

Науково-дослідний інститут вивчення проблем
злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України



ЗБІРНИК НАУКОВО-АНАЛІТИЧНИХ МАТЕРІАЛІВ
фахівців Науково-дослідного інституту вивчення
проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України
щодо актуальних питань діяльності
Офісу Генерального прокурора у 2022 р.



НАЦІОНАЛЬНА АКАДЕМІЯ
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

НАУКОВО-ДОСЛІДНИЙ ІНСТИТУТ ВИВЧЕННЯ
ПРОБЛЕМ ЗЛОЧИННОСТІ ІМЕНІ АКАДЕМІКА В. В. СТАШИСА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ

До 30-річчя Національної академії правових наук України

**ЗБІРНИК
НАУКОВО-АНАЛІТИЧНИХ МАТЕРІАЛІВ
ФАХІВЦІВ НАУКОВО-ДОСЛІДНОГО ІНСТИТУТУ
ВИВЧЕННЯ ПРОБЛЕМ ЗЛОЧИННОСТІ
ІМЕНІ АКАДЕМІКА В. В. СТАШИСА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
ЩОДО АКТУАЛЬНИХ ПИТАНЬ
ДІЯЛЬНОСТІ ОФІСУ ГЕНЕРАЛЬНОГО
ПРОКУРОРА У 2022 Р.**

Електронне наукове видання

Харків
«Право»
2023

УДК 343.1–343.9(477);341.1/.8

З-41

Упорядники:

*В. С. Батиргарєєва, Н. В. Глинська, М. І. Пашковський,
С. В. Подкопєв, А. А. Барабаш, Д. І. Клепка*

*Рекомендовано до друку
вченою радою Науково-дослідного інституту
вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса
Національної академії правових наук України
(протокол № 8 від 26 липня 2023 р.)*

Відповідальна за випуск: *А. А. Барабаш*

Збірник науково-аналітичних матеріалів фахівців Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України щодо актуальних питань діяльності Офісу Генерального прокурора у 2022 р. : електрон. наук. вид. / упоряд.: В. С. Батиргарєєва, Н. В. Глинська, М. І. Пашковський, С. В. Подкопєв, А. А. Барабаш, Д. І. Клепка ; НДІ вивч. проблем злочинності ім. акад. В. В. Сташиса НАПрН України. – Харків : Право, 2023. – 56 с.

ISBN 978-966-998-586-6

У виданні зібрано матеріали, що відбивають результати науково-аналітичної діяльності фахівців Науково-дослідного інституту вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса Національної академії правових наук України на запити Офісу Генерального прокурора у 2022 р. Аналітичні довідки та науково-правові висновки стосуються питань міжнародного гуманітарного права, кримінального процесу, кримінального права, організації роботи органів прокуратури.

Для науковців, працівників судових і правоохоронних органів, студентів, а також широкого кола читачів.

УДК 343.1–343.9(477);341.1/.8

© Науково-дослідний інститут вивчення проблем злочинності імені академіка В. В. Сташиса НАПрН України, 2023

ISBN 978-966-998-586-6

© Пашковський М. І., Подкопєв С. В., 2023

АВТОРСЬКИЙ КОЛЕКТИВ

Пашковський Микола Іванович – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем судової, слідчої та прокурорської діяльності Інституту

Подкопаєв Сергій Васильович – д.ю.н., доц., старший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою Інституту

ЗМІСТ

Авторський колектив	3
1. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗАХИЩЕНИХ ТА ЦИВІЛЬНИХ ОБ'ЄКТІВ <i>(М. І. Пашковський)</i>	6
2. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ПРАВОВОГО СТАТУСУ ТА ЗАБОРОНИ ПРИМУСОВОГО ОБМІНУ ДО РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ГРОМАДЯНИНА УКРАЇНИ, ЗАХОПЛЕНОГО ЗСУ ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВОЇ ДІЇ В РЯДАХ ВОРОГА ЗІ ЗБРОЄЮ В РУКАХ <i>(М. І. Пашковський)</i>	8
3. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ IN ABSENTIA ОКУПАЦІЙНОЮ ВЛАДОЮ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ ТА НАБУТТЯ НИМИ СТАТУСУ ОСОБИ, ЩО ПЕРЕБУВАЄ ПІД ВЛАДОЮ ОКУПАЦІЙНОЇ ДЕРЖАВИ <i>(М. І. Пашковський)</i>	10
4. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ <i>(М. І. Пашковський)</i>	17
5. НАУКОВО-ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ФАКТИЧНИХ ОБСТАВИН, ВИКЛАДЕНИХ У ПОВІДОМЛЕННІ ПРО ПІДОЗРУ ЗА СТ. 438 КК УКРАЇНИ <i>(М. І. Пашковський)</i>	23
6. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ ІНСТИТУТУ ОБМІНУ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ ТА ІНШИХ ОСІБ З ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ І ПОКАРАННЯ ОСІБ, ВИННИХ У ВЧИНЕННІ МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ <i>(М. І. Пашковський)</i>	35

7. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ДІЯНЬ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ ЩОДО ЦИВІЛЬНОГО НАСЕЛЕННЯ ТА НЕ ОХОПЛЮЮТЬСЯ СКЛАДОМ СТ. 438 КК УКРАЇНИ (<i>М. І. Пашковський</i>)	40
8. АНАЛІТИЧНИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ПРОЕКТІВ ПОВІДОМЛЕНЬ ПРО ПІДОЗРУ (<i>М. І. Пашковський</i>)	47
9. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ОСНОВНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПРОЕКТУ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНІВ УКРАЇНИ ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ДОБОРУ ТА ПІДГОТОВКИ ПРОКУРОРІВ» ВІД 14 КВІТНЯ 2022 Р. № 2203 ІХ (ПРОЕКТ ЗАКОНУ УКРАЇНИ № 5158 ВІД 25.02.2021 Р.) (<i>С. В. Подкопаєв</i>)	48

1. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ЗАХИЩЕНИХ ТА ЦИВІЛЬНИХ ОБ'ЄКТІВ

Розробник:

М. І. Пашковський – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

Аналітична довідка спрямована до Офісу Генерального прокурора.

АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА

ВСТУП

Це дослідження відповідає на запитання: в чому полягає різниця між захищеними об'єктами та цивільними об'єктами?

ДОСЛІДЖЕННЯ

Така класифікація та, відповідно, розмежувальні ознаки відсутні.

Міжнародне гуманітарне право (далі – МГП) використовує номенклатурний підхід, тобто визначає перелік об'єктів, що перебувають під захистом МГП, шляхом їх перерахування.

Для кожного виду об'єктів встановлюються різні правові режими і відповідно різні рівні захисту.

Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України» № 164 від 23.03.2017 р. містить перелік об'єктів, які знаходяться під захистом міжнародного гуманітарного права:

- медичні формування;
- санітарно-транспортні засоби;
- цивільні об'єкти;
- культурні цінності;
- установки і споруди, що містять небезпечні сили;
- об'єкти, необхідні для виживання цивільного населення;
- об'єкти цивільної оборони;

- місцевості, що не обороняються;
- демілітаризовані зони;
- санітарні та безпечні зони і місцевості;
- нейтралізовані зони;
- госпітальні зони та місцевості;
- природне середовище.

Напад на такі об'єкти заборонено (п. 41).

Цей перелік є орієнтовним.

Однак слід орієнтуватися на усі Женевські конвенції про захист жертв війни 1949 року та додаткові протоколи до них 1977 року, які містять переліки таких об'єктів та особливості їх захисту.

Наприклад згідно з Додатковим протоколом до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 р. (далі – ДП), що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол I), від 8 червня 1977 р. (ДП-I) виокремлено цивільні об'єкти (глава III розділ I частини IV ДП-I), зокрема:

- культурні цінності і місця відправлення культів (ст. 53 ДП-I);
- об'єктів, необхідних для виживання цивільного населення (ст. 54 ДП);
- природне середовище (ст. 55 ДП-I);
- установки або споруди, що містять небезпечні сили (ст. 56 ДП-I).
- місцевості й зони, що перебувають під особливим захистом: необоронювані місцевості, демілітаризовані зони (глава V розділ I частини IV ДП-I, ст.ст. 59–60 ДП-I)
- Об'єкти, використовувані з метою цивільної оборони (глава VI ДП-I, зокрема ст. 62 ДП-I)
- Медичні формування (ст.ст. 12–14 ДП-I)
- Санітарні перевезення (розділ II ДП-I)
- Установки і споруди, що містять небезпечні сили (глава 6 ДП-I)

ВИСНОВОК

По суті усі такі об'єкти є цивільними об'єктами, а серед цивільних об'єктів виокремлюються об'єкти з особливим (додатковим) захистом. Наприклад, школи, госпіталі, АЕС і таке інше.

2. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ПРАВОВОГО СТАТУСУ ТА ЗАБОРОНИ ПРИМУСОВОГО ОБМІНУ ДО РОСІЙСЬКОЇ ФЕДЕРАЦІЇ ГРОМАДЯНИНА УКРАЇНИ, ЗАХОПЛЕНОГО ЗСУ ПІД ЧАС ВІЙСЬКОВОЇ ДІЇ В РЯДАХ ВОРОГА ЗІ ЗБРОЄЮ В РУКАХ

Розробники:

М.І. Пашковський – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

Аналітична довідка спрямована до Офісу Генерального прокурора.

АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА

ВСТУП

Це дослідження відповідає на запитання про правовий статус та заборону примусового обміну до російської федерації громадянина України, захопленого ЗСУ під час військової дії в рядах ворога зі зброєю в руках.

ДОСЛІДЖЕННЯ

1. Стаття 4 Женевська конвенція про поводження з військовополоненими 1949 року (Третя Женевська конвенція) не обумовлює набуття статусу військовополоненого певним громадянством такої особи, зокрема відсутністю громадянства держави, що тримає в полоні) у цієї особи. Таким чином, військовополоненим може бути особа, що належить до громадянства держави, що тримає її в полоні. Про це, зокрема, зазначено і в Коментарі 2000 року до вказаної Конвенції з посиланням на Levie (Levie, Howard S., Prisoners of War in International Armed Conflict, International Law Studies, U. S. Naval War College, Vol. 59, 1978) : «будь-яка особа, яка потрапляє під владу воюючої сторони під час служби у збройних силах противника, повинна мати право на статус військовополоненого незалежно від його громадянства» (<https://ihl-databa.ses.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=1796813618ABDA06C12585850057AB95>, para 972).

2. Отже військовополоненим може бути і громадянин держави, що тримає в полоні, за умови, що він відповідає іншим критеріям, визначеним ст. 4 Третьої Женевської конвенції 1949 року.

3. Особи, що заявляють про свою належність до регулярних збройних формувань так звані «ДНР» чи «ЛНР», у контексті російсько-української війни можуть відповідати одному з двох критеріїв, передбачених ст. 4(А) Третьої Женевської конвенції 1949 року: (1) критерію, передбаченому ст. 4(А)(1), а саме: «особового складу збройних сил сторони конфлікту, а також членів ополчення або добровольчих загонів, які є частиною цих збройних сил» якщо їх військовий підрозділ діє під відповідальним командуванням ЗС РФ; або (2) критерію, передбаченому ст. 4(А)(3), а саме: «членів особового складу регулярних збройних сил, які заявляють про свою відданість урядові або владі, що не визнані державою, яка їх затримує», якщо відсутні докази їх перебування під командуванням ЗС РФ.

4. Знаходження вказаних осіб у складі збройних формувань ворожої для України сторони збройного конфлікту містить ознаки злочину, передбаченого ст. 111 КК України, а саме державної зради, тобто діяння, умисно вчинене громадянином України на шкоду суверенітету, територіальній цілісності та недоторканності, обороноздатності, державній, економічній чи інформаційній безпеці України: перехід на бік ворога в період збройного конфлікту, шпигунство, надання іноземній державі, іноземній організації або їх представникам допомоги в проведенні підпільної діяльності проти України, а тому вказані особи повинні бути притягнені до кримінальної відповідальності, зокрема у випадку потрапляння в полон України.

5. Обмін військовополоненими (the exchange of prisoners of war, the prisoners' swap) під час бойових дій не передбачено Третьою Женевською конвенцією 1949 року, однак і заборона такого обміну в Конвенції відсутня. Такий обмін дозволено звичайним правом збройних конфліктів на таких умовах, які можуть бути узгоджені між зацікавленими державами, наприклад відповідними угодами або домовленостями ad hoc.

6. Разом із тим, ст. 25 Конституції України містить положення про те, що громадянин України не може бути вигнаний за межі України або виданий іншій державі. Вказана норма викладена у конотації заборони будь-якого примусу громадянина України до залишення території України. Конституційний Суд України визначає «видачу» як «доставлення особи

однією державою в іншу державу згідно з положеннями міжнародного договору, конвенції чи національного законодавства» (п. 2.3.1. Висновок у справі за конституційним поданням Президента України про надання висновку щодо відповідності Конституції України Римського Статуту Міжнародного кримінального суду (справа про Римський Статут) від 11 липня 2001 року № 3-в/2001 у справі № 1–35/2001). Отже вказана заборона за ст. 25 Конституції України поширюється і на ситуації обміну військово-полонених, які є громадянами України та перебувають у полоні України.

