



УКРАЇНСЬКА
ГЕЛЬСІНСЬКА
СПІЛКА З ПРАВ
ЛЮДИНИ

ТОТАЛЬНА БЕЗКАРНІСТЬ В ЗОНІ АТО:

РОЗСЛІДУВАННЯ ВБИВСТВ ТА ЗНИКНЕНЬ

ДОСЛІДЖЕННЯ
ЗДІЙСНЕНО ПІД
ЗАГАЛЬНОЮ
РЕДАКЦІЄЮ
Н. ВОЛКОВОЇ



АКТУАЛЬНІСТЬ ПРОБЛЕМИ

Статистичні дані щодо кількості загиблих та зниклих безвісти в районах проведення антитерористичної операції різняться своїми показниками:

- » під час слухання в парламентському комітеті з питань охорони здоров'я у грудні 2014 р. наголошувалося на тому, що в зоні АТО загинули 1275 осіб з особового складу Збройних Сил України, 1667 осіб зникли без вісти¹;
- » спікер Генштабу у своєму виступі на телеканалі «112» 14 червня 2015 р. заявив про те, що зниклими без вісти вважаються 289 військовослужбовців²;
- » начальник управління цивільно-військового співробітництва ЗСУ у своїй заяві від 28 липня 2015 р. заявив про те, що загиблими вважаються більше 2,3 тисяч військових Збройних Сил України, а зниклими безвісти – 273 військових³;
- » радник Голови СБУ у своєму інтерв'ю від 14 серпня 2015 р. повідомив, що за час проведення АТО на Сході України зникли безвісти 846 людей⁴;
- » радник Міністра внутрішніх справ України у своєму виступі повідомив, що МВСУ зареєструвало 3900 зниклих безвісти громадян, доля 2900 із них

встановлена. Нічого не відомо про 1518 зниклих осіб, з яких 967 – ті, які зникли безвісти, а 542 – були викрадені⁵.

Слід також зауважити, що термін «зниклий безвісти», з огляду на чинні нормативно-правові акти, доцільно використовувати лише щодо військовослужбовців. Даний термін визначається Наказами Міністерства оборони України (зокрема, Наказ Міністра оборони України «Про затвердження Інструкції про порядок виплати грошового забезпечення військовослужбовцям Збройних Сил України та деяким іншим особам» від 11.06.2008 р. № 260; Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження Інструкції з організації обліку особового складу Збройних Сил України» від 26.05.2014 р. № 333) та використовується в аспекті обліку бойових безповоротних втрат особового складу військової частини. Натомість Цивільний кодекс України містить поняття «безвісно відсутнього» у випадку тривалої відсутності фізичної особи за місцем її постійного проживання і невідомості місця її перебування.


1 http://ipress.ua/news/za_chas_ato_znykly_bezvisty_1667_viyskovykh_102011.html

2 <http://ua.112.ua/ato/bezvisty-znyklymy-vvzhaiutsia-289-viiskovosluzhbovtiv-shche-127-perebuvaiut-u-poloni-seleznov-237241.html>

3 <http://tsn.ua/ato/u-zsu-pidrahuvai-kilkist-zagiblih-biyciv-za-ves-chas-ato-na-donbasi-464387.html>

4 http://dt.ua/UKRAINE/v-sbu-nazvali-kilkist-zniklih-bezvisti-v-zoni-ato-181753_.html

5 http://humanrights.org.ua/material/pravoohorongi_vidzvitivali_pro_rezultati_poshuku_zniklih_ljudej



НЕОБХІДНІСТЬ СТВОРЕННЯ ЄДИНОЇ БАЗИ ЗНИКЛИХ БЕЗВІСТИ

Одна із проблем, що має нагальний характер, першочергове значення та досі залишається актуальною, і на необхідності вирішення котрої неодноразово зверталося увага з боку міжнародних місій, органів та організацій. Зокрема, про цю проблему йшлося у Доповідях Управління Верховного комісара ООН з прав людини як за періоди 1 грудня 2014 р. – 15 лютого 2015 р. (п. 39)⁶, так і 16 лютого – 15 травня 2015 р. (п. 29)⁷, а також 16 травня – 15 серпня 2015 р. (п. 35)⁸. Саме відсутність координації зусиль між органами державної влади та організаціями громадянського суспільства⁹ щодо системи збору й обробки уніфікованої інформації щодо осіб, які зникли безвісти у районах проведення АТО, а також прилеглих до цього району територій, обумовила ситуацію

невизначеності, суперечності і, як наслідок, інформаційного вакууму в цій сфері, що, в свою чергу, негативно вплинуло на стан дотримання та захисту прав і свобод людини в Україні.

- 6 Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні (1 грудня 2014 р. – 15 лютого 2015 р.). [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/9thOHCHRreportUkraine.pdf>
- 7 Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні (16 лютого – 15 травня 2015 р.). [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/10thOHCHRreportUkraine.pdf>
- 8 Доповідь щодо ситуації з правами людини в Україні (16 травня – 15 серпня 2015 р.). [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.ohchr.org/Documents/Countries/UA/11thOHCHRreportUkraine.pdf>
- 9 Наприклад, створено веб-сторінку «Книга пам'яті полеглих за Україну». [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://memoybook.org.ua/>. Станом на 1 листопада 2015 р. в книгу внесено 2650 загиблих. Також передбачено ведення Єдиного реєстру учасників антитерористичної операції: див. наказ Міністерства соціальної політики України «Про затвердження Порядку ведення Єдиного реєстру учасників антитерористичної операції» від 06.02.2015 р. № 114 // Офіційний вісник України від 17.03.2015 р., № 19, стор. 123, стаття 536, код акту 75930/2015. Держателем Реєстру є Державна служба України у справах ветеранів війни та учасників антитерористичної операції.

КООРДИНАЦІЯ РОБОТИ З ПОШУКУ ЗНИКЛИХ БЕЗВІСТИ

Ця проблема є причиною виникнення проблеми відсутності єдиної бази даних осіб, зниклих без вісти у районах проведення АТО та прилеглих територіях, про яку йшла мова вище, і також досі залишається невирішеною. Про необхідність створення спільного органу (робочої групи) з вирішення питання про зниклих безвісти осіб і забезпечення його функціонування з метою: збору та обробки інформації про зниклих безвісти осіб; створення зведеного списку зниклих безвісти осіб; впровадження ефективних заходів, що дозволяють розшук, ексгумацію та ідентифікацію людських останків; забезпечення доступу до місця поховань; забезпечення родичів зниклих безвісти осіб вичерпною інформацією щодо прогресу в їхніх випадках; брати участь та координувати дії неурядових та волонтерських організацій у справі пошуку зниклих безвісти осіб, йшлося і у Резолюції ПАРЄ «Зниклі особи під час конфлікту в Україні» від 25 червня 2015 р.¹⁰

Відсутність в Україні такого органу призводить і до неефективності розслідування випадків зникнення осіб безвісти. Так, протягом тривалого часу, відповідно до низки відомих актів, силові структури не були зобов'язані розшукувати полонених та зниклих

безвісти. Наприклад, виходячи з положень інструкції з організації обліку особового складу Збройних Сил України¹¹, якщо зниклий безвісти впродовж певного часу (зазвичай двох тижнів), не з'явився в частину або не дав про себе знати, його просто викреслюють зі списків. Опісля родині надсилають «сповіщення на військовослужбовця (працівника), який загинув (помер), зник безвісти чи потрапив до полону», що «є документом, який містить відомості про місце, дату та причину загибелі (смерті), обставини, за яких військовослужбовець (працівник) зник безвісти чи потрапив до полону, а також характеристику його вірності Батьківщині». Запроваджено також «ідентифікаційні жетони з особистим номером військовослужбовця Збройних сил». Приблизно такі ж норми мають регулювати облік втрат в інших силових структурах, зокрема МВС та ДПС¹².

У зв'язку з цим, та на виконання доручення Президента України від 2 вересня 2014 р., з метою координації роботи з надання допомоги громадянам у питаннях звільнення

полонених, заручників та віднайдення зниклих безвісти, при Службі безпеки України було створено постійно діючий Міжвідомчий центр допомоги громадянам у питаннях звільнення полонених, заручників та віднайдення зниклих безвісти (далі – Міжвідомчий центр)¹³. Попри великий резонанс у пресі навколо заснування цієї установи, фактично вона має змогу хіба що приймати заяви від родин зниклих¹⁴ і жодних пошукових або слідчих дій не проводить у зв'язку з тим, що не має таких можливостей фізично. Це твердження також стосується сфери компетенції та переліку повноважень Державної

служби України у справах ветеранів війни та учасників антитерористичної операції, і Уповноваженої Президента з питань мирного врегулювання ситуації на Донбасі Ірини Геращенко.

З метою реформування діяльності 6 жовтня 2015 р. СБУ повідомила про утворення Об'єднаного центру з координації пошуку, звільнення незаконно позбавлених волі осіб, заручників та встановлення місцезнаходження безвісти зниклих в районах проведення антитерористичної операції (далі – Об'єднаний центр)¹⁵. Було ліквідовано Міжвідомчий центр, а на новостворений орган, в свою чергу, були покладені такі завдання, як дорадчого органу при СБУ:

- » створення та ведення обліку військовослужбовців та цивільних осіб, які були протиправно позбавлені волі або зникли безвісти в районах проведення антитерористичної операції, починаючи з 7 квітня 2014 року;
- » координація підрозділів Центрального управління, органів, закладів та установ Служби безпеки України, Штабу Антитерористичного центру при Службі

¹³ Наказ Центрального управління Служби безпеки України «Про утворення постійно діючого Міжвідомчого центру допомоги громадянам у питаннях звільнення полонених, заручників та віднайдення зниклих безвісти» від 05.09.2014 р. № 560. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: http://www.sbu.gov.ua/sbu/control/uk/publish/article?art_id=130972&cat_id=130971

¹⁴ Так, відповідно до п. 3 вище зазначеного наказу Центрального управління Служби безпеки України № 560, серед основних завдань Міжвідомчого центру є: створення списку військовослужбовців, які постраждали або загинули за Україну, беручи участь у проведенні антитерористичної операції, починаючи з 07 квітня 2014 року; координація підрозділів Центрального управління, органів, закладів та установ Служби безпеки України, Штабу Антитерористичного центру при Службі безпеки України, надання пропозицій іншим державним органам з питань звільнення полонених, заручників та віднайдення зниклих безвісти у період проведення АТО; розгляд заяв, звернень та повідомлень громадян України, іноземців, представників засобів масової інформації та надання їм сприяння і консультативної допомоги у питаннях звільнення полонених, заручників та віднайдення зниклих безвісти у період проведення АТО.

¹⁵ http://www.sbu.gov.ua/sbu/control/uk/publish/article?art_id=161539&cat_id=39574

¹⁰ <http://www.eurointegration.com.ua/articles/2015/06/25/7035273/>

¹¹ Див., наприклад, п. 3 ч. 7 наказу Міністерства оборони України «Про затвердження Інструкції з організації обліку особового складу Збройних Сил України» від 26.05.2014 р. № 333 // Офіційний вісник України від 11.07.2014 р., № 53, стор. 440, стаття 1419, код акту 73007/2014.

