

ПИТАННЯ УНОРМУВАННЯ НАЛЕЖНОЇ ПРАВОВОЇ ПРОЦЕДУРИ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОЦЕСУАЛЬНОГО ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОБМІНУ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ

THE ISSUE OF REGULATION OF THE DUE PROCESS OF LAW OF THE CRIMINAL PROCEDURE FOR THE EXCHANGE OF PRISONERS OF WAR

Гловюк І.В., д.ю.н., професор, Заслужений юрист України,
професор кафедри кримінально-правових дисциплін
Інститут права Львівського державного університету внутрішніх справ

Тетерятник Г.К., д.ю.н., доцент,
завідувач кафедри кримінального процесу
Одеський державний університет внутрішніх справ

Стаття присвячена дослідженню статусу військовополонених у міжнародному праві та українському законодавстві; аналізу законопроектних пропозицій щодо кримінальної процесуальної процедури забезпечення обміну військовополонених, аналізу змін та доповнень до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених щодо скасування запобіжного заходу, зупинення досудового розслідування та судового провадження, провадження *in absentia*.

Доведено, що необхідним є роз'яснення положень абз. 6 п. 6 Порядку тримання військовополонених щодо визнання особи, яка вчинила злочин, але не була затримана як військовополонений, військовополоненим за рішенням суду та визначення на нормативному рівні такої процедури; КПК України слід доповнити нормами, які визначають специфіку проведення допиту військовополоненого, а також нормами, які відображають гарантії та особливості процесуальної діяльності, пов'язаної із речами і документами військовополоненого, який є учасником кримінального провадження.

Звернено увагу на те, що деякі техніко-юридичні формулювання можуть викликати складнощі у тлумаченні та правозастосуванні. Зокрема, йдеться про формулювання абзацу другого ч. 2 ст. 297-1 КПК України: так, як воно викладене, то цей абзац з першого погляду не має відношення до переліку злочинів абзацу першого цієї ж частини статті. Проте, для судового провадження *in absentia* є чітка відсилка до ст. 297-1 КПК України, що викликає питання юридичної визначеності. Системний аналіз вказує, що все ж спеціальне досудове розслідування також має здійснюватися за переліком злочинів у ст. 297-1 КПК України, проте, зважаючи на новизну процедури, у разі, якщо задум законодавця був інший, ці усі положення мають бути уніфіковані.

Наголошено, що стосовно підстав спеціального досудового розслідування ч. 1 ст. 297-4 КПК України має бути викладена у редакції: «Слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук, або уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся».

Ключові слова: збройний конфлікт, військовополонений, обмін військовополоненого, скасування запобіжного заходу, зупинення досудового розслідування та судового провадження, провадження *in absentia*.

The article is devoted to the study of the status of prisoners of war in international law and Ukrainian legislation; analysis of legislative proposals regarding the criminal procedural procedure for ensuring the exchange of prisoners of war, analysis of changes and additions to the Criminal Code of Ukraine and the Criminal Procedure Code of Ukraine regarding the regulation of the procedure for the exchange of persons as prisoners of war regarding the cancellation of a preventive measure, suspension of pre-trial investigation and court proceedings, proceedings *in absentia*.

It has been proven that it is necessary to clarify the provisions of subparagraph 6 paragraph 6 of the Procedure for Detention of Prisoners of War regarding recognition of a person who committed a crime, but was not detained as a prisoner of war, as a prisoner of war by court decision and definition of such a procedure at the regulatory level; The Code of Criminal Procedure of Ukraine should be supplemented with norms that determine the specifics of interrogation of a prisoner of war, as well as norms that reflect the guarantees and peculiarities of procedural activities related to the things and documents of a prisoner of war who is a participant in criminal proceedings.

It was highlighted that some technical and legal wording can cause difficulties in interpretation and law enforcement. In particular, we are talking about the wording of the second paragraph of Part 2 of Art. 297-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine: as it is stated, this paragraph at first sight is not related to the list of crimes in the first paragraph of the same part of the article. However, for court proceedings *in absentia* there is a clear reference to Art. 297-1 of the Criminal Procedure Code of Ukraine, which raises the question of legal certainty. A systematic analysis indicates that a special pre-trial investigation should also be carried out according to the list of crimes in Art. 297-1 of the Code of Criminal Procedure of Ukraine, however, taking into account the novelty of the procedure, in case that the legislator's intention was different, all these provisions should be unified.