ВИСНОВКИ

1. Із громадянами України, які проходять військову службу у збройних силах, органах поліції, органах державної безпеки, розвідувальних органах російської федерації, або діють у складі іррегулярних незаконних збройних формувань, створених, підпорядкованих, керованих та фінансованих російською федерацією, та мають ознаки комбатантів, передбачені ст. 4 Женевської конвенції про поводження з військовополоненими 1949 року, та потрапили під владу України (були захоплені), слід поводитися як з військовополоненими до встановлення судом іншого їх статусу.

2. Набуття статусу військовополоненого не перешкоджає притягненню вказаних осіб до кримінальної відповідальності за кримінальні правопорушення проти основ національної безпеки (зокрема, ст. 111 КК України) чи за порушення законів та звичаїв війни (ст. 438 КК України).

3. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ IN ABSENTIA ОКУПАЦІЙНОЮ ВЛАДОЮ ГРОМАДЯН УКРАЇНИ ТА НАБУТТЯ НИМИ СТАТУСУ ОСОБИ, ЩО ПЕРЕБУВАЄ ПІД ВЛАДОЮ ОКУПАЦІЙНОЇ ДЕРЖАВИ

Розробник:

М. І. Пашковський – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

Аналітична довідка спрямована до Офісу Генерального прокурора.

АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА

ВСТУП

Це дослідження спрямовано на встановлення особливостей кримінального переслідування *in absentia* окупаційною владою громадян України та набуття ними статусу особи, що перебуває під владою окупаційної держави.

ДОСЛІДЖЕННЯ

На тимчасово окупованих територіях України російська окупаційна влада, проголошені нею або підконтрольні їй самопроголошені органи, які узурпували виконання владних функцій на тимчасово окупованих територіях України, створюють незаконні правоохоронні органи та суди. Так було при окупації території Автономної Республіки Крим та частини території Донецької та Луганської областей, такий патерн поведінки окупаційної влади спостерігається і щодо тимчасово окупованих територій України в Херсонській та Запорізькій областях.

Такими незаконними правоохоронними та судовими органами при здійсненні своєї діяльності застосовується або законодавство російської федерації або ж законодавство, встановлене самопроголошеними органами.

Такі незаконні правоохоронні та судові органи здійснюють досудове розслідування, переслідування та судовий розгляд кримінальних справ у тому числі щодо громадян України. Не виключається здійснення переслідування, розгляд кримінальних справ та винесення вироків *in absentia*, у т.ч. щодо громадян України, які перебувають за межами тимчасово окупованої території України.

Здійснення такого провадження може супроводжуватися порушеннями процесуальних гарантій, передбачених ст. 150 і подальшими статтями Женевської конвенції про поводження з військовополоненими від 12.08.1949 (далі – ЖКІІІ) [1], які застосовуються до цивільного населення з урахуванням ст. 146(4) Конвенції про захист цивільного населення під час війни від 12.08.1949 (далі – ЖКІV) [2]. Конвенції ратифіковані Україною із застереженнями Указом ПВР УРСР від 03.07.1954 [3] та з подальшим зняттям застережень Законом України № 3413-IV від 08.02.2006 р. [4]. Відповідно до ст. 147 ЖКІV одним з грубих порушень конвенцій є позбавлення особи права на безстороннє і нормальне судочинство.

Однак для кваліфікації дій представників вказаних незаконних правоохоронних і судових органів як порушень ст. 147 ЖКІV та відповідно вчинення кримінального правопорушення за ст. 438 КК України необхідно встановити, що особи, щодо яких здійснювалися вказані незаконні кримінальні провадження, відносяться до осіб, які перебувають під захистом зокрема ЖКІV.

Відповідно до ст. 4(1) ЖКІV «особами, що перебувають під захистом цієї Конвенції, є ті, хто в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є».

У зв'язку з цим, потребує вирішення питання: чи поміщають громадянина України, який не є комбатантом, під владу російської федерації як окупаційної держави факти здійснення стосовно нього окупаційними органами за процедурою *in absentia* кримінального переслідування, судового розгляду кримінальних справ, винесення вироку, якщо такий громадянин перебуває за межами тимчасово окупованої території України?

Для розв'язання вказаного завдання необхідно насамперед з'ясувати зміст поняття «переслідування особи під владою окупаційної держави».

МЕТОДОЛОГІЯ ДОСЛІДЖЕННЯ

Оскільки протиправність діяння за ст. 438 КК України визначається через порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, кримінальне переслідування за цією статтею ґрунтується швидше на міжнародному, ніж на внутрішньодержавному праві, а тому має розглядатися переважно з цієї точки зору (див. *mutatis mutandis* п. 196 рішення Великої Палати ЄСПЛ у справі «Kononov v. Latvia» [5]).

Відповідно до принципу дружнього ставлення до міжнародного права практика тлумачення і застосування договорів, зокрема з міжнародного гуманітарного права міжнародними органами, юрисдикцію яких визнала Україна, має враховуватися (див. абзац третій підпункту 2.3 пункту 2 мотивувальної частини рішення Конституційного Суду України від 01.06.2016 № 2-рп/2016 [6]). Україна на підставі ст. 12(3) Римського статуту Міжнародного кримінального суду заявами від 09.04.2014 [7], 08.09.2015 [8] визнала юрисдикцію цього міжнародного юрисдикційного органу. Україна як держава-член ООН, зважаючи на резолюції 808(1993) від 22.02.1993 [9] та 827(1993) від 25.05.1993 [10], ухвалені

Радою Безпеки ООН, визнала юрисдикцію Міжнародного трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчиненні на території Югославії (далі – МТКЮ), а на підставі резолюції 995(1994) від 08.11.1994 [11], ухваленої РБ ООН, – юрисдикцію Міжнародного кримінального трибуналу для судового переслідування осіб, відповідальних за геноцид та інші серйозні порушення міжнародного гуманітарного права, вчинені на території Руанди, та громадян Руанди, відповідальних за геноцид та інші подібні порушення, вчинені на території сусідніх держав, у період з 1 січня 1994 року до 31 грудня 1994 року (далі – МКТР).

ДОСЛІДЖЕННЯ

Відповідно до ст. 4(1) ЖКІV «особами, що перебувають під захистом цієї Конвенції, є ті, хто в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є».

Уявляється, що вказана норма містить щодо окупації містить три критерії її застосування:

- контекстуальний: існування збройного конфлікту або окупації;
- темпоральний: береться до уваги конкретний момент часу;
- реалізація або можливість реалізації окупаційною державою своєї влади стосовно особи.

Контекстуальний критерій в цьому дослідженні не аналізується. Презюмується, що він виконаний.

Стосовно темпорального критерію. Як зазначено в Коментарі МКЧХ стосовно ст. 4 ЖКІV «Слова «у певний момент і будь-яким чином» мали на меті забезпечити охоплення всіх ситуацій і випадків. Стаття стосується як осіб, які перебували на території до початку війни (або початку окупації), так і тих, хто виїжджає або потрапляє туди внаслідок обставин: мандрівників, туристів, осіб, які зазнали корабельної аварії та навіть, можливо, шпигуни чи диверсанти» [12], що вказує на те, що немає значення в який момент особа потрапила під владу держави, що окупує: на момент початку окупації чи пізніше, коли певна територія вже була окупована.

Можливість реалізації окупаційною владою своєї влади стосовно особи противника, в доктрині і судовій практиці розглядається через спроможність здійснення державою, що окупує, прямого (безпосередньо-

го) та непрямого контролю за поведінкою особи. Це пов'язано з тим, що англійський та французький тексти ЖКІV використовують різні терміни для позначення такого контролю: «in the hands of a Party to the conflict or Occupying Power» та «au pouvoir d'une Partie au conflit ou d'une Puissance occupante».

У Коментарі МКЧХ до ЖКІV термін «in the hands» тлумачиться розширено, можливо тому, що у французькому тексті Конвенції використано словосполучення «au pouvoir», тобто «під владою» [13]. У Коментарі зазначається, що «йдеться не просто про те, щоб безпосередньо потрапити в руки ворога, як полонений. Сам факт перебування на території сторони конфлікту або на окупованій території означає, що людина перебуває під владою або «в руках» держави-окупанта. Цілком можливо, що ця влада ніколи не буде фактично застосована до особи, яка перебуває під захистом: дуже ймовірно, що житель окупованої території ніколи не матиме нічого спільного з державою-окупантом чи її організаціями. Іншими словами, вираз «в руках» не обов'язково слід розуміти у фізичному сенсі; це просто означає, що особа перебуває на території, яка знаходиться під контролем відповідної держави» [12]. Однак, навіть таке розширювальне тлумачення не охоплює ситуації, коли особа, фактично перебуває за межами окупованої території.

У рішенні апеляційної палати МТКЮ у справі проти Duško Tadić зазначено, що «... Конвенція має на меті захищати цивільних осіб (на ворожій території, окупованій території чи в зоні бойових дій)» [14, para 164]. В рішенні у справі проти Jadranko Prlić МТКЮ дійшов висновку, що «... захищені особи – це, по-перше, цивільні особи на ворожій або окупованій території або в зоні бойових дій, які не є громадянами держави, що воює, в руках якої вони знаходяться» [15, para 100]. Попри те, що у вказаних рішеннях увага МТКЮ переважно була зосереджена на питанні застосування принципу громадянства особи чи її вірності стороні конфлікту для визначення кола захищених осіб, однак, не висловлювалися жодні сумніви, що першою ознакою перебування особи під владою окупаційної держави є знаходження особи на окупованій території.

Слід зазначити, що такого підходу дотримується і Міжнародний кримінальний суд. У справі «Katanga and Chui» Палата досудового провадження зазначила, що «Відповідно до прецедентного права міжнародних трибуналів, цивільна особа потрапляє «в руки» сторони конфлікту, коли ця особа перебуває на території під контролем такої сторони» [16, para. 292].

Незважаючи на те, що в доктрині висловлювалася думка стосовно контролю держави, що окупає, що такий «контроль встановлюється, коли фізичне, економічне та соціальне благополуччя особи знаходяться в руках сторони конфлікту» [17, р. 30], що начебто вказує на ще більш широкий підхід до обсягу непрямого контролю, тим не менш, сам автор вказаного твердження, Dikker Hupkes, S. D., посилаючись на практику МТКЮ та на загаданий вище Коментар Ж. Пікте, вважає особами, які перебувають під захистом лише цивільних осіб, які опиняються на окупованій території.

Отже, межа розширювального тлумачення обсягу непрямого контролю досягнута.

Повертаючись до темпорального критерію слід зазначити, що хоча ЖКІV і не передбачає момент, коли особа вибуває з-під влади окупаційної держави, уявляється, що це пов'язується або з деокупацією відповідної території, на якій знаходиться ця особа, або з залишенням цієї особою відповідної окупованої території шляхом переміщення на територію, що підконтрольна державі громадянства (або державі, якій особа демонструє свою вірність) чи третій державі, яка не є стороною конфлікту.

ВИСНОВКИ

Викладене дозволяє зробити висновок, що ЖКІV не передбачає можливість тлумачення виразу «під владою окупаційної держави» без врахування територіального критерію, тобто «перебування особи на території, яка знаходиться під контролем окупаційної держави» (на окупованій території).

Таким чином, на нашу думку факти здійснення стосовно громадянина окупаційними органами російської федерації або її проксі кримінального переслідування, судового розгляду кримінальних справ, винесення вироку за процедурою *in absentia*, якщо такий громадянин перебуває за межами тимчасово окупованої території України, не створюють у нього статус особи, яка перебуває під владою окупаційної держави.

Список використаних джерел

1. Женевська конвенція про поводження з військовополоненими: Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 12.08.1949 р. : станом на 8 лют. 2006 р. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_153#Text (дата звернення: 01.10.2022).

2. Конвенція про захист цивільного населення під час війни : Конвенція Орг. Об'єдн. Націй від 12.08.1949 р. : станом на 8 лют. 2006 р.

URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_154#Text (дата звернення: 01.10.2022).

3. Про ратифікацію Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року про захист жертв війни : Указ Президії Верхов. Ради Укр. Рад. Соціаліст. Респ. від 03.07.1954 р. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/114a-03#Text> (дата звернення: 01.10.2022).

4. Про зняття застережень України до Женевських конвенцій про захист жертв війни від 12 серпня 1949 року : Закон України від 08.02.2006 р. № 3413-IV. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3413-15#Text> (дата звернення: 01.10.2022).

5. Kononov v. Latvia, Application no 36376/04, Council of Europe: European Court of Human Rights, 17 May 2010, available at: <https://www.refworld.org/cases, ECHR,4bf65e0b2.html> (accessed 29 August 2022).

6. Рішення Конституційного Суду України у справі за конституційним поданням Уповноваженого Верховної Ради України з прав людини щодо відповідності Конституції України (конституційності) положення третього речення частини першої статті 13 Закону України «Про психіатричну допомогу» (справа про судовий контроль за госпіталізацією недієздатних осіб до психіатричного закладу) : Рішення Конституц. Суду України від 01.06.2016 р. №2-рп/2016. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v002p710-16#Text> (дата звернення: 01.10.2022).

