

Аналітичний висновок

щодо вирішення проблем, пов'язаних з розслідуванням/розглядом кримінальних справ, якщо матеріали їх знищені або залишилися на території тимчасово окупованої Автономна Республіка Крим та м. Севастополь, та на тимчасово непідконтрольній уряду України частині територій Донецької та Луганської областей

1. Вступ

1.1. На сьогодні достеменно невідома кількість кримінальних справ, що втрачено або які досі зберігаються на тимчасово окупованій території Автономної Республіки Крим та м. Севастополь, а також тимчасово непідконтрольній частині території Донецької та Луганської областей, оскільки статистики щодо таких справ немає, адже такі дані не збираються та відповідно не аналізуються державними органами України. Можна умовно розбити ці кримінальні справи на ті, які зберігаються в: 1) поліції; 2) прокуратурі; 3) суді; 4) експертних установах. Зведеної офіційної статистики за цими групами немає.

1.2. Частково інформацію можна отримати з експертних звітів. Наприклад, у звіті Спеціальної моніторингової місії ОБСЄ в Україні «Доступ до правосуддя в контексті конфлікту в Україні» в 2015 році зазначено щодо втрачених матеріалів: *«...Одним з найбільш відчутних наслідків раптового переміщення судів і органів прокуратури стала втрата матеріалів справ у судових провадженнях, розгляд яких триває або завершений. Втрата матеріалів справ відбувалась внаслідок раптової евакуації судів і органів прокуратури або у зв'язку із спробами їх захоплення, або знищення приміщень судів і прокуратур в результаті обстрілів. Наприклад, за інформацією працівників переміщеного Донецького апеляційного адміністративного суду, будівлю суду було захоплено озброєними особами, які викинули матеріали справ. Працівникам суду довелось орендувати вантажівку для того, щоб перевезти ті матеріали справ, які їм вдалось знайти. Так само не вдалось вивезти матеріали справ з Ясинуватського міськрайонного суду (Донецька область), при цьому частину матеріалів було знищено або спалено. Після захоплення незаконними збройними угрупованнями прокуратури Луганської області, її працівникам також не вдалось забрати матеріали справ, за винятком окремих особистих документів. Часто судам і органам прокуратури доводиться обирати, які саме матеріали забирати, з огляду на обмежені можливості. Матеріали справ з прокуратури Донецької області не вдалось перевезти, оскільки їх було захоплено або знищено збройними угрупованнями, що зайняли будівлю. За словами працівників судів і органів прокуратури, в багатьох випадках їм перешкоджають*

забрати матеріали справ, які залишились у колишніх будівлях цих органів на територіях, підконтрольних ЛНР і ДНР»¹.

1.3. Зокрема, у дослідженні 2016 року Центру громадянських свобод «Правосуддя в екзилі. Дотримання права на справедливий суд на сході України, включно із територією тимчасово непідконтрольною українському уряду»² говориться про судову практику деяких судів на сході України: *«...Архів Мар'їнського районного суду залишився в зачиненому приміщенні в Мар'їнці. Будівля Мар'їнського районного суду частково постраждала від обстрілів, слухання в ній справ без здійснення попереднього ремонту неможливе. Спеціальна охорона будівлі суду в Мар'їнці не здійснюється. За час з 02.09.2014 р. із зазначеної будівлі невідомі особи викрали частину оргтехніки Копії рішень та інших процесуальних документів видаються лише для тих справ, що були вивезені до Красноармійського районного суду. Для інших справ копії рішень та інших процесуальних документів видаються лише через процедуру відновлення втраченого провадження»³.*

1.4. Ще одне дослідження можна назвати: «Правосуддя на Сході України в умовах збройної агресії Російської федерації» 2018 року групи авторів за загальною редакцією Романа Куйбіди та Маркіяна Галабали⁴. Зокрема, там зазначені з-поміж інших такі висновки *«...(1) Повільність у діях центральної влади фактично зробила неможливим вивезення матеріалів справ у судових і виконавчих провадженнях, що тривали або були завершені, з окупованих територій та зон активних бойових дій; (2) Засідання Ради суддів України з цього питання зібралось лише 11 липня 2014 року, коли вже велись активні бойові дії. Рада суддів констатувала, що «припинено роботу у звичайному режимі Апеляційного суду Донецької області, відбулося захоплення невідомими особами приміщення господарського суду Луганської області, здійснювалися неодноразові спроби захоплення приміщень місцевих загальних судів на території Луганської області, апеляційного суду Луганської області». Рада суддів звернулася до керівництва Служби безпеки України і Міністерства внутрішніх справ з вимогою вжити заходи щодо охорони приміщень судів та збереження документації. Водночас жодних рішень щодо евакуації судів чи матеріалів справ не приймалося; (3) інститут відновлення втраченого провадження застосовується лише у разі, якщо це провадження закінчено у відповідному суді. Закон не дає відповіді, яким чином практично відновити матеріали втраченого, але не закінченого провадження, наприклад, у кримінальній справі; (4) У цивільному, господарському та адміністративному процесах судове провадження, яке було втрачене до закінчення судового розгляду, не можна відновити, але*

¹ <https://www.osce.org/uk/ukraine-smm/212321>

² <https://ccl.org.ua/reports/zvit-pravosuddya-v-ekzylil/>

³ Сторінка 8 звіту «Правосуддя в екзилі. Дотримання права на справедливий суд на сході України, включно із територією тимчасово непідконтрольною українському уряду»

⁴ https://www.irf.ua/content/files/justice_in_eastern_ukr.pdf

передбачена можливість подання нового позову. Звісно, це ускладнює доказування, якщо докази були втрачені разом із матеріалами справи; (5) Для адміністративного судочинства проблемою стала, зокрема, системна помилка суду касаційної інстанції, який часто закривав провадження в адміністративних справах, якщо вважав, що зібраних матеріалів недостатньо для точного відновлення втраченого провадження; (6) Залишення на тимчасово окупованій території матеріалів виконавчих проваджень спричинило суттєві перешкоди для виконання судових рішень...».

