

Шифр «Арзамас 1240»

Тема

«ОБМІН ПОЛОНЕНИМИ МІЖ УКРАЇНОЮ ТА НЕВИЗНАНИМИ
ОРГАНАМИ ВЛАДИ ТИМЧАСОВО ОКУПОВАНИХ ТЕРИТОРІЙ В
ГРУДНІ 2019 РОКУ: ІСНУЮЧИЙ ПІДХІД ТА ПЕРСПЕКТИВИ»

2020

ЗМІСТ

ВСТУП.....	3
РОЗДІЛ 1. ОБМІН ТА РЕПАТРІАЦІЯ ОСІБ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ ТА НАЦІОНАЛЬНИХ ЗАКОНОДАВСТВАХ ІНШИХ КРАЇН: ІСНУЮЧІ ПІДХОДИ ТА ПРИКЛАДИ	5
1.1. ОБМІН ТА РЕПАТРІАЦІЯ ОСІБ В МІЖНАРОДНОМУ ГУМАНІТАРНОМУ ПРАВІ	
1.2. ОБМІН ОСОБАМИ МІЖ РОСІЙСЬКОЮ ФЕДЕРАЦІЄЮ ТА США 2011 РОКУ	
1.3. ОБМІН ТИСЯЧА НА ОДНОГО МІЖ ІЗРАЇЛЕМ ТА ОРГАНІЗАЦІЄЮ «ХАМАС»	
РОЗДІЛ 2. ОБМІН ПОЛОНЕНИХ В УКРАЇНІ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ.	11
2.1 НАЯВНИЙ ПІДХІД: ОБМІН ОСОБАМИ ПРОТИ ВЕРХОВЕНСТВА ПРАВА	
2.2 МАЙБУТНІЙ ПІДХІД: ПРАВОВИЙ ОБМІН ОСОБАМИ	
ВИСНОВОК.....	23
СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ.....	24

ВСТУП

В кінці 2019 року в рамках так званого «нормандського формату» було досягнуто домовленість про обмін особами, які потрапили в полон або інакшим чином були захоплені та перебувають у місцях несвободи сторін конфлікту на Сході України. В ході цього обміну, який за домовленістю відбувався по формулі «всіх встановлених на всіх встановлених» зі сторони України було передано 124 людини, декілька ж осіб вирішили залишитися в Україні, а з боку невизнаних республік 81, а п'ятеро залишилися на окупованій території. Обмін викликав широку та іноді неоднозначну реакцію серед українського суспільства, що проявилось в масових зібраннях та спробах завадити передачі окремих осіб, але загалом позитивно був сприйнятий населенням. На міжнародній арені також було помічено заяви окремих держав та міжнародних організацій, що в більшості своїй вітали досягнення компромісу. Здійснений обмін можна розглядати в рамках декількох наук, зокрема він є цікавим для дослідників політичних процесів, але можна відшукати і правові, і філософсько-правові аспекти співробітництва між Україною та іншими учасниками домовленостей. Правовий дослід цього політичного акту є надважливим не тільки для поглиблення теоретичного розуміння цього інституту, а й має суттєве практичне значення, адже це питання залишається неврегульованим українським законодавством.

Метою цього дослідження є вивчення міжнародних стандартів обміну особами та з'ясування можливості їх застосування в національних реаліях, політико-правові практики інших держав в ході вчинених ними обмінів і насамкінець правова кваліфікація здійсненого обміну та формулювання пропозицій законодавцю щодо урегулювання подібного роду питань. Відтак, можна окреслити і завдання наукової роботи:

- 1) Вивчення норм міжнародного права та національно-правових практик інших країн стосовно питань обміну особами;

- 2) Надати правову кваліфікацію вчиненого обміну, дослідити правовий статус обмінюваних осіб, співставити цей правовий акт зі елементами верховенства права;
- 3) Сформулювати правові пропозиції та окреслити шлях подальших наукових розробок стосовно юридичного регулювання обміну осіб в Україні.

Об'єктом дослідження є інститут обміну осіб в міжнародному праві та національному праві інших держав, його прояви в реальному житті; грудневий обмін в Україні «всіх на всіх».

Предметом дослідження є чинне та перспективне правове регулювання інституту обміну особами в Україні та у світі.

При написанні роботи нами були використані загальнонаукові та спеціальноюридичні методи дослідження. Методи логіки (аналіз, синтез, індукція) були застосовані при дослідженні положень чинного законодавства України та міжнародних договорів, нормативно-правової бази інших держав, існуючих публікацій та оцінок вчиненого обміну. Порівняльно-правовий метод був використаний при з'ясуванні відмінностей між національним законодавством та зарубіжним, що дало можливість зрозуміти відмінний зміст однакових за назвою інститутів кримінального права. Формально-логічний метод знайшов своє застосування при аргументації власних пропозицій в другому розділі роботи, де обґрунтовується потреба зміни законодавчого регулювання.

Робота складається з вступу, двох розділів, висновків та списку використаних джерел. У вступі надається загальна інформація про роботу, перший розділ присвячений питанням міжнародно-правового регулювання обміну осіб та можливості його застосування в умовах конфлікту на Сході України, зарубіжні національно-правові практики; другий розділ містить правову кваліфікацію минулого обміну та сформульовані нами шляхи покращення правового регулювання обміну осіб.