7. Declaration by Ukraine lodged under Article 12(3) of the Rome Statute, 09 April 2014. *International Criminal Court*. URL: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/declarationRecognitionJurisdiction09-04-2014.pdf> (date of access: 01.10.2022).

8. Declaration by Ukraine lodged under Article 12(3) of the Rome Statute, 8 September 2015. *International Criminal Court*. URL: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/iccdocs/other/Ukraine_Art_12-3_declaration_08092015.pdf (date of access: 01.10.2022).

9. Resolution 808 (1993) / adopted by the Security Council at its 3175th meeting, on 22 February 1993. *United Nations Digital Library System*. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/243008> (date of access: 01.10.2022).

10. Resolution 827 (1993) / adopted by the Security Council at its 3217th meeting, on 25 May 1993. *United Nations Digital Library System*. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/166567> (date of access: 01.10.2022).

11. Resolution 955 (1994) / adopted by the Security Council at its 3453rd meeting, on 8 November 1994. *United Nations Digital Library System*. URL: <https://digitallibrary.un.org/record/198038> (date of access: 01.10.2022).

12. Treaties, States parties, and Commentaries – Geneva Convention (IV) on Civilians, 1949–4 – Commentary of 1958. *ICRC databases on international humanitarian law | International Committee of the Red Cross*. URL:

<https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Comment.xsp?action=openDocument&documentId=18E3CCDE8BE7E2F8C12563CD0042A50B> (date of access: 15.09.2022).

13. Convention (IV) de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949. *ICRC databases on international humanitarian law | International Committee of the Red Cross*. URL: <https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/dih.nsf/Treaty.xsp?documentId=87DBEB6A73B8E8D0C12563140043A9F3&action=openDocument> (date of access: 01.10.2022).

14. Appeals Judgement of ICTY of 15.07.1999 in no. IT-94–1 «*Prosecutor v. Duško Tadić*». URL: <https://www.icty.org/x/cases/tadic/acjug/en/tad-aj990715e.pdf> (date of access: 01.10.2022).

15. Judgement (TC) of ICTY of 29.05.2013 in no. IT-04–74-T, «*Prosecutor v. Jadranko Prlić*». URL: <https://www.icty.org/x/cases/prlic/tjug/en/130529–1.pdf> (date of access: 01.10.2022).

16. Confirmation of Charges Decision of ICC of 26.09.2008 in no. ICC-01/04–01/07 OA 8, «*Katanga and Chui*». URL: <http://www.legal-tools.org/doc/67a9ec> (date of access: 01.10.2022).

17. Dikker Hupkes, S. D. What Constitutes Occupation? Israel as the occupying power in the Gaza Strip after the Disengagement. Den Haag : Jongbloed, 2008. 141 p. URL: <https://hdl.handle.net/1887/13159> (date of access: 01.10.2022).

4. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ОСОБЛИВОСТЕЙ КРИМІНАЛЬНОГО ПРОВАДЖЕННЯ ЩОДО ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ

Розробник:

М. І. Пашковський – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судустрою.

Аналітична довідка спрямована до Офісу Генерального прокурора.

АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА

ВСТУП

Це дослідження відповідає на питання:

Які особливості кримінального провадження щодо військовополонених?

ДОСЛІДЖЕННЯ

Під час військових дій Збройні Сили України беруть у полон військовослужбовців ворога. За останньою офіційно повідомленою інформацією (станом на 19.03.2022) загальна кількість військовополонених Російської Федерації в Україні становила 562 особи, але очевидно, що з того часу вказаний показник лише збільшився. До них застосовано такий захід контролю, передбачений Третьою Женевською конвенцією, як **інтернування** (поміщення в табори для військовополонених) або вони перебувають в процесі інтернування.

Станом на 09.06.2022 органами правопорядку внесено відомості до ЄРДР про вчинення 15 854 злочинів, передбачених ст. 438 КК України, а саме порушень законів та звичаїв війни, тобто воєнних злочинів – наймасовішої категорії міжнародних злочинів, що вчиняються на території України. повідомлено про підозру 104 особам, обвинувальні акти щодо 8 передано до суду. Частина з вказаних осіб вже знаходяться під владою України, оскільки були взяті в полон Збройними Силами України. Наразі в судовій практиці є вже перші обвинувальні вирокі з засудження російських військовополонених, після набрання чинності яких вирішуватиметься питання про їх виконання. Це зумовлює необхідність перевірити російських військовополонених на причетність до вчинення вказаних та інших злочинів на території України, та притягнути до кримінальної відповідальності винних осіб. Для того, щоб це стало можливим, стосовно таких військовополонених *здійснюються відповідні процесуальні дії та вирішуються питання про повідомлення про підозру, застосування запобіжних заходів та про звернення до суду з обвинувальним актом.*

Однак, ані чинний Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України), ані Інструкція про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України, ані Порядок тримання військовополонених не регламентують особливості кримінального провадження щодо військовополонених. Водночас, Третя Женевська конвенція встановлює додаткові процесуальні гарантії кримінального провадження щодо військовополонених (глава III частини VI Конвенції).

Таким чином, кримінальне провадження щодо військовополонених має здійснюватися з урахуванням вимог відповідних договірних норм міжнародного гуманітарного права.

Можна виділити такі основні засади, яких слід дотримуватись під час здійснення кримінального провадження щодо військовополоненого:

1. Оперативність кримінального провадження

1. Кримінальне провадження щодо військовополоненого повинно здійснюватися в найкоротший строк.

2. Забезпечення участі захисника військовополоненого-підозрюваного, обвинуваченого.

2.1 Участь захисника у кримінальному провадженні щодо військовополоненого є обов'язковою.

2.2 Україна має надати Державі-покровительці (Protecting Power) або Міжнародному комітету Червоного Хреста (МКЧХ), як субституту (*на даний момент відсутня інформація про виконання ними вказаних функцій*), список адвокатів, які можуть забезпечити кваліфікований захист військовополонених у кримінальному провадженні.

3. Особливості порядку притягнення до кримінальної відповідальності, затримання і обрання запобіжного заходу стосовно військовополоненого.

3.1. Після повідомлення про підозру військовополоненому слідчий, прокурор здійснює повідомлення держави-покровительки, представнику військовополонених про це (ст. 104(1) Третьої конвенції).

3.2. У такому повідомленні окрім відомостей, передбачених ст. 112 КПК, повинно бути зазначено:

1. Прізвище та ім'я військовополоненого, його звання, армійський, полковий, особовий чи серійний номер, дату народження, професію, якщо вона є.

2. Місце інтернування або ув'язнення.

3. Зміст підозри.

4. Правова кваліфікація кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, із зазначенням статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність.

5. Стислий виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, у вчиненні якого підозрюється особа, у тому числі зазначення часу, місця його вчинення, а також інших суттєвих обставин, відомих на момент повідомлення про підозру.

3.3. Таке повідомлення має здійснюватися не пізніше як за три тижні до підготовчого судового засідання. Відлік цього тритижневого строку

починається з дня одержання державою-покровительською такого повідомлення за повідомленою нею адресою (ст. 104(1) Третьої конвенції).

3.4. Застосування запобіжного заходу у вигляді тримання під вартою допускається у виняткових випадках і не повинно на стадії досудового розслідування перевищувати три місяці (ст. 103(1) Третьої конвенції).

3.5. Військовополонені тримаються під вартою (у випадку застосування до них цього запобіжного заходу) у спеціально відведених для цього місцях для відбуття дисциплінарних стягнень військовополоненими з дотриманням вимог ст.ст. 78, 97, 98, 126 Третьої конвенції (ст. 103 Третьої конвенції).

3.6. Прокурор або слідчий за його дорученням зобов'язані надати доступ до матеріалів досудового розслідування, які є в його розпорядженні, зокрема будь-які докази, військовополоненому мовою, якою він розуміє (ст. 105(5) Третьої конвенції).

3.7. Копія обвинувального акту, копія реєстру матеріалів досудового розслідування надається військовополоненому мовою, якою він розуміє (ст. 105(5) Третьої конвенції).

3.8. Одночасно з наданням військовополоненому в статусі підозрюваної особи копії обвинувального акта, копії реєстру матеріалів досудового розслідування прокурор роз'яснює військовополоненому право користуватися допомогою одного зі своїх товаришів-полонених, а також право користуватися правовою допомогою захисника (ст. 150(1) Третьої конвенції). Якщо військовополонений не залучив захисника, то держава-покровителька залучає йому захисника, маючи для цього у своєму розпорядженні, принаймні, один тиждень. У випадку, коли ані військовополонений, ані держава-покровителька не запросили захисника, суд залучає захисника для здійснення захисту за призначенням.

4. Особливості підготовчого провадження та судового розгляду

4.1. Підготовче судове засідання призначається не раніше двох тижнів з дати залучення захисника військовополоненого (ст. 105(1) Третьої конвенції).

4.2. Захисник військовополоненого до закінчення строку касаційного оскарження вироку має право мати зустрічі без обмеження в часі та кількості у робочі, вихідні, святкові, неробочі дні зі свідками захисту, зокрема з іншими військовополоненими.

4.3. Суд призначає підготовче судове засідання з урахуванням, щоб прокурор мав можливість повідомити про це державу-покровительку, представника військовополонених не пізніше як за три тижні до підготовчого судового засідання з дня одержання державою-покровителькою такого повідомлення, а також представником військовополонених.

4.4. У такому повідомленні прокурора окрім відомостей, передбачених ст. 112 КПК України, повинно бути зазначено:

1. Прізвище та ім'я військовополоненого, його звання, армійський, полковий, особовий чи серійний номер, дату народження, професію, якщо вона є.

2. Місце інтернування або ув'язнення.

3. Виклад фактичних обставин кримінального правопорушення, які прокурор вважає встановленими, правову кваліфікацію кримінального правопорушення з посиланням на положення закону і статті (частини статті) закону України про кримінальну відповідальність та формулювання обвинувачення;

4. Найменування суду, а також дату, час й місце проведення підготовчого судового засідання.

4.5. Якщо до початку підготовчого судового засідання не подано доказів, що держава-покровителька, військовополонений та відповідний представник військовополонених одержали зазначене повідомлення, принаймні, за три тижні до дати підготовчого засідання, то підготовче судове засідання не може бути проведене й повинно бути відкладене. Представник військовополонених – військовополонений, обраний у кожному місці, де перебувають військовополонені, іншими військовополоненими та затверджений на цій посаді уповноваженим органом України, якому доручається представляти військовополонених перед військовими властями, державами-покровительками, Міжнародним комітетом Червоного Хреста й будь-якою іншою організацією, яка може допомагати їм.

4.6. Держава-покровителька повідомляється про дату, час та місце проведення кожного судового засідання за винятком випадків проведення закритих судових засідань.

4.7. Суд, який постановив вирок, здійснює повідомлення держави-покровительки, відповідного представника військовополонених про цей вирок. В повідомленні окрім відомостей, передбачених ст. 112

КПК України, повинно бути також зазначено, чи має військовополонений право подавати апеляційну або касаційну скаргу на винесений йому вирок.

4.8. Суд вручає військовополоненому копію вироку мовою, яку він розуміє.

4.9. Після надходження апеляційної скарги або після закінчення строку на апеляційне оскарження суд, який постановив вирок, повідомляє державу-покровительку про рішення військовополоненого скористатися своїм правом на апеляцію чи відмовитися від нього.

4.10. Після набрання вироком законної сили прокурор здійснює про це повідомлення державі-покровительці.

У такому повідомленні прокурора окрім відомостей, передбачених ст. 112 КПК України, повинно бути зазначено:

1. Короткий звіт про досудове розслідування та про судовий розгляд кримінального провадження, з зазначенням формулювання обвинувачення та позиції захисту.

2. Відомості про місце, в якому військовополонений буде відбувати покарання.

До такого повідомлення додається копія вироку.

ВИСНОВКИ

Значна частина зазначених вище вимог (наприклад, щодо забезпечення участі захисника, перекладача, апеляційного або касаційного оскарження та інші) вже міститься в КПК України і є частиною загальної процедури. Разом з тим, є положення, які тісно пов'язані з ситуацією збройного конфлікту та статусом військовополоненого (наприклад, щодо такого учасника кримінального провадження як Держава-покровителька (або МКЧХ), або щодо допомоги одного із товаришів – військовополонених тощо).

З іншого боку умисне порушення вказаних процесуальних гарантій військовополоненого може кваліфікуватися за ст. 130 Третьої конвенції як серйозне порушення («умисне позбавлення військовополоненого його прав на справедливе та належне судове розслідування, передбачених цією Конвенцією»).

5. НАУКОВО-ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ФАКТИЧНИХ ОБСТАВИН, ВИКЛАДЕНИХ У ПОВІДОМЛЕННІ ПРО ПІДОЗРУ ЗА СТ. 438 КК УКРАЇНИ

Розробник:

М. І. Пашковський – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

Аналітичний висновок спрямовано до Офісу Генерального прокурора.

НАУКОВО-ПРАВОВИЙ ВИСНОВОК

ВСТУП

Це дослідження відповідає на питання:

Чи містяться в діях ОСОБА 1 ознаки кримінального правопорушення, передбаченого ст. 438 КК України, виходячи з фактичних обставин, викладених у повідомленні про підозру.