¹² Детальніше див.: <http://naidy.org.ua/?p=870>

безпеки України, суб'єктів боротьби з тероризмом, задіяних в антитерористичній операції, та громадських організацій (за згодою) з питань пошуку, звільнення заручників та встановлення місцезнаходження безвісти зниклих осіб в районах проведення антитерористичної операції;

- » участь та координація переговорного процесу з питань звільнення заручників, організація пошуку та встановлення місцезнаходження безвісти зниклих осіб в районах проведення антитерористичної операції;
- » участь у звільненні заручників, координація пошуку та організація роботи з доставки тіл загиблих;
- » розгляд заяв, звернень та повідомлень з питань звільнення заручників та встановлення місцезнаходження безвісти зниклих осіб під час проведення антитерористичної операції;
- » підготовка пропозицій щодо проектів нормативно-правових актів, які регламентують діяльність Об'єднаного центру;
- » виконання інших завдань зі звільнення незаконно позбавлених волі осіб та встановлення місцезнаходження безвісти зниклих в районах проведення антитерористичної операції¹⁶.

На даний час не визначено нормативну основу діяльності Об'єднаного центру та його повноваження. З огляду на його структуру (інформаційний центр (call-центр); координаційна група; група юридичного супроводу

16 http://www.sbu.gov.ua/sbu/control/uk/publish/article?art_id=161539&cat_id=39574

та документального забезпечення; група переговорників; група пошуку та ідентифікації; прес-центр) можна зробити висновок про комплексну діяльність органу, проте поки немає підстав для висновків щодо ефективності новоствореної структури.

Звернувшись до зарубіжного та міжнародного досвіду, можемо констатувати, що подекуди подібні функції виконували т.зв. Комісії по встановленню істини — тимчасові, офіційні несудові органи, яким було доручено розслідувати та документувати випадки серйозних порушень прав людини, допущених у період авторитаризму або узаконених зловживань. Їх основними функціями були: забезпечення проведення офіційного обліку зловживань та підтвердження вірогідності показань жертв, чиї свідчення були найважливішим джерелом для розслідування. Крім цих основних функцій, більшість комісій по встановленню істини виконувала також додаткові, такі як: надання пояснень про причини або обстановку досліджуваних порушень, а також пропозицій по їх запобіганню. Деяким комісіям було доручено також сприяти національному примиренню, хоча таке поняття тлумачилося по-різному. Крім того, до сфери компетенції комісій по встановленню істини в Марокко, Перу, Південній Африці входило також встановлення долі зниклих насильницьким способом осіб. Проте, зазвичай, перед комісіями ставилася вужча мета: отримати повідомлення про випадки зникнення і на цій основі створити реєстр, який у подальшому можна було б використати в якості першооснови для роботи спеціалізованих установ та організацій¹⁷.

17 «Comparative Study on the Impact of Truth Commissions» by Bogdan Ivanisevic, May 2009. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://www.recom.link/wp-content/uploads/2014/12/Comparative-Study-on-the-Impact-of-Truth-Commissions.pdf>

Слід також звернути увагу на те, що 21 липня 2000 р. при Міністерстві юстиції України було утворено Міжвідомчу комісію з імплементації в Україні міжнародного гуманітарного права. Положення про Міжвідомчу комісію з імплементації в Україні міжнародного гуманітарного права, затверджене Постановою Кабінету Міністрів України від 21.07.2000 р. № 1157, визначає в якості основних завдань Комісії:

- » вивчення і аналіз законодавства України та підготовка пропозицій щодо приведення його у відповідність з положеннями міжнародних договорів з питань гуманітарного права, учасником яких є Україна;
- » координація діяльності міністерств, інших центральних і місцевих органів виконавчої влади, органів місцевого самоврядування, зацікавлених громадських організацій з питань імплементації в Україні міжнародного гуманітарного права;
- » інформаційно-методичне забезпечення діяльності органів державної влади, органів місцевого самоврядування, а також зацікавлених установ і організацій, пов'язаної з імплементацією міжнародного гуманітарного права, сприяння пропаганді та роз'ясненню його норм¹⁸.

Фактично, цей орган функціонує вже п'ятнадцять років, однак за період його діяльності не було проведено ефективних та дієвих заходів, спрямованих на утвердження

18 Постанова Кабінету Міністрів України «Про утворення Міжвідомчої комісії з імплементації в Україні міжнародного гуманітарного права» від 21.07.2000 р. № 1157 // Офіційний вісник України від 11.08.2000 р., № 30, стор. 100, стаття 1275, код акту 16352/2000.

та реалізацію в Україні норм міжнародного гуманітарного права. В умовах збройного конфлікту в Україні, за півтора роки подій, Комісією було проведено засідання 22 жовтня 2015 р., висновок якого можна висловити таким чином: «Україна має забезпечити виконання усіх вимог Женевських конвенцій, в тому числі, урегулювати статус безвісти відсутніх осіб, створити єдиний реєстр таких осіб для полегшення їх пошуку»¹⁹. Тож постає питання щодо необхідності презентування звіту по роботі даної Комісії та визначення доцільності її подальшого функціонування.

19 <https://minjust.gov.ua/ua/news/47769>

ПРОБЛЕМИ ПІДСЛІДНОСТІ ПРАВОХОРОННИХ ОРГАНІВ

За фактом вбивства та зникнення за обставин, що загрожують життю у районах проведення антитерористичної операції, заяви про кримінальні правопорушення приймаються управліннями Міністерства внутрішніх справ (далі – МВС) України. Згідно з п. 1 ст. 218 Кримінального процесуального кодексу (далі – КПК) України досудове розслідування проводиться слідчим того

органу досудового розслідування, під юрисдикцією якого знаходиться місце вчинення кримінального правопорушення. Фактично аналіз матеріалів кримінальних проваджень свідчить про те, що досудове розслідування проводиться тим же органом досудового розслідування, який прийняв заяву про злочин і вніс його в єдиний реєстр досудових розслідувань.

НАПРИКЛАД:

08.10.2014 р. було подано заяву про зникнення військовослужбовця ОБСП НГУ «Донбас» В. у зоні проведення антитерористичної операції в районі м. Гловайськ Донецької області 29.08.2014 р. в Головне управління МВС України в Київській області. 09.10.2014 р. заяву було внесено до єдиного реєстру досудових розслідувань. Розслідування і в даний час проводиться Головним управлінням МВС України в Київській області.

14.08.2014 р. було подано заяву про умисне вбивство військовослужбовця 30-ї окремої механізованої бригади Ш. 09.08.2014 р. в районі с. Степанівка Донецької області до Управління МВС України в Житомирській області. Заява була внесена в єдиний реєстр досудових розслідувань. Розслідування продовжує проводитися Управлінням МВС України в Житомирській області.

Крім того, при зверненні із заявами про кримінальне правопорушення до Служби безпеки України (далі – СБУ), її управліннями також відкривалися кримінальні провадження за вказаними в заявах фактами. Також СБУ було відкрито кримінальне провадження № 2201400000000475 від 13.10.2014 р., яке

охоплює, зокрема, факти взяття в полон терористами самопроголошених республік громадян України на території Донецької та Луганської областей. У межах цього кримінального провадження здійснюється розслідування злочинів передбачених:

- » п. 1 ч. 2 ст. 115 КК України - умисне вбивство двох або більше осіб;
- » ч. 3 ст. 258 КК України - терористичний акт, вчинений повторно або за попередньою змовою групою осіб, або якщо він призвів до заподіяння значної майнової шкоди, або до загибелі людини;
- » ч. 1 ст. 258-3 КК України - створення терористичної групи чи терористичної організації, керівництво такою групою чи організацією або участь у ній, а також організаційне чи інше сприяння створенню або діяльності терористичної групи чи терористичної організації;
- » ч. 1 ст. 438 КК України - жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт, розграбування національних цінностей на окупованій території, застосування засобів ведення війни, заборонених міжнародним правом, інші порушення законів і звичаїв війни, передбачених міжнародними договорами, згода на обов'язкову силу яких надана Верховною Радою України, а також віддання наказу про вчинення таких дій;

- » ч. 2 ст. 438 КК України - дії, передбачені попереднім пунктом, поєднані з умисним вбивством²⁰.

Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про прокуратуру» щодо утворення військових прокуратур» від 14.08.2014 р. № 1642-VII²¹ була створена система військових прокуратур в такому вигляді: Головна військова прокуратура (на правах структурного підрозділу Генеральної прокуратури України), військові прокуратури регіонів (на правах регіональних), військові прокуратури гарнізонів та інші військові прокуратури (на правах місцевих)²². Наказ Генеральної прокуратури України від 29.08.2014 р. «Про особливості діяльності військових прокуратур» № 12гн закріпив за військовими прокуратурами обов'язок з процесуального керівництва досудовим розслідуванням військових кримінальних правопорушень та правопорушень, вчинених військовослужбовцями військових

²⁰ Кримінальний кодекс України від 05.04.2001 р. // Відомості Верховної Ради України від 29.06.2001 р., № 25, стаття 131.

²¹ Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про прокуратуру» щодо утворення військових прокуратур» від 14.08.2014 р. № 1642-VII // Відомості Верховної Ради України від 26.09.2014 р., № 39, стор. 2823, стаття 2013.

²² Закон України «Про прокуратуру» від 14.10.2014 р. № 1697-VII // Відомості Верховної Ради України від 16.01.2015 р., / № 2-3 /, стор. 54, стаття 12.

формувань та правоохоронних органів України. До підслідності військової прокуратури віднесено злочини, передбачені статтями 402-421, 425-435 КК України (розділ XIX «Злочини проти встановленого порядку несення військової служби»). Серед них такі злочини, як невиконання наказу, дезертирство, бездіяльність військової влади, мадерство та інші.

Так, з моменту створення, військовими прокуратурами були відкриті кілька кримінальних проваджень, дані яких стали доступними для громадськості:

- » № 4201400000000900 - внесене до реєстру досудових розслідувань 04.09.2014 р. за фактом службової недбалості при проведенні військової операції в н.п. Іловайськ Донецької області. Попередня кваліфікація злочину: ч. 3 ст. 425 КК України (недбале ставлення військової службової особи до служби, якщо воно призвело до заподіяння істотної шкоди, в умовах особливого періоду). На даний час кримінальне провадження перебуває на стадії досудового розслідування;
- » № 42014060360000086 - внесене до реєстру досудових розслідувань 27.08.2014 р. за фактом можливої бездіяльності військовослужбовців військової частини А0409, яка призвела до самовільного залишення бойових позицій поблизу с. Степанівка Шахтарського району Донецької області особовим складом підрозділів частини, вогневого ураження значної кількості військової техніки і тяжких втрат серед особового складу. Попередня кваліфікація правопорушення проводилася за ч. 3 ст. 426 КК України (бездіяльність військової влади, яка призвела до тяжких наслідків в умовах

особливого періоду). 27.02.2015 р. дане кримінальне провадження було закрито на підставі п. 2 ч. 1 ст. 284 КПК України у зв'язку з відсутністю в діях службових осіб військової частини А0409 складу кримінального правопорушення.

Але актуальним для вирішення на даний час залишається питання підслідності кримінальних правопорушень, вчинених у районах проведення антитерористичної операції. Складність зумовлює комплексний характер вчинених діянь. Наприклад, ст. 438 КК України передбачає кримінальну відповідальність за жорстоке поводження з військовополоненими або цивільним населенням, вигнання цивільного населення для примусових робіт та інші порушення законів та звичаїв війни. Склад даного кримінального правопорушення охоплює, зокрема, нанесення тілесних ушкоджень особі. Кваліфікованим складом злочину є вчинення передбачених ч. 1 ст. 438 КК України дій, якщо вони поєднані з умисним вбивством хоча б однієї особи.