1.5. Щодо даної тематики можна навести цитату з однієї зі статей монографії П. Пархоменка «Захист жертв злочинів та забезпечення їхнього доступу до правосуддя в зоні АТО»: «...в ситуації, пов'язаній зі збройним конфліктом поряд із відсутністю легітимних і ефективних систем правосуддя на територіях, підконтрольних «ДНР» і «ЛНР», перед населенням, що проживає у Донецькій та Луганській областях, постають значні труднощі, пов'язані з доступом до судів і органів прокуратури, розташованих на територіях, підконтрольних уряду, зокрема у зв'язку з втратою, знищенням і конфіскацією матеріалів справ до та під час процесу переміщення або зміни територіальної підсудності чи підслідності зазначених органів, у тому числі у зв'язку з навмисним знищенням матеріалів справ членами «ДНР» і «ЛНР». Втрата матеріалів призвела до призупинення або повного припинення розгляду значної кількості справ»⁵.

1.6. Одним із останніх з даної тематики в 2021 році є дослідження ПРООН «Доступність архівних і судових справ, що залишилися на непідконтрольній уряду України території Донецької та Луганської областей»⁶ встановлено, що в різних областях України, не лише в Донецькій та Луганській, суди розглядають заяви від осіб, які приїхали з непідконтрольної уряду України території Донецької та Луганської областей на підконтрольну уряду України територію, та виносять відповідні рішення. У цьому звіті зазначається, що «...такі справи жодним чином не виділяються окремо і кількість, яка наводиться судами, є орієнтовною та виведена шляхом перегляду працівниками апарату судів усіх справ, що розглядалися останнім часом. Вочевидь, працівники судів не перевіряли всі справи за період з 2014 року по сьогодні, таким чином загальної об'єктивної картини немає. Судді та працівники апарату судів зазначають, такий критерій, що визначається ДСА України, електронної звітності відсутній. Причина не встановлення саме такого критерія невідома». Так, в ході цього дослідження була вивчена практика Кримінальної палати Вищого спеціалізованого суду

⁵ <https://helsinki.org.ua/publications/bazove-doslidzhennya-iz-zastosuvannya-pravosuddya-perehidnoho-periodu-v-ukrajini/> - С. 509.

⁶ Звіт ПРООН «ДОСТУПНІСТЬ АРХІВНИХ І СУДОВИХ СПРАВ, ЩО ЗАЛИШИЛИСЯ НА НЕПІДКОНТРОЛЬНІЙ УРЯДУ УКРАЇНИ ТЕРИТОРІЇ ДОНЕЦЬКОЇ ТА ЛУГАНСЬКОЇ ОБЛАСТЕЙ» ВІД 31 БЕРЕЗНЯ 2021 РОКУ: https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/library/democratic_governance/the-availability-of-archives-and-court-cases.html. С. 27-29.

України з розгляду цивільних і кримінальних справ (далі – ВССУ) на сайті Єдиного державного реєстру судових рішень, та була з'ясована орієнтовна кількість касаційних кримінальних проваджень, які були відкриті ВССУ щодо справ, які опинилися на непідконтрольній уряду України території Донецької та Луганської областей з постановленням про витребування кримінальних справ для перевірки в касаційному порядку. Зокрема, у звіті йде мова, що в деяких із них були прийняті ухвали про зупинення касаційного провадження через (1) відсутність матеріалів справи або (2) неможливість доставки засудженої особи до суду або створення відеозв'язку за наявності в касаційному суді заяви засудженого з проханням про його участь в ході касаційного розгляду. У звіті згадується, що таких справ встановлено 38, вони не розглянуті Верховним Судом до сьогодні і подальша їх доля також є незрозумілою без законодавчого вирішення цієї проблеми або до завершення збройного конфлікту, але таких справ може бути в кілька разів більше, тому що здійснювався пошук лише тих справ, де були заяви засуджених про касаційний розгляд за їх участі або були винесені ухвали про витребування матеріалів справи для касаційної перевірки.

У тому ж таки звіті ПРООН досліджується питання передачі паперових матеріалів кримінальних справ з непідконтрольних уряду України територій Донецької та Луганської областей, що, зазвичай, відбувається разом із передачею засуджених. Зокрема, у звіті згадується, що ця процедура проводиться в рамках роботи Тристоронньої робочої групи (ТКГ) з мирного врегулювання ситуації в окремих районах Донецької та Луганської областей. Питаннями передачі лише матеріалів кримінальних справ без засуджених з непідконтрольної уряду України території почали займатися в 2018 році, коли представники ТКГ декількома легковими автомобілями вивезли більше ста справ та передали їх судам на підконтрольній уряду України території. З того часу такий масштабний досвід ніхто не повторив. Питаннями передачі засуджених з непідконтрольної уряду України території на підконтрольну на сьогодні займається Уповноважена Верховної ради України з прав людини. Зокрема, 3 грудня 2020 року відбулася одна із зустрічей за участі українського омбудсмена та представника робочої групи з гуманітарних питань ТКГ від так званої «ДНР» на території КПВВ «Новотроїцьке». В результаті передано 28 томів кримінальної справи стосовно громадянки України, яка протягом 20 років бореться за підтвердження своєї невинуватості в апеляційних та касаційних інстанціях України. Переговори про передачу кримінальних справ тривають⁷.