It is emphasized that with regard to the grounds of a special pre-trial investigation, part 1 of Art. 297-4 of the Criminal Procedure Code of Ukraine should be worded as follows: "The investigating judge refuses to grant a motion for a special pre-trial investigation, if the prosecutor or investigator does not prove that the suspect is hiding from the investigative authorities and the court on the temporarily occupied territory of Ukraine, on the territory of the state recognized The Verkhovna Rada of Ukraine, the aggressor state, for the purpose of evading of criminal responsibility and/or was announced into international search or an authorized body made a decision to hand over the suspect for exchange as a prisoner of war, and such an exchange took place."

Key words: armed conflict, prisoner of war, exchange of a prisoner of war, cancellation of preventive measure, suspension of pre-trial investigation and court proceedings, proceedings *in absentia*.

Постановка проблеми. Питання статусу військовополонених, особливостей здійснення кримінального провадження щодо них, прийняття процесуальних рішень, у зв'язку здійснення обміну військовополоненими для української юридичної науки та практики є не такими і новими. Внаслідок збройного конфлікту, який розпочала російська федерація в Україні іще у 2014 році у полоні опи-

нилися як українські громадяни, так і громадяни країни-агресора. Однак у Мінських домовленостях як 5 вересня 2014, так і 12 лютого 2015 р. мова йшла про забезпечення звільнення і обмін всіх заручників і незаконно утримуваних осіб на основі принципу «всіх на всіх». Ймовірно використання саме такого формулювання було обумовлено низкою причин: по-перше, це заперечення російською

сторonoю участі своїх військових у збройному конфлікті на території України, по-друге, порушення країноагресором норм міжнародного гуманітарного права, відповідно до яких цивільне населення заборонено брати у полон. Відтак попри відсутність у міжнародному та національному законодавстві поняття та процедури «обміну полоненими» вони відбувалися впродовж 2014 – 2022 рр.

Стан дослідження. Окремі питання, пов'язані зі статусом військовополонених, які притягаються до кримінальної відповідальності, прийняття процесуальних рішень щодо осіб, які підлягають обміну, розглядалися у роботах І. Басистої, Є. Крапивіна, О. Лазукової, Ю. Лісової, М. Пашковського, М. Рудька, Г. Тетерятник, А. Удовенка та ін.; також ці питання обговорювалися у виступах Ю. Белоусова, Д. Ковалю, А. Павлюк [1; 2].

Однак, низка питань залишалася поза межами правового поля. Що торкається аналізу Закону України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених» від 28.07.2022 № 2472-ІХ, то він у доктрині ще не здійснювався.

Метою статті є розкриття окремих питань статусу військовополоненого у кореляції міжнародного та кримінального процесуального права, виокремлення основних положень механізму кримінального та кримінального процесуального забезпечення обміну військовополонених.

Виклад основного матеріалу. В українському законодавстві визначення поняття військовополонених надано у п.8 Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, яка була затверджена Наказом Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164, зі змінами, внесеними згідно з Наказом Міністерства оборони № 514 від 10.10.2018 [3]. Зазначене поняття є ідентичним наведеному у ст. 4 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими Загальний режим поводження та захисту військовополонених з моменту полонення до звільнення або репатріації включає всі складові інституту воєнного полону [4]. Нормативними документами передбачені гарантії захисту прав військовополонених, крім того, у міжнародному гуманітарному праві визначені норми, які регулюють порядок обміну військовополоненими. До того ж відповідно до п. 18 ч. 1 ст. 9 Закону України «Про оборону України» встановлення порядку здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими та інтернованими особами в особливий період відповідно до норм міжнародного права належить до повноважень КМУ [5]. Слід зауважити, що Порядок здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими в особливий період було затверджено Постановою КМУ від 17.06.2022 № 721 [6].

До прийняття Закону України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених» від 28.07.2022 р. № 2472-ІХ [7] законодавство України не визначало процесуальних, у т.ч. судових процедур, застосування яких вирішувалися б питання щодо покарання, звільнення від кримінальної відповідальності чи покарання осіб, які передавалися в порядку «обмін полоненими», що не відповідало забезпеченню права на справедливий суд та іншим засадам кримінального провадження.

Аналіз слідчо-судової практики, який наводився Г. Тетерятник у попередніх дослідженнях з цієї проблематики [8-11] дозволив визначити три основні процедури, які можуть застосовуватися до осіб, що притягаються до кримінальної відповідальності, у зв'язку із вчиненням злочинів на тимчасово окупованих територіях, задля здійснення «обміну полоненими»: 1) звільнення з-під варті із заміною запобіжного заходу на неізоляційній і передавання особи для подальшого «обміну»; 2) помилування; 3) амніс-

тія. Водночас, як справедливо підкреслювалося авторкою: звільнення особи з-під варті з наступним її «обміном» не вирішувало питання щодо притягнення / звільнення її від кримінальної відповідальності та / або покарання. А відсутність законодавчої регламентації питань кримінального провадження щодо осіб, які підлягали «обміну», обумовлювали вирішення цих питань шляхом прийняття політико-правового рішення.