Фактично, на даний час, за фактами вчинення одних і тих же кримінальних правопорушень у районах проведення АТО, різними правоохоронними органами відкриваються окремі кримінальні провадження. Згідно з п. 2 ст. 216 КПК України до підслідності Служби безпеки України належить, зокрема, розслідування злочинів, передбачених ст. 438 КК України²³. Крім того, п. 2 ст. 2 Закону України «Про Службу безпеки України» передбачає, що до завдань Служби безпеки України також входить попередження, припинення та розкриття злочинів проти миру і безпеки

23 Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4851-VI // Відомості Верховної Ради України від 08.03.2013 р., / № 9-10 /, стор. 474, стаття 88.

людства, припинення тероризму²⁴. Досудове розслідування кримінальних проваджень, передбачених ст. 115, ст. 121 КК України здійснюється органами МВСУ.

Потерпілими використовується право на звернення до МВСУ та СБУ із заявами про вчинення кримінальних правопорушень як основних національних засобів захисту своїх порушених прав. Правова кваліфікація вчинених діянь здійснюється правоохоронними органами в залежності від їх підслідності. СБУ, як правоохоронний орган, уповноважений здійснювати досудове розслідування найтяжчого кримінального правопорушення, має займатися злочинами, вчиненими у районах проведення АТО. Слід використовувати пріоритетність кваліфікації вчинених кримінальних правопорушень, передбачених ст. 438 КК України, перед ст.ст. 115, 121 КК України. МВСУ, в свою чергу, має виконувати доручення СБУ в межах досудового розслідування, з метою уникнення дублювання слідчих дій.

03.09.2015 р. Генеральним прокурором України було прийнято рішення про створення у складі Головної військової прокуратури управління з розслідування злочинів проти миру, безпеки і людства і міжнародних правопорушень. Підрозділ включає 34 людини: прокурори, слідчі і процесуальні керівники. Як зазначається у повідомленні прес-служби Генеральної прокуратури України: «це управління займатиметься розслідуванням, об'єднанням, акумуляцією та направленням до суду кримінальних розслідувань, що стосуються документального підтвердження, збору доказів та отримання

24 Закон України «Про Службу безпеки України» від 25.03.1992 р. № 2229-XII // Відомості Верховної Ради України від 07.07.1992 р., № 27, стаття 382.

в подальшій перспективі рішень судів про ведення агресивної війни, російське військо-ве вторгнення на територію України, сприяння терористичним організаціям»²⁵.

Фактично, розслідування № 2201400000000475 від 13.10.2014 р., яким займалася СБУ за фактами вчинення злочинів у районах проведення антитерористичної операції, у жовтні 2015 р. було передано новоствореному підрозділу при Головній військовій прокуратурі.

Тому існує потреба у чіткому розмежуванні підслідності у випадку здійснення досудового розслідування кримінальних правопорушень, вчинених у районах проведення АТО. Прокуратура є органом, уповноваженим здійснювати процесуальне керівництво і контроль за проведенням досудового розслідування. У повідомленні управління зв'язків з громадськістю та ЗМІ Генеральної прокуратури України було анонсовано, що зазначене управління буде здійснювати досудове розслідування. При цьому, в основному процесуальному законі – КПК України – не визначено військову прокуратуру в якості повноважного органу на проведення досудового розслідування. Таким чином, закріплення повноважень органу досудового розслідування за військовими прокуратурами викликає конфлікт підслідності з управліннями МВСУ та СБУ, що, в свою чергу, призводить до гальмування роботи, переведення відповідальності за проведення розслідувань з одного органу на інший, бездіяльності та, врешті-решт, відсутності ефективного розслідування злочинів на практиці.

25 http://www.gp.gov.ua/ua/news.html?_m=publications&_t=rec&id=161672

- » потрібна наявність певної форми ефективного розслідування, коли людину було вбито в результаті використання сили (Gongadze v. Ukraine, no. 34056/02, § 176)³⁰;
- » яким би не був спосіб розслідування, доступні засоби юридичного захисту в їх поєднанні повинні бути здатними привести до встановлення фактів, притягнення до відповідальності винних та забезпечення відповідного відшкодування. З цього випливає вимога щодо своєчасності розслідування та відсутності непотрібних затримок (Kosmata v. Ukraine, nos. 10558/11 and 28218/11, § 52)³¹;
- » якщо розслідування містить недоліки, які не дозволяють установити причину смерті або визначити винних осіб, які є безпосередніми виконавцями злочину або особами, які його фінансували чи організували, то таке розслідування може не відповідати вимозі ефективності (Ramsahai and Others v. Netherlands, no. 52391/99, § 324)³²;

- » органи державної влади повинні були вжити всіх необхідних заходів для отримання доказів, які стосуються справи. Будь-який недолік розслідування, який підриває його здатність установити причину смерті або винних осіб, є загрозою недотримання цього стандарту (Makaratzis v. Greece, no. 50385/99, § 74)³³;
- » зобов'язання щодо розслідування «не є зобов'язанням результату», а «зобов'язанням засобів»: не кожне розслідування обов'язково закінчується успішно або доходить висновку, який збігається з викладом подій позивачем. Проте, воно в принципі повинно бути здатне привести до встановлення фактів справи та, якщо твердження виявляється правдивими, до встановлення та покарання винних осіб (Al-Skeini and Others v. the United Kingdom, no. 55721/07, § 166)³⁴;
- » органи влади повинні вжити всіх заходів для отримання доказів, які стосуються справи. Недоліки в розслідуванні, які підривають його здатність установити причину смерті або винних осіб, можуть суперечити такому стандарту (Ilhan v. Turkey, no. 22277/93, § 63)³⁵;

- » розслідування повинно бути особливо ретельним, безстороннім і повним (Slimani v. France, no. 57671/00, § 29)³⁶;
- » характер і межі розгляду, що відповідають мінімальному критерію ефективності розслідування, залежать від обставин справи. Вони оцінюються на підставі усіх фактів і з урахуванням практичних реалій слідчої роботи. Не уявляється можливим звести різноманітність ситуацій, які можуть статися, до простого переліку слідчих дій та інших спрощених критеріїв (Soare et autres c. Roumanie, no. 24329/02, § 162)³⁷.

Керуючись вищезазначеними принципами ЄСПЛ щодо проведення ефективного розслідування, та, проаналізувавши стан ведення розслідувань національними правоохоронними органами, можна стверджувати про їх порушення державою Україна.

30 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Gongadze v. Ukraine» [Заява № 34056/02] від 08.11.2005 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-70853>

31 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Kosmata v. Ukraine» [Заяви № 10558/11 і 28218/11] від 15.11.2015 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-150304&filename=001-150304.pdf&TID=ihgdqbxnf>

32 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ramsahai and Others v. the Netherlands» [Заява № 52391/99] від 15.05.2007 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-80563>

33 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Makaratzis v. Greece» [Заява № 50385/99] від 20.12.2004 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-67820>

34 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Al-Skeini and Others v. the United Kingdom» [Заява № 55721/07] від 07.07.2011 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-105606>

35 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Ilhan v. Turkey» [Заява № 22277/93] від 27.06.2000 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58734>

36 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Slimani v. France» [Заява № 57671/00] від 27.07.2004 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-61944>

37 Рішення Європейського суду з прав людини у справі «Soare et autres c. Roumanie» [Заява № 24329/02] від 22.02.2011 р. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-103591>

НАПРИКЛАД:

У справі умисного вбивства солдата Ш. першого свідка події було допитано 20.01.2015 р., хоча вбивство було вчинено 09.08.2014 р., а заява про злочин була подана 14.08.2014 р. В даному випадку проведення слідчих дій є несвоечасним. Правоохоронним органом були проведені слідчі дії лише за ініціативи потерпілої та після підтвердження судово-медичною експертизою співпадиння зразків ДНК.

В кримінальному провадженні за фактом умисного вбивства солдата Г. за десять місяців досудового розслідування не було допитано жодного свідка події. В даному випадку, фактично досудове розслідування не проводиться. Правоохоронним органом не вживаються заходи з метою встановлення обставин кримінального правопорушення.

Як в першому, так і в другому випадках органом досудового розслідування не було проведено жодної слідчої дії у відповідності до процесуального закону. Дані факти свідчать про наявність порушень не лише норм національного законодавства, але й визначених ЄСПЛ принципів.

КОЛІЗІЯ МІЖ МЕХАНІЗМОМ РОЗСЛІДУВАННЯ ТА ПРАКТИКОЮ ЙОГО ЗАСТОСУВАННЯ

У межах досудового розслідування, з метою встановлення місцезнаходження безвісно зниклого, відкривається оперативно-розшукова справа категорії «Розшук». Вона передбачає проведення таких слідчих дій:

» щодо військовослужбовців – направлення запиту до військової частини, до якої належить військовослужбовець, з метою встановлення таких питань: чи дійсно військовослужбовець перебуває на службі у даній військовій частині; чи перебуває даний військовослужбовець у районах проведення антитерористичної операції; чи є військовослужбовець у списках загиблих по військовій частині; чи є військовослужбовець у списках полонених по військовій частині.

НАПРИКЛАД,

у справі зниклого без вісти солдата Л. такий запит був направлений до Головного управління Національної Гвардії України 19.09.2014 р. Відповідь з Національної гвардії була отримана 29.12.2014 р., разом зі списком полонених та загиблих, підтверджених військовою частиною.

В даному випадку сама слідча діє є необхідною у межах досудового розслідування, проте, у запиті слідчого не встановлено строку виконання запиту. З огляду на те, що запит було виконано через три з половиною місяці, це свідчить про порушення принципу розумності строків кримінального провадження. Крім того, це є порушенням принципу своєчасності проведення розслідування, який встановлено практикою ЄСПЛ.

» направлення запиту до Державної прикордонної служби з приводу надання інформації про перетин особою, яка розшукується, кордону за допомогою міжвідомчої підсистеми «Аркан». Система «Аркан» передбачає обробку інформації, щодо контролю осіб, транспортних засобів та вантажів, які перетинають державний кордон України³⁸.

³⁸ Наказ Адміністрації Державної прикордонної служби України, Державної митної служби України, Державної податкової адміністрації України, Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства закордонних справ України, Міністерства праці та соціальної політики України, Служби безпеки України, Служби зовнішньої розвідки України «Про затвердження Положення про інтегровану міжвідомчу інформаційно-телекомунікаційну систему щодо контролю осіб, транспортних засобів та вантажів, які перетинають державний кордон» від 03.04.2008 р. № 284/287/214/150/64/175/266/75 // Офіційний вісник України від 02.06.2008 р., № 37, стор. 54, стаття 1249, код акту 43118/2008.

» необхідність здійснення ідентифікації абонентського номера зниклого безвісти та встановлення його місця знаходження в день зникнення, відтворення маршруту переміщення особи в день зникнення. Оскільки у кожній особі, що перебуває у районах проведення антитерористичної операції, при собі є засіб мобільного зв'язку з одним чи кількома номерами мобільних операторів, прослідкувати рух особи по території можна на основі даних мобільного оператора щодо окремого абонентського номера. Надання доступу правоохоронним органам до інформації про зв'язок абонентського номера здійснюється на підставі ухвали слідчого судді. Ухвала виноситься за результатами розгляду клопотання слідчого, погодженого з прокурором.