ДОСЛІДЖЕННЯ

Загальні положення

Статтею 438 КК України встановлено кримінальну відповідальність за порушення законів і звичаїв війни.

Вказане поняття «закони і звичаї війни» тлумачиться як усталене міжнародно-правове, яке виходячи з позиції, висловленої Міжнародним Судом ООН у Консультативному висновку від 8 липня 1996 року у справі щодо законності загрози ядерною зброєю або її застосування позначає сучасну галузь міжнародного права, відому як міжнародне гуманітарне право (далі -МГП).

Щодо подій в Україні МГП застосовне з моменту початку окупації окремих територій України, тобто з 19.02.2014 року і до цього часу (ч. 2 ст. 1 Закону України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»).

У наданому для ознайомлення повідомленні про підозру йдеться про такі сім груп обставин:

- контекст вчинення інкримінованих кримінальних правопорушень;
- створення на тимчасово окупованій території Херсонської області злочинної організації та утворення непередбаченого законодавством України псевдоправоохоронного органу – «главное управление полиции министерства внутренних дел в Херсонской области» – для прикриття і забезпечення діяльності вказаної злочинної організації;

- організація та проведення незаконного референдуму;
- позбавлення волі громадян України, зокрема працівників НПУ у т.ч. «з метою придушення супротиву окупації рф Херсонської області»;
- здійснення кримінального переслідування окремих громадян України;

- вилучення (викрадення) у громадян України, зокрема у працівників НПУ (табельної) вогнепальної зброї у т.ч. «з метою придушення супротиву окупації рф Херсонської області»;

- вилучення майна, грошових коштів, приміщення аптеки «у власність окупаційної влади рф у місті Харків».

З моменту початку збройного конфлікту на території сторін збройного конфлікту застосовується міжнародне гуманітарне право (МГП).

Відповідно до спільної ст. 2 Женевських конвенцій про захист жертв війни 1949 року «Конвенція застосовується до всіх випадків оголошеної війни чи будь-якого іншого збройного конфлікту, що може виникнути між двома чи більше Високими Договірними Сторонами, навіть якщо одна з них не визнає стану війни. Конвенція також застосовується до всіх випадків часткової або цілковитої окупації Високої Договірної Сторони, навіть якщо ця окупація не натрапляє на жодний збройний спротив».

За суттю ст. 2 IV Конвенції про закони і звичаї війни на суходолі 1907 року, її положення застосовуються між воюючими сторонами – державами.

Окупація рф окремих територій України розпочалася 19.02.2014 р. і триває до цього часу. Крім того, з 24.02.2022 р. розпочалося повномасштабне збройне вторгнення рф в Україну. Вказані обставини вказують на існування ситуації міжнародного збройного конфлікту з 19.02.2014 р. між російською федерацією та Україною. Отже, з 19.02.2014 на території України та рф застосовуються норми МГП.

Із повідомлення про підозру вбачається, що з 01.03.2022 територія міста Херсона була окупована російськими військами та «фактично узурповано всі владні повноваження на тимчасово окупованій ними

території області», що можна розуміти як твердження про встановлення ефективного контролю над вказаною територією.

Правовий режим окупації, а саме її початок та закінчення, права та обов'язки окупаційної влади визначено Розділом III ГП1907 (ст. 42–56), а також доповнено, зокрема правами населення окупованої території та правилами управління такою територією ст.ст. 47–78 ЖКІV; ст.ст. 63, 69, 72–79 ДП.

При визначенні окупації зазвичай посилаються на ст. 42 ГП1907, відповідно до якої: «Територія визнається окупованою, якщо вона фактично перебуває під владою армії супротивника. Окупація поширюється лише на ту територію, де така влада встановлена і здатна виконувати свої функції». Вказані положення інтерпретуються як необхідність «ефективного контролю» над територією.

Ефективний контроль встановлюється, коли в сукупності виконуються такі три критерії: присутність іноземних сил; відсутність згоди з боку держави, на території якої знаходяться іноземні війська; здатність окупаючої держави здійснювати свою владу над окупованою територією¹.

Близький підхід щодо критеріїв ефективного контролю території застосовується ЄСПЛ у справах, що стосувалися екстериторіальної юрисдикції з забезпечення прав людини. Так, У рішенні ЄСПЛ у справі Аль-Скейні зазначено, що «Встановлення ступеня ефективності контролю є фактом, який визначається Судом, беручи до уваги потужність військової присутності держави на відповідній території та її здатність впливати або підпорядковувати адміністрацію або органи влади, присутні в території» (§§ 131–40) щоразу, коли вона здійснює ефективний контроль над територією, яка не є її національною територією, в результаті військових дій, незалежно від правомірності цих дій.

Отже, на початку березня 2022 року РФ внаслідок окупації території міста Херсона отримала правовий статус окупаційної держави щодо такої території.

Зобов'язання окупаційної держави щодо окупованої території

Окупаційна держава є стороною міжнародного збройного конфлікту.

¹ ICRC Expert Meeting, 'Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory' (Report prepared and edited by Tristan Ferraro, ICRC 2012), pp. 10).

Окупаційна держава, якщо вона має ефективний контроль над окупованими територіями, несе такі зобов'язання:

– зобов'язання вжиття на окупованій території усіх «залежних від [неї] заходів для того, щоб, по можливості, відновити та забезпечити громадський порядок і безпеку» (ст. 43 ГП1907);

– зобов'язання з дотримання на окупованій території «існуючих у країні законів, за виключенням, коли це абсолютно неможливо» (ст. 43 ГП1907), що передбачає також положення щодо забезпечення належного функціонування системи правосуддя для цивільних осіб на окупованих територіях, яка повинна поважати певні судові гарантії, встановлені МГП (ст.ст. 47, 54 і 64–75 ЖКІV);

– зобов'язання з забезпечення особам, що перебувають під захистом, права «за будь-яких обставин, на особисту повагу, повагу до своєї честі, права на сім'ю, їхніх релігійних переконань та обрядів, звичок та звичаїв», зокрема шляхом гуманного ставлення до них та їх захисту, «зокрема, від будь-якого акту насильства чи залякування, від образ та цікавості натовпу» (ст.ст. 3, 27(1) ЖКІV, ст. 75 ДП);

– зобов'язання в окремих сферах управління окупованою територією чи забезпечення осіб, що перебувають під захистом, у т.ч. особливих категорій (наприклад, належне забезпечення продовольством і медичними засобами, а також одягом, постільною білизною, засобами для укриття, іншими речами, необхідними для виживання цивільного населення окупованої території, а також предметами, необхідними для релігійного поклоніння, уможливлення перевірки таких запасів та доступу Держави-покровительки або МКЧХ до осіб, що перебувають під захистом, доступу до гуманітарної допомоги (ст.ст. 30, 55, 5–62, 108–111, 143 ЖКІV; ст.ст. 69–71 ДП) – ця категорія зобов'язань та відповідні повноваження окупаційної держави в цьому дослідження не аналізуються.

Окрім того, будь-яка сторона міжнародного збройного конфлікту має загальне зобов'язання з гуманного поводження з особами, що перебувають під захистом (ст.ст. 3, 27 ЖКІV та ст. 75 ДП).

Женевське право ґрунтується на принципах поваги до людської особистості та непорушності основних прав людини, зокрема на принципі поваги до особи (перше речення ст. 27(1) ЖКІV, друге речення ст. 75(1) ДП), який охоплює у тому числі право на фізичну недоторканність, тобто «заборону дій, що завдають шкоди життю чи здоров'ю особи» (Пікте, коментар до ЖКІV стор. 200), що підкріплено не лише загальною вимо-

гою (принципом) гуманного поводження (ст. 3(1), друге речення ст. 27(1) ЖКІV, ст. 75(1) ДП), але й двома іншими положеннями: зобов'язання «захищати їх, зокрема, від будь-якого акту насильства чи залякування» (друге речення ст. 27(1) ЖКІV); заборони «застосування будь-яких заходів, які можуть завдати фізичних страждань або призвести до знищення осіб, що перебувають під захистом, які є під їхньою владою» (перше речення ст. 32(1) ЖК4). Ця заборона поширюється, наприклад, на насильство над життям, здоров'ям, фізичним та психічним станом осіб, зокрема вбивство, катування (тортури) всіх видів – фізичні чи психічні, тілесні покарання, каліцтво (ст. 3(1) ЖК4, друге речення ст. 27(1) ЖКІV, ст. 75(2)(а) ДП), «... будь-яке інше брутальне поводження з боку як цивільних, так і військових властей» (ст. 32 ЖКІV), що по суті складають «серйозні порушення обов'язку гуманного поводження» (Пікте, Коментар ЖКІV, стор. 200).

Слід зазначити, що перераховані в цьому переліку дії, зазначені також в ст. 147 ЖКІV як серйозні порушення.

Вказаний перелік заборонених дій не є вичерпним, основним критерієм є завдання особам фізичного страждання або можливість знищення особи.

Друге речення ст. 27(1) ЖКІV містить не лише орієнтовний (невичерпний) перелік заборонених дій, але й обов'язок сторони збройного конфлікту «вживати всіх запобіжних заходів і заходів, які є в їхніх силах, щоб запобігти таким актам і надати допомогу жертвам у разі потреби» (Пікте, Коментар ЖКІV, стор. 204).

При цьому вимога гуманного поводження та заборона певних дій, несумісних із нею, мають загальний та абсолютний характер, як і зобов'язання поважати основні права та основні свободи (Пікте, Коментар ЖКІV, с. 204–205). «Вони дійсні «за будь-яких обставин» і «в будь-який час» і застосовуються, наприклад, до випадків, коли особа, яка перебуває під захистом, є законним об'єктом суворих заходів, оскільки диктат гуманності та заходи безпеки чи репресії, навіть якщо вони важкі, не обов'язково несумісні» (Пікте, Коментар ЖКІV, с. 205).

Повноваження окупаційної держави на окупованій території

Міжнародне гуманітарне право передбачає можливість реалізації окупаційною державою певних повноважень на окупованій території, зокрема:

– право як сторони конфлікту «застосовувати до осіб, що перебувають під захистом, таких заходів контролю чи безпеки, які будуть визнані за необхідні під час ведення війни» (ст. 27(4) ЖКІV);

– право «поширювати на населення окупованої території дію положень, які є необхідними для виконання нею зобов'язань, що покладаються на неї відповідно до цієї Конвенції, підтримання ефективного управління територією, забезпечення безпеки окупаційної держави, особового складу та власності окупаційних сил та адміністрації, а також об'єктів та комунікаційних ліній, які ними використовуються» (ст. 64(2) ЖКІV).

Міжнародне гуманітарне право, зокрема Четверта Женевська конвенція, не містить переліку заходів контролю чи безпеки, які можуть бути застосовані, проте зазначає, «якщо окупаційна держава через причини збереження безпеки визнає необхідним вжити заходів стосовно осіб, що перебувають під захистом, найбільше, що вона може застосувати – це змушено поселити їх у визначеному місці чи інтернувати» (ст. 78(1) ЖКІV, див. також схоже положення ст. 41(1) ЖКІV).

Реалізація окупаційною державою зобов'язання з забезпечення громадського порядку і безпеки порушує складне питання про застосування поряд з МГП норм міжнародного права прав людини.

Щодо утворення на тимчасово окупованій території Херсонської області непередбаченого законодавством України псевдоправоохоронного органу – «главное управление полиции министерства внутренних дел в Херсонской области»

Як зазначалося вище в повідомленні про підозру мова йде про утворення окупаційною владою непередбаченого законодавством України псевдоправоохоронного органу – «главное управление полиции министерства внутренних дел в Херсонской области».

Слід зазначити, що законність створення вказаного органу можна оцінювати як з позицій національного законодавства (ст. 9 Закону 1207), так з позицій МГП, оскільки, як було зазначено вище МГП накладає на окупаційну державу значні зобов'язання та надає певні повноваження.

Дослідники зазначають, що ст. 43 ГП1907 у поєднанні зі ст. 64 ЖКІV надає окупаційній владі дуже широкі повноваження на окупованій території, і більшість схиляється до того, що «статтю 43 ГП1907 слід

тлумачити широко, щоб дозволити окупаційній владі виконувати свої обов'язки згідно з окупаційним законодавством, зокрема керувати окупованою територією на користь місцевого населення, забезпечуючи при цьому безпеку власних збройних сил» (Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, P. 56).

Стаття 43 ГП1907 складається з двох окремих зобов'язань: (i) позитивне зобов'язання відновити та підтримувати громадський порядок та безпеку було, по суті, спрямоване на запобігання розпаду цивільного життя на окупованій території та тягнуло за собою – як мінімум-зобов'язання вжити необхідних заходів для припинення або запобігання такому колапсу; (ii) загальне правило щодо законодавчих повноважень окупанта, негативний тест якого ст. 64 ЖКІV замінила позитивним дозволом, за допомогою якого окупант міг підпорядкувати населення окупованої території положенням, які є суттєвими для того, щоб окупант міг виконувати свої функції відповідно до окупаційного права (Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, P. 57).

