваченого ОСОБА\_1 під час його особистої участі в процесі взаємного звільнення осіб до Об'єднаного центру не надходило, аналогічних звернень не надходило, й від захисників Довженка В.І., Богатченко В.М., Мироненка О.О.

Заявою обвинуваченого ОСОБА\_1 про надання згоди від 23.09.2019 р., яка була додана до вказаного вище листа, підтверджується, що він особисто надав свою добровільну згоду на: участь в процесі взаємного звільнення осіб; переміщення на тимчасово окуповану територію; підготовку клопотань про розгляд кримінальної справи без його участі; обмеження у зв'язку із необхідністю забезпечення його особистої безпеки; зміну міри запобіжного заходу під особисте зобов'язання; застосування процедури помилування.

При цьому обвинуваченому ОСОБА\_1 був роз'яснений його статус у відповідності з нормами діючого законодавства України, а також визначених законом можливостей для юридичного захисту його прав і законних інтересів.

Також обвинувачений ОСОБА\_1 надав особисту згоду на тимчасові обмеження щодо вільного переміщення та необхідності знаходитись у визначеному місці під час участі в процесі» [14]. У поновленні строків апеляційного оскарження вироку судом було відмовлено. Натомість цей при-

клад є яскравим свідченням того, що відсутність законодавчо визначеного порядку прийняття судових рішень щодо осіб, які видаються у порядку «обміну полоненими» є грубим порушенням засад кримінального провадження, порядку реалізації процесуальних процедур, незалежності та справедливості у діяльності суду. Зауважимо, що ми абсолютно погоджуємося у тому, що наразі «обмін полоненими» є чи не єдиною можливістю звільнити з полону на тимчасово окупованих територіях наших громадян, однак відсутність правового підґрунтя з цим питань створює цілу низку правозастосовних проблем, і вказує на невідповідність жодним правовим стандартам, що обумовлює можливість не для оскарження таких рішень не тільки стороною обвинувачення, потерпілим та його представником, але й самих підозрюваних, обвинувачених, засуджених, які брали участь у процесі «обміну полоненими».

Привертають увагу й інші механізми та категорії, якими вимушені оперувати суди. Зокрема, посилення на Мінські домовленості є абсолютно некоректним, адже цей документ підписаний не тільки українською стороною, а й представниками так званих «ДНР» і «ЛНР» та посередниками з ОБСЄ, які не є суб'єктами міжнародного права. А відповідно до ст. 2 ЗУ «Про міжнародні договори України» від 29.06.2004 р. «міжнародний договір України – укладений у письмовій формі з іноземною державою або *іншим суб'єктом міжнародного права*, який регулюється міжнародним правом, незалежно від того, міститься договір в одному чи декількох пов'язаних між собою документах, і незалежно від його конкретного найменування» [15]. Слід зазначити, що міжнародні договори набирають чинності для України після надання нею згоди на обов'язковість міжнародного договору в порядку та в строки, передбачені договором, або в інший узгоджений сторонами спосіб [16].

По-друге, слід говорити про те, що якщо «обмін полоненими» де-факто відбувається шляхом прийняття політичного рішення, якому намагаються надати певної правової процедури. Певні особи, які

передаються українською стороною, проходять процедуру помилування. Помилування як вид звільнення від кримінальної відповідальності передбачений ст. 87 КК України [17]. Ця процедура деталізована Положенням про порядок здійснення помилування, затвердженим Указом Президента України від 21 квітня 2015 року № 223/2015, у якому визначаються у тому числі, підстави та порядок помилування у випадках надзвичайних обставин [18]. Така процедура не є новою, з урахуванням історичного досвіду збройних конфліктів. Наприклад, шляхом помилування була забезпечена можливість обміну засудженими полоненими у Нагорному Карабасі (1994 р.), Азербайджані (2016 р.) [19], «Придністровській народній республіці» [20], українські громадяни, які з політичних мотивів утримувалися на території Росії та окупованого Криму, Надію Савченко, Геннадія Афанасьєва та Юрія Солошенка (травень-червень 2016 року), які були помилувані президентом Росії Володимиром Путіним та ін. [21].

Натомість, як показують матеріали судової практики, помилування застосовується не у всіх випадках, інакше особи б не оголошувалися у розшук. Крім того, і звільнення з-під варти таких осіб відбувається на різних етапах та стадіях кримінального провадження.

На вирішення питання щодо «узаконення» процедури обміну полонених у ВРУ зареєстровано проект ЗУ «Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України» № 5672 від 18.06.2021 р., яким передбачається доповнення КК України ст. 108-1 «Політико-правове рішення» [22].