НАПРИКЛАД:

За фактом викрадення громадянина М. 17.06.2014 р. у м. Донецьк з його місця роботи кримінальне провадження було відкрито 28.10.2014 р. Старшим слідчим було направлено клопотання до слідчого судді про надання тимчасового доступу до інформації оператора мобільного зв'язку щодо надання телекомунікаційних послуг, у тому числі

отримання послуг, їх тривалості, маршрутів передавання, з прив'язкою до місцевості даних абонентів, а також встановлення IMEI телефонів, яким користувалися абоненти. Аналіз інформації мав виявити місце знаходження М., встановлення кола його спілкування, абонентських номерів з якими контактував потерпілий, його місце знаходження у час скоєння кримінального правопорушення, встановлення осіб, які могли бути причетні до скоєного злочину. Ухвалою слідчого судді від 27.11.2014 р. клопотання старшого слідчого було задоволено. Строк дії ухвали встановлений до 27.12.2014 р. 20.01.2015 р. у оператора мобільного зв'язку було вилучено вказану інформацію. За результатами аналізу інформації, потерпілий повідомив, що слідчі дії результату не дали, було встановлено, що 17.06.2014 р. абонентський номер був відключений та з того моменту у мережі не з'являвся.

Виходячи із зазначеної ситуації, слід сказати про те, що важливим є не лише сам факт проведення слідчої дії, але і її результативність. Правоохоронним органом було використано можливість, передбачену КПК України,

отримано дані від мобільного оператора, проте, інформація не була проаналізована належним чином.

В переважній більшості кримінальних проваджень інформація у мобільного оператора навіть не запитується.

НАПРИКЛАД:

В межах розслідування обставин вбивства військового О. 29.08.2014 р., при огляді помешкання потерпілої, було вилучено талон із серійним номером мобільного телефону вбитого О. Проте, в межах кримінального провадження не було направлено жодного запиту про доступ до інформації мобільного оператора щодо місця перебування абонента.

В даному випадку правоохоронний орган мав можливість встановити точне місце загибелі, використовуючи дані мобільного телефону загиблого. Розслідування не є повним та результативним, оскільки не приводить до встановлення обставин вчинення кримінального правопорушення, що є прямим порушенням Конвенції про захист прав людини та основоположних свобод.

Аналіз інформації абонентського номера мобільного оператора – одна з основних можливостей встановлення останнього можливого місця перебування зниклої безвісти чи вбитої особи, проте, правоохоронними органами, в переважній більшості, така інформація не запитується та не аналізується.

» проведення перевірки наркологічних, психіатричних диспансерів, притулків, моргів на предмет надходження зниклої особи;

» направлення вимоги до Управління інформаційно-аналітичного забезпечення Головного управління Міністерства внутрішніх справ, з метою отримання інформації про можливе притягнення до відповідальності безвісно зниклого.

НАПРИКЛАД:

Доручення слідчого на проведення зазначених слідчих дій у справі зниклого безвісти солдата Л. було винесено 10.12.2014 р., в якому вказаний термін виконання доручення – 30.12.2014 р. Проте, заява про вчинення злочину була внесена в єдиний реєстр досудових розслідувань 18.09.2014 р.

В даній ситуації слідчу дію слід аналізувати в двох аспектах. По-перше, чи є необхідним її проведення в межах досудового розслідування зникнення особи у районі АТО? Яка мета проведення даної слідчої дії, коли особа зникла за обставин, що загрожують її життю? Використання всіх засобів, передбачених процесуальним законом, не завжди є показником ефективності розслідування. Слідча дія, яка ініціюється правоохоронним органом, має бути результативною та дієвою в конкретному кримінальному провадженні. Її проведення має приводити до досягнення результату, необхідного в межах окремого розслідування. По-друге, в даному прикладі слід звернути увагу на строки. Якщо правоохоронний орган діє в межах існуючої загальної системи проведення досудового розслідування окремої категорії кримінальних правопорушень, то ним мають чітко встановлюватись та дотримуватись строки проведення досудового розслідування. З метою досягнення найбільшої ефективності при здійсненні слідчих дій мають визначатись строки виконання доручень. Всі слідчі дії, які

проводяться правоохоронними органами, мають бути своєчасними та оперативними, спрямованими на швидке отримання повної та необхідної інформації.

» моніторинг матеріалів, розміщених в засобах масової інформації. У мережі Інтернет самі ж представники незаконних озброєних формувань викладають відео та фотоматеріали, які фіксують вчинені ними злочини. Ці матеріали мають бути використані в якості доказів у межах кримінального провадження.

НАПРИКЛАД:

Кримінальне провадження за фактом умисного вбивства військовослужбовця Б. за час перебування у заручниках незаконного збройного формування самопроголошеної «Донецької народної республіки». 21.04.2015 р. серед вказівок прокурора слідчому зазначено «провести моніторинг статей у засобах масової інформації на предмет встановлення інформації щодо перебування Б. у полоні бойовиків та причини смерті останнього, допитати із вказаних питань авторів зазначених статей та можливих свідків і очевидців події». Потерпілою в ході допиту були зазначені посилання на відеоматеріали сайту www.youtube.com, на яких вона впізнала свого вбитого сина. Зокрема, на одному з відео видно тіло вбитого Б. Проте, в матеріалах кримінального провадження не міститься жодного впізнання чи аналізу відеоматеріалів.

З огляду на характер висвітлення збройного конфлікту на Сході України засобами

масової інформації, матеріали, розміщені як українськими ЗМІ, так і російськими ЗМІ та телеканалами незаконних збройних формувань, мають бути використані в досудовому розслідуванні правоохоронними органами. Не беручи до уваги аналіз інформації та її представлення ЗМІ, для розслідування мають цінність самі фото- та відеоматеріали, які стають основою для певного сюжету чи статті. Вони, в першу чергу, фіксують вчинення кримінального правопорушення, його суспільно небезпечні наслідки, навіть винних осіб, дозволяючи їх ідентифікувати. Здійснюючи моніторинг розміщених матеріалів у ЗМІ, можна відтворити хронологію подій, встановити причинно-наслідковий зв'язок між діями та наслідком. Терористами фото- та відеозйомка використовується як своєрідний засіб «вихваляння» вчиненим. В свою чергу, ці ж фото та відео в подальшому можуть бути використані проти самих же учасників незаконних озброєних формувань. Зараз, в переважній більшості, моніторинг матеріалів ЗМІ здійснюють самі ж потерпілі, чи правозахисники, які займаються документуванням злочинів, вчинених на Сході України.

» проведення допиту свідків подій, за яких особа зникла безвісти чи була вбита. Проте, фактично, навіть допит свідків у межах досудового розслідуваннями слідчими не проводиться.

НАПРИКЛАД:

У кримінальному провадженні від 29.08.2014 р. за фактом вбивства військового О. в с. Степанівка Донецької області слідчим було опитано десять свідків, які проходили військову службу разом з загиблим в 30-й окремій механізованій бригаді

та були очевидцями події. Свідки були опитані в період з 19.10.2014 р. по 18.07.2015 р. Протоколи допитів дев'яти з десяти свідків ідентичні, містять однакову інформацію, дослівно. Лише один з десяти свідків являвся очевидцем смерті військового В. та у своїх поясненнях описав обставини його загибелі.

В даному прикладі викликає сумнів якість проведення допиту свідків. Із десяти протоколів допиту лише в одному міститься інформація, яка є важливою та суттєвою для слідства.

У кримінальному провадженні від 14.08.2014 р. за фактом загибелі військового Ш. допит трьох свідків – очевидців смерті Ш. – було проведено за ініціативи потерпілої. Свідки були опитані 20-21.01.2015 р.

В даному випадку проведення слідчої дії було ініційовано самою потерпілою, слідчий не вважав за необхідне здійснити допит свідків з метою встановлення обставин вчинення кримінального правопорушення. Інформація, яка стосувалася загибелі військового, надавалася потерпілою слідчому, а не навпаки. Дії слідчого порушують вимогу щодо ефективності проведення розслідування. Крім того, було порушено принцип розумності строків кримінального провадження, оскільки з моменту його порушення до моменту проведення допиту першого свідка пройшло майже шість місяців.

Проведення допиту свідків – найдоступніший для органів досудового розслідування спосіб відтворення подій, які стали причиною зникнення безвісти чи смерті особи в умовах проведення антитерористичної операції. У відповідь на письмовий запит потерпілих про стан досудового розслідування органи Міністерства внутрішніх справ відповідають таким формулюванням, Наприклад, «територія м. Луганськ тимчасово не контролюється органами державної влади України, що унеможливує проведення слідчих дій у зазначеному кримінальному провадженні на вказаній території. Після закінчення проведення антитерористичної операції на території Луганської області досудове розслідування у вказаному кримінальному провадженні буде проведено в повному обсязі».


Визнання правоохоронними органами держави неможливості провести розслідування вчинених під час збройного конфлікту злочинів зумовлює необхідність використання механізмів, передбачених міжнародним правом. Найефективнішим є Міжнародний кримінальний суд. Його участь у здійсненні розслідування можлива за умови, якщо при виключних обставинах національні правоохоронні органи та суди не мають можливості здійснювати правосуддя. Збройні конфлікти міжнародного характеру та їх наслідки не можуть бути повною мірою досліджені та проаналізовані в межах національного кримінального права. Наприклад, щорічні звіти правоохоронних органів Грузії, які подаються до Міжнародного кримінального суду, висвітлюють неможливість здійснення повного та ефективного розслідування злочинів, вчинених під час збройного протистояння в Південній Осетії у 2008 році. Крім того, розслідування має проводитися і щодо злочинів, вчинених не тільки терористами, а й українськими військовими не тільки в зоні

конфлікту, а й на підконтрольній Україні території. Досудове розслідування таких кримінальних правопорушень правоохоронними органами взагалі нівелюється.

Здійснення правосуддя щодо злочинів, вчинених під час збройного конфлікту в Югославії, на національному рівні виявилось неможливим через політичну ситуацію на Балканському півострові. Основними проблемами розслідування злочинів, вчинених під час збройного конфлікту в Південній Осетії, є неможливість отримати докази та провести огляд місця події, що знаходиться в зоні конфлікту, неможливість притягнення до відповідальності громадян іноземної держави.

Наразі правоохоронні органи України на практиці приходять до такої ж ситуації. Однак, не варто забувати про те, що при розслідуванні кожного вчиненого злочину важливим є фактор часу: чим більше часу пройшло з моменту вчинення правопорушення, тим важче встановити умови його вчинення, відновити події, ідентифікувати винних осіб. На даний час правоохоронними органами України нівелюються вимоги кримінального процесуального закону щодо здійснення досудового розслідування. Неспроможність встановити факти та неефективність слідчих дій пояснюють «неможливістю доступу до території». Територіальними управліннями правоохоронних органів не проводиться

робота щодо аналізу подій та збору доказів в межах кримінальних проваджень. Не спробувавши використати доступні засоби, правоохоронні органи вже посилаються на неможливість виконувати свої обов'язки належним чином. Розглядаючи можливість проведення розслідування Міжнародним кримінальним судом, правоохоронними органами не проводиться централізованої роботи щодо такого розслідування, збору доказової бази щодо вчинених злочинів.



ВІДСУТНІСТЬ КООРДИНАЦІЇ ДІЙ МІЖ СЛІДСТВОМ ТА ВІЙСЬКОВИМИ ЧАСТИНАМИ

У кримінальних провадженнях щодо зникнення безвісти та смерті/загибелі військових у районах проведення антитерористичної операції при виконанні бойових завдань до розслідування доцільно долучати військову частину, в якій проходив службу військовослужбовець. Правова регламентація проведення розслідування військовою частиною забезпечується:

» Інструкцією про розслідування та облік нещасних випадків, професійних захворювань та аварій у Збройних Силах України, затвердженою Наказом Міністерства оборони України від 06.02.2001 р. № 36 - вона визначає порядок розслідування та обліку нещасних випадків з військовослужбовцями і військовозобов'язаними, які призвані на збори, професійних захворювань, отриманих ними під час проходження військової служби (зборів), та аварій, що сталися у військових частинах, військово-навчальних закладах, установах, організаціях Збройних Сил України, структурних підрозділах центрального апарату Міністерства оборони України та Генерального штабу Збройних Сил України³⁹. Проте, дія цієї Інструкції не поширюється на розслідування обставин отримання захворювань, поранень, контузій, травм, каліцтв військовослужбовцями під час бойових дій, участі в антитерористичній операції;

» Інструкцією про порядок проведення службового розслідування у Збройних

³⁹ Наказ Міністерства оборони України «Про затвердження Інструкції про розслідування та облік нещасних випадків, професійних захворювань і аварій у Збройних Силах України» від 06.02.2001 р. № 36 // Офіційний вісник України від 16.03.2001 р., № 9, стор. 335, стаття 385, код акту 17922/2001.