Крім того, як вірно зазначає М. Пашковський: «Окрему проблему складають випадки, коли вказані особи на момент вирішення питання про їх обмін вже засуджені до позбавлення волі та відбувають покарання за вчинення міжнародних злочинів, зокрема, передбачених ст.ст. 438, 440 КК України, оскільки, по-перше, порушується принцип обов'язковості судових рішень, а по-друге, порушуються міжнародно-правові зобов'язання щодо покарання таких осіб. Крім того, така ситуація несумісна з принципом верховенства права» [12, с. 444].

На врегулювання кримінальних та кримінальних процесуальних аспектів здійснення обміну військовополонених, які вчинили злочин та щодо яких здійснюється кримінальне провадження, були направлені законопроекти, які будуть проаналізовані нами далі.

Законопроектні пропозиції щодо кримінального та кримінального процесуального забезпечення обміну після 24 лютого 2022 року. Зважаючи на чутливість питання стосовно обміну військовополонених та осіб, яких у збройному конфлікті взагалі не можна брати у полон, наявні практики з 2014 року, мали місце різні пропозиції щодо такого унормування, які викликали різну оцінку у професійній правничій спільноті.

Серед цих проєктів слід згадати проєкт Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Кримінального кодексу України щодо врегулювання процедури обміну засуджених як військовополонених (7436) [13]. До основних положень відносились такі:

– статтею 84-1 Кримінального кодексу України пропонувалось закріпити: звільняється від відбування покарання особа, щодо якої органом, уповноваженим приймати рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, було прийнято рішення про обмін. Суд направляє засудженого для подальшого відбування призначеного покарання у разі, якщо не було здійснено обміну засудженого, звільненого від відбування покарання, якого було передано для обміну як військовополоненого. Якщо засуджений, який був звільнений судом від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення уповноваженого органу про його передачу для обміну як військовополоненого, і обмін якого відбувся, до закінчення строків давності виконання обвинувального вироку знову буде затриманий на території України у зв'язку з його участю у бойових діях, то суд направляє такого засудженого для відбування призначеного покарання.

– новий термін та учасник кримінального провадження, визначений у п. 26 ст. 3 КПК України: особа, щодо якої прийнято рішення про обмін як військовополоненого – будь-яка особа, що включена відповідним уповноваженим органом у список на обмін як військовополоненого;

– підстава закриття кримінального провадження: відповідним уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого. Якщо обмін підозрюваного як військовополоненого не відбудеться або якщо такий підозрюваний до закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності знову буде затриманий на території України у зв'язку з його участю у бойових діях, то прокурор або керівник прокуратури скасовує постанову про закриття кримінального провадження;

– закриття кримінального провадження судом: якщо прокурор під час підготовчого судового провадження або судового розгляду в суді першої або апеляційної інстанції

подав клопотання про закриття кримінального провадження у зв'язку з тим, що відповідним уповноваженим органом прийнято рішення про передачу обвинуваченого для обміну як військовополоненого. Якщо обмін підозрюваного як військовополоненого не відбудеться або якщо такий підозрюваний до закінчення строків давності притягнення до кримінальної відповідальності знову буде затриманий на території України у зв'язку з його участю у бойових діях, то суд який постановив ухвалу про закриття кримінального провадження за клопотанням прокурора або керівника прокуратури скасовує таку ухвалу

– під час виконання вироків суд має право вирішувати такі питання: про звільнення від відбування покарання для обміну засудженого як військовополоненого; про направлення звільненого від відбування покарання засудженого для відбування покарання, призначеного вироком, з підстав, передбачених статтею 84-1 Кримінального кодексу України.

Щодо цього проекту М. Пашковським та Є. Крапивиним були висловлені цілком слушні зауваження, зокрема: якщо мова йде про військовополоненого, який не вчиняв міжнародні злочини, зокрема воєнні, а також не вчиняв «загальнокримінальні» злочини на території України, то як учасник збройного конфлікту він користується імунітетом (привілеєм) комбатанта і стосовно нього не може бути кримінального провадження; якщо мова йде про військовополоненого, який є підозрюваним або обвинуваченим у вчиненні міжнародних злочинів, зокрема воєнних, то виникає питання невідворотності покарання; якщо мова йде про військовополоненого, який засуджений за вчинення міжнародних злочинів, зокрема воєнних, то чому він звільняється від покарання, а не передається для відбування покарання на території держави-агресора? Адже обов'язковість судових рішень говорить як про те, що вирок має бути неодмінно виконаний, так і те, що незалежно від фізичного доступу органів правосуддя до особи відбуття покарання неминуче; згадані пропозиції за своїм змістом вказують на припинення кримінального переслідування осіб, стосовно яких здійснюється обмін, відповідно, попри міжнародні зобов'язання, проект закону говорить навіть не про амністію чи акт помилування, а просто про припинення кримінального переслідування, що неприйнятно [14]. Крім того, невдалим було і визначення особи, щодо якої прийнято рішення про обмін як військовополоненого.