Не вступаючи до дискусії щодо пропонування положень, зазначимо, що законопроектом суттєво обмежується категорія осіб, до яких може бути застосована процедура. Зокрема, поза увагою залишилися громадяни, які переслідуються на окупованих територіях та в РФ з політичних мотивів, цивільне населення, яке не брало участі у проведенні АТО / ООС. Крім того, законопроектом передбачено внесення змін тільки до КК України, тобто частково

визначені лише матеріально-правові підстави. Натомість, врегулювання процесуальних питань залишається поза увагою розробників проекту закону. На нашу думку, питання визначення правової процедури «обміну полоненими» повинно вирішуватися шляхом комплексного підходу.

Серед рекомендацій, які уже визначені науковцями, громадськими та міжнародними організаціями у цьому питанні, наведемо наступні:

- розробка державної стратегії щодо повернення затриманих в рамках конфлікту громадян України;

- правова визначеність в рамках гуманітарного права щодо становища осіб, які затримуються в ході конфлікту. Визнати та закріпити на законодавчому рівні гарантії, які відповідають статусам осіб у конфлікті: військовополонені; цивільні заручники;

- визначення засад обміну, серед яких відповідно до норм міжнародного гуманітарного права та міжнародного права прав людини [21], такі:

- гуманності* – у відповідності зі стандартами, встановленими Європейською конвенцією та Міжнародним пактом про громадянські та політичні права, III та IV Женевською конвенцією та звичаєвим гуманітарним правом;

- справедливості* – у відповідності зі стандартами статті 6 Європейської конвенції; точності інформації — який означає, що інформація, отримана щодо захищених осіб, має бути перевірена уповноваженими органами перед тим, як держава буде реагувати на неї;

- правової визначеності* — який означає, що держава та органи місцевого самоврядування та їх представники діють на місцях виключно в межах їх повноважень та у спосіб, визначений Конституцією та законами України та у відповідності із міжнародними конвенціями та іншими договорами, стороною яких також є Україна;

- невтручання у права громадян на окупованій території чи інакшим чином у зоні конфлікту* – який означає, що, відповідно до міжнародних конвенцій, таких як Європейська конвенція, Женевські конвенції

держава має використати будь-яку можливість для того, щоб захистити права та свободи громадян на окупованих територіях, у зоні конфлікту чи у неволі та в будь-якому випадку утримуватися від погіршення їх становища;

*добровільності у питанні повернення громадян у порядку обміну, екстрадиції чи переміщення* – який означає, що громадяни не можуть бути обміняні чи передані проти їх волі [23].

У залежності від визначення підстав та процедур обміну військовополоненими та цивільними заручниками доцільно внести зміни у КК України та у відповідні закони України. Невід'ємною частиною системної розробки законодавства з цього питання є внесення змін до КПК України. У ньому необхідно передбачити відповідний порядок зміни запобіжних заходів, закінчення досудового розслідування, судового провадження, виконання судових рішень, оскарження судових рішень, у випадках, коли особи, які притягаються до кримінальної відповідальності мають бути звільнені для обміну. Наразі складно сформулювати конкретні норми до КПК України, адже вирішення питання є комплексним та залежить від врегулювання питань статусу осіб, які підлягають обміну, процедури, правових наслідків тощо [24, с. 188–189].

Слід водночас констатувати, що при внесенні змін до КПК України мають враховуватися норми міжнародного кримінального, гуманітарного права, права прав людини, стандарти ЄСПЛ та відповідність засадам кримінального провадження і правосуддя [25, с. 454–475].

### **Висновки**

За нормами міжнародного гуманітарного права та відповідно до практики ЄСПЛ статус цивільних осіб, які тримаються у заручниках, у зв'язку зі збройним конфліктом та статус осіб на тимчасово окупованих територіях, які є політичними в'язнями або переслідуються з політичних мотивів так званими «ДНР», «ЛНР» та країною-агресором розглядається як статус «цивільних заручників» та «політичних

в'язнів». Неоднозначним з точки зору кваліфікації збройного конфлікту на території України є й статус осіб, які входять до незаконно створених військових та збройних формувань псевдо республік або співпрацюють з ними. Поняття «полонений» у нормах права відсутнє. Визначено, що судами, як правило, змінюється запобіжний захід у вигляді тримання під вартою на інший неізоляційний, після чого такі особи проходять процедуру обміну. Як наслідок, вони оголошуються у розшук. Робиться висновок про характер прийняття таких рішень як політико-правових. Аналіз зазначених питань здійснено у контексті засад кримінального провадження та права на справедливий суд.