Силах України, затвердженою Наказом Міністра оборони України від 15.03.2004 р. № 82 – вона визначає підстави, порядок призначення і проведення службового розслідування стосовно військовослужбовців Збройних Сил України, які допустили правопорушення (порушення військової дисципліни та громадського порядку)⁴⁰. Порядок, визначений в даній Інструкції, прив'язаний до вчинення військовослужбовцем правопорушення під час виконання ним службових обов'язків.

Жодна з названих інструкцій не містить прямих вказівок для військових частин для проведення службового розслідування подій, що трапилися в ході бойових дій, виконання завдань під час проведення антитерористичної операції. Необхідність розроблення методичних рекомендацій для військових частин по проведенню розслідування обставин бойових операцій, під час яких військова частина понесла втрати серед особистого складу, зумовлена самим ходом антитерористичної операції. Події в с. Степанівка Донецької області у серпні 2014 р., м. Іловайськ Донецької області у серпні-вересні 2014 р., м. Дебальцево Донецької області у лютому 2015 р. не були зафіксовані в повній мірі. В аспекті проведення ефективного розслідування подій у районах проведення антитерористичної операції, доцільно передбачити повноваження військових частин щодо первинного збору інформації на законодавчому рівні.

⁴⁰ Наказ Міністра оборони України «Про затвердження Інструкції про порядок проведення службового розслідування у Збройних Силах України» від 15.03.2004 р. № 82 // Офіційний вісник України від 16.04.2004 р., № 13, стор. 436, стаття 939, код акту 28353/2004.

Наприклад, Інструкція про порядок проведення службового розслідування у Збройних Силах України передбачає встановлення в ході розслідування:

1. наявності чи відсутності події, з приводу якої було призначено розслідування, та її обставини (час, місце) і наслідки;
2. осіб, з вини яких трапилася подія, та осіб, дії чи бездіяльність яких сприяли шкідливим наслідкам або створювали загрозу для їх спричинення;
3. наявності причинного зв'язку між подією, з приводу якої було призначено службове розслідування, та неправомірними діями військовослужбовця;
4. конкретних неправомірних дії військовослужбовця, яким вчинено правопорушення;
5. вимог чинного законодавства чи інших нормативно-правових актів та керівних документів, які було порушено;
6. ступеня вини кожної з осіб, причетних до правопорушення;
7. форми вини (навмисно чи з необережності) та мотивів протиправної поведінки військовослужбовця і його ставлення до скоєного;
8. умов та причин, що сприяли правопорушенню;
9. факту вчинення правопорушення під час виконання військовослужбовцем службових обов'язків.

Зазначений план розслідування слід взяти за основу і під час здійснення аналізу подій у районах проведення антитерористичної операції. Після закінчення військової операції на базі військової частини доцільно:

- » дослідити обставини події, відновити хід бойових дій на основі пояснень військовослужбовців, які виконували поставлені завдання від військової частини;
- » фіксувати місцезнаходження бойових позицій, перебування особистого складу військової частини на позиціях;
- » формувати списки особистого складу військової частини із зазначенням осіб, які загинули чи зникли безвісти в ході бойових дій;
- » встановлювати причинно-наслідковий зв'язок між подіями та понесеними втратами.

Необхідно забезпечувати співпрацю органів досудового розслідування з командуванням військових частин в аспекті обміну інформацією. Дані та відомості, зібрані військовою частиною становлять державну таємницю у сфері оборони⁴¹. Їх використання обмежено законом. В межах проведення досудового розслідування правоохоронними органами, з метою встановлення обставин кримінального правопорушення, доцільно відкрити доступ до матеріалів, зібраних військовою частиною, органам досудового розслідування. Для захисту інформації та надання доступу до неї правоохоронним органам необхідно створити єдину інформаційну базу подій АТО, дані в яку вноситимуться військовими частинами та міститимуть інформацію щодо подій, які спричинили загибель чи зникнення військовослужбовців.

Інформація в базі має розміщуватися у формі письмових показань свідків, карт місця події, списків загиблих та зниклих військовослужбовців, актів проведених службових розслідувань. Така база зможе прискорити хід досудового розслідування та зробити його проведення більш ефективним.

41 Закон України «Про державну таємницю» від 21.01.1994 р., № 3855-XII // Відомості Верховної Ради України від 19.04.1994 р., № 16, стор. 422, стаття 93.



ПРОБЛЕМИ ІДЕНТИФІКАЦІЇ ТІЛ ЗАГИБЛИХ

Згідно з п. 1 ч. 2 ст. 242 КПК України слідчий або прокурор зобов'язаний звернутися до експерта для проведення експертизи щодо встановлення причин смерті⁴². Практика кримінальних проваджень за фактом смерті/загибелі, зникнення безвісти у районах проведення антитерористичної операції свідчить про те, що проведення молекулярно-генетичної експертизи є обов'язковою слідчою дією в межах досудового розслідування. За даними статистики, станом на вересень 2015 р.:

- » надійшло фрагментів тіл загиблих для дослідження – 1671;
- » кількість осіб, яким належать виділені ДНК профілі – 758;
- » ДНК-профіль родичів внесений до бази даних – 1283;
- » встановлено ДНК-збігів – 418⁴³.

Біологічні зразки для проведення експертизи відбираються у батьків/дітей загиблого чи зниклого безвісти на підставі прийнятої слідчим чи прокурором постанови. В даному випадку виникає проблема між повноваженнями слідчих органів МВСУ та СБУ. За фактами вчинення одних і тих же кримінальних правопорушень як управління МВСУ, так і відділи СБУ відкривають кримінальні провадження та здійснюють слідчі дії, проте, результати їх проведення, які мають значення для обох кримінальних проваджень, містяться лише в матеріалах кримінального провадження того органу, який ініціював проведення слідчої дії.

42 Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України від 08.03.2013 р., / № 9-10 /, стор. 474, стаття 88.

43 <http://tyzhden.ua/News/145552>

НАПРИКЛАД:

У кримінальному провадженні щодо розшуку зниклого безвісти солдата В. слідчим управління МВС України було прийнято постанову про відібрання біологічних зразків у матері зниклого безвісти. Співпадіння зразків ДНК не було виявлено. Слідчим відділу СБУ було винесено постанову про відібрання біологічних зразків у доньки солдата В. За результатами проведення молекулярно-генетичної експертизи було встановлено співпадіння її ДНК-профілю з ДНК-профілем трупа невідомого чоловіка. В матеріалах кримінального провадження, яке ведеться управлінням МВС України відсутній висновок експерта, на томість міститься свідоцтво про смерть солдата В.

Отже, з метою уникнення дублювання повноважень правоохоронних органів та забезпечення повноти досудового розслідування доцільно залишити виключно за органами МВС України повноваження по відібранню зразків ДНК та призначенню молекулярно-генетичної експертизи.

ДНК-профіль, встановлений за результатами проведення молекулярного дослідження, розміщується у центральному обліку генетичних ознак людини, що ведеться у

Державному науково-дослідному експертно-криміналістичному центрі МВС України. Крім зазначених генетичних даних, дана база обліку містить також ДНК-профілі невідстановлених трупів. Експертами, після отримання ДНК-профілів, здійснюється їх перевірка за базою обліку⁴⁴.

Якість проведення перевірки збігів ДНК-профілів у межах кримінальних проваджень викликає сумніви щодо об'єктивності отриманих результатів.

НАПРИКЛАД:

22.10.2014 р. було відкрито кримінальне провадження за фактом зникнення безвісти солдата Я. при виконанні службових завдань 24.08.2014 р. біля с. Петровське Шахтарського району Донецької області. 04.11.2014 р. у матері солдата Я. було відібрано зразки ДНК. В ході проведення аналізу було встановлено збіг зазначеного ДНК-профілю з ДНК-профілями двох тіл загиблих солдат в зоні проведення антитерористичної операції. При цьому зазначено, що ДНК-профілі загиблих належать окремим особам. Для формування остаточного висновку були відібрані зразки ДНК у батька зниклого безвісти Я. У висновку експерта від 22.01.2015 р. зазначається про збіг ДНК-профілю батьків солдата Я. з ДНК-профілем тіла загиблого солдата з імовірністю 99,98%.

⁴⁴ Наказ Міністерства внутрішніх справ «Про затвердження Інструкції з організації функціонування криміналістичних обліків експертної служби МВС» від 10.09.2009 р. № 390 // Офіційний вісник України від 02.11.2009 р., № 82, стор. 72, стаття 2794.

Зі слів потерпілої матері солдата Я. між описом трупа та солдата Я. прослідковуються неточності:

- » форма, в яку був вдягнений зниклий солдат Я. не співпадає з формою загиблого;
- » описана зубна формула загиблого зовсім не співпадає з зубною формулою зниклого – у Я. є дуже специфічна реставрація зубів, яку спеціаліст не відзначив у висновку;
- » у загиблого була поранена ключиця та зафіксована пов'язкою, хоча солдат Я. не міг мати такої пов'язки, оскільки в ході бойових дій відстрілювався, прикриваючи інших солдат.

В даному випадку потерпілій так і не пояснили, чому був встановлений збіг ДНК з двома різними трупами. Слідчий не звернув уваги

на неточності у результатах судово-медичної експертизи, що призвело до хибних висновків в межах досудового розслідування.

25.10.2014 р. за фактом зникнення безвісти солдата Р. в районі м. Іловайськ Донецької області слідчим управлінням ГУ МВС України в Дніпропетровській області було відкрито кримінальне провадження за ч. 1 ст. 115 КК України. Висновком експерта від 30.01.2015 р. встановлено співпадіння ДНК-профілю невідстановленої особи чоловічої статі з ДНК-профілями матері та сина зниклого солдата Р. Опис зубної карти невідстановленої особи не співпадає з описом зубної карти солдата Р. У зверненні до потерпілої – дружини солдата Р. – управління МВСУ від 23.03.2015 р. зазначається про встановлення трупа невідомого як загиблого солдата Р. У повідомленні з управління МВСУ від 10.04.2015 р. зазначається, що відсутні підстави для проведення судово-молекулярної експертизи, оскільки відсутня постанова про встановлення особи трупа солдата Р.

В цьому випадку крім неточностей у проведеному судово-медичній експертизі слід

також сказати про недоліки у комунікації між правоохоронним органом та потерпілим.

За фактом зникнення безвісти солдата Д. 20.01.2015 р. в районі Донецького аеропорту 12.02.2015 р. слідчим управлінням УМВС України у Волинській області було відкрито кримінальне провадження за ч. 1 ст. 115 КК України. В березні 2015 р. у батьків зниклого безвісти були відібрані зразки ДНК. В телефонному режимі потерпілому повідомили, що висновок експерта підтвердив співпадіння ДНК-профілю потерпілого з ДНК-профілем фрагменту тіла загиблого в районі м. Іловайськ Донецької області, встановленого висновком експерта від 10.10.2014 р. З огляду на те, що в жовтні 2014 р. солдат Д. перебував на військовому полігоні, а зник безвісти у січні 2015 р., якість проведення аналізу ДНК-профілів викликає сумніви щодо ефективності та результативності досудового розслідування.