1.7. Щодо матеріалів кримінальних справ, які знищені або досі знаходяться на території тимчасово окупованої Автономної республіки Крим, то офіційної статистики щодо кількості таких кримінальних справ та стану їх розгляду на сьогодні також немає. Наукових та експертних досліджень з даної тематики також немає. Певно, є внутрішня інформація щодо

⁷ https://lb.ua/news/2020/12/03/472124_denisova_zustrilasya_z_predstavnitseyu.html

цих даних у правоохоронних органах, однак вона не відкрита громадськості. Поряд з цим є можливим використати той же підхід до даних справ, як і до справ на тимчасово невідконтрольній території України частині територій Донецької та Луганської областей. Зокрема, саме такий підхід використано в законопроекті експертів Української Гельсінської спілки з прав людини щодо даної проблематики (див. далі п. 2.8).

2. Національна законотворча практика

2.1. Існує ряд законопроектів, в яких закріплені спроби врегулювати ситуацію з розслідуванням/розглядом кримінальних справ, в яких матеріали знищені або знаходяться на території тимчасово окупованої Автономної Республіки Крим та невідконтрольній території України частині територій Донецької та Луганської областей. Однак жоден з них до сьогодні не прийнятий.

2.2. 15 травня 2015 року у Верховній Раді України зареєстрований [проект Закону України №2872](#) «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо додержання конституційних прав учасників кримінального провадження та інших громадян в частині збирання та фіксації доказів, процесу доказування та проведення слідчих (розшукових), негласних слідчих (розшукових) дій)»^[2]. Зокрема, ним пропонувалося доповнити Кримінальний процесуальний кодекс України (далі – КПК України) статтею 222-1 «Відновлення матеріалів досудового розслідування»: ч. 1. *Відновлення втрачених матеріалів досудового розслідування здійснюється за рішенням прокурора, керівника органів досудового розслідування, а в разі втрати матеріалів досудового розслідування в суді – за постановою або ухвалою слідчого судді, суду, виконання яких покладається на прокурора, керівника органів досудового розслідування. Ч. 2. Відновлення втрачених матеріалів досудового розслідування здійснюється за їх копіями, що збереглися, і які можуть бути доказами в порядку та на умовах, визначених главою 4 цього Кодексу, а в разі неможливості отримати копії матеріалів досудового розслідування, що відповідають вимогам глави 4 цього Кодексу, шляхом проведення додаткових слідчих (розшукових) дій. Ч. 3. Строки досудового розслідування та тримання під вартою при відновленні матеріалів досудового розслідування обчислюються в порядку, встановленому статтями 219 та 197 цього Кодексу. Ч. 4. Якщо за втраченими матеріалами досудового розслідування закінчилися граничні строки тримання під вартою, підозрюваний, обвинувачений підлягають негайному звільненню з-під варти.». За рік, 16 лютого 2016 року, Комітет з питань законодавчого забезпечення правоохоронної системи надав подання про направлення законопроекту на доопрацювання, а 18 вересня 2018 року законопроект було відкликано.*

2.3. 21 травня 2015 року у ВРУ зареєстровано [проект №2930 Закону України](#) «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо посилення захисту прав людини у кримінальному судочинстві»^[3]. Зокрема, ним передбачалося доповнення статті 526 КПК України після слів “Заява про відновлення втрачених матеріалів кримінального провадження подається до суду, який ухвалив вирок” доповнити словами “або до якого передано підсудність у вказаній справі”, так як суд, що виніс вирок, може бути на невідконтрольній території. А також виключити слово «точного» в частині 3 статті 531 КПК України: «За недостатності зібраних матеріалів для точного відновлення матеріалів втраченого кримінального провадження суд ухвалою закриває розгляд заяви про відновлення матеріалів втраченого кримінального провадження і роз’яснює учасникам судового провадження право на повторне звернення з такою самою заявою за наявності необхідних документів». Формулювання «точного» оціночне і публіцистичне, немає такого мірила точності матеріалів кримінального провадження. І це лише створює можливість до зловживань. Комітет з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності надав подання про направлення законопроекту на доопрацювання 8 лютого 2018 року, однак 29 серпня 2019 року законопроект було відкликано.

2.4. Проект [Закону України №3343](#) «Про внесення змін до Закону України «Про забезпечення прав та свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України» щодо механізму відновлення втрачених матеріалів справи^[1] зареєстровано у Верховній Раді України (далі – ВРУ) 19 жовтня 2015 року, а 14 березня 2017 року Комітет з прав людини, національних меншин і міжнародних відносин надав народним депутатам [проект постанови про відхилення](#) цього законопроекту, та 29 серпня 2019 року законопроект було відкликано.

2.5. 12 червня 2017 року у ВРУ зареєстровано [проект №6580 Закону України](#) «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України (щодо вдосконалення порядку кримінального провадження або його окремих матеріалів, втрачених на стадії досудового розслідування та судового розгляду)»^[4]. Зокрема, ним пропонується доповнити КПК України статтею 531¹ – «Умови відновлення кримінального провадження. 1. Відновленню підлягають кримінальні провадження, у яких до їх втрати: 1) обвинувальний акт (клопотання про застосування медичних заходів тощо) скерований до суду, проте підготовче судове засідання не відбулося; 2) судовий розгляд розпочато, проте рішення суду за його результатами не ухвалювалось; 3) судом ухвалено рішення про зупинення судового провадження на підставі статті 335 цього Кодексу; 4) судом проголошено вирок, проте він не набрав законної сили з різних підстав; 5) проголошений вирок набрав законної сили, проте не звернутий до виконання; 6) вирок не набрав законної сили з інших підстав». Тут 4 та 6