Визначається та обґрунтовується найперспективніші напрями імплементації позитивного зарубіжного досвіду в національну правову систему в частині [26] механізмів впорядкування прийняття процесуальних рішень щодо осіб, які притягаються до кримінальної відповідальності, але видаються за процедурою «обміну полоненими». Наводяться практики, запропоновані правниками для врегулювання зазначеного питання. Констатується, що зміни до кримінального та кримінального процесуального законодавства для врегулювання цього питання повинні бути комплексними, з урахуванням норм міжнародного гуманітарного права та стандартів ЄСПЛ.

### **Література**

1. Удовенко А. Хронология обменов пленными: 2014-2020 г.г. URL: [https://jfp.org.ua/blog/blog/blog\\_articles/58?locale=ru](https://jfp.org.ua/blog/blog/blog_articles/58?locale=ru).
2. Рудько М. Українські полонені: у заручниках правової невизначеності. *Судебно-юрідическая газета (блог)*. 29.01.2018. URL: <https://sud.ua/ru/news/blog/114276-ukrayinski-poloneni-u-zaruchnikakh-pravovoyi-neviznachenosti>.
3. Конвенція про захист прав людини і основоположних свобод. Рада Європи: Міжнародний документ від 04.11.1950. Офіційний веб сайт. URL: [https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995\\_004](https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004).



4. Рішення Конституційного Суду України від 02.11.2004 р. у справі № 1-33/2004. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v015p710-04#Text>.

5. Вирок Фрунзенського районного суду м. Харкова від 28 грудня 2019 р. у справі № 645/3612/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/86718700>.

6. Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні 16 листопада 2015 р. – 15 лютого 2016 р. URL: [https://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/Ukraine\\_13th\\_HRMMU\\_Report\\_3March2016\\_Ukrainian.pdf](https://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/Ukraine_13th_HRMMU_Report_3March2016_Ukrainian.pdf).

7. Судовий розгляд щодо обвинувачення у справі про розстріли на Майдані буде продовжено. Заява для преси Офісу Генерального прокурора України від 28 грудня 2019 р. URL: [https://old.gr.gov.ua/ua/news.html?\\_m=publications&\\_t=rec&id=263976](https://old.gr.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=263976).

8. Генеральна прокуратура України: реєстр кримінальних проваджень. URL: <https://rrg.gr.gov.ua/reestr-kriminalnih-provazhen/golovne-slidche-upravlinnja-generalnoiprokuraturi-ukraini/zlochynne-pereshkodzhannya-rozsliduvanniam-zlochyniv-vchynenyh-pid-chasrevolyutsiyigidnosti>.

9. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 22.08.2018 у провадженні 1-кп/752/593/19. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/83815321>.

10. Ухвала Голосіївського районного суду м. Києва від 23.06.2021 у провадженні № 1-кп/752/353/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97848655>.

11. Ексберкутівця Саттарова випустили з-під варти для обміну на одного з моряків – адвокат. Главком. URL: <https://glavcom.ua/country/society/eksberkutivcya-sattarova-vipustili-z-pid-varti-dlya-obminu-na-odnogo-z-moryakiv-advokat-619846.html>.

12. Кримінальний процесуальний кодекс України: Закон України від 13.04.2012 р. № 4651-VI. Відомості Верховної Ради України. 2013. № 9-10, № 11-12, № 13. Ст. 88.

13. Вирок Іллічівського районного суду м. Маріуполь від 26.12. 2019 р. у спра-

ві 11-кп/804/598/21. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/86671770>.

14. Ухвала Донецького апеляційного суду від 07.06.2021 р. у провадженні по справі № 11-кп/804/598/21 URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97640004>.

15. Про міжнародні договори України: Закон України від 29.06.2004 р. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1906-15>.

16. Бабаніна В.В. Аспекти процедури ратифікації міжнародних договорів як складова механізму створення кримінального законодавства України *Кримінологічна теорія і практика: досвід, проблеми сьогодення та шляхи їх вирішення* : матеріали міжвузів. наук.-практ. круглого столу (Київ, 28 трав. 2020 р.) : у 2 ч. Київ, 2020. Ч. 1. С. 117–122.

17. Науково-практичний коментар Кримінального кодексу України / [Д. С. Азаров, В. К. Гришук, А. В. Савченко та ін.] ; за заг. ред. О. М. Джужі, А. В. Савченка, В. В. Чернея. Київ : Юрінком Інтер, 2016. 1064 с.