РОЗДІЛ 1. ПІДХОДИ ДО ОБМІНУ ТА РЕПАТРІАЦІЇ ОСІБ В МІЖНАРОДНОМУ ПРАВІ ТА НАЦІОНАЛЬНОМУ ЗАКОНОДАВСТВІ ІНШИХ КРАЇН: ІСНУЮЧІ ПІДХОДИ ТА ПРИКЛАДИ

1.1. Обмін та репатріація осіб в міжнародному гуманітарному праві

На самому початку варто звернутися до історії і правового забезпечення подібних обмінів в оправі міжнародних і національних (правополітичних) порядків. До певних пір подібної проблеми не існувало і не могло існувати, тому як людина могла розглядатися не тільки в якості суб'єкта права, але й як об'єкт матеріально-правових відносин, а тому полонені в античності в переважній більшості своїй втрачали правосуб'єктність, набували юридичні ознаки речей і продавалися в рабство, надалі ж практикувалися різні практики викупу полонених осіб. З розвитком правової, політичної і моральної культури людства рабство було заборонено і з цього моменту в різних державах починаються проблеми, що пов'язані з утриманням військовополонених, в тому числі і їх юридичного статусу, але тривалий час питання тримання військовополонених керувалось військовою необхідністю і політичною доцільністю, яка залежала від статусу захопленої особи та інституційного розвитку відповідної країни. У XX столітті ми вже можемо спостерігати створення не тільки національних правопорядків, що регулюють утримання і обмін захоплених осіб, у тому числі військовополонених, а й міжнародні документи, які створюють новий, наднаціональний рівень регулювання. До останніх можна віднести Гаазькі Конвенції 1899 та 1907 років, Женевську Конвенцію 1929 року і третю Женевську Конвенцію 1949 року, які регулюють питання утримання військовополонених та процедури репатріації військовополонених і пов'язаних з військовим конфліктом осіб після закінчення воєнних дій. Водночас у світі почала складатися практика обмінів особами, що не брали участі у воєнних діях, але виконували специфічні функції держави або іншого невизнаного суб'єкта, а відтак також могли б розраховувати на державно-правовий захист

В історії розвитку міжнародних відносин ми можемо знайти і класифікувати згідно ключового параметра знаходження або перебування в стані війни держав-учасниць передачі затриманих осіб наступні ситуації:

1) держави або інші невизнані територіальні об'єднання перебувають у стані відкритої або прихованої, невизнаної війни між собою:

А) репатріації військовополонених, які вказані в ст. 110 третьої Женевської Конвенції, а також інших осіб, які підлягають репатріації на батьківщину або в нейтральну державу незалежно від статусу бойових дій;

Б) репатріації військовополонених після закінчення військового конфлікту, досягнення угоди між супротивними сторонами і передачі з обох сторін захоплених в ході конфлікту осіб, що мають безпосереднє відношення до бойових дій або супутнім їм (наприклад, цивільні особи, що уповноважені на надання військової допомоги);

2) держави або інші невизнані об'єднання не перебувають у стані військового конфлікту між собою, а захоплені особи можуть або володіти військово-правовим статусом або не мати такого. В цьому разі певних міжнародно-правових норм або звичаїв, що приватним чином стосуються подібних домовленостей немає, але застосовуються загальні правила міжнародного публічного права, до прикладу, *pacta sunt servanda*, що зобов'язує держави у разі досягнення консенсусу в питанні обміну осіб дотримуватися подібної домовленості. Варто відзначити, що зазвичай при цьому немає формального юридичного закріплення такої домовленості у форматі міжнародного договору, а відтак подібні консенсуси тримаються лише на добрій волі сторін.

Доволі часто уповноважені особи наділені інструментарієм щодо прийняття рішень у подібних обставинах у контексті інституту екстрадиції, якщо певні особи перебувають у статусі підозрюваних і обвинувачених. Правовими підставами для таких дій можуть слугувати угоди укладені між державами, в яких визначаються загальні засади міжнародного співробітництва. В деяких країнах національне законодавство дозволяє брати участь у таких обмінах, хоч

і прямої вказівки на подібну можливість в законодавстві немає, про що нами буде вказано пізніше.

1.2. Обмін особами між Російською Федерацією та США 2010 року («обмін ув'язненими шпигунами», «обмін росіян на росіян»)

Обмін в'язнями шпигунами між Росією і Сполученими Штатами Америки 9 липня 2010 року в Відні. Події передувала операція ФБР по розкриттю мережі розвідників-нелегалів. Розвідники були впроваджені на територію США, цілком ймовірно, Службою зовнішньої розвідки Росії. Розкриття цієї мережі зайняло кілька років і завершилося в кінці червня 2010 року арештом 11 підозрюваних (10 були заарештовані на території США й один на Кіпрі). Десятьом із заарештованих були пред'явлені звинувачення в тривалій підпільної діяльності на користь Росії. Одинадцятий підозрюваний, заарештований на Кіпрі, Роберт Крістофер Метсос, офіцер зв'язку російської розвідки, був відпущений під заставу і зник; дванадцятий - розвідник-нелегал Сергій Черепанов (Генрі Фріт) зміг на наступний день після арешту основної групи в США втекти з Іспанії. Десять розвідників зізналися в скоєнні інкримінованих їм злочинів і були обміняні на чотирьох російських громадян. Троє з них були засуджені за державну зраду у формі шпигунства - вчений Ігор Сутягін, колишній полковник ГРУ Сергій Скрипаль, колишній співробітник російських спецслужб Олександр Запорізький, а також колишній офіцер КДБ і колишній заступник начальника служби безпеки телекомпанії «НТВ-Плюс» Геннадій Василенко, засуджений за незаконне зберігання зброї і спробу виготовлення вибухового пристрою.