пункти можна об'єднати, так як це по суті теж саме. Пропонується з-поміж іншого ще доповнити КПК України статтею 531⁴ – «Підготовка заяви до розгляду: ч. 2. Суд вправі витребувати, інформацію про місце проходження служби чи роботи осіб, які брали участь у досудовому розслідуванні, підготовчому провадженні чи судовому розгляді кримінального провадження, наявність збережених копій матеріалів кримінального провадження тощо.». Однак це буде порушенням змагальності процесу, так як суд не наділений правом збирати і випробовувати докази. А також викликає питання можливості створення корупційного ризику доповненням КПК України статтею 531⁷ – «Повноваження Генерального прокурора: ч. 1. Генеральний прокурор визначає підслідність кримінального провадження з урахуванням вимог статті 218 цього Кодексу». Комітет з питань законодавчого забезпечення правоохоронної діяльності розробив [постанову про взяття законопроекту за основу](#) та надав текст народним депутатам для розгляду 7 листопада 2017 року, однак 29 серпня 2019 року законопроект було відкликано.

2.6. 5 липня 2018 року у ВРУ зареєстровано [проект №8560 Закону України](#) «Про врегулювання правового статусу осіб, стосовно яких порушено законодавство України про кримінальну відповідальність, кримінальне процесуальне, кримінально-виконавче законодавство України внаслідок збройної агресії, збройного конфлікту, тимчасової окупації території України»^[5]. Наче цей законопроект має викликати довіру та необхідність його швидшого прийняття, адже до його авторського колективу входять не лише народні депутати, але й представники Мін'юсту, науковці та громадські експерти. Втім, незважаючи на це, він містив низку недоліків. ВРУ [постанову про взяття за основу даного законопроекту](#) надано народним депутатам для розгляду 4 грудня 2018 року, однак 29 серпня 2019 року законопроект було відкликано.

2.7. У вересні 2020 року розпочалася робота над урядовим законопроектом «Про засади державної політики перехідного періоду». У грудні 2020 року [Міністерство з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України](#) опублікувало цей [законопроект](#)⁸ на своєму сайті для громадського обговорення. Варто відзначити, що цей законопроект містив багато неточностей та надмірного навантаження термінологією, а також ще ряд моментів, які потребували ретельного доопрацювання. Зокрема, експерти Української Гельсінської спілки з прав людини надали таку його оцінку: «...законопроект не демонструє розуміння авторами сценаріїв і алгоритмів дій держави для пост конфліктного врегулювання. Законопроект мав би запропонувати суспільству концепцію (підхід) або поєднання концепцій (підходів) пост

⁸ Офіційний сайт Міністерства з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій України: <https://minre.gov.ua/page/minreintegraciyi-zaproshtuye-do-gromadskogo-obgovorennnya-proyektu-zakonu-pro-zasady-derzhavnoyi>

конфліктного врегулювання на основі...».⁹ Щодо врегулювання ситуації з розслідуванням/розглядом кримінальних справ, в яких матеріали знищені або знаходяться на території тимчасово окупованої Автономної Республіки Крим та непідконтрольній уряду України території Донецької та Луганської областей, то цей законопроект в статті 49 «Особливості визначення територіальної підсудності протягом перехідного правосуддя» в частині 6 вказує, що «У разі неможливості передачі матеріалів справи відповідно до встановленої згідно з цією статтею тимчасової територіальної підсудності вчинення необхідних процесуальних дій здійснюється за документами і матеріалами, поданими учасниками судового процесу, за умови, що такі документи і матеріали є достатніми для ухвалення відповідного судового рішення». Однак це положення не охоплює всі питання, які пов'язані з даною проблематикою та фактично є ні про що, оскільки це є загальновідомою інформацією, що була уже до того в українському законодавстві, оскільки інститут відновлення матеріалів справи не виник з початком окупації та збройного конфлікту в Україні, а потребує більш чіткого правового врегулювання з урахуванням певних особливостей. Отже, це положення нічого не вирішує з даної проблематики, а лише ставить купу запитань, які потрібно вирішувати в спеціальних законах.

В результаті публічного обговорення цього законопроекту Міністерство з питань реінтеграції тимчасово окупованих територій отримало «...110 відповідей загальним обсягом понад 1 тис. сторінок, опрацювання яких завершилось у квітні 2021 року. 28 травня 2021 року друга редакція законопроекту була направлена на урядове погодження. Під час урядового погодження було отримано 160 зауважень від 37 державних органів. За результатами трьох узгоджувальних нарад 14 липня 2021 року були опрацьовані всі зауваження та зняті всі застереження. У червні урядовий проект Закону України «Про засади державної політики перехідного періоду» направлено до Європейської комісії «За демократію через право» (Венеційської комісії) для отримання експертного висновку. Кабінет Міністрів України на своєму засіданні 4 серпня 2021 року схвалив проект Закону України «Про засади державної політики перехідного періоду»¹⁰. 9 серпня 2021 року цей законопроект зареєстровано за номером 5844¹¹. У попередній редакції було 83 статті основного тексту та ще 50 пунктів перехідних та прикінцевих положень. У редакції законопроекту, що зареєстрований у парламенті 38 статей та 4 пункти перехідних і прикінцевих положень. Зменшення розміру

⁹ Сайт Української Гельсінської спілки з прав людини, стаття від 22.06.2021 року: «Найбільша правозахисна організація оцінила законопроект урядовців щодо державної політики перехідного періоду»:

<https://helsinki.org.ua/articles/naybilsha-pravozakhysna-orhanizatsiia-otsynyla-zakonoproiekt-uriadvotsiv-shchoderzhavnoi-polityky-perekhidnoho-periodu/>

¹⁰ Офіційний сайт Кабінету Міністрів України: <https://www.kmu.gov.ua/news/kabmin-shvaliv-proekt-zakonu-pro-perehidnij-period>