Проект Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо врегулювання процедури звільнення від відбування покарання особами, які підлягають обміну як військовополонені (7436-1) [15] містив дещо інше бачення кримінальної процесуальної процедури та містив такі положення:

– новий термін та учасник кримінального провадження, визначений у п. 26 ст. 3 КПК України: особа, щодо якої прийнято рішення про обмін як військовополоненого – будь-яка особа, що включена відповідним уповноваженим органом у список на обмін як військовополоненого;

– уточнення, що під час виконання вироків суд має право вирішувати такі питання: про звільнення від відбування покарання для обміну засудженого як військовополоненого; про направлення звільненого від відбування покарання засудженого для відбування покарання, призначеного вироком, з підстав, передбачених статтею 84-1 Кримінального кодексу України;

– статтею 84-1 Кримінального кодексу України пропонувалось закріпити: звільняється від відбування покарання особа, щодо якої органом, уповноваженим приймати рішення про передачу засудженого для обміну як військовополоненого, було прийнято рішення про обмін. Суд направляє засудженого для подальшого відбування призначеного покарання у разі, якщо не було здійснено обміну засудженого, звільненого від відбування покарання, якого було передано для обміну як військовопо-

лоненого. Якщо засуджений, який був звільнений судом від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення уповноваженого органу про його передачу для обміну як військовополоненого, і обмін якого відбувся, до закінчення строків давності виконання обвинувального вироку знову буде затриманий на території України у зв'язку з його участю у бойових діях, то суд направляє такого засудженого для відбування призначеного покарання.

Як видно, на відміну від попереднього проекту, вже не передбачалися норм стосовно закриття провадження у досудовому розслідуванні та у суді, що є більш логічним. Проте, як і у проекті 7436, невдалим є визначення особи, щодо якої прийнято рішення про обмін як військовополоненого, зважаючи на те, що це не будь-яка особа, а особа, яка згідно з нормами міжнародного гуманітарного права є військовополоненим, і тому включена у список на обмін, крім того, така особа повинна мати статус підозрюваного або обвинуваченого у кримінальному провадженні.

Крім того, у аспекті нової ст. 84-1 КК України, як і у проекті 7436, таке формулювання не враховує принцип обов'язковості виконання судових рішень і позицію ЄСПЛ, викладену у рішенні «Маргуш проти Хорватії» (Заява № 4455/10) [16]: зобов'язання держав переслідувати такі діяння, як катування та умисні вбивства, є добре усталеним у практиці Суду. Практика Суду підтверджує, що застосування амністії щодо вбивства або поганого поводження з цивільними особами суперечитиме зобов'язанням держави за статтями 2 і 3 Конвенції, оскільки воно перешкоджатиме розслідуванню таких діянь і обов'язково створить ситуацію безкарності винних осіб. Такий результат зменшить вагу мети захисту, гарантованого статтями 2 і 3 Конвенції, та зробить ілюзорними гарантії щодо права особи на життя і права не піддаватися поганому поводженню (п. 127); Суд бере до відома міркування Палати про те, що «застосування амністії щодо «міжнародних злочинів», які включають в себе злочини проти людства, воєнні злочини і геноцид, – все частіше вважається забороненим міжнародним правом», і що «таке розуміння виходить із звичаєвих норм міжнародного гуманітарного права, міжнародних договорів у сфері прав людини, а також рішень міжнародних та регіональних судів та практики держав, що формується, оскільки має місце зростаюча тенденція в міжнародних, регіональних і національних судах щодо скасування прийнятих урядами загальних амністій» (п. 130).

Проект Закону про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального та Кримінально-виконавчого кодексів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених (7436-д) [17] від 07.07.2022, який був прийнятий як Закон, загалом залишив модель обміну військовополоненого, яка пропонувалася в інших проектах. Проте, на відміну від них, цей проект істотно змінив модель процедури у разі обміну: зупинення досудового розслідування; скасування запобіжного заходу; здійснення спеціального досудового розслідування; зупинення судового провадження; здійснення судового розгляду *in absentia*; вирішення питання про звільнення від відбування покарання у зв'язку з прийняттям рішення про передачу особи для обміну як військовополоненого у порядку ст. 537 КПК України. Разом з тим, не враховано доречні пропозиції, що «Одним з можливих засобів розв'язання вказаної колізії інституту обміну із зобов'язаннями щодо переслідування міжнародних злочинів, коли російська федерація не надаватиме гарантій з виконання вироку щодо осіб, які приймаються, може бути інституалізація та застосування відстрочки виконання вироку щодо осіб, засуджених до позбавлення волі за вчинення міжнародних злочинів, у випадку їх обміну на інших осіб під час збройного конфлікту» [14].