У Російській Федерації ст. 85 Кримінального кодексу РФ надає право Президенту РФ помилувати будь-яку особу, щодо якої набуло чинності рішення суду, звільнити її від покарання, замінити покарання м'якшим, позбавити особу статусу судимості. [17] Критеріїв застосування подібного права Президента в КК РФ і на рівні законів не закріплено, проте він зобов'язаний своїм власним нормативно-правовим актом, що дозволяє йому робити подібні дії в разі будь-якої політичної необхідності (діяльність приватних осіб, в тому числі і збір спеціальними комісіями списків осіб, які можуть бути помилувані або реалізацію ув'язненими свого права на

помилування передбаченого Конституцією РФ ми не беремо до уваги). В даному випадку помилування здійснив Президент РФ Дмитро Медведєв, за інформацією ЗМІ троє з них визнали свою вину.

Цікавим є те, що помилування і подальша “висилка” здійснювалася по відношенню, до громадян РФ, що змістовно могло порушувати їх право на свободу пересування і право на громадянство, а обмін здійснювався хоч і між різними державами, але громадянство обмінюваних осіб було одним. Варто звернути увагу на теоретичну сторону обміну, в даному випадку особи з обох сторін були репрезентантами не тільки своєї волі, а і завдань та функцій іншої держави, хоча і діяли вони за територіальними межами національного правопорядку країни. Такі дії представників іншої держави незалежно від громадянської приналежності можуть спричиняти міжнародно-правові конфлікти, а персональна відповідальність винних осіб залежить від їхнього міжнародно-правового статусу і якщо міжнародне право не забезпечує їх персональний захист і не встановлює дипломатичний шлях вирішення його долі, то така особа підлягає кримінальному переслідуванню, але має потенційну можливість бути звільненою в рамках подальших дипломатичних перемовин.

Рівночасно, з боку США було проведені слухання державним департаментом США і потім спільно з Президентом було прийнято остаточне рішення про передачу підозрюваних осіб.

1.3. Обмін тисяча на одного між Ізраїлем та організацією «ХАМАС» 2011 року

Під час іншого відомого обміну "1027 ув'язнених на 1 ізраїльтянина" юридична процедура була ускладнена і важка з причини напружених відносин Ізраїлю та організації "ХАМАС", що контролює сектор Газа. Процес обміну, який складався з етапів і переговорів, тривав близько 3 років та охоплював кілька попередніх звільнень ув'язнених з боку Ізраїлю для отримання доказів про стан життя і здоров'я Гілада Шаліта. Для Ізраїлю процедура обміну була не новою, адже подібні домовленості про обміни вже були декілька разів досягнуті з Палестиною внаслідок чого здійснювалася передача осіб. Бін'ямін Нетаньяху, прем'єр-міністр Ізраїлю, неодноразово скликав уряд для розв'язання цієї проблеми і саме уряд ухвалив рішення погодитися на умови цієї угоди 26 голосами "за" і трьома "проти" наперекір заперечень і побоювань щодо майбутньої антиізраїльської діяльності осіб, які звільняються за угодою та реалізації планів з захоплення інших військовослужбовців Ізраїлю для вчинення подальших обмінів. Надалі рішення уряду було формально узгоджено за клопотанням міністра юстиції Президентом Ізраїлю, який в умовах парламентської Республіки, виконує більшою мірою представницькі та церемоніальні функції, в тому числі, і помилювання.

Цікавим є цей випадок і, з іншого боку, так, як організація "ХАМАС", всупереч на визнання деякими державами, такими як РФ, в Ізраїлі й деяких інших країнах визначена, як терористична, а значить піддається суттєвим обмежень з приводу характеру і області можливих домовленостей з нею.

РОЗДІЛ 2. ОБМІН ПОЛОНЕНИМИ В УКРАЇНІ: СТАН ТА ПЕРСПЕКТИВИ

2.1 Наявний підхід: обмін особами проти верховенства права

Досліджуючи нормативно-правове регулювання питань, що могли б стосуватися обміну ми можемо відзначити лише їх абсолютну відсутність в українському законодавстві. Чинні нормативно-правові акти не встановлюють юридичних процедур обміну та не містять в собі жодних інакших ефективних правових можливостей з наданням дискреційних повноважень окремим представникам держави для проведення подібних юридичних дій, а це означає, що проведені обміни не мали під собою належної правової підстави та відбувалися неправовим способом. Але зазначене не знімає потреба якнайбільше встановити зв'язок цих обмінів з правом, навіть у формі порушень і орієнтуватися не тільки на чітке позитивне право, а й на м'яке право, що дає нам розуміння більш загальних концептів, таких як верховенство права.