Разом із тим, трансформаційна окупація заборонена, можливості окупанта зі зміни законодавства чи інституційних змін (органів влади) обмежені критерієм необхідності. Як після Першої світової війни, так і після Другої світової війни розглядалася можливість криміналізації як порушення законів і звичаїв війни «узурпації суверенітету під час військової окупації» («*usurpation of sovereignty during military occupation*»), яка по суті полягає в порушенні ст. 43 ГП1907 та безпідставній заміні окупантом законодавства та органів влади окупованої території.

Зважаючи на контекст повномасштабного збройного вторгнення рф в Україну, події, що слідували за окупацією Херсона (зокрема, проведення окупаційною владою незаконного референдуму та наступної анексії російською федерацією, зокрема Херсонської області), є підстави для висновку, що створення окупаційних органів влади та запровадження російського законодавства на окупованій території здійснювалося не на підставі ст. 43 ГП1907 чи ст. 64 ЖКІV, а в межах плану анексії окупованої території, тобто у порушення МГП. Викладене вказує на можливе вчинення порушення законів і звичаїв війни, а саме ст. 43 ГП1907, що полягає в узурпації суверенітету під час військової окупації. З іншого боку, таке порушення не міститься в переліку серйозних (грубих) порушень, зазначеного, наприклад, в ст. 147 ЖКІV чи в ст. 85 ДПІ, хоча

і має фундаментальний характер, а тому можна спрогнозувати можливі ускладнення з його визначеністю.

Отже, повідомлення про підозру в частині незаконності такого органу окупаційної влади як «главное управление полиции министерства внутренних дел в Херсонской области» може бути обґрунтоване не лише на ст. 9 Закону, але й положеннями ст. 43 ГП1907, якщо враховувати загальний план дій РФ з анексії окупованих територій України.

Однак, з іншого боку, сторона захисту може аргументувати, що вказаний орган створювався з метою забезпечення громадського порядку та безпеки окупаційної влади, що прямо передбачено ст. 43 ГП1907. На підтвердження необхідності створення такого органу можуть наводитися обставини припинення діяльності правоохоронних органів (зокрема, з охорони громадського порядку) на окупованій території та об'єктивної неможливості забезпечення ними безпеки окупаційної влади. Такі аргументи (особливо ізольовано від плану анексії Херсонської області) будуть виглядати переконливими.

Щодо організації та проведення незаконного референдуму (плебіситу) в місті Херсоні

Міжнародне гуманітарне право прямо не регулює відносини, пов'язані з проведенням референдумів щодо зміни державної належності, зокрема окупованої території. Ці питання визначаються принципами міжнародного права, а також положеннями про правомірні способи придбання державної території.

З іншого боку, як зазначалося вище, як ГП1907, так і ЖКІV містять норми, положення яких дозволяють зробити висновок про заборону трансформаційної окупації – як операції, головною метою якої є перебування інституційних та політичних структур окупованої території, часто з метою приведення їх у відповідність до власних уподобань окупаційної держави (Expert Meeting: Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory, P. 67).

Дослідники відзначають, що можна сформулювати 5 причин, якими можна виправдати трансформації під час окупації: забезпечення прав людини; згода місцевого населення; специфічні обставини тривалої окупації; ситуація неспроможності окупованої держави; та наявність відповідного рішення, прийнятого Радою Безпеки.

Щодо позбавлення волі громадян України, зокрема працівників НПУ у т.ч. «з метою придушення супротиву окупації рф Херсонської області»

Тимчасове позбавлення/обмеження особистої свободи осіб, що перебувають під захистом МГП, зокрема ЖКІV, під час збройного конфлікту може бути законним. Законними підставами є:

- примусове поселення на певній території або інтернування осіб, що перебувають під захистом Конвенції, – іноземних громадян (громадян супротивної сторони), які перебувають на території відповідної сторони конфлікту, коли за допомогою інших заходів контролю (безпеки) неможливо забезпечити безпеку держави, що їх застосовує (абз. 1 ст. 42 ЖКІV);
- примусове поселення на певній території або інтернування осіб, що перебувають під захистом Конвенції, на окупованій території коли, за допомогою інших заходів контролю (безпеки) неможливо забезпечити безпеку окупаційної держави, що їх застосовує (абз. 1 ст. 78 ЖКІV);
- інтернування, як необхідність, зумовлена особистим становищем цивільної особи, яка добровільно просить через представників Держави-покровительки про своє інтернування Державу, під владою якої вона є (абз. 2 ст. 42 ЖКІV).
- застосування запобіжних заходів в порядку, встановленому кримінальним процесуальним законодавством, під час законного кримінального переслідування державою на окупованій нею території (ст. ст. 63–70 ЖКІV);
- затримання особи для перевірки її особи та здійснення інших невідкладних фільтраційних заходів як захід безпеки (контролю) до її інтернування (ст. 27(4) ЖКІV).

У повідомленні про підозру йдеться про затримання на окупованій території громадян України працівників Нацполіції, здійсненні працівником (-ами) органу окупаційної влади – «главного управління поліції министерства внутрешних дел в Херсонской области» у т.ч. «з метою придушення супротиву окупації рф Херсонської області».

Відповідно до ст. 27(1) ЖКІV особи, що перебувають під захистом, мають право за будь-яких обставин, на особисту повагу, повагу до своєї честі, права на сім'ю, їхніх релігійних переконань та обрядів, звичок та звичаїв; до них завжди слід ставитися гуманно й захищати їх, зокрема,

від будь-якого акту насильства чи залякування, від образ та цікавості на товпу. Вказане положення охоплює в тому числі право на свободу особи.

Органи та підрозділи, що входять до системи поліції, за загальним правилом, не належать до комбатантів. Водночас у разі виникнення загрози державному суверенітету України та її територіальній цілісності, а також у ході відсічі збройної агресії проти України, вони беруть участь у виконанні завдань територіальної оборони, тому належать до сил оборони (п. 18 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про національну безпеку України», ч. 2 ст. 24 Закону України «Про Національну поліцію»). Як наслідок, поліцейські набувають статус комбатанта у випадку, коли вони здійснюють безпосередню відсіч збройній агресії, а не виконують правоохоронні функції. Передбачене ст. 43(3) ДПП повідомлення сторони збройного конфлікту про включення, зокрема, поліцейських сил до складу її збройних сил не є конститутивним для статусу таких підрозділів, але служить для уникнення плутанини та посилення поваги до принципу розрізнення (п. 982 Коментаря 2020 року до ЖКІІІ). Тому сторона захисту може висунути аргумент про статус вказаних поліцейських як комбатантів, та відповідно про право окупаційних органів на полонення вказаних поліцейських (в такому випадку виникає питання про дотримання окупаційними органами вимог ЖКІІІ).

Якщо розглядати поліцейських як цивільних осіб, то слід враховувати, що ст. 27(4) ЖКІV надає сторонам конфлікту право застосовувати до осіб, що перебувають під захистом, таких заходів контролю чи безпеки, які будуть визнані за необхідні під час ведення війни. Як впливає з повідомлення про підозру, затримання поліцейських носило індивідуальний, а не колективний характер та мало на меті припинення «придушення» супротиву (суб'єкт не зазначено, але може бути атрибутовано поліцейським) окупації рф Херсонської області.

Таким чином, за наявного викладу повідомлення про підозру, можливе обґрунтування здійснення вказаного затримання як застосування до поліцейських заходів контролю (безпеки), передбачених ст. 27(4) ЖКІV.

Слід звернути увагу, що застосування представником окупаційної влади до затриманих цивільних осіб чи військовополонених тортур (катування), чи інших форм нелюдського (жорстокого поводження) є серйозним (грубим) порушенням Женевських конвенцій (ст.ст. 13, 130 ЖКІІІ, ст.ст. 27(1), 32, 33, 147 ЖКІV), а тому має кваліфікуватися за ст. 438 КК

України як порушення законів і звичаїв війни, а не за іншими статтями Особливої частини КК.

Щодо здійснення кримінального переслідування окремих громадян України

IV Конвенція про закони і звичаї війни на суходолі 1907 р. не містить положень, які забороняють переслідування громадян окупованої території у випадку вчинення кримінальних правопорушень.

Законність такого переслідування залежить, зокрема від дотримання окупаційною державою вимог щодо поширення свого кримінального законодавства на окуповану територію (ст. 64 ЖКІV).

Позбавлення цивільних осіб прав на справедливий і офіційний судовий процес (ст. 147 ЖКІV), зокрема процесуальних прав і гарантій, передбачених МГП (ст. 64–77 ЖКІV, 75 ДП), вчинене представником окупаційної влади, є серйозним (грубим) порушенням Конвенції, а тому має кваліфікуватися за ст. 438 КК України як порушення законів і звичаїв війни, а не за іншими статтями Особливої частини КК.

Щодо вилучення (зазначеного у повідомленні про підозру як викрадення) у громадян України, зокрема у працівників НПУ (табельної) вогнепальної зброї у т.ч. «з метою придушення супротиву окупації рф Херсонської області»

Стаття 46 ГП1907 захищає приватну власність, ст. 47 ГП1907, ст. 33(2) ЖКІV забороняє пограбування.

Разом з тим, як зазначалося вище ст. 27(4) ЖКІV надає сторонам конфлікту право застосовувати до осіб, що перебувають під захистом, таких заходів контролю чи безпеки, які будуть визнані за необхідні під час ведення війни.

Отже, сторона захисту може вказати на те, що вилучення вогнепальної нарізної зброї у цивільних осіб здійснювалося представниками окупаційної влади як захід контролю чи безпеки. На це вказує і та обставина, що вказані заходи вживалися «з метою придушення спротиву окупаційній владі РФ». Те, що вилучена зброя не була присвоєна, вказує уточнення в повідомленні про підозру, про її доставлення до «Днепровського город-

ского отдела полиции ГУ МВД Херсонской области». В такому випадку вказані дії є правомірними.

У випадку, коли вказане майно було вилучено з порушенням МГП, зокрема присвоєне представниками окупаційної влади, то такі дії є порушенням ст.ст. 46, 47 ГП1907, ст. 33(2) ЖКІV, а тому мають кваліфікуватися за ст. 438 КК України як порушення законів і звичаїв війни, а не за іншими статтями Особливої частини КК.

Щодо вилучення майна, грошових коштів, приміщення аптеки «у власність окупаційної влади рф у місті Харків»

Стаття 46 ГП1907 захищає приватну власність, ст. 47 ГП1907, ст. 33(2) ЖКІV забороняє пограбування.

Однак, стаття 52 ГП1907 дозволяє реквізиції для потреб окупаційної армії (військових потреб).

Повідомлення про підозру не містить інформацію про подальшу долю майна, грошових коштів та приміщення аптеки.

Якщо майно (лікарські препарати тощо) та приміщення аптеки використовуються з військовою метою, то такі дії представників окупаційної влади не складають порушення МГП.

Інакше, коли вказане майно було вилучено з порушенням МГП, зокрема присвоєне представниками окупаційної влади, то такі дії є порушенням ст.ст. 46, 47 ГП1907, ст. 33(2) ЖКІV, а тому мають кваліфікуватися за ст. 438 КК України як порушення законів і звичаїв війни, а не за іншими статтями Особливої частини КК.

ВИСНОВКИ

Проведення дослідження дозволяє зробити висновок, що повідомлення про підозру не враховує вчинення інкримінованих кримінальних правопорушень в контексті та у зв'язку зі збройним конфліктом, зокрема з окупацією, а тому необхідності їх додаткової оцінки з позицій міжнародного гуманітарного права.

У випадку встановлення порушення представниками окупаційної влади вимог (заборон) МГП, їх дії додатково повинні бути кваліфіковані за ст. 438 КК, а у випадку конкуренції з іншими статтями Особливої частини КК України (наприклад, зі ст.ст. 127, 146, 185–189 КК України), то лише за ст. 438 КК України.

Через обмеженість обсягу наданої інформації та часу висновок має стислий обсяг.

6. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ОКРЕМИХ ПИТАНЬ ІНСТИТУТУ ОБМІНУ ВІЙСЬКОВОПОЛОНЕНИХ ТА ІНШИХ ОСІБ З ЗОБОВ'ЯЗАННЯМИ КРИМІНАЛЬНОГО ПЕРЕСЛІДУВАННЯ І ПОКАРАННЯ ОСІБ, ВИННИХ У ВЧИНЕННІ МІЖНАРОДНИХ ЗЛОЧИНІВ

Розробник:

М. І. Пашковський – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

Аналітична довідка спрямована до Офісу Генерального прокурора.

АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА

ВСТУП

Це дослідження відповідає на запитання про можливу колізію інституту обміну військовополонених та інших осіб з зобов'язаннями кримінального переслідування і покарання осіб, винних у вчиненні міжнародних злочинів.

ДОСЛІДЖЕННЯ

1. Обмін військовополоненими (англ.: «the exchange of prisoners of war», «the prisoners' swap») під час бойових дій не регламентується жодною з Женевських конвенцією 1949 року, у т.ч. Женевською конвенцією (III) про поведження з військовополоненими, та додатковими протоколами до них. Однак, і заборона такого обміну в конвенціях відсутня. Те ж саме стосується ситуацій обміну особами, які не є військовополоненими під час збройного конфлікту. Такий обмін дозволено звичаєвим правом збройних конфліктів на таких умовах, які можуть бути узгоджені між зацікавленими державами, наприклад відповідними угодами або до-

мовленостями *ad hoc*. Політичний характер дій з обміну осіб не виключає підпорядкування обміну певним обмеженням, встановлених правовими нормами.