¹¹ Офіційний сайт Верховної Ради України: https://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=72625

тексту суттєве, а щодо змістовного навантаження, то текст перестав містити частину зайвих визначень понять та розкриття положень, які уже є в іншому законодавстві, а ті що залишилися певним чином доопрацьовані. Однак відчутний в тексті поспіх, з яким видалялися статті та пункти, і він втратив певним чином загальну логіку та логіку й точність в окремих положеннях, тому потребує суттєвого доопрацювання до першого читання. Варто відзначити, що є й ряд позитивних інновацій, наприклад, створення Українського національного центру розбудови миру для *«...збирання, фіксації, ведення обліку, збереження та оброблення інформації, у тому числі з обмеженим доступом, про дотримання прав і свобод людини і громадянина, принципів і норм міжнародного гуманітарного права на тимчасово окупованих територіях, пов'язаної з тимчасовою окупацією, а також інформації про завдану шкоду»* (стаття 14).

Зокрема, в цій редакції законопроекту відсутнє будь-яке положення про вирішення проблем з розглядом справ, матеріали яких знищені або залишилися на території тимчасово окупованої Автономної Республіки Крим та міста Севастополь, а також тимчасово невідконтрольній частині територій Донецької та Луганської областей. Єдина дотична до даної тематики згадка міститься у частині 2 статті 5: *«діяльність окупаційних сил та окупаційних адміністрацій Російської Федерації, що суперечить нормам міжнародного права, є незаконною, а будь-який виданий у зв'язку з такою діяльністю акт є недійсним і не створює жодних правових наслідків, за винятком випадків, передбачених законом, коли окремі документи можуть бути взяті до уваги без заперечення незаконності відповідної діяльності окупаційних сил та окупаційних адміністрацій Російської Федерації»*.

Варто відзначити, що тема перехідного правосуддя вперше прозвучала в Україні в рамках обговорення питання правосуддя перехідного періоду в 2017 році під час ряду заходів та в монографії «Базове дослідження із застосування правосуддя перехідного періоду в Україні» за редакцією Гнатовського М.М., Буценка А.П., О.А. Мартиненка, Кориневича А.О.¹² Зокрема, в монографії зібрано матеріали щодо історії поняття «правосуддя перехідного періоду», досвіду іноземних держав, положення міжнародного та національного законодавства, можливі шляхи запровадження тощо. На той час та й сьогодні ця монографія залишається найбільш ґрунтовним дослідженням за даної тематики та може бути використана при доопрацюванні вищеназваного законопроекту до першого читання в парламенті.

2.8. В свою чергу експертами Української Гельсінської спілки з прав людини разом із рядом зовнішніх експертів був розроблений законопроект «Про внесення змін до Кримінального процесуального кодексу України» (щодо особливостей досудового

¹² <https://helsinki.org.ua/publications/bazove-doslidzhennya-iz-zastosuvannya-pravosuddya-perehidnoho-periodu-v-ukrajini/>

розслідування та судового провадження у справах, в яких матеріали провадження недоступні або знищені на тимчасово окупованих територіях)¹³. На разі він направлений до Генерального прокурора України із пропозицією спільно його доопрацювати, щоб згодом можна було його направити до Верховної Ради України. В цьому законопроекті запропоновано внести ряд доповнень та змін, наприклад, деякі з них:

А) надати визначення «втрати» документа (оригіналу документа), доказу, матеріалів досудового розслідування, матеріалів кримінального провадження, а саме, що це

загублення, псування, знищення або інші дії (обставини непереборної сили, зокрема, проведення антитерористичної операції, збройна агресія Російської Федерації та тимчасова окупація частини території України), які унеможливають отримання/надання/пред'явлення документа (оригіналу документа), доказу, матеріалів досудового розслідування, матеріалів кримінального провадження за допомогою доступних правових процедур;

1) доповнити Кримінальний процесуальний кодекс України текстом такого змісту:

«У разі втрати матеріалів досудового розслідування, матеріалів кримінального провадження прийняття процесуальних рішень здійснюється за документами і матеріалами, поданими учасниками кримінального провадження, за умови, що такі документи і матеріали є достатніми для ухвалення відповідного процесуального рішення.

Для прийняття процесуальних рішень використовувати також відомості, що містять акти (рішення, документи), видані органами та/або посадовими та службовими особи на тимчасово окупованих територіях. Використання відомостей, що містять акти (рішення, документи), видані зазначеними органами і особами не тягне за собою визнання цих актів (рішень, документів) або органів, що їх видали. Будь-який акт (рішення, документ), виданий органами та/або посадовими та службовими особи на тимчасово окупованих територіях, є недійсним і не створює правових наслідків»;

Б) описати детально особливості відновлення матеріалів справи в кримінальних справах у Кримінальному процесуальному кодексі України, коли матеріали знищені або знаходяться на тимчасово окупованій території Автономна Республіка Крим та м. Севастополь, та тимчасово непідконтрольній частині території Донецької та Луганської областей, а саме внести текст такого змісту:

¹³ <https://helsinki.org.ua/articles/pidsumky-ekspertnoi-diskusii-kryminalne-provadhennia-koly-materialy-spravy-zalyshylisia-na-tymchasovo-okupovaniy-terytorii-khiba-tse-problema/>

«1. Відновлення втрачених матеріалів досудового розслідування здійснюється за рішенням прокурора, керівника органів досудового розслідування, а в разі втрати матеріалів досудового розслідування в суді – за постановою або ухвалою слідчого судді, суду, виконання яких покладається на прокурора, керівника органів досудового розслідування.