Досліджуючи останній обмін можна встановити, що він являє собою достатньо нетиповий та цікавий приклад у світовій правовій практиці, адже відбувся з грубим порушенням приписів національного законодавства, проте з політичної точки зору він достатньо схожий на висвітлений нами вище приклад Ізраїлю.

Чинним Кримінальним кодексом встановлено дві можливості звільнення від відбування або заміни покарання:

- 1) помилування що здійснюється Президентом стосовно індивідуальних осіб засуджених до довічного позбавлення волі, коли він заміняє цей вид покарання на позбавлення волі на строк не менше 25 років;
- 2) амністія, що проголошується Законом України, а відтак має ускладнену процедуру прийняття, для якої необхідна єдність політичної та правової волі Верховної Ради та Президента, стосовно окремої категорії осіб, визнані винними у вчиненні злочину обвинувальним вироком суду, або кримінальні справи стосовно яких розглянуті судами, але вироки

стосовно цих осіб не набрали законної сили, можуть бути повністю або частково звільнені від відбування покарання. [1] Окремим Законом «Про застосування амністії в Україні» встановлюється перелік осіб, що не можуть бути амністовані в рамках такої юридичної процедури, зокрема це особи, що скоїли злочини проти основ національної безпеки, територіальної цілісності України, терористичний акт, бандитизм, умисне вбивство при обтяжуючих обставинах, що були мають 2 і більше судимості та інше. [2] Остаточне ж рішення про застосування амністії чи ні приймається стосовно індивідуальних осіб на підставі ухваленого Закону, що може прийматися не частіше 1 разу на рік, за винятками індивідуальної амністії. Варто звернути увагу і на неузгодженість зазначеного Закону та Кримінального кодексу, що проявилось у наступному:

- Кодекс встановлює, що амністія застосовується до осіб, що визнані винними у вчиненні злочину обвинувальним вироком суду, або кримінальні справи стосовно яких розглянуті судами, але вирoki стосовно цих осіб не набрали законної сили, можуть бути повністю або частково звільнені від відбування покарання, натомість Закон говорить про те, що не можуть бути амністовані особи, яких «засуджено», а відтак ми бачимо певну законодавчу прогалину. П. 2 ст. 43 Кримінально-процесуального кодексу передбачено, що засудженим у кримінальному провадженні є обвинувачений, обвинувальний вирок суду щодо якого набрав законної сили, а відтак перераховані особи, що вчинили вказані у Законі злочини теоретично можуть отримати амністію в період між завершенням розгляду справи та вступом в законну силу вироку;
- Закон, на відміну від Кодексу, встановлює можливість «індивідуальної» та «умовної» амністії, проте не розкриває їх зміст.

Вивчивши положення чинного законодавства ми можемо побачити, що воно не надає ефективних правових можливостей для закріплення політичних

домовленостей про обмін, який хоч і може не передбачатися прямо у законі, але бути допустимим в рамках дискреційних повноважень (наприклад, дискреція Президента в РФ), а відтак при обміні «всіх на всіх» у грудні 2019 року не використовувалися і не могли бути використані існуючі правові процедури.

Варто зауважити і неоднозначний статус суб'єктів, які стали учасниками подібної домовленості, так як їх статус регулюється, як і міжнародним правом, так і національним, так і нормами, що встановлені самопроголошеними республіками. На міжнародному рівні визнаної правосуб'єктності має лише держава Україна, організації «ДНР» і «ЛНР» визнані лише іншими невизнаними республіками, але водночас вони беруть участь у політичних домовленостях з деякими країнами. В Україні ці організації визнані в якості терористичних, проте влада України іноді вступає в переговори з ними, наприклад, в рамках спілкування тристоронньої групи Україна-ОБСЄ-Росія, де знаходяться представники «ДНР» і «ЛНР» або ж з РФ, що декларує в рамках інших переговорів свою репрезентацію їх волі.

Українське законодавство доволі неузгоджене в питаннях щодо окремих територій на Сході України і організацій, що знаходяться по ту сторону конфлікту. У Постанові Верховної Ради «Про заяву Верховної Ради «Про трагічну загибель людей внаслідок терористичного акту над територією України» самопроголошені «ДНР» і «ЛНР» визнаються терористичними організаціями. [4] У Законі «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях Донецької та Луганської областей» йдеться про те, що зазначені території встановлені і контролюються Збройними силами РФ і російською окупаційною адміністрацією, а будь-який юридичний акт, який видається цією адміністрацією є недійсним і не має жодної правової сили за винятком свідцтва про народження і смерті, які прикладаються до заяви про державну реєстрацію цих подій на підконтрольній Україні території. [3] В силу вищевказаних відомостей складно зробити правову кваліфікацію суб'єктів, що

беруть участь в обміні - крім України в ньому брали участь самопроголошені республіки, терористичні організації або окупаційна влада РФ? Подібна постановка питання прямо впливає на обсяг прав та обов'язків, правила поведінки, правову кваліфікацію конфлікту і застосування до нього норм міжнародного гуманітарного права та звичаїв війни, юридичний статус осіб, що були захоплені під час конфлікту, але беручи до уваги композицію обмінюваних у грудні осіб ми можемо побачити, що переважна більшість з них взагалі не має стосунку до військового конфлікту на Сході або пов'язана з ним дуже мало і ми маємо потребу розглянути це питання надалі.