2. Обмін військовополоненими відрізняється від правового інституту репатріації, передбаченого Конвенцією (III). Так, Конвенція (III) встановлює обов'язок репатріації військовополонених після закінчення воєнних дій (ст.ст. 118–119). Крім того, Конвенція (III) встановлює обов'язок репатріації впродовж бойових дій тяжко хворих і тяжко поранених військовополонених (ст. 109(1) Конвенції (III)); а також на підставі угоди – можливість репатріації здорових військовополонених, які вже тривалий час перебувають у полоні (ст. 109(2) Конвенції (III)). Тим більше, що держави вдаються до обміну не лише військовополонених, але й інших осіб, у т.ч. цивільних осіб.

3. Слід звернути увагу, що Конвенція (III) не виключає за згодою держави, що тримає в полоні, репатріацію військовополонених, яких тримають під вартою у зв'язку із судовим переслідуванням або засудженням, до закінчення судового процесу або завершення покарання (ст. 115(2)). На практиці допускається й обмін таких осіб.

4. Разом з тим, держава, що передає, може нести відповідальність за захист прав жертв злочину або їхніх найближчих родичів (див. пп. 195–196 рішення у справі «Макучян і Мінасян проти Азербайджану та Угорщини»¹).

5. Ані КК України, ані КПК України не містять спеціальних норм, які б стосувалися кримінального переслідування та покарання осіб, щодо яких вирішується питання про обмін як військовополонених (або обмін інших осіб у зв'язку зі збройним конфліктом). З огляду на приписи ст. 3 КК України, ст. 1 КПК України вказані питання не можуть вирішуватися Порядком здійснення передачі військовополонених ворогів державі-агресору та звільнення оборонців України, які перебувають у полоні держави-агресора, затвердженим постановою Кабінету Міністрів України від 12 квітня 2022 р. №441. У зв'язку з цим склалася специфічна прокурорська та судова практика скасування щодо таких осіб запобіжних заходів з метою уможливлення їх передачі іншій стороні

¹ Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (17247/13) 26/05/2020. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202524>.

збройного конфлікту, за умови продовження кримінального переслідування вказаних осіб після їх обміну (звісно розуміючи неефективність такого переслідування з огляду на фактичну неможливість виконати обвинувальний вирок щодо таких осіб). 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.

6. Декілька міжнародних договорів прямо встановлюють обов'язок держав переслідувати злочини, зазначені в них (див. Женевські конвенції 1949 року про захист жертв збройних конфліктів і Додаткові протоколи, зокрема, спільну статтю 3 Женевських конвенцій, статті 49 і 50 Конвенції (I) про поліпшення долі поранених і хворих у діючих арміях, статті 50 та 51 Конвенції (II) про поліпшення долі поранених, хворих та осіб, які зазнали корабельної аварії, зі складу збройних сил на морі, статті 129 та 130 Конвенції (III) про поводження з військовополоненими, і статті 146 і 147 Конвенції (IV) про захист цивільного населення під час війни; стаття 75 Додаткового протоколу (I) до Женевських конвенцій від 1977 року, який стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів; стаття V Конвенції про запобігання та покарання злочину геноциду та інше). За змістом вказаних норм, мова йде про обов'язки держав не лише криміналізувати відповідні серйозні порушення, але й забезпечити притягнення винних до кримінальної відповідальності.

7. Велика Палата Європейського суду з прав людини у рішенні у справі «Маргуш проти Хорватії»¹, яка стосувалася амністування заявника за діяння, які складала серйозні порушення основних прав людини (умисне вбивство цивільних осіб і спричинення тяжкого тілесного ушкодження дитині) зазначив, що «Зростаючою тенденцією в міжнародному праві є неприйняття подібних амністій, оскільки вони є несумісними із загальновизнаним зобов'язанням держав щодо кримінального пере-

¹ Case of *Marguš v. Croatia* (№ 4455/10) 27/05/2014. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-150995>.

слідування і покарання серйозних порушень основних прав людини. Навіть якщо й можна було б припустити, що амністії є допустимими за певних особливих обставин, наприклад, в ході примирення та/або за наявності певної форми компенсації для потерпілих сторін, амністія, надана заявнику в даній справі, все одно не була б допустимою, оскільки жодних ознак того, що такі обставини існували в даній справі, не вбачається» (п. 139). При цьому ВП ЄСПЛ погодилася з висновками Верховного суду Хорватії про те, що закон про амністію був помилково застосований у справі заявника, і встановила, що «застосування амністії щодо дій, які складали воєнні злочини, скоєні заявником, становило «фундаментальний дефект» в цих провадженнях». Вказані твердження щодо амністій можуть бути поширені й на інститут помилування (в міжнародно-правовому контексті помилування відмежовується від амністії та розглядається як офіційний акт, який звільняє засудженого злочинця від відбування його покарання повністю або частково, не скасовуючи відповідне засудження). Так, в рішенні в іншій справі ЄСПЛ вказав, що «помилування та амністія є головним чином питаннями внутрішнього законодавства держав-членів і в принципі не суперечать міжнародному праву, за винятком дій, які є серйозними порушеннями основних прав людини» (п. 160 рішення у справі «Макучян і Мінасян проти Азербайджану та Угорщини»¹).

8. Також слід врахувати, що преамбула Римського статуту Міжнародного кримінального суду містить заяву в абзаці п'ятому, що держави-учасниці «будучи сповнені рішучості покласти край безкарності осіб, які вчиняють такі злочини, і цим сприяти запобіганню подібним злочинам». Римський статут МКС не передбачає інститут помилування або амністії, встановлюючи лише можливість зменшення призначеного за вироком строку покарання (у вигляді позбавлення волі), коли особа відбула $\frac{2}{3}$ строку покарання або 25 років у випадку довічного позбавлення волі (ст. 110(3)).

9. Проектом Закону про внесення змін до Кримінального кодексу України та Кримінального процесуального кодексу України (реєстр № 7290 від 15.04.2022), що знаходиться на розгляді Верховної Ради України, про-

¹ Case of Makuchyan and Minasyan v. Azerbaijan and Hungary (17247/13) 26/05/2020. URL: <https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-202524>.

понується доповнити в ст. 4 Закону України «Про застосування амністії в Україні» перелік злочинів, засудження за вчинення яких не допускає застосування до засуджених амністії, також міжнародними злочинами (п. 2 розділу II проєкту). Зміни до ст. 87 КК України щодо обмеження застосування помилування вказаний проєкт Закону не містить.

10. Викладене вказує на те, що попри гуманітарне значення інституту обміну військовополонених та інших осіб, які перебувають під владою ворога, його застосування може вступати в колізію з зобов'язаннями держави щодо кримінального переслідування та покарання за вчинення міжнародних злочинів осіб, які пропонуються до обміну. Україна має вживати заходів до мінімізації негативних наслідків такої колізії.

11. Помилування таких осіб, щоб уможливити їх обмін, виглядає прямим порушенням зобов'язань України не лише за Женевськими конвенціями, але й за статтями 2, 3 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

12. Відсутність в кримінальному процесуальному законодавстві механізму вирішення питання про долю кримінальних проваджень щодо таких осіб, у тому числі в частині виконання судових рішень про їх покарання (коли приймаюча держава відмовляється виконувати вирок про покарання цих осіб) є несумісною як з вимогами верховенства права, так і з обов'язком запобігати безкарності міжнародних злочинів.

13. Україна (з 01.01.1996) і російська федерація (з 12.01.2007) є учасниками Конвенція про передачу засуджених осіб від 21 березня 1983 р. (ETS № 112). Отже, обмін осіб, засуджених до покарання за вчинення міжнародних злочинів, повинен супроводжуватися вирішенням питання про їх передачу російській федерації в порядку, передбаченому вказаною Конвенцією з отриманням відповідних гарантій від російської федерації про продовження виконання вироку на території російської федерації.

14. Одним з можливих засобів вирішення вказаної колізії інституту обміну з зобов'язаннями з 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

7. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ДІЯНЬ, ЩО ВЧИНЯЮТЬСЯ ЩОДО ЦИВІЛЬНОГО НАСЕЛЕННЯ ТА НЕ ОХОПЛЮЮТЬСЯ СКЛАДОМ СТ. 438 КК УКРАЇНИ

Розробник:

М. І. Пашковський – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

Аналітична довідка спрямована до Офісу Генерального прокурора.

АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА

ВСТУП

Це дослідження відповідає на запитання:

Чи захищає міжнародне гуманітарне право лише цивільних осіб, які знаходяться під владою сторони противника?

Чи може бути кваліфіковане як порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, розміщення захисниками України військових цілей в житлових районах?

Висловлена думка, що «ст. 438 КК України не передбачені діяння, що вчиняються щодо цивільного населення чи військовослужбовців власної сторони», оскільки такі дії не є порушенням законів та звичаїв війни під час міжнародного конфлікту.

Дослідження стосується цивільних осіб, які не беруть участь у військових діях на боці жодної зі сторін, і не планують цього робити.

Це дослідження не є вичерпним і є спрямовано лише на позначення цих двох питань як правових проблем, що можуть постати перед судами за кримінальними провадженнями за ст. 438 КК України.

ДОСЛІДЖЕННЯ

Чи захищає міжнародне гуманітарне право лише цивільних осіб, які знаходяться під владою сторони противника?

Поняття «цивільна особа»

Визначення поняття цивільна особа надано Додатковому протоколі до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протокол І), 1977 року (далі – Протокол І). Ст. 50(1) Протоколу І визначає цивільну особу від протилежного, прирівнюючи її до не комбатанта: «Цивільною особою є будь-яка особа, що не належить до жодної з категорій осіб, зазначених у статті 4 А, 1, 2, 3 та 6 ЖКЗ та у статті 43 цього Протоколу». Протокол І не застосовує критерій громадянства чи належності до сторони противника щодо поняття «цивільна особа».

ЖК4 поняття «цивільна особа» не вживає, натомість вживається поняття «цивільні особи» (англ. *civilians*) в контексті створення нейтралізованих зон для цивільних осіб, які не беруть участі в бойових діях (ст. 15(1)(b)) хворих цивільних осіб (ст.ст. 20–22 ЖК4), поштових відправлень на користь цивільних осіб – громадян ворожої країни (ст. 110 ЖК4). Визначення поняття «цивільні особи» ЖК4 не дає.

Натомість в ЖК4 використано поняття «особи, що перебувають під захистом цієї Конвенції» («*persons protected by the Convention*»): «Особами, що перебувають під захистом цієї Конвенції, є ті, хто в будь-який момент та за будь-яких обставин опиняються, у разі конфлікту чи окупації, під владою сторони конфлікту або окупаційної держави, громадянами яких вони не є» (ст. 4(1) ЖК4). Так, в Коментарі до ЖК4 1958 року зазначено, що «що існує два основних класи осіб, які перебувають під захистом: (1) «громадяни противника» на національній території кожної зі сторін конфлікту та (2) «все населення» окуповані території (за винятком громадян держави-окупанта)». Отже, для віднесення до осіб, що перебувають під захистом ЖК4, важливим є знаходження таких осіб під владою сторони противника. Однак ст. 4(3) ЖК4 містить застереження, що «положення частини II є ширшими в застосуванні, визначеному в статті 13».

Поняття «цивільне населення»

Протокол І містить визначення поняття «цивільне населення» («*civilian population*»): «Цивільне населення складається з усіх осіб, які є цивільними особами» (ст. 50(2) Протоколу І).

ЖК4 вживає поняття цивільне населення, однак його не визначає. Для позначення поняття «цивільне населення» англomовний текст ЖК4 використовує два терміни: «*civilian persons*», «*populations*», що дозволяє

зробити висновок, що цей термін вживається в тому ж значенні, що і в Протоколі I – для позначення усіх осіб, що перебувають під захистом цієї Конвенції.

Однак, слід звернути увагу на особливу категорію, яку використовує ЖК4, а саме «усе населення країн, які перебувають у конфлікті, без будь-якої дискримінації за ознакою, зокрема, раси, національності, релігійних або політичних переконань» (англ. «the whole of the populations of the countries in conflict, without any adverse distinction based, in particular, on race, nationality, religion or political opinion») (ст. 13(1) ЖК4) і визначає в частині II цієї Конвенції особливий правовий режим для осіб, які охоплюються цією категорією. Отже, ЖК4 містить систему положень, які значно розширюють коло осіб, які перебувають під захистом цієї Конвенції і за обсягом воно співпадає з поняттям «цивільне населення», що використовується Протоколом I.

Таким чином, положення частини II стосуються всього населення країн, які перебувають у конфлікті.

ВИСНОВКИ

1. Норми МГП встановлюють два правових режими захисту цивільних осіб і відповідно населення: 1) захисту цивільних осіб, які перебувають під владою сторони противника; 2) захисту цивільних осіб, які перебувають під владою сторони збройного конфлікту (частина II ЖК4, Протокол I).