2. Відновлення втрачених матеріалів досудового розслідування здійснюється за їх копіями, що збереглися, і які можуть бути доказами в порядку та на умовах, визначених главою 4 цього Кодексу, а в разі неможливості отримати копії матеріалів досудового розслідування, що відповідають вимогам глави 4 цього Кодексу, шляхом проведення додаткових слідчих (розшукових) дій.

3. Строки досудового розслідування та тримання під вартою при відновленні матеріалів досудового розслідування обчислюються в порядку, встановленому статтями 219 та 197 цього Кодексу.

4. Якщо за втраченими матеріалами досудового розслідування закінчилися граничні строки тримання під вартою, підозрюваний, обвинувачений підлягають негайному звільненню з-під варти»;

В) запропонувати звільняти особу з-під варти негайно у випадку закінчення строків тримання за відсутності матеріалів справи;

Г) надати право учасникам кримінального провадження заявляти клопотання слідчому, дізнавачу, прокурору про закриття кримінального провадження;

Д) передбачити новий вид угоди з прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим, а саме *«про згоду з вироком та відмову від подальшого оскарження вироку у кримінальних провадженнях, в яких матеріали досудового або судового провадження втрачені»* передбачивши детально процедуру цієї угоди, зокрема надавши їй такого визначення:

«Угода між прокурором та підозрюваним чи обвинуваченим про згоду з вироком та відмову від подальшого оскарження вироку бути укладена у кримінальних провадженнях, в яких матеріали досудового або судового провадження втрачені внаслідок проведення антитерористичної операції, збройної агресії Російської Федерації та тимчасової окупації частини території України»;

Ж) законопроект містить деталізацію вищеназваних пропозицій, з якими можна ознайомитися на сайті Української Гельсінської спілки з прав людини¹⁴, текст відкритий до обговорення та за доопрацювання цей законопроект готовий до якомога швидшого прийняття.

¹⁴ <https://helsinki.org.ua/articles/pidsumky-ekspertnoi-diskusii-kryminalne-provadhennia-koly-materialy-spravy-zalyshylysia-na-tymchasovo-okupovaniy-terytorii-khiba-tse-problema/>

3. Практика Європейського суду з прав людини

3.1. Рішення Європейського суду з прав людини (далі – Європейський Суд) є частиною національного законодавства відповідно до частини 1 статті 9 Конституції України. Деякі з цих рішень мають не лише міри індивідуального характеру, але й загального, тобто приписи щодо системних помилок держави, які потрібно виправляти. Однією з таких помилок можна назвати відсутність судового розгляду в широкому сенсі, тобто від моменту затримання особи та до її засудження, через відсутність матеріалів кримінальних справ, які залишилися або знищені на тимчасово окупованій території Автономної Республіки Крим та тимчасово непідконтрольній частині території Донецької та Луганської областей.

3.2. Європейський суд з прав людини виніс щодо України два рішення з питань даної проблематики: «Хлебик проти України»¹⁵ від 25 липня 2017 року, заява №2945/16, та «Куроченко та Золотухін проти України» від 11 лютого 2021 року, заяви №20936/16 та №53257/16.¹⁶

Зокрема, в рішенні «Хлебик проти України» Європейський Суд не визнав порушення статті 6 (право на справедливий судовий розгляд) Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод. Хоча Європейський Суд встановив у параграфі 70, що *«...незаперечним є те, що головною причиною того, чому справа заявника до цього часу не була розглянута апеляційним судом є те, що матеріали його справи не доступні через воєнні дії на території, яку Уряд не контролює», однак «органи влади як слід розглянули можливість відновлення матеріалів справи заявника, національні органи влади зробили все, що входить до їхньої компетенції за обставин, що склалися, для вирішення ситуації заявника. Заявник не був спроможний вказати будь-які інші конкретні заходи, які б Уряд Країни-відповідача був спроможний вжити на той момент»* (параграф 79).

В цьому світлі рішення «Куроченко та Золотухін проти України» є переломним, оскільки Європейський Суд в ньому визнав порушення статті 6 за майже ідентичних обставин, а саме невідновлення матеріалів кримінальних справ органами влади, що унеможливило здійснення справедливого судового розгляду. Зокрема, в рішенні щодо першого заявника вказано, що *«...через відсутність ретельності з боку органів прокуратури національні суди не мали можливості перевірити питання про те, чи достатньо матеріалу»* (параграф 110), та *«...ці міркування є достатніми для того, щоб Суд дійшов висновку, що влада не вжила всіх доступних для них заходів для поглиблення розгляду справи першого заявника за цих обставин»* (параграф 111). Щодо другого заявника в рішенні сказано, що *«...національні суди ніколи не розглядали справу заявника по суті та не досліджували, чи можна відновити матеріали»*

¹⁵ <https://rm.coe.int/case-of-khlebyk-v-ukraine-1-ukr-ed/1680738311>

¹⁶ <https://ips.ligazakon.net/document/SOO01353>

(параграф 114), однак «...національна влада повинна була провести таке дослідження, враховуючи, що другий заявник, на відміну від першого заявника та заявника у Хлебівку, не був засуджений судами будь-якого рівня і звинувачувався у порівняно менш серйозному правопорушенні...» (параграф 116).

Зокрема, директор Центру стратегічних справ Української Гельсінської спілки з прав людини, адвокат Михайло Тарахало, який є одним із представників заявників у справі «Куроченко та Золотухін проти України» сказав про це рішення, що воно «...вимагає від держави вчиняти нові дії: змінювати законодавство і адміністративно-судову практику. Прокуратура має діяти більш активно з позиції відновлення цих матеріалів. Інше питання – я би тут задумався про можливість відмови прокуратури, сторони обвинувачення, від обвинувачення, і врегулювання цього питання не тільки на законодавчому рівні, а і на рівні адміністративному, адміністративної практики та застосувань. Це могло б досить серйозно допомогти у вирішенні і цієї справи в том числі»¹⁷.