Перелік осіб, що підлягали обміну, в силу відносно потужного та спроможного завадити обміну в Україні громадянському суспільстві, не розкривалися до останнього дня, проте в медіа постійно зазначалося про формулу «всіх на всіх», що вже по своїй назві є достатньо суперечливою. Спостерігаючи подальший хід подій ми можемо встановити, що під цим малося на увазі видача всіх осіб, які вимагалися іншою стороною і якою було підтверджено наявність цих осіб. Ця подія, як не дивно, не отримало достатнього офіційного освітлення на сайтах Президента України, Генерального прокурора, ні інших офіційних осіб держави. Відносно вчиненого обміну не було не опубліковане жодного попереднього чи розкрито після його вчинення правового документа, який би передбачав будь-які права або зобов'язання України, зобов'язував зробити посадових осіб деякі дії. Список переданих осіб до самого дня передачі тримався в таємниці і не був наданий громадськості для обговорення в силу вище вказаних нами причин.

Різняться статус і обмінюваних осіб з боку України, так і зі сторони влади тимчасово окупованих територій. Враховуючи різні критерії, можна застосувати наступну класифікацію переданих Україною осіб:

- 1) За відношенням до конфлікту на Сході України:

- А) Безпосередньо пов'язані, наприклад, полковник РФ Валерій Гратов, Василь Кусакін та Руслан Гаджиєв, що брали участь у бойових діях на

Сході України, Микола Рубан, що заховавши вибухівку в банці з медом підірвав військовослужбовця.

Б) Ніяким чином не пов'язані

- пов'язані з Революцією Гідності та супутніми подіями, наприклад, так звані «харківські терористи» Віктора Тютєцького, Сергія Башликова, Володимира Дворнікова, экс-беркутівці; Олег Ткачук, що вчинив злочини під час зіткнень в Одесі.

- пов'язані зі вчиненням на території України злочинів, але які ніяким чином не пов'язані ні з подіями Революції Гідності, ні з подіями на Сході України, наприклад, Микола Тоцин, що вбив жінку, яка здавала йому в найм житло; Геннадій Ольшанський, який напідпитку під час свята зарізав свого сусіда; Едуард Жовтний, який займався торгівлею наркотичними засобами.

2) За їх правовим статусом:

А) Підозрювані та обвинувачені у вчиненні злочинів: колишні экс-беркутівці, що брали участь в розстрілах на Майдані - Олег Янишевський, Сергій Зінченко, Павел Аброськін, Сергей Тамтура, Олександр Маринченко; Дар'я Мастикашова, що обвинувачувалася у державній зраді;

Б) Щодо яких винесено обвинувальний вирок, проте який не набрав законної сили: «харківські терористи», яких суд звільнив відразу в залі засідань за інформацією ЗМІ;

В) Щодо яких винесено обвинувальний вирок, який набрав законної сили, а особи почали вже відбувати покарання в місцях позбавлення волі: Руслан Гаджиєв за участь в незаконних збройних формуваннях був засуджений до 15 років позбавлення волі;

3) За громадянством:

- громадяни України, наприклад, колишні экс-беркутівці;

- громадяни РФ, що вчинили злочини на території України, наприклад, полковник РФ Валерій Гратов, Василь Кусакін, Руслан Гаджиєв;

- громадяни Республіки Білорусь, наприклад, Олег Ткачук;

4) За потенційною можливістю потрапити під юрисдикцію Міжнародного кримінального суду у випадку невиконання Україною взятих зобов'язань щодо переслідування підозрюваних у скоєнні злочинів проти людяності та воєнних злочинів в період акцій протестів з 21 листопада по 22 лютого 2014 року та на Сході України:

А) особи, кримінальне переслідування стосовно яких не може бути розпочате Міжнародним кримінальним судом у зв'язку з відсутністю в їх діях складу передбачених Римським статутотом правопорушень, наприклад, стосовно Едуарда Жовтного, що займався торгівлею наркотичними засобами;

Б) особи, кримінальне переслідування щодо яких може бути розпочатим у випадку неефективного здійснення правосуддя Україною за злочини проти людяності, наприклад, экс-беркутівців, що обвинувачуються в розстрілі мирних протестувальників на Майдані в лютому 2014 року.

В) особи, кримінальне переслідування проти яких може розпочатися Міжнародним кримінальним судом за злочини проти людяності та військові злочини у зв'язку з конфліктом на Сході України, наприклад, стосовно полковника РФ Валерія Гратова.