У випадку виникнення сумнівів у потерпілих в кримінальних провадженнях щодо якості

проведення молекулярно-генетичної експертизи, правоохоронні органи відхиляють

клопотання щодо проведення повторного дослідження. У КПК України відсутнє визначення поняття повторної експертизи. Ч. 2 ст. 332 КПК України передбачає, що суд має право своєю ухвалою доручити проведення експертизи експертній установі, експерту або експертам незалежно від наявності клопотання сторін кримінального провадження або потерпілого, якщо суду надані кілька висновків експертів, які суперечать один одному, а допит експертів не дав змоги усунути виявлені суперечності⁴⁵. При цьому статус такої експертизи у кримінальному процесуальному законодавстві не визначено.

П. 2.2 Інструкції про проведення судово-ме-

не підкріплене нормою процесуального законодавства, яка б визначала повноваження слідчого органу досудового розслідування. Тому в більшості випадків слідчі відмовляють потерпілим у проведенні повторної експертизи. Відсутність спеціальної можливості проведення ДНК-експертизи за повторною процедурою призводить до унеможливлення здійснити ідентифікацію тіла свого кровного родича, що призводить до подальших серйозних моральних та душевних страждань, що є порушенням статті 3 Конвенції.

Крім того, потерпілі зіштовхуються зі складнощами у проведенні незалежної молекулярно-генетичної експертизи.

НАПРИКЛАД:

У справі зниклого безвісти солдата Д. повторне співпадіння ДНК-профілів було встановлено висновком експерта від 29.05.2015 р. з ймовірністю 99,99%. ДНК-профіль біологічних зразків трупа був встановлений висновком експерта від 03.04.2015 р. Потерпілі – батьки солдата – звернулися до центру проведення судових експертиз для проведення незалежного дослідження ДНК-профілю трупа, встановленого як солдат Д. Їм відмовили у проведенні такої експертизи мотивуючи тим, що центру заборонено проводити експертизу для учасників АТО.

дичної експертизи, затвердженої Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 17.01.1995 р. № 6, передбачено можливість призначення первинної, додаткової та повторної судово-медичної експертизи органом, що проводить дізнання, слідчим, прокурором⁴⁶. Дане положення підзаконного нормативно-правового акту жодним чином

Проведення молекулярно-генетичних експертиз здійснюється лабораторіями центрів при МВС України, кожна з яких має доступ до єдиної бази ДНК-профілів. Центр має відповідати на звернення зацікавлених осіб щодо проведення незалежної молекулярно-генетичної експертизи. Відмова у проведенні такої експертизи є безпідставною⁴⁷.

⁴⁵ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України від 08.03.2013 р., / № 9-10 / , стор. 474, стаття 88.

⁴⁶ Кримінальний процесуальний кодекс України від 13.04.2012 р. № 4651-VI // Відомості Верховної Ради України від 08.03.2013 р., / № 9-10 / , стор. 474, стаття 88.

⁴⁷ Наказ Міністерства внутрішніх справ України «Про затвердження Положення про Експертну службу Міністерства внутрішніх справ України» від 09.08.2012 р. № 691 // Офіційний вісник України від 19.10.2012 р., № 77, стор. 252, стаття 3136, код акту 63712/2012.

Таке ставлення до потерпілих, дезорганізація та нерегульованість, в першу чергу, негативно впливають на постраждалих. Сім'я загиблого проходить через сильні душевні страждання. Поряд з цим, на потерпілих часто здійснюється тиск зі сторони слідчих: вони практично примушують потерпілих впізнати труп, навіть у разі наявності сумнівів щодо правильності висновків молекулярно-генетичної експертизи. Потерпілі до останнього продовжують тішити себе надією на повернення близької людини. У разі неефективності розслідування, потерпілі вимушені братися за проведення власного розслідування. В більшості випадків, намагаються особисто спілкуватися з представниками незаконних озброєних формувань та виїжджати самостійно у райони проведення АТО, наражаючи себе на додаткові ризики.

Слід окремо наголосити на етичності правоохоронних органів у разі наявності суперечливого висновку експерта. З письмових відповідей правоохоронних органів потерпілим вбачається їх бажання якомога швидше закрити кримінальне провадження. Наприклад, коли існує висновок судового експерта, який стверджує про імовірність співпадіння ДНК-профілів у 99,98 %, при тому, що знайдене тіло в дійсності не належить зниклій особі, протягом двох місяців з дня постановлення висновку потерпіла отримує письмові відповіді від трьох різних органів:

- » перша з них стверджує, що зниклий знаходиться в полоні;
- » друга висловлює співчуття у зв'язку із втратою рідної людини;
- » третя вказує, що особа рахується зниклою безвісти.

У такому випадку залишається сподіватися лише на витримку самих потерпілих. Подібні завчасні висновки правоохоронних органів є безпідставними та необ'єктивними. Кожна дія, кожне рішення правоохоронного органу має бути виваженим та безстороннім.

ПЕРЕДЧАСНЕ ЗАКРИТТЯ ПРОВАДЖЕННЯ

Хід досудового розслідування у кримінальних провадженнях за фактом смерті/загибелі чи зникнення у зоні АТО, в першу чергу, прив'язується до проведення молекулярно-генетичної експертизи.

Слідчі правоохоронних органів України вважають за підставу для винесення постанови

про закриття кримінального провадження за фактом умисного вбивства людини в районах проведення АТО — встановлення висновку експерта про проведення молекулярно-генетичної експертизи та постанову про встановлення особи трупа.

НАПРИКЛАД:

За фактом зникнення безвісти громадянина Д. в м. Донецьк 23.08.2014 р. було відкрито кримінальне провадження Жовтневим РВ Маріупольського МУ ГУМВС України в Донецькій області 22.10.2014 р. 11.06.2015 р. слідчим на підставі п. 1 ч. 1 ст. 284 КПК України у зв'язку з відсутністю події кримінального правопорушення. Потерпіла не була ознайомлена з даною постановою. 22.06.2015 р. прокурором прокуратури Жовтневого району м. Маріуполя дана постанова була скасована.

24.08.2014 р. сестра солдата Г. звернулася із заявою про його зникнення у зоні АТО до СУ УМВС України в Кіровоградській області. За даним фактом було відкрито кримінальне провадження. 30.07.2015 р. слідчим СУ УМВС України в Кіровоградській області було винесено постанову про закриття кримінального провадження у зв'язку з відсутністю події кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК України. Кримінальне провадження було закрито слідчим, виходячи з таких мотивів:

- » *в ході розслідування 27.11.2014 р. висновком експерта було встановлено збіг щодо ймовірної спорідненості ДНК-профілю зразка буквального епітелію у матері зниклого солдата Г. з ДНК-профілем останків загиблого у зоні проведення АТО;*
- » *15.01.2015 р. висновком експерта було встановлено збіг щодо ймовірної спорідненості ДНК-профілю зразка буквального епітелію у батька зниклого солдата Г. з ДНК-профілем останків загиблого у зоні проведення АТО;*

- » *висновком експерта від 26.01.2015 р. встановлено імовірність родинного зв'язку між батьками солдата Г. та знайденими останками у 99,89 %;*
- » *постановою слідчого було ідентифіковано особу, а останки загиблого були видані родині для поховання.*

02.09.2015 р. слідчим суддею Ленінського районного суду м. Кіровоград за результатами розгляду скарги на постанову про закриття кримінального провадження вказану постанову було скасовано.

Фактично виходить так, що є тіло загиблого, підтвердження висновком експерта співпадіння ДНК та небезпечні для життя обставини, які стали причиною загибелі людини. Проте правоохоронні органи не вбачають події кримінального правопорушення в умисному позбавленні життя людини.

Проте, навіть після впізнання тіла чи відсутності співпадіння ДНК-профілів, у кримінальних провадженнях слідчі дії з метою встановлення обставин, за яких загинула чи зникла особа, не проводяться. Це є порушенням ч. 1 ст. 91 КПК України, яка передбачає, що у

кримінальному провадженні доказуванню підлягає подія кримінального правопорушення (час, місце, спосіб та інші обставини вчинення кримінального правопорушення), оскільки фактично існує тіло загиблої людини при невстановлених обставинах, які навіть не досліджуються правоохоронним органом. Органи досудового розслідування мають використати всі засоби з метою встановлення фактів у межах кримінального провадження, тільки в такому випадку будуть дотримані вимоги щодо ефективності розслідування, встановлені Конвенцією та практикою ЄСПЛ.

НАПРИКЛАД:

За фактом зникнення без вісти солдата Б. 10.02.2015 р. його дружиною було подано заяву про вчинення кримінального правопорушення до Управління МВС України в м. Києві. Висновком експерта від 30.04.2015 р. встановлено співпадіння ДНК-профілів доньки та матері зниклого солдата Б. та біологічного зразка трупа з імовірністю 99,98%. Після впізнання трупа як зниклого безвісти солдата Б., станом на листопад 2015 р., слідчим не

було ініційовано проведення жодної слідчої дії. В матеріалах кримінального провадження не міститься жодного протоколу допиту свідків події.

02.02.2015 р. за фактом зникнення без вісти в районі Донецького аеропорту 20.01.2015 р. солдата Г. матір'ю та сестрою зниклого було подано заяву про вчинення кримінального правопорушення до слідчого управління МВС України в м. Києві. Правова кваліфікація вчиненого правопорушення здійснюється за ч. 1 ст. 115 КК України. 25.02.2015 р. слідчим було повторно допитано потерпілу – сестру зниклого. В ході допиту потерпіла повідомила слідчому про те, що 18.02.2015 р. в м. Дніпропетровськ було впізнано труп загиблого солдата Г., а 20.02.2015 р. його було поховано. В матеріалах кримінального провадження міститься лікарське свідоцтво про смерть солдата Г. та висновок експерта від 18.02.2015 р. Останні матеріали, наявні у кримінальному провадженні, датуються 26.03.2015 р. та містять свідоцтво про смерть солдата Г. та пояснення матері загиблого. Станом на листопад 2015 р. у кримінальному провадженні жодних слідчих дій проведено не було.

Потерпілій – сестрі загиблого солдата Г. – самостійно вдалося встановити обставини загибелі солдата Г. 22 та 25.01.2015 р. в мережі Інтернет були опубліковані два відео, відзняті представниками незаконних збройних формувань «ДНР» в новому терміналі Донецького аеропорту. На відео видно труп солдата Г., на якому можна відзначити вхідний отвір кулі. Зі слів військовослужбовців, які разом з солдатом Г. перебували на виконанні бойового завдання, поранений солдат Г. був застрелений представниками незаконних збройних формувань «ДНР» 21.01.2015 р. впритул в голову з автомата чи пістолета. Досудове розслідування здійснюється вже десять місяців, проте в його межах не було допитано жодного свідка події з метою встановлення обставин вбивства солдата Г.

25.11.2014 р. за ознаками кримінального правопорушення, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК України, Орджонікідзевським РВ Маріупольського МУ ГУМВС України в Донецькій області було відкрито кримінальне провадження щодо розшуку зниклого солдата С. 09.02.2015 р. було відкрито кримінальне провадження за ч. 1 ст. 115 КК України в м. Києві за фактом зникнення без вісти солдата С. в районі м. Іловайськ Донецької області 29.08.2014 р. Слідчим було опитано потерпілу – дружину солдата С. 20.02.2015 р. були відібрані зразки ДНК у доньки солдата С. Після проведення аналізу даних центрального облік генетичних ознак людини співпадіння ДНК-профілів не було виявлено. На даний час за одним і тим же фактом відкрито два окремих кримінальних провадження в м. Київ та м. Маріуполь за ознаками злочину, передбаченого ч. 1 ст. 115 КК України. Дані кримінальні провадження об'єднані не були. Слідчі дії не проводяться. Доля зниклого солдата С. невідома.