18. Положення про порядок здійснення помилування: Указ Президента України від 21 квітня 2015 року № 223/2015. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/223/2015#Text>.

19. Ильхам Алиев обсудил с Джоном Керри «Южный поток» и Нагорный Карабах / TRT.NET (31.03.2016 г.) URL: <http://www.trt.net.tr/russian/rossiia-i-strany-sng/2016/03/31/il-kham-aliiev-obsudil-s-dzhonom-kierr-iuzhnyi-potok-inaghornyi-karabakh-462018>.

20. Бюллетень ЦРПП № 41 2011 г. Спеціальний випуск: забытые узники. Илие Казак. URL: [https://promolex.md/wp-content/uploads/2017/06/nr41\\_1300365863ru\\_.pdf](https://promolex.md/wp-content/uploads/2017/06/nr41_1300365863ru_.pdf).

21. В'язні війни: міжнародна практика щодо звільнення полонених, заручників і політв'язнів. Звіт підготований Медійною ініціативою за права людини (МІПЛА), Українською Гельсінською спілкою з прав людини (УГСПЛ) та Euromaidan Press (EP). URL: <https://www.slideshare.net/DonbassFullAccess/ss-148008865>.

22. Про внесення змін і доповнень до Кримінального кодексу України. Проект

Закону України № 5672 від 18.06.2021 р. URL:[http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4\\_1?pf3511=72284](http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72284).

23. Концепція нового формату переговорів та задіяння нових правових механізмів для розв'язання збройного конфлікту з РФ та повернення окупованих територій України. УГСПА, ХПГ, МІПА, 1 лютого 2017 р. URL: <https://helsinki.org.ua/appeals/kontseptsiya-novoho-formatu-perehovorit-ta-zadiyannya-novyh-pravovyh-mehanizmi-v-dlya-rozv-yazannyazbrojnoho-konfliktu-z-rosijskoju-federatsijeyu-ta-povernennya-okupovanyh-terytorij-ukrajiny>.

24. Тетерятник Г.К. «Обмін полоненими» у контексті забезпечення права на справедливий суд. *Проблеми досудового розслідування в сучасних умовах: правові та організаційні аспекти*: Матеріали міжнародної науково-практичної інтернет-конференції, м. Одеса, 29 квітня 2021 р. Одеса: ОДУВС, 2021. С. 186 – 189.

25. Тетерятник Г.К. Кримінальне провадження в умовах надзвичайних правових режимів: теоретико-методологічні та праксеологічні основи: монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. 500 с.

26. Cherniavskiy, S., Babanina, V., Mykytchuk, O., & Mostepaniuk, L. Measures to combat cybercrime: analysis of international and Ukrainian experience (2021), 39 (69). Access to Cuestiones Políticas, 115–132. DOI: <https://doi.org/10.46398/cuestpol.3969.06>

#### SUMMARY

*The article is devoted to the issues of legal support of certain procedures in criminal proceedings in cases of «exchange of captives». It is determined that one of the problematic issues is the legal uncertainty of the status of persons undergoing the procedure of «exchange of captives». Not all detainees in the temporarily occupied territories are prisoners of war. In accordance with international humanitarian law and the case law of the European Court of Human Rights, the status of civilians held hostage in connection with armed conflict and the status of persons in the temporarily occupied territories who are political prisoners or politically motivated so-called «DPR», «LPR» and the aggressor country characterizes them as «civilian hostages» or «political prisoners». The status of persons who are members of illegally established military and armed formations of pseudo-republics or cooperate with them is also ambiguous from the point of view of the qualification of armed conflict on the territory of Ukraine. The concept of «captives» is absent in the law.*

*The author analyzes the decisions and activities of the pre-trial investigation bodies, the prosecutor's office and the court, in cases where persons prosecuted for crimes related to armed conflict are presented for the purpose of exchanging captives. It is determined that the courts, as a rule, change the measure of restraint in the form of detention to another non-isolation, after which such persons undergo an exchange procedure. As a result, they are wanted. It is concluded that the nature of such decisions as political and legal. The analysis of these issues was conducted in the context of the principles of criminal procedure and the right to a fair trial. The practices suggested by lawyers for the settlement of the specified question are resulted. It is stated that amendments to criminal and criminal procedure legislation must be comprehensive, taking into account the norms of international humanitarian law and the standards of the European Court of Human Rights.*

*Key words: criminal proceedings, armed conflict, exchange of captives, political and legal decision, detention.*