2. Твердження, що порушення МГП не можуть вчинятися щодо цивільного населення власної сторони, є правильним лише в окремих випадках, пов'язаних з застосуванням ЖК4, за винятком її частини II.

Чи може бути кваліфіковане як порушення законів і звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, розміщення захисниками України військових цілей в житлових районах, якщо не переслідується мета використання цивільних осіб або об'єктів як «живих щитів»?

Це питання застосування «права Гааги», оскільки стосується методів ведення збройного конфлікту стороною, що обороняється.

Сторона, що обороняється, несе подвійний обов'язок:

– пасивний обов'язок, що полягає у невикористанні не комбатантів (зокрема цивільних осіб (незалежно від громадянства)) або медичних

частин, формувань і установ для оборони воєнних об'єктів та для сприяння військовим операціям (ст.ст. 12(4), 28(1), 51(7) Протоколу I), *сформульований як абсолютна заборона*;

– активний обов'язок, що полягає видаляти, за можливості, цивільних осіб та цивільне майно від військових об'єктів і не розташовувати останні поряд з густонаселеними зонами (ст. 58 Протоколу I).

Заборона використання в обороні цивільних осіб або об'єктів витікає з пасивного обов'язку.

Зосередимося на дослідженні активного обов'язку.

По-перше, він не носить абсолютний характер і до нього застосовується критерій «в максимально можливій степені».

По-друге, обов'язок вжиття запобіжних заходів в обороні конкретизовано в ст. 58 Протоколу I.

Ця стаття стосується «заходів, які кожна держава повинна вживати на своїй території на користь своїх громадян або на території, що знаходиться під її контролем», та містить положення щодо «пасивних» запобіжних заходів, які повинні вживатися оборонцями, окрім активних запобіжних заходів, які повинні вживатися атакуючою стороною, щоб цивільне населення було належним чином захищене.

Відповідно до ст. 58(1)(a) – (b) сторони конфлікту зобов'язані виводити цивільних осіб, наскільки це можливо, з поблизу військових об'єктів і уникати розміщення військових об'єктів у густонаселених районах або поблизу них. Однак неспроможність сторони, що захищається, дотриматися цього зобов'язання не звільняє атакуючу сторону від її обов'язку дотримуватися принципів розрізнення та пропорційності під час нападу. Уявляється, що ст. 58 обмежує свободу держави організувати свою національну оборону у якнайкращий та найефективніший спосіб. Вважається, що «уряди достатньо зацікавлені в тому, щоб пощадити своє власне населення, і тому вони діятимуть в найкращих інтересах цього населення».

Вказаний активний обов'язок передбачає «в максимально практично можливій мірі» вжити такі заходи:

– виведення цивільного населення (евакуація) з районів, де найбільший ризик нападу. Іноді таким чином можуть бути виведені лише окремі категорії населення: діти, матері, люди похилого віку, хворі тощо;

– рухомі цивільні об'єкти повинні відводитися, коли це можливо, подалі від військових об'єктів;

– з нерухомих об'єктів (які не можуть бути об'єктивно відведені), якщо вони перебувають поблизу військових об'єктів та якщо необхідно захистити осіб, які там знаходяться, евакуюються цивільні особи;

– вживаються інші необхідні запобіжні заходи щодо захисту цивільного населення й цивільних об'єктів, що перебувають під їхнім контролем, від небезпек, що виникають у результаті воєнних операцій (ст. 58(1)(с)), наприклад, будівництво укриттів, копання траншей, поширення інформації та попередження, виведення цивільного населення в безпечні місця, спрямування руху, охорона цивільного майна та мобілізація організацій цивільного захисту є заходами, які можуть бути прийняті для збереження цивільного населення та цивільних об'єктів, що знаходяться під контролем сторони конфлікту.

Відсутні будь-які конкретні критерії, що дозволили б визначити додержання вимоги «максимально практично можливої міри». Стосовно застосування правила 22 міститься коментар, що зобов'язання вживати запобіжних заходів проти наслідків атак «наскільки це можливо» тлумачиться багатьма державами як таке, що означає, що це зобов'язання обмежується тими запобіжними заходами, які є практичними або практично можливими, беручи до уваги всі обставини, що діють на даний момент, у тому числі гуманітарні та військові міркування.

Особливості організації оборони, визначено в п. 2 глави 3 розділу II Інструкції про порядок виконання норм міжнародного гуманітарного права у Збройних Силах України.

Щодо кримінально-правової кваліфікації порушень ст. 58 Протоколу I як воєнного злочину за міжнародним правом

Отже, оскільки міжнародним гуманітарним правом (як договірним – ст. 58 Протоколу I, так і звичаєвим – правила 22–24) на сторони конфлікту покладено певні обов'язки щодо активного захисту цивільного населення, то можливі і ситуації невиконання або неналежного виконання таких обов'язків, тобто можливі порушення вказаної норми МГП.

Женевські конвенції або Протокол I не розглядають порушення ст. 58 як серйозне порушення (*grave breach*), а отже не презюмується їх кваліфікація як воєнних злочинів (ст. 85(5) Протоколу I).

Ст. 8 Римського статуту Міжнародного кримінального суду в переліку воєнних злочинів не містить посилання на вказане порушення МГП.

Найбільш близьким воєнним злочином до вказаного порушення є використання присутності цивільної особи або іншої особи, яка пере-

буває під захистом, для захисту певних пунктів, районів або збройних сил від військових операцій ст.8(b)(xxiii). Однак цей злочин стосується насамперед порушення заборони, встановленої ст. 28 ЖК4 (яка прямо не застосовна до захисту власного цивільного населення), а також ст. 51(7) Протоколу I (захищає цивільне населення усіх сторін конфлікту), а не виконання обов'язків за ст. 58 Протоколу I. Крім того, для кваліфікації можливого порушення як воєнний злочин у вигляді використання охоронюваних осіб як щитів обов'язково потрібно встановити, що «виконавець мав намір захистити військовий об'єкт від нападу або захистити, сприяти чи перешкоджати військовим діям», використовуючи певне місцезнаходження однієї чи кількох цивільних чи інших осіб, які перебувають під захистом міжнародного права збройних конфліктів (ст. 8 (2) (b) (xxiii) Елементів злочинів). В літературі відзначається складність доведення вказаного наміру.

Очевидно, що з позицій Римського статуту МКС важко кваліфікувати порушення ст. 58 Протоколу I як воєнний злочин.

Щодо кримінально-правової кваліфікації порушень ст. 58 Протоколу I за ст. 438 КК Україну

Відповідаючи на це питання слід виходити з особливостей ст. 438 КК.

Вона переважно заснована на міжнародному праві, чим на національному, а тому при її тлумаченні потрібно зважати насамперед на відповідну доктрину і практику застосування міжнародного права.

Бланкетний характер статті, яка в універсальній формі вчинення цього злочину вказує на «інші порушення законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України» (ч. 1 ст. 438 КК) та не містить формальній критерій серйозності такого порушення, як це прийнято в міжнародному кримінальному праві, на перший погляд криміналізує будь-які порушення МГП.

Як зазначалося вище, в МГП встановлено обов'язок криміналізувати лише серйозні порушення, як вони розуміються Женевськими конвенціями та Протоколом I (т.зв. «grave breaches»). Право міжнародних кримінальних судів і трибуналів пішло шляхом криміналізації й інших серйозних порушень законів та звичаїв, що застосовуються під час збройних конфліктів (т.зв. «serious violations»).

Очевидно, що інші порушення МГП повинні переслідуватися в дисциплінарному порядку.

В Україні відсутня судова практика, яка б однозначно дозволяла зрозуміти який підхід тлумачення.

Разом з тим, переконливою уявляється позиція, що через міжнародно-правовий характер ст. 438 КК та з метою економії кримінальної репресії слід дотримуватися визнаного міжнародно-правового підходу щодо кола воєнних злочинів, тобто застосовувати обмежувальне тлумачення щодо переліку порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

За такого підходу, порушення ст. 58 Протоколу I складатиме склад злочину, передбаченого ст. 438 КК лише за умови, якщо воно буде поєднане з порушенням ст. 57(1) Протоколу I і матиме місце умисел виконавця таким чином захистити військовий об'єкт від нападу або захистити, сприяти чи перешкоджати військовим діям.

ВИСНОВКИ

1. Порушення вимог ст. 58 Протоколу I за широкого підходу до тлумачення порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, може тягти кримінальну відповідальність за ст. 438 КК незалежно від належності особи до певної сторони збройного конфлікту.

2. Більш реалістичною і правильною уявляється, позиція щодо обмежувального тлумачення кола порушень законів та звичаїв війни, що передбачені міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, з застосуванням критерія серйозності порушення. За такої умови порушення ст. 58 Протоколу I складатиме склад злочину, передбаченого ст. 438 КК лише, якщо воно було поєднане з порушенням ст. 57(1) Протоколу I і матиме місце умисел виконавця таким чином захистити військовий об'єкт від нападу або захистити, сприяти чи перешкоджати військовим діям. За такого підходу самостійне порушення ст. 58 Протоколу I не є злочином за ст. 438 КК.

3. За наявності вини порушення ст. 58 Протоколу I може тягти дисциплінарну відповідальність відповідної особи.

4. Серед практичних запобіжних заходів, що мають бути вжиті:

– максимальне відокремлення цивільного населення від військових об'єктів, наскільки це можливо;

– уникати, наскільки це можливо, розміщення військових підрозділів або систем озброєння поблизу цивільних осіб.

8. АНАЛІТИЧНИЙ ВИСНОВОК ЩОДО ПРОЕКТІВ ПОВІДОМЛЕНЬ ПРО ПІДОЗРУ

Розробник:

М. І. Пащковський – к.ю.н., доц., науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.

Аналітична довідка спрямована до Офісу Генерального прокурора.

АНАЛІТИЧНИЙ ВИСНОВОК

ВСТУП

На дослідження надані проекти повідомлень про підозру.

ДОСЛІДЖЕННЯ

1. Повідомлення потребують редакційного доопрацювання, щоб вони мали лаконічний, конкретний та зрозумілий зміст.

2. Як на мене, аргументація контекстуальних обставин, викладена в варіанті «Підозра мародерство зразок.doc» надмірна і можливо була б доречна у підозрі за ст. 437 КК України. Більшість посилань на правові акти та фактичні обставини не мають відношення до обставин справи та власне ст. 438 КК України. Очевидно, що такі формулювання є надбанням проваджень щодо ЛДНР, коли обґрунтовувалася кумулятивна підозра за ст.ст. 110, 111, 437, 438 КК України.

3. Потрібно зазначити норми міжнародного гуманітарного права (далі –МГП) щодо початку окупації (адже факт окупації потрібно буде доводити, а вона визначається через ефективний контроль), а також щодо розрізнення заборони пограбування за ст.ст. 28, 47 Гаазького положення 1907 року саме від характеру контролю.

4. У повідомленнях про підозру необхідна конкретизація обставин та висновок, що підозрюваний усвідомлював існування збройного конфлікту, а також, що потерпілий не надавав згоду на привласнення майна.

5. Для кваліфікації за ст. 438 КК України за такою формою об'єктивної сторони як «інші порушення законів та звичаїв війни» необхідна конкретизація порушення конкретної норми МГП (хоча б посилання на її закріплення).

ВИСНОВКИ

1. Пропонуємо додати нормативне обґрунтування статусу цивільної особи (через ст. 51 Додаткового протоколу до Женевських конвенцій від 12 серпня 1949 року, що стосується захисту жертв міжнародних збройних конфліктів (Протоколу I), від 8 червня 1977 року, оскільки йде посилання на ст. 33 Конвенції про захист цивільних осіб під час війни 1949 року та зазначається потерпілий як цивільна особа, хоча для порушень за ст.ст. 28, 47 Гаазького положення 1907 року не має значення статус особи. А з іншого боку, якщо потерпілий був товаришем по службі підозрюваного та квартирував у вказаному приміщенні, то складу за ст. 438 КК України не було. Отже про статус потерпілого слід усе таки зазначити.

2. Щодо інших порушень міжнародного гуманітарного права, підозра повинна бути відповідним чином модифікована.

9. АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА ЩОДО ОСНОВНИХ ПОЛОЖЕНЬ ПРОЄКТУ ЗАКОНУ УКРАЇНИ «ПРО ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО ДЕЯКИХ ЗАКОНІВ УКРАЇНИ ЩОДО УДОСКОНАЛЕННЯ ДОБОРУ ТА ПІДГОТОВКИ ПРОКУРОРІВ» ВІД 14 КВІТНЯ 2022 РОКУ № 2203 ІХ (ПРОЄКТ № 5158 ВІД 25.02.2021)

Розробник:

***С. В. Подкопасв** – д.ю.н., доц., старший науковий співробітник відділу дослідження проблем кримінального процесу та судоустрою.*

Аналітична довідка спрямована до Офісу Генерального прокурора.

АНАЛІТИЧНА ДОВІДКА

ВСТУП

1. Верховною Радою України 14 квітня 2022 року прийнято Закон України № 2203-З **Запровадження інституту прокурорів-стажистів.**

1.1. Статус та зарплата прокурора-стажиста.

Посади, на які можуть бути призначені прокурори-стажисти окружних прокуратур, визначаються з числа вакантних (тимчасово вакантних) посад в окружних прокуратурах (п. 4 розділу II).