Кримінальний процесуальний статус військовополоненого у контексті обміну. Відповідно до Закону

України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених» від 28.07.2022 р. № 2472-IX ст. 3 КПК України було доповнено п. 28, відповідно до якої у кримінальному провадженні з'являється новий суб'єкт – особа, стосовно якої уповноваженим органом прийнято рішення про обмін як військовополоненого. Ним є будь-яка особа, яка має процесуальний статус підозрюваного, обвинуваченого, засудженого та яка включена відповідним уповноваженим органом до списку для обміну як військовополонений. Хоча КПК України не виділяє окремі норми щодо процесуального статусу такої особи, аналіз норм, які змінені та якими доповнений КПК України, згідно з вищезазначеним законом, дає підстави стверджувати, що ці положення поширюються виключно на зазначеного суб'єкта. Слід зауважити, що порядок здійснення обміну військовополоненими є інформацією з обмеженим доступом, відтак проаналізувати зазначену процедуру та її співвідношення з положеннями кримінального процесуального закону видається неможливим. Крім того, відповідно до п. 20-1 Порядку тримання військовополонених, затверджених Постановою КМУ від 05.04.2022 р. № 413: «Військовополоненому гарантується право на правову допомогу, конфіденційні юридичні консультації із захисником (захисниками) у кримінальному провадженні, адвокатом (адвокатами), законним представником (законними представниками), який (які) представляє (представляють) особу під час розгляду справ у суді, у порядку, визначеному для осіб, які тримаються під вартою. У разі коли військовополонений є учасником кримінального провадження, йому гарантується можливість користуватися відповідними правами, визначеними Кримінальним процесуальним кодексом України» [18].

Також, відповідно до абз. 6 п. 6 Порядку тримання військовополонених: «Якщо особа, яка потрапила в полон, не затримується як військовополонений та підлягає суду за правопорушення, пов'язане з воєнними діями, вона має право на статус військовополоненого перед судовим органом і на ухвалення рішення з цього питання. За наявності можливості згідно із застосовуваною процедурою зазначене рішення ухвалюється судом, що розглядає правопорушення. Представники держави-покровительки мають право бути присутніми на такому судовому розгляді, якщо він в інтересах державної безпеки не відбувається на закритому судовому засіданні. У такому разі держава-покровителька повідомляється відповідним чином» [18]. Водночас, такого порядку у КПК України наразі не передбачено. Зазначена нормативна прогалина повинна бути усунута.

Хоча КПК України і не містить спеціальних норм щодо допиту військовополонених, відповідно до ст. 17 Женевської конвенції про поведження з військовополоненими та абз. 9, 10 п. 6 Порядку тримання військовополонених передбачається, що:

- допит військовополонених проводиться зрозумілою для них мовою;
- заборонено без застосування катувань, тортур та інших примусових заходів;
- на військовополонених покладений обов'язок – під час допиту кожний військовополонений зобов'язаний повідомити лише свої прізвище, ім'я та по батькові, військове звання, дату народження і особистий номер або у разі відсутності зазначених відомостей – іншу рівноцінну інформацію. Військовополонених, які не можуть надати про себе відомості через свій фізичний або психічний стан, передають до медичної частини [4].

Передбачено заборону вилучення у військовополоненого посвідчення особи, особистих речей та передбачено спеціальний порядок вилучення грошей (ст. 18 Женевської конвенції про поведження з військовополоненими, абз. 11, 12 п. 6 Порядку тримання військовополонених).

Таким чином, зазначені вимоги мають бути дотримані у разі затримання таких осіб, застосування до них заходів забезпечення кримінального провадження.