4. Національні закони

4.1. Значна кількість кримінальних проваджень, які залишилися на непідконтрольній уряду України території, розслідувалась на підставі положень Кримінально-процесуального кодексу України 28 грудня 1960 року, які, відповідно, потребують продовження їх розгляду за цим кодексом, в якому немає вирішення питань, пов'язаних зі збройним конфліктом. Але навіть якщо кримінальна справа розглядається уже за новим Кримінальним процесуальним кодексом України, прийнятим 13 квітня 2012 року, то це суттєво не змінює ситуації, так як і новий кодекс не містить окремого вирішення цієї проблематики. За відсутності законодавчого врегулювання судова практика неоднозначна. Наприклад, у [доповіді Моніторингової місії ООН з прав людини в Україні за період 16 травня-15 серпня 2019 року в пункті 58](#) викладено один із варіантів судового вирішення даної проблеми: «...українські суди відмовилися переглянути кримінальну справу чоловіка, взятого під варту з 2011 року і переведеного на територію, яка контролюється Урядом, у квітні 2019 року. Підставою для відмови послужило небажання суду відкрити конверт з матеріалами його справи, переданий з так званого «верховного суду» «Луганської народної республіки». Суд розглянув справу тільки після того, як спеціальна комісія ухвалила рішення про чинність матеріалів справи. У результаті затримки вищезгадана особа провела під вартою на додаток до остаточного вироку ще сім місяців. УВКПЛ вітає ці зусилля, але зауважує, що вони були докладені тільки

¹⁷ <https://helsinki.org.ua/articles/pidsumky-ekspertnoi-diskusii-kryminalne-provadhennia-koly-materialy-spravy-zalyshylisia-na-tymchasovo-okupovaniy-terytorii-khiva-tse-problema/>

після численних клопотань жертви та втручання УВКПЛ»¹⁸. У випадку розгляду на підконтрольній уряду України території судами кримінальних справ, матеріали яких залишилися на непідконтрольній уряду України території, як правило, виходять з положень пункту 2 частини 3 статті 1 Закону України №1632 «Про здійснення правосуддя та кримінального провадження у зв'язку з проведенням антитерористичної операції»¹⁹: «У разі неможливості передачі матеріалів справи відповідно до встановленої згідно з цим Законом підсудності вчинення необхідних процесуальних дій здійснюється за документами і матеріалами, поданими учасниками судового процесу, за умови, що такі документи і матеріали є достатніми для ухвалення відповідного судового рішення»²⁰. Однак у зв'язку з тим, що ці положення не внесені до КПК України, то багато суддів не використовують спеціальний закон №1632, а зупиняють розгляд справ у зв'язку з відсутністю матеріалів справи, а особи опиняються у невизначеному стані і зазвичай у місцях несвободи. Фактично чинне національне законодавство не містить положень, які б регулювали порядок кримінального провадження на підставі матеріалів, які були розпочаті до початку збройного конфлікту на сході України, і були «продовжені» де-факто владою непідконтрольної уряду України території. У випадку, коли матеріали таких проваджень, що частково містять «видані» де-факто владою непідконтрольної уряду України території «документи» (в тому числі оформлені у вигляді файлів або папок із позначеннями т.зв. «республік», наприклад, «гербами» або «печатками») повертаються на підконтрольну уряду України територію, суди не мають відповідних правових підстав для використання таких матеріалів у кримінальному провадженні (мається на увазі та частина матеріалів, яка була підготовлена компетентними органами України). Останнім часом поширена практика долучення суддями таких документів до матеріалів справи та взяття до уваги інформації, що міститься в них, при винесенні рішення²¹.

4.2. Статтею 2 Закону України «Про особливості державної політики із забезпечення державного суверенітету України на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях»²² регламентовано, що правовий статус непідконтрольної уряду України території Донецької та Луганської областей, Автономної Республіки Крим та міста Севастополя, а також правовий режим на зазначених територіях визначаються цим Законом,

¹⁸ https://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/ReportUkraine16May-15Aug2019_UA.pdf

¹⁹ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1632-18>

²⁰ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1632-18#Text>

²¹ Звіт ПРООН «ДОСТУПНІСТЬ АРХІВНИХ І СУДОВИХ СПРАВ, ЩО ЗАЛИШИЛИСЯ НА НЕПІДКОНТРОЛЬНІЙ УРЯДУ УКРАЇНИ ТЕРИТОРІЇ ДОНЕЦЬКОЇ ТА ЛУГАНСЬКОЇ ОБЛАСТЕЙ» ВІД 31 БЕРЕЗНЯ 2021 РОКУ:

https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/library/democratic_governance/the-availability-of-archives-and-court-cases.html. С. 11.

²² <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2268-19#Text>

Законом України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України», міжнародними договорами, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, принципами та нормами міжнародного права. В цьому ж законі в частині 3 статті 2 міститься положення, яке фактично є частковим застосуванням Намібійських винятків: «Діяльність збройних формувань Російської Федерації та окупаційної адміністрації Російської Федерації у Донецькій та Луганській областях, що суперечить нормам міжнародного права, є незаконною, а будь-який виданий у зв'язку з такою діяльністю акт є недійсним і не створює жодних правових наслідків, крім документів, що підтверджують факт народження або смерті особи на тимчасово окупованих територіях у Донецькій та Луганській областях, які додаються відповідно до заяви про державну реєстрацію народження особи та заяви про державну реєстрацію смерті особи». Однак і це положення діє непрямо, а лише через встановлення цих фактів у суді, державні органи їх приймають та вносять дані в реєстри тощо.