На прокурора – стажиста окружної прокуратури поширюються гарантії матеріального, соціального та побутового забезпечення, передбачені законодавством для прокурорів, правила внутрішнього трудового розпорядку, встановлені для прокурорів (п. 5 розділу II).

Заробітна плата прокурора – стажиста окружної прокуратури складається з посадового окладу, який устанавлюється в розмірі двох третин посадового окладу прокурора окружної прокуратури, та надбавки за вислугу років (п. 22 розділу II).

1.2. Порядок призначення прокурора-стажиста.

Прокурором окружної прокуратури (у тому числі прокурором – стажистом окружної прокуратури у визначених цим Законом випадках) за результатами добору може бути призначений громадянин України, який має вищу юридичну освіту та володіє державною мовою відповідно до рівня, визначеного Національною комісією зі стандартів державної мови (п. 8 розділу II).

Під вищою юридичною освітою мається на увазі вища юридична освіта ступеня магістра (або прирівняна до неї вища освіта за освітньо-кваліфікаційним рівнем спеціаліста), здобута в Україні (або на території колишнього СРСР до 1 грудня 1991 року), а також вища юридична освіта відповідного ступеня, здобута в іноземних державах та визнана в Україні в устанавленому законом порядку (п. 8 розділу II).

1.3. Конкурс на прокурора-стажиста.

Закон України «Про прокуратуру» пропонується доповнити ст. 32–1 «Проведення конкурсу на призначення прокурором – стажистом окружної прокуратури» (п. 13 розділу II).

Інформацію про проведення конкурсу на призначення прокурором – стажистом окружної прокуратури орган, що здійснює дисциплінарне провадження розміщує на своєму офіційному веб-сайті не пізніше ніж за 10 днів до дня проведення конкурсу.

В оголошенні про проведення конкурсу зазначаються окружна прокуратура, в якій є вакантна (тимчасово вакантна) посада прокурора окружної прокуратури (крім адміністративних посад), на зайняття якої

кандидат може подати заяву про участь у конкурсі для призначення прокурором – стажистом та проходження спеціальної підготовки, а також кількість таких посад і строк, протягом якого кандидати можуть подати відповідні заяви.

Після оголошення конкурсу на призначення прокурором – стажистом окружної прокуратури відповідна вакантна посада не може бути заміщена шляхом переведення на неї іншого прокурора.

Кандидат на посаду прокурора, який перебуває в резерві, може подати письмову заяву про участь у конкурсі із зазначенням окружної прокуратури, в якій кандидат бажає бути призначеним прокурором стажистом.

Орган, що здійснює дисциплінарне провадження проводить конкурс на призначення прокурорів – стажистів окружних прокуратур на підставі рейтингу кандидатів на посаду прокурора відповідно до кількості балів, набраних кандидатами за результатами складання кваліфікаційного іспиту. У разі наявності в кандидатів однакової кількості балів перевага надається тому кандидату, який працював на посаді прокурора або має більший стаж роботи в галузі права

На підставі заяви кандидата на посаду прокурора та за результатами конкурсу орган, що здійснює дисциплінарне провадження надсилає керівникові відповідної обласної прокуратури особову справу кандидата на посаду прокурора та подання про призначення особи прокурором – стажистом окружної прокуратури.

Керівник обласної прокуратури не пізніше трьох робочих днів з дня отримання подання органу, що здійснює дисциплінарне провадження видає наказ про призначення кандидата на посаду прокурора прокурором – стажистом відповідної окружної прокуратури.

1.4. Спеціальна підготовка прокурора – стажиста окружної прокуратури (п. 14 розділу II)

Спеціальна підготовка складається з:

1) первинної підготовки, що проводиться Тренінговим центром прокурорів України, тривалістю до двох місяців;

2) стажування, що проводиться у відповідній окружній прокуратурі, протягом шести місяців.

Спеціальна підготовка може бути припинена за вмотивованим рішенням органу, що здійснює дисциплінарне провадження, у разі грубого або систематичного порушення прокурором – стажистом окружної прокуратури порядку її проходження.

Прокурор – стажист окружної прокуратури звільняється з посади та зараховується до резерву на заміщення вакантних посад прокурорів окружних прокуратур у випадку повернення на роботу прокурора, який обіймає відповідну посаду на постійній основі, за умови неможливості переведення прокурора-стажиста за його заявою на іншу вакантну (тимчасово вакантну) посаду прокурора цієї або іншої окружної прокуратури.

Така особа бере участь у конкурсі на призначення прокурором – стажистом окружної прокуратури та в разі його успішного проходження продовжує спеціальну підготовку. При цьому строк перебування на посаді прокурора – стажиста окружної прокуратури не зараховується до строку, протягом якого результати кваліфікаційного іспиту є дійсними.

На підставі відомостей про завершення проходження прокурором – стажистом окружної прокуратури первинної підготовки та/або стажування орган, що здійснює дисциплінарне провадження, приймає вмотивоване рішення про успішне чи неуспішне проходження спеціальної підготовки, копія якого надається прокурору-стажисту.

Особа, стосовно якої прийнято рішення про припинення спеціальної підготовки або про її неуспішне проходження, звільняється із займаної посади. Такі рішення можуть бути оскаржені до суду у встановленому законом порядку.

У разі прийняття рішення про успішне проходження спеціальної підготовки орган, що здійснює дисциплінарне провадження, надсилає уповноваженому керівникові обласної прокуратури подання про призначення прокурора-стажиста на посаду прокурора відповідної окружної прокуратури.

1.5. Первинна підготовка (п.15 розділу II).

Порядок проходження первинної підготовки визначається Тренінговим центром прокурорів України за погодженням з КДКП.

Первинна підготовка проводиться з метою набуття прокурором – стажистом окружної прокуратури теоретичних знань для самостійної роботи на посаді прокурора.

За результатами первинної підготовки Тренінговий центр прокурорів України приймає рішення про успішне чи неуспішне її проходження.

Прокурор-стажист окружної прокуратури, який успішно пройшов первинну підготовку, допускається до стажування.

1.6. Стажування (п. 15 розділу II).

Порядок проходження стажування прокурора-стажиста окружної прокуратури затверджується Генеральним прокурором.

Стажування проводиться з метою отримання практичних навичок для роботи на посаді прокурора.

Стажування проводиться в окружній прокуратурі під керівництвом прокурора (керівника стажування) з числа прокурорів, які мають стаж роботи прокурором не менше п'яти років. Керівник стажування призначається керівником окружної прокуратури, а у випадку призначення керівником стажування керівника окружної прокуратури – керівником обласної прокуратури.

За результатами стажування керівник стажування складає висновок про проходження стажування прокурора-стажиста окружної прокуратури, який погоджується з керівником окружної прокуратури.

Стажування прокурора-стажиста окружної прокуратури завершується співбесідою, яка проводиться комісією із стажування, що утворюється наказом керівника відповідної обласної прокуратури. Порядок проведення співбесіди визначається в Порядку проходження стажування. Зазначена співбесіда фіксується за допомогою технічних засобів аудіо- та відеозапису.

Результати співбесіди з відповідними рекомендаціями та висновком про проходження стажування, зазначеним у частині четвертій цієї статті, надсилаються до органу, що здійснює дисциплінарне провадження.

1.7. Повноваження прокурора-стажиста (п. 15 розділу II).

Прокурор – стажист окружної прокуратури здійснює повноваження прокурора з урахуванням особливостей, запропонованих до ст. 33–3 Закону України «Про прокуратуру»: прокурору – стажисту окружної прокуратури може бути доручено виконання обов'язків, пов'язаних з реалізацією функцій прокуратури, зокрема здійснення процесуального керівництва у кримінальних провадженнях про кримінальні проступки та нетяжкі злочини.

Процесуальні рішення прокурора – стажиста окружної прокуратури під час здійснення процесуального керівництва підлягають погодженню із старшим прокурором групи прокурорів, а у визначених законом випадках – з керівником органу прокуратури.

Рішення прокурора – стажиста окружної прокуратури, які він приймає під час виконання інших функцій прокуратури, підлягають погодженню з керівником стажування.

Прокурору – стажисту окружної прокуратури забороняється:

- здійснювати процесуальне керівництво у кримінальних провадженнях про тяжкі та особливо тяжкі злочини;
- бути старшим прокурором групи прокурорів;
- бути залученим до роботи в Офісі Генерального прокурора, обласних та прирівняних до них прокуратурах.

Інші особливості здійснення прокурором – стажистом окружної прокуратури повноважень, пов'язаних з реалізацією функцій прокуратури, визначаються Порядком проходження стажування.

1.8. Шлях від стажиста до прокурора.

– Що стосується стадій, які проходить стажист до посади прокурора, то у ст. 29 Закону України «Про прокуратуру» (Порядок добору кандидатів та їх призначення на посаду прокурора окружної прокуратури) п. 9 розділу II Закону № 2203-оголошення органом, що здійснює дисциплінарне провадження, конкурсу на призначення прокурором-стажистом окружної прокуратури серед кандидатів, які перебувають у резерві на заміщення вакантних посад прокурорів окружних прокуратур;

– проведення органом, що здійснює дисциплінарне провадження, конкурсу на призначення прокурором-стажистом окружної прокуратури на основі рейтингу кандидатів;

– направлення органом, що здійснює дисциплінарне провадження, подання керівнику обласної прокуратури щодо призначення кандидата прокурором – стажистом окружної прокуратури;

– призначення особи прокурором-стажистом окружної прокуратури;

– складення особою присяги прокурора;

– проходження прокурором-стажистом окружної прокуратури спеціальної підготовки;

– призначення прокурора-стажиста окружної прокуратури, який успішно пройшов спеціальну підготовку, на посаду прокурора окружної прокуратури.

Законом № 2203–IX визначено також, що керівник обласної прокуратури своїм наказом призначає прокурора-стажиста окружної прокуратури

на посаду прокурора окружної прокуратури не пізніше трьох робочих днів з дня отримання подання органу, що здійснює дисциплінарне провадження (п. 17 розділу II).

Окрім того, із Закону України «Про прокуратуру» пропонується виключити ст. 34 (Проведення конкурсу на зайняття вакантної посади) та ст. 37 (Порядок призначення прокурора на тимчасово вакантну посаду) (п. п. 16, 18 розділу II).

2. Повернення до попередньої назви органу, що здійснює дисциплінарне провадження.

Пунктом 20 розділу II Закону № 2203–IX пропонуються зміни до ч. 1 ст. 73 Закону України «Про прокуратуру»: органом, що здійснює дисциплінарне провадження, є Кваліфікаційно-дисциплінарна комісія прокурорів (КДКП), яка є колегіальним органом, що відповідно до повноважень, передбачених цим Законом, визначає рівень фахової підготовки осіб, які виявили намір зайняти посаду прокурора, та вирішує питання щодо дисциплінарної відповідальності прокурорів, переведення та звільнення прокурорів з посади.

3. Конкретизовано статус Тренінгового центру прокурорів України.

Нову редакцію ч. 1 ст. 80 Закону України «Про прокуратуру» пунктом 20 розділу II Закону № 2203–IX пропонується закріпити в такому вигляді: «Тренінговий центр прокурорів України є державною установою, що здійснює підвищення кваліфікації прокурорів, державних службовців органів прокуратури та первинну підготовку прокурорів – стажистів окружних прокуратур.

На Тренінговий центр прокурорів не поширюється законодавство про вищу освіту.

Для забезпечення підвищення кваліфікації, проходження первинної підготовки прокурори, державні службовці можуть відряджатися до Тренінгового центру».

Наукове видання

**ЗБІРНИК
НАУКОВО-АНАЛІТИЧНИХ МАТЕРІАЛІВ
ФАХІВЦІВ НАУКОВО-ДОСЛІДНОГО ІНСТИТУТУ
ВИВЧЕННЯ ПРОБЛЕМ ЗЛОЧИННОСТІ
ІМЕНІ АКАДЕМІКА В. В. СТАШИСА
НАЦІОНАЛЬНОЇ АКАДЕМІЇ
ПРАВОВИХ НАУК УКРАЇНИ
ЩОДО АКТУАЛЬНИХ ПИТАНЬ ДІЯЛЬНОСТІ
ОФІСУ ГЕНЕРАЛЬНОГО ПРОКУРОРА У 2022 Р.**

Електронне наукове видання

Видається в авторській редакції

Комп'ютерна верстка *О. А. Лисенко*

Підписано до поширення через мережу Інтернет _09.2023.
Відповідає формату друкованого видання 60×84/16. Гарнітура Times.
Обл.-вид. арк. 2,6. Об'єм даних 0,75 Мб.
Вид. № 3219

Видавництво «Право» Національної академії правових наук України
та Національного юридичного університету імені Ярослава Мудрого,
вул. Чернишевська, 80, Харків, 61002, Україна
E-mail для авторів: verstka@pravo-izdat.com.ua
E-mail для замовлень: sales@pravo-izdat.com.ua
Свідоцтво про внесення суб'єкта видавничої справи
до Державного реєстру видавців, виготовлювачів і розповсюджувачів видавничої
продукції – серія ДК № 4219 від 01.12.2011