Як нами раніше було вказано, одним зі шляхів вирішення питання щодо обміну осіб до прийняття аналізованого закону відбувалося шляхом звільнення з-під варти осіб, як були внесені до списку для обміну та заміни його на неізоляційний з подальшим оголошенням їх в розшук (після передання для обміну). Законом України № 2472-IX від 28.07.2022 зазначену процедуру врегульовано у новій ст. 201-1 КПК України, згідно з якою прокурор має право звернутися до слідчого судді, суду з відповідним клопотанням про скасування запобіжного заходу у зв'язку з прийняттям уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного, обвинуваченого для обміну як військовополоненого. Клопотання обґрунтовується матеріалами, які підтверджують наявність рішення про передачу підозрюваного, обвинуваченого для обміну як військовополоненого та матеріалами, що підтверджують його згоду на такий обмін. Після перевірки слідчим суддею, судом зазначених матеріалів, виноситься ухвала про скасування запобіжного заходу та передачу особи під нагляд уповноваженого органу для організації та проведення її обміну як військовополоненого [7]. Зазначена ухвала оскарженню не підлягає, і відповідно до ч. 6 ст. 202, ч. 1 ст. 203 КПК України підозрюваний, обвинувачений повинен бути негайно звільнений та переданий під нагляд уповноваженого органу, якщо в уповноваженій службовій особі місця ув'язнення, під вартою в якому він перебуває, відсутнє інше судове рішення, що набрало законної сили і прямо передбачає тримання цього підозрюваного, обвинуваченого під вартою. А подальше тримання та заходи щодо поведження із звільненим з-під варти підозрюваним, обвинуваченим здійснюються відповідно до порядку, встановленого Кабінетом Міністрів України для військовополонених (йдеться про Постанову КМУ від 05.04.2022 р. № 413 (уточнено І.Г., Г.Т.) [6]).

Розширення змісту процедури спеціального досудового розслідування та судового розгляду in absentia. Зважаючи на те, що законодавець відмовився від пропонованої ідеї закриття кримінального провадження щодо осіб, які видаємих або виданих військовополонених, була потреба у процедурі, яка б забезпечувала притягнення їх до кримінальної відповідальності (у частині, яка не охоплюється імунітетом комбатанта). Такою процедурою було обране спеціальне (заочне, in absentia) провадження, а також зупинення досудового розслідування та судового провадження. Надалі слід розглянути особливості цих процедур та їх кореляцію.

Отже, новою підставою для зупинення досудового розслідування є прийняття уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та підозрюваним надано письмову згоду на проведення такого обміну. Відповідно, зупинене досудове розслідування відновлюється постановою слідчого, прокурора, якщо обмін підозрюваного як військовополоненого проведено або такий обмін не відбувся. З приводу цих норм слід висловити певне зауваження стосовно потреби у зупиненні, якщо можливе застосування спеціального досудового розслідування.

Оновлене спеціальне досудове розслідування здійснюється на підставі ухвали слідчого судді у кримінальному провадженні щодо злочину, вчиненого підозрюваним, стосовно якого уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся. При цьому, судячи з формулювань ст.ст. 297-1 та 297-2 КПК України, на цей різновид спеціального досудового розслідування ті обмеження, які встановлені абзацом першим ч. 2 ст. 297-1 КПК України, не поширюються, у тому числі стосовно вичерпного переліку злочинів.

Відповідно, у клопотанні про здійснення спеціального досудового розслідування зазначаються: 1) короткий виклад обставин кримінального правопорушення, у зв'язку з яким подається клопотання; 2) правова кваліфікація кримінального правопорушення із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність; 3) виклад обставин, що дають підстави підозрювати особу у вчиненні кримінального правопорушення, і посилання на такі обставини; 4) матеріали, що підтверджують прийняття уповноваженим органом рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та факт обміну; 5) перелік свідків, яких слідчий, прокурор вважає за необхідне допитати під час розгляду клопотання. Тобто, фактично, крім підстави спеціального досудового розслідування, вимоги до клопотання є тими ж, що і до оновлення цієї процедури.

У відповідності до ч. 1 ст. 297-4 КПК України, слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук, та/або уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся. Зважаючи на формулювання ст. 297-1 та 297-2, таке формулювання у частині «та / або» для «уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся», адже вживання сполучника «та» свідчить про те, що застосовні усі перелічені підстави відмови: прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності; оголошений у міжнародний розшук; уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся. Разом з тим, факт, що уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся, є самостійною підставою для застосування спеціального досудового розслідування.

Як видно, зупинення досудового розслідування здійснюється до обміну, надалі має бути подане клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, що є цілком логічним, зважаючи на строки досудового розслідування.

У випадку обміну повістки про виклик підозрюваного публікуються в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті Офісу Генерального прокурора, з моменту опублікування повістки підозрюваний вважається належним чином ознайомленим з її змістом. Відмітимо, що у такій процедурі участь захисника є обов'язковою, і копії процесуальних документів, що підлягають врученню підозрюваному, надсилаються захиснику. У доктрині вказувалося на вади таких повідомлень, і вони залишаються незмінними [19, с. 137, 138].