Відповідно до вказаних нами вище окремих переданих осіб та досліджуючи опубліковану ЗМІ інформацію ми можемо зазначити, що абсолютна більшість осіб не могли бути звільнені по процедурі амністії у зв'язку з специфічним характером вчинюваних ними злочинів. У відкритий доступ не було надано відомостей про застосовані правові процедури, проте за окремою інформацією стосовно окремих підозрюваних прокурори за вказівкою генерального прокурора Руслана Рябошапки надсилали до суду клопотання звільнити з-під варті цих людей "оскільки Україною та Російською Федерацією планується одночасне звільнення осіб". Подібну думку тільки зміцнює інформація з офіційного сайту Президента України, де відносно переданих підозрюваних осіб в розстрілі мітингувальників на

Майдані в 2014 зазначено: «Що щодо беркутівців - так, це умови цього звільнення» всіх на всіх ». Ми забирали наших героїв. Я вважаю це було складне рішення. Рішення політичне - це правда». [5]

Розглядати минувший обмін можливо і не тільки з позицій політичної необхідності та нормативної правильності-відповідності, але і співвідносити з елементами верховенства права концепт якого доволі непогано було викладено в доповіді Венеційської комісії «Про верховенство права» 2011 року та що становить сьогодні так зване «м'яке право». [16] Послугуючись зазначеною доповіддю можна побачити протиріччя вчиненого обміну верховенству права, а саме було порушено наступні елементи:

1) Законності (підпорядкованості) належних прав та обов'язків, які проявилися в активному втручанні Президента України в діяльність органів правопорядку, прокуратури і суду у не(анти)правовий спосіб; виконання неправових, антизаконних та неконституційних вказівок на всіх ступенях системи правосуддя та правозахисних органів;

2) Юридичної визначеності, адже не було надано у публічний доступ будь-яких нормативно-правових або супутніх документів, що стосуються обміну; до самого останнього моменту були приховані списки переданих і отриманих осіб, що виключало їх суспільне обговорення, а представниця України Валерія Лутковська в трьохсторонній контактній групі в інтерв'ю Радіо Свободі взагалі висловилася проти публікації списку переданих осіб у зв'язку з тим, що це «персональні дані», а «питання суспільного інтересу ще не вивчене. Тому я чесно скажу- не знаю!»;

3) Заборону свавілля публічної влади, яка є обмеженою приписами права та не може вчиняти дії, які не дискреційно ним не передбачені. В даному випадку ми можемо спостерігати вихід суб'єктів владних повноважень за межі наданим їм Законом повноважень, а відтак можна говорити про можливе вчинення ними злочинів.

4) Доступ до правосуддя в незалежних і безпристрасних судах, що полягає не тільки в порушенні основоположних принципах правосуддя, таких

як прийняття рішень на основі приписів законодавства та підзаконних-нормативно-правових актів, але і а) створює правомірні побоювання осіб, що перебувають під юрисдикцію України, що суди можуть виносити рішення на основі виключно політично мотивованих суджень та рішень органів державної влади без правових на те підстав б) порушує права громадян та їхніх родичів, що постраждали в результаті небезпечних та незаконних дій винних осіб, що були звільнені без належних правових підстав не несучи при цьому кримінально-правову відповідальність, яка може розглядатися як частина відновлювально-правових засобів і слугує символом якщо не повного, то хоча б часткового відновлення справедливості в) порушує права та інтереси всіх суб'єктів національної правової системи, адже вони дискримінуються та не знаходяться в рівному положенні з переданими особами, щодо яких не застосовувалася відкрита та прозора правова процедура, але в цей самий час всі інші мають триматися норм права, навіть якщо вони до них негативно ставляться. Також подібний обмін не дозволяє всім особам національного правопорядку розумно прогнозувати поведінку інших суб'єктів, в тому числі і представників держави, які з легкістю можуть наплювати на юридичні норми.

Важливо відмітити, що як і міжнародні організації, так і країни Заходу, позитивно оцінили обмін, що здійснився звертаючи увагу при цьому на покращенні договірного та мирного процесу урегулювання конфлікту на Сході та не помічаючи при цьому грубих порушень правової системи. Водночас передача окремих осіб була оцінена неоднозначно, зокрема, підозрюваних осіб в розстрілі демонстрантів на Майдані.

3.2 Майбутній підхід: правовий обмін особами

В національно-правових практиках інших держав уже склалися специфічні правові підходи, які дозволяли б здійснювати обмін полоненими не тільки під час бойових дій відповідно до міжнародного гуманітарного права, а й стосовно осіб, які не підпадають під його дію. Подібний підхід може бути реалізований і в рамках української національної правової системи, адже Конституцією України не встановлено прямих заборон на створення такої правової процедури, а при її тлумаченні, можна було б використовувати принцип пропорційності, людиноспрямованості держави, доктрини політичного питання тощо. Така процедура має бути створена у процесі відкритого діалогу влади, професійних юристів з різних галузей права та представників громадянського суспільства. В цьому розділі ми не претендуючи на остаточність спробуємо запропонувати оптимальну, на наш погляд, модель, що матиме на меті не тільки уможливити здійснення обмінів у правовому полі, а й водночас реалізовувати правосуддя, відновлювати порушені права та суспільну справедливість. Питання звільнення від кримінальної відповідальності та передачу осіб, як нам здається, в національних умовах необхідно делегувати Президенту України, який би приймав відповідні рішення, можливо, спільно з РНБО. Нова правова процедура має знаходитися на перетині відразу декількох галузей права:

- 1) Внесення змін до Конституції України у частині повноважень Президента України не видається необхідним, а доцільнішим виглядає відповідна зміна ординарного законодавства. П. 27 ст. 106 КУ дозволяє Президенту здійснювати помилування, а відтак можна розширити розуміння такого інституту та включити до нього нові елементи. У випадку майбутнього прийняття спеціалізованого Закону, що стосувався б правового статусу Президента необхідно відразу передбачити порядок, компетенцію та підстави здійснення подібних обмінів.
- 2) У сфері кримінального права необхідно внести зміни до Кримінального кодексу, де закріпити право Президента помилувати осіб в рамках

обмінів не тільки після вступу вироку в законну силу щодо них, а й преюдиційно, коли підозрювані або обвинувачені особи могли б звільнитися від кримінальної відповідальності, але що б не зупиняло досудового розслідування або судового розгляду вчинених злочинів. Можливо, доцільним було б створення відсилання до спеціального закону без суттєвої деталізації процедури в Кримінальному кодексі.