4.3. Закон України «Про забезпечення прав і свобод громадян та правовий режим на тимчасово окупованій території України»²³ створювався ще в 2014 році та на сьогодні він є негнучким та таким, що не охоплює усіх особливостей даної проблематики. Зокрема, тут є положення, яке суперечить Намібійським виняткам, а саме це частини 2 та 3 статті 9: *«2. Будь-які органи, їх посадові та службові особи на тимчасово окупованій території та їх діяльність вважаються незаконними, якщо ці органи або особи створені, обрані чи призначені у порядку, не передбаченому законом. 3. Будь-який акт (рішення, документ), виданий органами та/або особами, передбаченими частиною другою цієї статті, є недійсним і не створює правових наслідків»*. Однак і тут міститься положення, яке надавало всі ці роки і надає сьогодні право застосувати Намібійські винятки, а саме стаття 17: *«державні органи України застосовують механізми, передбачені законами України та нормами міжнародного права, з метою захисту миру, безпеки, прав, свобод і законних інтересів громадян України, які перебувають на тимчасово окупованій території, а також законних інтересів держави Україна»*. Таким чином текст закону містить суперечності, які варто було б узгодити.

²³ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1207-18#Text>

5. Виконання вироків засудженим, які приїхали на підконтрольну Україні території після відбування покарання на тимчасово окупованій території АРК та непідконтрольних територіях Донецької та Луганської областей

5.1. На сьогодні є ще одне проблемне питання в світлі цієї тематики. Так, в судах першої інстанції є ряд справ, коли особи взяті під варту, а в справах оголошені перерви, і на часі питання вирішення їх подальшої долі, а саме ці особи повернулися на підконтрольну уряду України територію із довідкам про звільнення з місць несвободи, які розташовані на окупованій території та ці довідки видані так званими «владними органами» тимчасово окупованих територій.

5.2. Тут можна говорити про легітимність документів, виданих де-факто владою територій, що не контролюються урядом України, та обов'язку уряду брати такі документи до уваги в інтересах захисту прав людини²⁴. Основоположним для цієї практики став консультативний висновок Міжнародного Суду ООН щодо правових наслідків для держав, викликаних тривалою присутністю Південної Африки в Намібії (Південно-Західна Африка) всупереч Резолюції 276 (1970) Ради Безпеки. Міжнародний суд ООН сформулював так звані Намібійській винятки. Вони полягають в тому, що всі держави повинні утримуватися від будь-яких дій відносно де-факто влади непідконтрольної законному уряду території, що могли б сприяти визнанню чи укріпленню таких де-факто органів влади. Водночас, таке невизнання не повинно наносити шкоди мешканцям непідконтрольної території, і невизнання не може розповсюджуватися на дії, що слугують визнанню прав фізичних осіб, такі як реєстрація народжень, смертей, шлюбів²⁵. І цей перелік є лише прикладом, тобто не виключним списком, тобто держави можуть формувати ширше коло цих документів. Європейський суд з прав людини посилався на Намібійській винятки для цілей захисту прав людини у справах Лоїзиду проти Туреччини²⁶ та Мозер проти Республіки Молдова та Росії²⁷.

Таким чином, органи прокуратури та суди можуть посилатися на Намібійські винятки, оскільки там не вказаний виключний перелік документів, які можна використовувати (див. п. 5.2 вище) та брати до уваги інформацію у довідках про відбування покарання, видані на тимчасово окупованій території Автономна Республіка Крим та м. Севастополь, та на

²⁴ Звіт ПРООН «ДОСТУПНІСТЬ АРХІВНИХ І СУДОВИХ СПРАВ, ЩО ЗАЛИШИЛИСЯ НА НЕПІДКОНТРОЛЬНІЙ УРАДУ УКРАЇНИ ТЕРИТОРІЇ ДОНЕЦЬКОЇ ТА ЛУГАНСЬКОЇ ОБЛАСТЕЙ» ВІД 31 БЕРЕЗНЯ 2021 РОКУ: https://www.ua.undp.org/content/ukraine/uk/home/library/democratic_governance/the-availability-of-archives-and-court-cases.html С. 22.

²⁵ Правовые последствия для государств, вызываемые продолжающимся присутствием Южной Африки в Намибии (Юго-Западная Африка) вопреки Резолюции 276 (1970) Совета Безопасности. URL: <https://precedent.in.ua/2016/05/06/pravovye-posledstviyya-dlya-gosudarstv>, § 125.

²⁶ Loizidou v. Turkey, no. 15318/89, ECHR 1996. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58007>.

²⁷ Mozer v. Republic of Moldova and Russia, no. 11138/10. URL: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-161055>.

тимчасово невідконтрольній частині територій Донецької і Луганської областей, а не брати цих осіб під варту та не тримати їх в незрозумілому статусі на час розгляду цієї ситуації судом, або направлення їх до відбування фактично повторного строку відбування покарання, що є подвійним покаранням і відповідно є порушенням статті 4 Протоколу №7 до Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод.

6. Висновки

Правоохоронні органи та суди сьогодні, як і всі роки окупації та збройного конфлікту могли і можуть користуватися документами, виданими так званими «органами влади» на тимчасово окупованій території Автономна Республіка Крим та м. Севастополь, та тимчасово невідконтрольній частині територій Донецької та Луганської областей, використовуючи Намібійські винятки (див. п. 5.2). Однак на практиці цей підхід використовують інколи суди в незначній кількості справ. Тому задля уникнення різнотлумачень можна внести зміни до Кримінального процесуального кодексу України, які пропонуються експертами Української Гельсінської спілки з прав людини (див. п. 2.8 вище).

**Юрист-аналітик Центру стратегічних справ
Української Гельсінської спілки з прав людини,
адвокат Олена Сапожнікова**