Що торкається судового провадження, то у ньому також передбачено зупинення про здійснення *in absentia*. Відповідно, судове провадження зупиняється, якщо уповноваженим органом прийнято рішення про передачу обвинуваченого для обміну як військовополоненого та обвинуваченим надано письмову згоду на такий обмін – до моменту проведення такого обміну або до отримання від уповноваженого органу інформації про те, що такий обмін не відбувся. У такому разі суд продовжує судове провадження стосовно інших обвинувачених, якщо воно

здійснюється стосовно декількох осіб (ст. 335 КПК України). Разом з тим, потребу такого зупинення зрозуміти складно. Якщо для зупинення досудового розслідування аргументом є строки досудового розслідування, то для судового провадження таких обмежень немає.

Правила ж стосовно судового розгляду *in absentia* в частині умов характеризуються відсильним характером до ст. 297-1 КПК України: «Судовий розгляд у кримінальному провадженні щодо злочинів, зазначених у частині другій статті 297¹ цього Кодексу, може здійснюватися за відсутності обвинуваченого (*in absentia*), якщо стосовно нього уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся». Таке формулювання свідчить про те, що є обмеження колом злочинів, визначених абзацом першим ч. 2 ст. 297-1 КПК України, оскільки абзац другий тієї ж частини не має норм стосовно злочинів, лише стосовно осіб. Така відсутність кореляції викликає питання у тому аспекті, що немає юридичної визначеності, чи досудове розслідування у разі обміну військовополоненого обмежено переліком указаних у ч. 2 ст. 297-1 КПК України злочинів, чи ні. Разом з тим, зважаючи на імунітет комбатанта і на те, що у разі вчинення військовополоненим воєнних злочинів кваліфікація має здійснюватися за ст. 438 КК України, злочину геноциду – за ст. 442 КК України, і усі кримінальні правопорушення проти миру, безпеки людства та міжнародного правопорядку, крім виправдовування, визнання правомірною, заперечення збройної агресії Російської Федерації проти України, глорифікація її учасників, зазначені у ст. 297-1 КПК України, положення абзацу другого ч. 3 ст. 323 КПК України та абзацу другого ч. 2 ст. 297-1 КПК України у їх системному зв'язку слід тлумачити так, що це провадження здійснюється стосовно злочинів, передбачених абзацом другим ч. 2 ст. 297-1 КПК України.

Відповідно, повістки про виклик обвинуваченого публікуються в засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження згідно з положеннями статті 297-5 цього Кодексу та на офіційному веб-сайті суду, а процесуальні документи, що підлягають врученню обвинуваченому, надсилаються захиснику. З моменту опублікування повістки про виклик у засобах масової інформації загальнодержавної сфери розповсюдження та на офіційному веб-сайті суду обвинувачений вважається належним чином ознайомленим з її змістом.

Висновки. Аналіз Закону України «Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених» свідчить про впровадження процедури обміну військовополонених як підозрюваних, обвинувачених, засуджених, тобто тих, які вчинили під час збройного конфлікту діяння, що не охоплюються імунітетом комбатанта (що цілком логічно, оскільки обмін тих військовополонених, які кримінального процесуального статусу не мають, не повинен регламентуватися КК України та КПК України).

По-перше, необхідним є роз'яснення положень абз. 6 п. 6 Порядку тримання військовополонених щодо визнання особи, яка вчинила злочин, але не була затримана як військовополонений, військовополоненим за рішенням суду та визначення на нормативному рівні такої процедури. По-друге, КПК України логічно доповнити нормами, які визначають специфіку проведення допиту військовополоненого, а також нормами, які відображають гарантії та особливості процесуальної діяльності, пов'язаної із речами і документами військовополоненого, який є учасником кримінального провадження.

Крім того, деякі техніко-юридичні формулювання можуть викликати складнощі у тлумаченні та правозастосуванні. Зокрема, йдеться про формулювання абзацу другого ч. 2 ст. 297-1 КПК України: «Спеціальне досудове розслідування здійснюється на підставі ухвали слідчого судді

у кримінальному провадженні щодо злочину, вчиненого підозрюваним, стосовно якого уповноваженим органом прийнято рішення про передачу його для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся», то так, як воно викладене, то цей абзац з першого погляду не має відношення до переліку злочинів абзацу першого цієї ж частини статті. Проте, для судового провадження *in absentia* є чітка відсилка до ст. 297-1 КПК України, що викликає питання юридичної визначеності. Системний аналіз вказує, що все ж спеціальне досудове розслідування також має здійснюватися за переліком злочинів у ст. 297-1 КПК України, проте, зважаючи на новизну процедури, у разі, якщо задум законодавця був інший, ці усі положення мають бути уні-

фіковані. Крім того, у аспекті підстав спеціального досудового розслідування ч. 1 ст. 297-4 КПК України має бути викладена у редакції: «Слідчий суддя відмовляє у задоволенні клопотання про здійснення спеціального досудового розслідування, якщо прокурор, слідчий не доведе, що підозрюваний переховується від органів слідства та суду на тимчасово окупованій території України, на території держави, визнаної Верховною Радою України державою-агресором, з метою ухилення від кримінальної відповідальності та/або оголошений у міжнародний розшук, **або (виділення наше – І.Г., Г.Т.)** уповноваженим органом прийнято рішення про передачу підозрюваного для обміну як військовополоненого та такий обмін відбувся».