- 3) У кримінально-процесуальному кодексі передбачити підстави або зробити відсилку до спеціалізованого Закону, що б дозволяло у законний спосіб звільняти осіб від кримінальної відповідальності. Варто, окрім цього передбачити спеціальний порядок розслідування злочинів, які стосуються таких осіб та дозволити використання їх неособистих свідчень під час судового розгляду справи, але надавати їм кінцеву юридичну силу для доведення розгляду справ до кінця.
- 4) В обширі конституційного, кримінального та кримінально-процесуального права прийняти спеціальний Закон України, який деталізував положення Конституції, Кримінального кодексу, Кримінально-процесуального кодексу та встановлював:
 - А) порядок, підстави, межі дискреційних повноважень Президента та інших (в цій процедурі здійснюючих консультативні та дозвільні функції) органів здійснювати помилування осіб, які беруть участь в обміні, форму такого юридичного акту. Слушною здається ідея створення спеціального виду провадження, за якого відповідна палата Верховного Суду досліджувала наявні кримінальні провадження та встановлювала ймовірність скоєння тими чи іншими особами
 - Б) Можливість звільнюваних осіб залишатися на підконтрольній Україні території, процедуру формування списків та можливостей громадянського суспільства та родичів брати участь в його формуванні;
 - В) Перелік осіб, що не могли б бути звільнені чи передані за будь-яких умов, критерієм ми пропонуємо вважати норми Римського статуту та межі додаткової до національної системи правосуддя юрисдикції

Міжнародного кримінального суду, тобто тих, що вчинили злочини проти людяності або воєнні злочини. Процедура ж перевірки осіб, щодо яких ще немає остаточного судового рішення про наявність чи відсутність в їхніх діях складу злочинів (злочинів проти людяності та воєнних злочинів) має включати збір якомога більшої кількості доказів та відомостей про діяльність людей, попередня, без винесення остаточного рішення, кваліфікація вчинених діянь Верховним Судом, встановлення рівня вірогідності вчинення ними таких злочинів. Якщо Судом встановлюється висока ймовірність вчинення таких злочинів – то особа не підлягає обміну, а щодо неї продовжується розслідування та встановлюються у звичайному порядку всі юридичні факти. Особи, що уже засуджені за такі злочини не можуть брати участь в обміні, адже в даному випадку Україна порушить свої міжнародно-правові зобов'язання перед Міжнародним кримінальним судом.

Г) Юридичні наслідки такого звільнення та взяття певних зобов'язань з особи, наприклад, якщо вона брала участь у незаконних формуваннях – що більше не буде цього робити на території України згідно міжнародно-визнаних меж. У випадку звільнення особи до винесення остаточного рішення по її справі - систему дій органів правопорядку та правосуддя для завершення розгляду кримінальних проваджень без їх закриття, проте винесення процесуальних та завершальних рішень, встановлення вчинених юридичних фактів та злочинів.

Запропонований нами підхід може зустрітися критично фаховою спільнотою та громадянським суспільством, адже існують серйозні побоювання щодо зміни балансу влади та неправомірного втручання Президента України в діяльність правосуддя, що дійсно може відбутися у національних умовах, але необхідно згадати один елемент верховенства права – пропорційність та заснований на цьому досвід Ізраїлю, що неодноразово звільнював осіб, які вчиняли достатньо серйозні злочини. Під час обміну 2011 року одного Гілада Шаліта обміняли на 1027 особи, які за час до їх затримання

за встановленою інформацією слідчих органів загалом вбили близько 600 людей. Пропорційність в даному випадку полягає в тому, що не відмовляючись від утвердження правосуддя та встановленню юридичних фактів, вчинених злочинів держава має захищати та максимально сприяти звільненню громадян, що перебувають у місцях несвободи незаконних збройних формувань та окупаційної влади. Доволі складно сприймати несправедливість, коли злочинці не несучи кримінальної відповідальності виходять на свободу, але ще тяжче перебувати у місцях несвободи незаконних збройних формувань, де, за інформацією звільнених осіб, регулярно здійснюється катування, умови проживання не наближені до мінімальних стандартів і постійно існує загроза фізичної розправи. Водночас на міжнародній арені від України чекають кроків щодо урегулювання конфлікту на Сході України і подібні обміни є політично необхідними, але які ще не знайшли свого належного правового регулювання та які взагалі знаходяться поза межами юридичних приписів. Ми переконані, що наявність законодавства та правової процедури є кращим від його відсутності, а за умови наявності запобіжників у вигляді Верховного Суду, публічної та відомої громадянам правової процедури Президент буде вже обмежений у своїх дискреційних повноваженнях, проте зможе ефективно використовувати цей інститут для звільнення з несвободи українських громадян. Складність правового регулювання в даному випадку та неоднозначність окремих норм не мають ставати на заваді його створенню та фаховому обговоренню. До прикладу, Литва, у 2019 році в умовах політичної необхідності здійснити подібний обмін вирішила змінити законодавство для створення відповідної правової інфраструктури та спершу юридично уможливити здійснення таких дій в рамках власної національної системи права. [15]