Всі три зазначені приклади показують, що слідчими правоохоронних органів не вчинено жодних дій, з метою встановлення обставин загибелі чи зникнення осіб, встановлення місцезнаходження зниклих безвісти.

Слід також окремо сказати про інформування та процес комунікації між слідчим та потерпілим. В більшості випадків потерпілі вимушені постійно контролювати працівників правоохоронних органів.

НАПРИКЛАД:

У справі зниклого безвісти громадянина Д. кримінальне провадження було відкрите Жовтневим РВ Маріупольського МУ ГУМВС України в Донецькій області 22.10.2014 р. В лютому 2015 р., коли потерпіла звернулася до слідчого з метою отримання витягу з кримінального провадження їй повідомили, що в листопаді 2014 р. було підтверджено співпадіння ДНК-профілів потерпілої та біологічних зразків трупа, знайденого 02.10.2014 р.

Одним із варіантів дій правоохоронних органів по розслідуванню кримінального провадження є передача матеріалів справи до іншого управління правоохоронного органу

без своєчасного повідомлення потерпілого та надання доступу до матеріалів кримінального провадження.

НАПРИКЛАД:

У справі зниклого безвісти солдата М. в м. Іловайськ Донецької області у березні 2015 р. було встановлено співпадіння ДНК-профілів його матері та біологічних зразків знайденого трупа. У вересні 2015 р., коли потерпіла звернулася до слідчого Слідчого управління МВС України в Черкаській області з проханням надати їй можливість ознайомитися з матеріалами кримінального провадження, їй було відмовлено. Слідчий мотивував відмову тим, що кримінальне провадження передано до Слідчого управління МВС України в Запорізькій області та що справа швидше за все буде передана в архів.

У справі загиблого солдата Д. потерпілій звернувся до Слідчого слідчого управління МВС України у Волинській області з клопотанням про надання можливості ознайомитися з матеріалами кримінального провадження. Потерпілому повідомили, що кримінальне провадження було передано до Слідчого управління МВС України в Дніпропетровській області.

У зазначених випадках потерпілих не повідомляли про стан досудового розслідування. Фактично слідчі дії не ініціювались слідчим після встановлення особи трупа та пред'явлення тіла для поховання родичам загиблого. Потерпілим не було роз'яснено підстави

об'єднання кримінальних проваджень та не було надано доступу до їх матеріалів для ознайомлення. Це є порушенням прав потерпілого, встановлених КПК України.



ПРАВОВИЙ СТАТУС ЗНИКЛОЇ БЕЗВІСТИ ОСОБИ

За загальним правилом, фізична особа може бути визнана судом безвісно відсутньою, якщо протягом одного року в місці її постійного проживання немає відомостей про місце її перебування (ч. 1 ст. 43 Цивільного кодексу України (далі – ЦК України)⁴⁸. При цьому, фізична особа, яка зникла безвісти у зв'язку з воєнними діями, може бути оголошена судом померлою після спливу двох років від дня закінчення воєнних дій. З урахуванням конкретних обставин справи суд може оголосити фізичну особу померлою і до спливу цього строку, але не раніше спливу шести місяців (ч. 2 ст. 46 ЦК України). Фізична особа оголошується померлою від дня набрання законної сили рішенням суду про це. Фізична особа, яка зникла безвісти за обставин, що загрожували їй смертю або дають підстави припустити її загибель від певного нещасного випадку або у зв'язку з воєнними діями, може бути оголошена померлою від дня її вірогідної смерті (ч. 3 ст. 46 ЦК України).

⁴⁸ Цивільний кодекс України від 16.01.2003 р. № 435-IV, зі змінами і доповненнями // Відомості Верховної Ради України від 03.10.2003 р., № 40, стаття 356.

Варто зауважити, що у названих нормах ЦК України йдеться саме про «воєнні дії», тобто, фактично, шляхом буквального тлумачення цих норм, можна дійти висновку, що йде мова про випадок оголошення стану війни та запровадження режиму воєнного стану. Проте, вважаємо, що такий підхід до тлумачення вказаних положень ЦК України є занадто вузьким; до того ж у чинному законодавстві України, що регулює окремі аспекти режиму воєнного стану, йде мова про «бойові дії»⁴⁹. Тому, на нашу думку, процитовані вище норми ЦК України мають застосовуватися і до випадків зникнення особи безвісти у районі проведення АТО, прилеглих територіях, районі бойових дій та збройного конфлікту.

⁴⁹ Див., зокрема: статті 8, 15 Закону України «Про правовий режим воєнного стану» від 12.05.2015 р. № 389-VIII // Відомості Верховної Ради України від 10.07.2015 р., № 28, стор. 1509, стаття 250; постанову Кабінету Міністрів України від 20.08.2014 р. № 413 «Про затвердження Порядку надання статусу учасника бойових дій особам, які захищали незалежність, суверенітет та територіальну цілісність України і брали безпосередню участь в антитерористичній операції, забезпеченні її проведення» // Урядовий кур'єр від 10.09.2014 р. № 165; постанову Кабінету Міністрів України від 19.08.2015 р. № 604 «Деякі питання виплати одноразової грошової допомоги у разі загибелі (смерті) або інвалідності волонтера внаслідок поранення (контузії, травми або каліцтва), отриманого під час надання волонтерської допомоги в районі проведення антитерористичної операції, бойових дій та збройного конфлікту» // Урядовий кур'єр від 26.08.2015 р. № 155.

Що ж до процедурних аспектів визнання осіб, які зникли безвісти у районі проведення АТО та прилеглих територіях, безвісно відсутніми (чи оголошення їх померлими), то на сьогодні ці питання врегульовані, насамперед, нормами глави 4 розділу IV Цивільного процесуального кодексу України (далі - ЦПК України)⁵⁰ (статті 246-249). Так, відповідно до правової позиції Верховного Суду України: «...На відміну від факту смерті особи, який встановлюється судом за умови підтвердження доказами, що ця подія мала місце у певний час та за певних обставин, громадянин може бути оголошений в судовому порядку померлим у разі встановлення обставин, на підставі яких суд робить вірогідне припущення про смерть громадянина, коли немає доказів про факт його смерті. У цих справах суд визнає днем смерті громадянина, оголошеного померлим, день його гаданої смерті, якщо він зник без вісті за обставин, які загрожували смертю або давали підстави припускати його загибель від певного нещасного випадку, а в інших випадках днем смерті вважається день набрання законної сили рішенням суду про оголошення громадянина померлим».⁵¹ Саме на основі цієї правової позиції відбувається мотивування судами України рішень у зазначеній категорії справ щодо військовослужбовців, які брали участь у проведенні антитерористичної операції, і стосовно яких констатується наявність високого рівня імовірності смерті, зазвичай, на підставі показань свідків, через відсутність можливостей провести

50 Цивільний процесуальний кодекс України від 18.03.2004 р. № 1618-IV // Відомості Верховної Ради від 08.10.2004 р., № 40, / 40-42 /, стор. 1530, стаття 492.

51 Див. абз. 3 п. 13 постанови Верховного Суду України від 31.03.1995 р. № 5 «Про судову практику в справах про встановлення фактів, що мають юридичне значення». [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/v0005700-95>

ідентифікацію тіла, отримати свідоцтво про причини смерті, тощо⁵². Тобто, особливістю цієї категорії справ є те, що висновок суду про оголошення особи померлою ґрунтується на юридичному припущенні смерті цієї особи.

Звернувшись до позицій представників правової доктрини⁵³, можемо констатувати, що якщо стосовно інституту оголошення особи померлою визнано, що він ґрунтується на презумпції смерті особи, то щодо визнання особи безвісно відсутньою однозначного підходу в цивілістиці не сформувалося⁵⁴. Існують думки, що безвісна відсутність ґрунтується на презумпції смерті відсутньої особи⁵⁵, презумпції перебування відсутнього

52 Див., наприклад: рішення Бориспільського міськрайонного суду Київської області від 23 грудня 2014 р. у справі № 359/11758/14-ц. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42063394>; рішення Очаківського міськрайонного суду Миколаївської області від 16 січня 2015 р. у справі № 483/3050/14-ц. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/42321218>; рішення Старосамбірського районного суду Львівської області від 03 березня 2015 р. у справі № 455/168/15-ц. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/46212921>; рішення Козелецького районного суду Чернігівської області від 23 квітня 2015 р. у справі № 734/514/15-ц. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/43756537>; рішення Жовтневого районного суду м. Кривого Рогу Дніпропетровської області від 15 червня 2015 р. у справі № 212/3188/15-ц. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/45552666>

53 Див., наприклад, Бобко, В.Г. Судочинство у справах про визнання фізичної особи безвісно відсутньою та оголошення її померлою: автореф. дис. ... канд. юрид. наук: спец. 12.00.03 «Цивільне право і цивільний процес; сімейне право; міжнародне приватне право» / Науково-дослідний інститут приватного права і підприємництва Академії правових наук України, К., 2006. – 20 с.

54 Гражданское право и современность. Сборник статей, посвященный памяти М.И. Брагинского / С.С. Алексеев, Ф.О. Богатырев, Б.А. Булаевский и др.; под ред. В.Н. Литовкина, К.Б. Ярошенко; Институт законодательства и сравнительного правоведения при Правительстве РФ. - М.: Статут, 2013. - С. 288.

55 Братусь С.Н. Субъекты гражданского права / С.Н. Братусь. - М.: 1950. - С. 52.

серед живих⁵⁶ або ж взагалі мова йде про констатацію судом факту відсутності громадянина⁵⁷. Дослідниками сформульована і компромісна позиція, коли, крім фактів та строків, ще потрібна наявність таких відомостей, які дозволяють припускати смерть особи, хоч про це і не було достовірно відомо⁵⁸. В.О. Вітушко додає, що факт смерті тут не встановлюється, а оголошується судом як доцільна фікція⁵⁹. Якщо взяти до уваги підходи до врегулювання цього питання у зарубіжних державах, то глава I титулу IV книги I ЦК Франції називається «Про презумпцію безвісної відсутності», а у ст. 112 йдеться про те, що «суддя... може встановити презумпцію безвісної відсутності особи»⁶⁰. Що ж до підходів судової практики у справах про визнання військовослужбовців, які брали участь у проведенні антитерористичної операції, безвісти відсутніми, то у ЄДРСР нам вдалося віднайти всього 1 (!) рішення суду в цій категорії справ, мотивувальна частина якого не дає можливості встановити підхід суду до розуміння правової природи безвісної відсутності особи⁶¹.

56 Комментарий к части первой ГК РФ / под ред. О.Н. Садикова. - М.: 2002. - С. 121.

57 Гражданское право: учебник / под ред. А.П. Сергеева. - М.: 2009. - Т. 1. - С. 172.

58 Попова Ю.А. Признание гражданина безвестно отсутствующим / Ю.А. Попова. - М.: Юрид. лит., 1985. - С.20.

59 Витушко В.А. Курс гражданского права. Общая часть / В.А. Витушко. - Минск, 2002. - Т. 2. - С. 422.

60 Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с франц. В. Захватаев. - К.: Истина, 2006. - С. 80-84.