ЛІТЕРАТУРА

1. Статус «військовополонений» – новий виклик для системи правосуддя в Україні? Discussion paper. URL: https://drive.google.com/file/d/132a99WWXjok94BnCiXe_7V7SB6mP8zgx/view
2. Белоусов Ю. Військовополонені: хто ці люди і навіщо вони Україні | justtalk context [текстова версія]. URL: <https://justtalk.com.ua/post/vijskovopoloneni-hto-tsi-lyudi-i-navischo-voni-ukraini-justtalk-context-tekstova-versiya>
3. Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України: Наказ Міністерства оборони України від 23.03.2017 № 164. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0704-17?find=1&text=військовополонені#w1_1
4. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text
5. Про оборону України: Закон України від 06.12.1991 р. № 1932-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1932-12#Text>
6. Про затвердження порядку здійснення заходів щодо поводження з військовополоненими в особливий період: Постанова Кабінету Міністрів України від 17.06.2022 р. №721. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/721-2022-%D0%BF#n13>
7. Про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального кодексів України та інших законодавчих актів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених: Закон України від 28.07.2022 р. № 2472-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2472-20#Text>
8. Тетерятник Г.К. Кримінальне провадження в умовах надзвичайних правових режимів: теоретико-методологічні та праксеологічні основи: монографія. Одеса: Видавничий дім «Гельветика», 2021. 500 с.
9. Тетерятник Г.К. До питання про правову площину та практику «обміну полоненими»: процесуальний аспект. Наше право. 2022. № 2. С. 97-106.
10. 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.
11. Тетерятник Г.К. Окремі питання «обміну полоненими» у контексті права на справедливий суд. *Застосування в національному судочинстві стандартів Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод 1950 року*: збірник тез Всеукраїнської науково-практичної конференції (м. Хмельницький, 22 жовтня 2021 року). Хмельницький : Хмельницький університет управління та права імені Леоніда Юзькова, 2021. С. 37-39.
12. Пашковський М.І. Про колізію інституту обміну військовополонених та інших осіб під час збройного конфлікту з зобов'язаннями кримінального переслідування і покарання осіб, винних у вчиненні міжнародних злочинів. *Актуальні проблеми приватного та публічного права*: матеріали IV Міжнародної науково-практичної конференції присвяченої 93-річчю з дня народження члена-кореспондента НАПрН України, академіка Міжнародної кадрової академії, Заслуженого діяча науки України, доктора юридичних наук, професора Процевського О.І. (21 травня 2022 року). Харків, 2022. С. 443-447.
13. Проект Закону про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України та Кримінального кодексу України щодо врегулювання процедури обміну засуджених як військовополонених (7436 від 06.06.2022). URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39752>
14. Крапивін Є., Пашковський М. Обмін військовополонених і кримінальний процес: як уникнути безкарності? (аналіз законодавчих ініціатив). URL: <https://justtalk.com.ua/post/obmin-vijskovopoloneni-i-kriminalnij-protses-yak-uniknuti-bezkarnosti-analiz-zakonodavchih-initsiativ>
15. Проект Закону про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо врегулювання процедури звільнення від відбування покарання особами, які підлягають обміну як військовополонені (7436-1 від 20.06.2022). URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39838>
16. Рішення ЄСПЛ «Маргуш проти Хорватії» (Заява № 4455/10). URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22fulltext%22:%5B%224455/10%22%5D,%22languageisocode%22:%5B%22UKR%22%5D,%22appno%22:%5B%224455/10%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-150995%22%5D%7D>
17. Проект Закону про внесення змін до Кримінального, Кримінального процесуального та Кримінально-виконавчого кодексів України щодо врегулювання процедури обміну осіб як військовополонених (7436-д від 07.07.2022). URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39958>
18. Про порядок тримання військовополонених: Постанова Кабінету міністрів України від 05.04.2022 р. № 413. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/413-2022-%D0%BF#n23>
19. Калініков О.В. Досудове розслідування у кримінальному провадженні за відсутності підозрюваного (*in absentia*) в Україні та країнах Європи (порівняльно-правове дослідження). Дисертація на здобуття наукового ступеня доктора філософії за спеціальністю 081 – Право. Національна академія внутрішніх справ. Київ, 2021. 314 с.