ВИСНОВОК

Складність завдання, політична заангажованість та юридична неврегульованість доволі часто стають на заваді українським правникам рефлексувати з питань обміну полоненими, що здійснився в грудні 2019 року, але це не знімає відповідальності з професійного фахового юридичного середовища дати належну правову оцінку вчиненим діям та запропонувати шляхи подолання існуючих проблем, адже характер порушень права свідчить про інституційну слабкість держави, а відтак має суттєвий вплив і на повсякденне життя кожного з нас. В даній роботі нами було коротко висвітлено міжнародні інструменти обміну особами та репатріації військовополонених та встановлено, що цей механізм не міг та не може бути використаний в конфлікті на Сході України, наведено деякі обміни та приклади національно-правових практик, що можуть слугувати дороговказом для створення вітчизняної процедури. У другому розділі дано правову характеристику та наскільки це можливо детально розглянуто питання обміну полоненими «всіх на всіх» у грудні 2019 року, констатовано його неправовий характер та запропоновано шлях змін юридичного регулювання процедури обміну з метою недопущення грубого потурання правосуддя, встановлення суспільної справедливості, але водночас і звільнення бранців. Переконані, що досліджувана нами тема має не тільки важливе теоретичне, а й важливе практичне значення, а рекомендації запропоновані нами мають бути враховані при розробці відповідної юридичної процедури.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Кримінальний кодекс України [Електронний ресурс]. – 2001. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14>.
2. ЗУ "Про застосування амністії в Україні" [Електронний ресурс]. – 1996. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/392/96-вр>.
3. Закон України "Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях" [Електронний ресурс]. – 2018. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2268-19>.
4. Про Заяву Верховної Ради України "Про трагічну загибель людей внаслідок терористичного акту над територією України" [Електронний ресурс]. – 2014. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1596-18>.
5. Президент про передачу «беркутівців»: Ми не можемо повернути мертвих, але могли повернути живих [Електронний ресурс]. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://president.gov.ua/news/prezident-pro-peredachu-berkutivciv-mi-ne-mozhemo-povernuti-59141>.
6. Spies swapped by US and Russia at Vienna airport [Електронний ресурс] // BBC News. – 2010. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.bbc.com/news/10564994>.
7. Звільнено 81 людину, повернулися 76 - Зеленський [Електронний ресурс] // Українська правда. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.pravda.com.ua/news/2019/12/29/7236192/>.
8. Великий обмін: Кого віддала Україна? [Електронний ресурс] // 112.ua. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://ua.112.ua/golovni-povyni-velykyi-obmin-koho-viddala-ukraina-520516.html>.
9. День обміну: Лук'янівське СІЗО досі блокують [Електронний ресурс] // Українська правда. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.pravda.com.ua/news/2019/12/29/7236141/>.

10. Лук'янов Д. Правова система: поняття та різноманітність у сучасному світі / Дмитро Лук'янов. // Право України. – 2019. – №3. – С. 158–176.
11. Обмен агентами: 4 = 10 [Електронний ресурс] // Голос Америки. – 2010. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.golos-ameriki.ru/a/spy-exchange-2010-07-09-98118729/186426.html>.
12. Rome Statute of International Criminal Court [Електронний ресурс]. – 2002. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/documents/rs-eng.pdf>.
13. Постанова Верховної Ради України "Про Заяву Верховної Ради України "Про визнання Україною юрисдикції Міжнародного кримінального суду щодо скоєння злочинів проти людяності та воєнних злочинів вищими посадовими особами Російської Федерації та кер [Електронний ресурс]. – 2015. – Режим доступу до ресурсу: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/145-19>.
14. Убивці полковника СБУ, 14 росіян і підрильники Одеси та Харкова: Кого Україна віддала на обмін [Електронний ресурс] // Слідство.інфо. – 2020. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.slidstvo.info/investigations/ubyvtsi-polkovnyka-sbu-14-rosiyan-i-pidryvnyky-odesy-ta-harkova-kogo-ukrayina-viddala-na-obmin/>.
15. СМІ: Литва готуватиме обмін шпiонами з Росiєю, в списку – норвежець [Електронний ресурс] // Європейська правда. – 2019. – Режим доступу до ресурсу: <https://www.eurointegration.com.ua/rus/news/2019/10/17/7101967/>.
16. Report on the rule of law [Електронний ресурс] // Venice Commission. – 2011. – Режим доступу до ресурсу: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdf=CDL-AD(2011)003rev-e).
17. Уголовный кодекс Российской Федерации [Електронний ресурс]. – 1996. – Режим доступу до ресурсу: <http://pravo.gov.ru/proxy/ips/?docbody&nd=102041891>.