61 Див. рішення Комінтернівського районного суду м. Харкова від 07 жовтня 2015 р. у справі № 641/9542/15-ц. [Електронний ресурс]. - Режим доступу: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/52098343>



ВИСНОВКИ ТА РЕКОМЕНДАЦІЇ

У ході дослідження були проаналізовані матеріали кримінальних проваджень, порушених за фактами смерті/загибелі та зникнення безвісти осіб у районах проведення антитерористичної операції. Отримані дані були розглянуті в аспекті дотримання вимог, встановлених кримінально процесуальними нормами, які регламентують процес здійснення досудового розслідування правоохоронними органами України, та принципів ефективного розслідування фактів позбавлення життя людини, встановлених практикою Європейського суду з прав людини.

За результатами дослідження були виявлені такі системні проблеми:

- » неефективність механізму здійснення досудового розслідування смерті/загибелі та зникнення безвісти осіб у районах проведення АТО. Слідчими не встановлюються обставини вчинення кримінального правопорушення. Переважна більшість процесуальних документів, які містяться в матеріалах кримінального провадження, мають організаційний характер (наприклад, призначення групи прокурорів, розформування групи прокурорів). Слідчими не використовуються в повній мірі слідчі дії, передбачені КПК

України для розслідування кримінальних правопорушень;

- » відсутність контакту між потерпілим та слідчим. Фактично, у потерпілих відсутня актуальна інформація щодо здійснення досудового розслідування; потерпілі не інформуються про проведення слідчих дій;

- » у деяких випадках, результати проведення молекулярно-генетичної експертизи є неякісними. Слідчі не завжди приймають до виконання клопотання потерпілих про призначення повторної експертизи. Крім того, не призначається додаткова експертиза у разі наявності сумнівів щодо висновків первинної;

- » слідчими закриваються кримінальні провадження за фактами загибелі особи у разі підтвердження співпадіння ДНК-профілів на підставі відсутності події кримінального правопорушення. У межах кримінального провадження не проводиться встановлення обставин загибелі особи.

Також, окремо слід звернути увагу на неврегульованість підслідності між органами досудового розслідування. Складність самих умов вчинення кримінальних

правопорушень (збройний конфлікт) зумовлює здійснення розслідування Службою безпеки України та Міністерством внутрішніх справ України. Окрім того, було оголошено намір розширити повноваження військових прокуратур, надавши їм право здійснювати досудове розслідування. В межах досудових розслідувань і зараз здійснюється дублювання повноважень та прослідковується не послідовність у проведенні слідчих дій, які можуть лише поглибитися у разі розширення переліку органів досудового розслідування. Крім цього, кримінально-правова кваліфікація вчинених у районах проведення АТО правопорушень здійснюється таким же чином, як і правопорушень, вчинених в мирний час.

Обидві проблеми мають бути вирішені на законодавчому рівні. Слід використовувати пріоритетність кваліфікації вчинених кримінальних правопорушень, передбачених ст. 438 КК України, перед ст.ст. 115, 121 КК України. МВСУ, в свою чергу, має виконувати доручення СБУ в межах досудового розслідування, з метою уникнення дублювання слідчих дій. З метою гармонізації законодавства України до міжнародного кримінального права, необхідно внести зміни до Кримінального кодексу України, доповнивши розділ XX. Необхідно закріпити окремі склади злочинів, які б охоплювали, зокрема, заподіяння смерті, нанесення тілесних ушкоджень, викрадення людини в умовах збройного конфлікту.

Зазначені системні порушення відображають неефективність здійснення досудового розслідування правоохоронними органами України. Крім того, що органами досудового розслідування не реалізуються положення Кримінального процесуального кодексу України, їх діяльність порушує міжнародні зобов'язання, взяті на себе Україною,

зокрема, які визначаються Конвенцією про захист прав людини і основоположних свобод. Положення Конвенції застосовуються не тільки в мирний час, а й під час збройного конфлікту. Держава-учасниця Конвенції зобов'язана провести розслідування фактів безпідставного позбавлення життя людини, використавши всі можливі засоби з метою визначення обставин її загибелі та встановлення винних. Порушення взятого на себе зобов'язання є підставою звернення потерпілого до Європейського суду з прав людини проти України для захисту своїх прав.

З іншого боку, якщо проводити аналогію між збройним конфліктом, який відбувся в Південній Осетії у 2008 році, та конфліктом на Сході України, слід звернути увагу на зацікавленість сторін конфлікту у розгляді вчинених злочинів Міжнародним кримінальним судом. Проте Україні не варто переїмати досвід Грузії в питанні збирання матеріалів щодо вчинених злочинів під час конфлікту. Перед правоохоронними органами має стояти завдання: документувати вчинені порушення (зокрема, опитувати свідків та очевидців); збирати всі можливі докази. Проте фактично, зацікавленість в цьому, в першу чергу, проявляють правозахисні організації та громадські об'єднання.

З метою вдосконалення досудового розслідування та його ефективного проведення доцільно:

» чітко розмежувати предметну підслідність між правоохоронними органами щодо проведення досудового розслідування кримінальних правопорушень, вчинених у районах проведення антитерористичної операції. Надання військовим прокуратурам статусу органу досудового розслідування є

нерекомендованим, оскільки може призвести до виникнення конфлікту підслідності, передбаченої чинним Кримінальним процесуальним кодексом України;

» визначити розмежування територіальної підслідності злочинів, вчинених у районах проведення антитерористичної операції, з метою проведення їх ефективного розслідування. В аспекті співробітництва військових частин з правоохоронними органами доцільно доручити правоохоронним органам проводити досудове розслідування за місцем розташування військової частини, в якій перебував на службі загиблий чи зниклий безвісти;

» зобов'язати правоохоронні органи проводити всі можливі слідчі дії з метою встановлення обставин вчинення кримінального правопорушення. Крім того, варто проводити моніторинг інформації, опублікованої в ЗМІ, оскільки самими представниками самопроголошених республік розміщуються для загального доступу фото- та відеоматеріали, які підтверджують вчинення ними кримінальних правопорушень;

» передбачити механізм співпраці військових частин та правоохоронних органів з метою встановлення обставин вчинення кримінальних правопорушень. Для військових частин варто розробити методичні рекомендації з проведення аналізу бойових дій та передбачити механізм застосування санкцій у разі невиконання встановлених рекомендацій. Доцільно розглянути можливість створення єдиної бази даних щодо подій АТО для військових частин. Також правоохоронним

органам слід надати доступ до військової таємниці, яка захищає інформацію щодо ведення бойових дій та виконання поставлених завдань військовими підрозділами в ході операції;

» передбачити у Кримінальному процесуальному кодексі України можливість проведення повторної судово-медичної експертизи за зверненням потерпілої особи та надати можливість потерпілій особі ініціювати проведення незалежної судово-медичної експертизи;

» створити об'єднаний орган, який матиме повноваження щодо координації та контролю кримінальних проваджень, які відкриті правоохоронними органами за фактами вчинення кримінальних правопорушень в зоні проведення АТО. Співпраця між правоохоронними органами в межах здійснення розслідування має скеровуватися таким органом з метою досягнення ефективного розслідування.

Правоохоронними органами має бути сформований чіткий та дієвий механізм проведення досудового розслідування, має використовуватися всі засоби, передбачені КПК України з метою проведення ефективного розслідування. Отже, в межах кримінального провадження за фактами смерті/загибелі та зникнення осіб у районах проведення антитерористичної операції правоохоронним органам необхідно хоча б мінімально здійснювати такі слідчі дії:

» направляти запит до військової частини з метою сформування службової характеристики військового; встановлення кола осіб, які останніми бачили загиблого чи зниклого військового; уточнення у

- військової частини, чи має військовослужбовець статус «загиблого» чи «зниклого безвісти» за списками військової частини;
- » проводити допит свідків – очевидців смерті/загибелі особи, чи осіб, які останніми бачили або спілкувалися із зниклою особою;
 - » здійснення ідентифікації абонентського номера зниклого безвісти та встановлення його місця знаходження в день зникнення, відтворення маршруту переміщення особи в день зникнення;
 - » моніторинг матеріалів, розміщених в засобах масової інформації.

Загалом, такий мінімум слідчих дій має бути ефективним щодо проведення збору інформації в межах не лише одного кримінального провадження, а й щодо централізованого збору доказів злочинів, вчинених у районах проведення АТО.

Розглядаючи питання проведення ефективного розслідування, слід наголосити на позитивних зобов'язаннях України міжнародного характеру. З метою проведення ефективного розслідування правоохоронні органи мають дотримуватися принципів, передбачених Конвенцією про захист прав людини та основоположних свобод:

1. дотримання розумних строків розслідування;
2. об'єктивності розслідування;
3. повноти розслідування;

4. забезпечення громадського контролю за розслідуванням;
5. незалежність розслідування;
6. проведення розслідування належним чином;
7. своєчасність розслідування;
8. відкритість та прозорість розслідування.

Незалежно від обставин вчинення кримінального правопорушення, розслідування має бути спрямоване на встановлення істини події. Правоохоронними органами мають бути використані всі доступні їм засоби, спрямовані на досягненні поставленої перед ними мети. Кожна слідча дія має бути виваженою, доцільною та спрямовуватися на досягнення встановленого результату.

В Україні слід здійснити імплементацію низки рекомендацій міжнародних місій, органів і організацій (насамперед, Управління Верховного комісара ООН з прав людини, Парламентської асамблеї Ради Європи), а саме: створити спільний орган (робочу групу) з вирішення питання про зниклих безвісти осіб і забезпечити його функціонування з метою: збору та обробки інформації про зниклих безвісти осіб; створення і підтримки єдиного реєстру даних щодо зниклих безвісти осіб під час конфлікту в Україні; впровадження ефективних заходів, що дозволяють розшук, екстумачію та ідентифікацію людських останків; забезпечення доступу до місця поховань; забезпечення родичів зниклих безвісти осіб вичерпною інформацією щодо прогресу в їхніх випадках; брати участь та координувати дії неурядових та волонтерських організацій у справі пошуку зниклих безвісти осіб. На даний час

можна констатувати створення такого органу (Об'єднаний центр з координації пошуку, звільнення незаконно позбавлених волі осіб, заручників та встановлення місцезнаходження безвісти зниклих в районі проведення антитерористичної операції при Службі безпеки України), проте, важко робити висновки про діяльність підрозділу за умов відсутності нормативної основи його діяльності.

У сфері вдосконалення процесу ідентифікації особи, зокрема, з допомогою генетичних відбитків (профілю ДНК): систематично збирати дані щодо невпізнаних тіл, а також зразки ДНК від сімей зниклих безвісти осіб; прискорити процес ідентифікації екстумованих тіл з використанням всіх доступних засобів, в тому числі: відповідність ДНК, відповідність даних до і після настання смерті, візуальну ідентифікацію, як визначено судово-медичними експертами; надалі розвивати національний потенціал у галузі судової медицини та розшукової експертизи і заохочувати їх переймати досвід Міжнародного комітету Червоного Хреста щодо цього.

Слід внести зміни до норм ЦК України (ч. ч. 2 і 3 ст. 46) в частині заміни поняття «воєнні дії» на «бойові дії та збройний конфлікт», з метою уникнення ситуації буквально-го тлумачення чинної редакції вказаних норм. Вважаємо, що вказані вище норми ЦК України мають застосовуватися і до випадків зникнення безвісти особи у районах проведення АТО, прилеглих територіях, районах бойових дій та збройного конфлікту.



Документ підготовлений за підтримки Уряду Швеції. Погляди та інтерпретації, представлені у цій публікації, не обов'язково відображають погляди Уряду Швеції

Фото: © Cristian Jereghi, Юрій Величко

